

PENAL. Las agresiones sexuales. Tradicionalmente se englobaban bajo la rúbrica de «delitos contra la honestidad», que se mantuvo hasta la reforma de la LO 3/1989, donde la nomenclatura era de delitos contra la libertad sexual, en la idea de apuntalar el bien jurídico protegido y que supuso una modificación en profundidad de tales delitos. Originariamente, el texto de 1995 hablaba tan sólo de delitos contra la libertad sexual. La inclusión, en la rúbrica legal, de la indemnidad sexual, vino de la mano de la reforma por LO 11/1999. El CP de 1995 incorporó sustanciosas modificaciones en el marco de los antiguos delitos de violación, agresiones sexuales violentas y estupro del derogado texto punitivo, la mencionada reforma trascendió el mero carácter nominal incidiendo profundamente, no sólo en la estructura de los diferentes tipos integrantes de dichos Capítulos sino también en el correspondiente sistema de penas. No obstante, se derogó una expresión, tan acuñada en nuestro sistema penal, como era la de violación, la cual, de cualquier modo, fue ulteriormente retomada por la LO 11/1999. Posteriormente la LO 11/2003, 15/2003 y 5/2010, incidirían en estas conductas.

En estos tipos se protege un aspecto concreto de la libertad de la persona que se refiere a un ámbito muy específico de su autonomía, que es la libertad sexual. Lo que supone el reconocimiento del derecho de toda persona de expresar y ejercer su sexualidad del modo que crea por conveniente, lo que supone desde el punto de vista negativo, el derecho de toda persona a no ser condicionado en la esfera sexual ni en el ejercicio de su propia sexualidad, que es en definitiva lo que se protege.

Ahora bien, este no es el único bien jurídico que se protege, doctrinalmente se mantiene que en los casos en los que el sujeto pasivo es un menor o un incapaz, estos no pueden ser objeto de protección de una libertad de la que carecen, al no tener capacidad de decisión, manteniéndose que en estos casos

lo que se protege es la intangibilidad o la indemnidad sexual, cuestión que reconoce el legislador con la rúbrica actualmente utilizada.

La SAP de Barcelona (Sección 9.ª) núm. 252/2008 de 20 octubre dice que, el bien jurídico protegido no es la honestidad, como lo fuera en tiempos pretéritos, sino la libertad sexual, que se define en la STS 6 de noviembre de 1992 en el siguiente sentido: «Toda persona humana, cualquiera que sea su actividad y su condición, tiene derecho irrenunciable a decidir sobre su sexualidad. Como ha dicho con acierto la doctrina científica, el bien jurídico protegido es la libertad sexual en su doble faceta de autodeterminación o disposición libre de su potencialidad sexual y el derecho a no verse envuelto, sin su consentimiento, en una acción sexual». En parecidos términos, la STS 18 de octubre de 1993 dice: «Se quebranta, se vulnera y se menoscaba la libertad sexual porque se hace caso omiso de la voluntad de la persona violada, agraviada y ultrajada, viniendo así a contemplarse, en unidad de concepto, la voluntad como sinónimo de libertad. Libertad sexual que, defendiendo quizá la faceta más trascendente de la naturaleza humana, permite a la persona, hombre o mujer, desarrollar sus deseos sexuales hasta donde quiera, y comoquiera, según sus apetencias y según le permita obviamente la pareja en el consenso que ha de presidir este tipo de relaciones dentro de la más absoluta igualdad de los sexos».

ABOGADOS

ATENCIÓN. El bien jurídico protegido en los delitos tipificados en el Título VIII del Libro II del CP es la libertad sexual, entendida como autodeterminación o libre disposición de la potencialidad sexual y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual. La libertad sexual se la puede considerar como denominador común de los bienes objeto de protección, sin perjuicio de que cuando el sujeto pasivo sea un menor o una persona de cuyo trastorno mental se abusare, se deba valorar el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la esfera de la intimidad y con ello se incida en su indemnidad o

intangibilidad sexual, porque la idea de libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo.

La reforma del CP por LO 5/10 de 22 de junio, en el ámbito de los delitos sexuales, junto al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, procede a trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Por ello se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». Por otra parte, la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello se introduce un nuevo art. 183 bis mediante el que se regula el internamente denominado child grooming, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

En el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la Decisión Marco referida a nuestro ordenamiento determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la

regulación en el art. 189.1. Lo mismo sucede con la conducta de quien se lucra con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1 a) del art. 189. En relación al delito de prostitución se incorpora la conducta del cliente en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz.

Para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores, se crea la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas que se incluye en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el art. 39, fijándose su contenido en el art. 46. Esta nueva pena tiene el carácter de principal en los supuestos previstos en el art. 192 y el de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los arts. 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido.

ATENCIÓN. La LO 5/10 de 22 de junio crea un capítulo específico el II bis dentro del Título VIII bajo la rúbrica «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». Por tanto, todas las referencias a los menores de 13 años del texto anterior se regulan ahora en el nuevo art. 183. Además introduce en este capítulo el art. 183 bis donde se regula el denominado child grooming, esto es la propuesta de encuentro sexual con menores a través de Internet u otro medio de comunicación. En general, la reforma aumenta la penalidad y tipifica nuevas conductas de pornografía infantil.

2. AGRESIONES SEXUALES

Se caracterizan por doblegar la voluntad contraria de la víctima mediante el uso de violencia o intimidación, de ahí la ubicación sistemática en primer lugar al considerarse el ataque más grave a la libertad sexual. La denominación de agresiones sexuales se reserva, por tanto, para los supuestos de concurrencia de violencia o intimidación, de manera que si falta el consentimiento o éste está

viciado y no se utiliza violencia o intimidación, la conducta sería constitutiva de abuso sexual. Teniendo en cuenta que la falta de consentimiento es elemento común a estas infracciones, resulta que la nota distintiva entre agresiones y abuso es el elemento de la violencia o intimidación.

Agresiones sexuales son, pues, los ataques efectuados por una persona a la libertad sexual de otra, contra la voluntad de ésta, mediante violencia o intimidación, pudiendo consistir en acceso carnal, introducción de objetos, penetración bucal o anal u otra clase de conductas, considerándose estas últimas, frente a las demás modalidades cualificadas, agresiones sexuales básicas.

Por consiguiente, frente a los abusos sexuales en la agresión sexual sólo tienen cabida los comportamientos acompañados de violencia o de intimidación, dado que en ambos la acción básica está constituida por la realización de actos no consentidos que atenten contra la libertad sexual de la persona y supone la concurrencia de los siguientes componentes:

- 1) Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico, siempre con significado sexual.
- 2) Un elemento subjetivo o tendencial que viene definido como «ánimo libidinoso» o propósito de obtener una satisfacción del apetito sexual del agente, que puede ser inherente al comportamiento realizado.

En la regulación legal se regulan un tipo básico y uno agravado. El primero puede considerarse residual respecto del agravado, al recoger cualquier atentado contra la libertad sexual de otra persona, refiriéndose el agravado a las agresiones sexuales consistentes en:

- acceso carnal vía vaginal, anal o bucal;

- introducción de miembros corporales por vía vaginal o anal;
- introducción de objetos por vía vaginal o anal.

En relación a los sujetos activos de estas figuras se refieren a un sujeto activo indeterminado «el que», lo que sugiere que cualquier persona puede serlo. Las agresiones básicas del art. 178 pueden ser cometidas por cualquiera, sin embargo, las conductas agravadas suscitan dudas en algunas de sus modalidades:

- Las consistentes en introducción de objetos o miembros corporales ninguna duda plantean, pues cualquier persona puede realizarlas.
- Lógicamente el acceso carnal vía vaginal es un acto entre hombre y mujer por lo que el sujeto activo es hombre o mujer y el pasivo de distinto sexo. Siendo ésta la postura que prevaleció en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del TS de 25 de mayo de 2005, como luego examinaremos, que en un supuesto de penetración con menores, tomó el Acuerdo de que es equivalente acceder carnalmente que hacerse acceder.
- El acceso carnal por vía anal o bucal plantea mayores problemas derivados de que en la redacción anterior del precepto se refería a penetración bucal o anal, de donde podía inferirse que solo el hombre podía realizar tal conducta. Ahora se habla de acceso carnal por las tres vías y como acceso carnal equivale a coito entre hombre y mujer, o entre dos hombres, sujeto activo puede ser tanto hombre como mujer. Por lo que es posible que lo cometa una mujer que con violencia obligue a un hombre a realizar el coito. Igualmente en casos de penetración bucal o anal, de forma que son sujetos activos tanto el hombre que lo hace -penetración bucal o anal- a otro hombre o mujer, como la mujer o el hombre que practica una felación a otro hombre, siendo así que en este último caso solo puede ser sujeto pasivo un hombre.

En cuanto al sujeto pasivo, con carácter general, puede ser cualquiera, hombre o mujer, y es indiferente que lleve vida honesta o no, admitiéndose, por supuesto, respecto de prostitutas. En este sentido, la STS 806/2007 de 18 octubre, señala con cita de otras muchas más, que la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución, constituye el delito de violación, o agresión sexual, ya que la persona afectada, con independencia del modo que vive la sexualidad, conserva la autonomía de su voluntad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia.

Doctrina que constituye una ineludible consecuencia de la definición del bien jurídico protegido como libertad sexual, es decir, una parcela básica de la libertad individual, lo que impone tutelar la autodeterminación sexual de todos los individuos en cada momento, sin que resulte aceptable, a efectos de tutela penal, transformar esta libertad en un valor meramente patrimonial, aun cuando el sujeto previamente, en uso de su libertad, haya comerciado con la sexualidad.

Obviamente, también es posible respecto de la propia esposa. No existen fisuras, en la vigente doctrina del TS acerca de que el delito de violación, previsto y penado en los arts. 178 y 179 CP, puede apreciarse entre personas ligadas por el vínculo matrimonial, si se da violencia o intimidación para conseguir la relación sexual.

El sujeto pasivo ha de ser una persona viva, de lo contrario sería de aplicación el art. 526 CP de profanación de cadáveres.

Tradicionalmente se entendía que estos eran delitos de propia mano, que solo podía cometerlos la persona que realiza la conducta típica. Sin embargo, cabe admitir la participación por omisión, si se está en posición de garante. La STS 43/2009 de 28 enero, confirma la sanción a una madre que no impidió la conducta del marido y aunque no llevó a cabo los elementos que integran el

tipo delictivo, es decir, ella no fue autora en el sentido material del término del delito de abusos deshonestos, se hace referencia a que «mientras se realizaban estos hechos la madre estaba presente no realizando ninguna actuación para impedirlos»:

En esta situación, se mantiene, es claro que fue autora por omisión del deber de impedir tales actuaciones ya que se encontraba en una clara posición de garante en la que tenía una inequívoca obligación legal de actuar para impedir que su marido efectuara los hechos descritos en la persona de las dos menores en las que, además, concurre la circunstancia de que eran hijas biológicas de la propia recurrente. En tal sentido es clara la aplicación del art. 11 del CP.

Igual en la STS 435/2008 de 25 junio, donde se aprecia cooperación a una madre que conoce las agresiones sexuales del padre contra la hija menor común, y no las denuncia o impide. Estaba en situación de garante de la indemnidad moral y física de su hija, y como mínimo es claro que ese conocimiento y pasividad subsiguiente merece el reproche de complicidad.

La cuestión más polémica es en los casos de participación de un tercero, que sin estar en posición de garante, se limita a observar una agresión sexual sin hacer nada ni participar en la misma. En estos casos la calificación más adecuada sería de omisión del deber de impedir un delito, si no se encuentra el sujeto en posición de garante no cabe hablar de participación por omisión en la agresión sexual.

En fin, estos tipos requieren dolo directo, no admitiéndose la comisión culposa, bastando el conocimiento del autor de realizar una agresión sexual al haberse matizado la exigencia del elemento subjetivo del injusto de ánimo libidinoso. Además son delitos de mera actividad, que se consuman con la realización de los atentados o con la penetración en los tipos cualificados, admitiéndose la

tentativa y el desistimiento. Si bien, si en la violación se desiste voluntariamente y se han iniciado los actos ejecutivos, la conducta podrá sancionarse conforme al tipo básico.

2.1. Tipo básico: agresiones sexuales sin introducción

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

La LO 5/10 afecta al precepto, al concretar que sea «utilizando» violencia o intimidación, suprimiendo la preposición «con», y sube la penalidad máxima de 4 a 5 años.

Conforme a tal definición son requisitos de este tipo de delito los siguientes, que señala la STS 39/2009 de 29 enero:

1.º Ha de existir violencia o vis física sobre el cuerpo de la víctima; o alternativamente intimidación o vis psíquica, esto es, amenaza de un mal injusto que ocasiona miedo sobre el sujeto pasivo. Si falta este requisito, puede existir el delito de abuso sexual de los arts. 181 y ss.

2.º Como requisito derivado del término agresión sexual ha de existir un contacto corporal entre al menos dos personas diferentes, sin importar el sexo: hombre y mujer, dos hombres o dos mujeres.

3.º Asimismo, derivado también de tal concepto de agresión sexual, se exige un específico elemento subjetivo del delito, consistente en la actuación del autor con ánimo lúbrico o libidinoso.

4.º Como elemento negativo del tipo, y por lo dispuesto en el art. 179, se excluye el que tal contacto corporal pueda consistir en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o alguno de los otros modos de comisión asimilados a tal acceso carnal en este art. 179, que constituye la frontera superior de la figura de delito que estamos examinando.

5.º Por último, ha de haber una relación de causa a efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada vis física o psíquica vaya dirigida a conseguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad. Es frecuente que en el mismo hecho concurren las dos clases de fuerza (física y psíquica) y por ello en estos casos, para valorar si hubo o no tal suficiencia, habrá de tenerse en cuenta la intensidad de la una y de la otra apreciadas en su conjunto.

Por tanto, los elementos de este tipo son:

1. Elemento objetivo. Tocamientos impúdicos o contactos corporales de variada índole. Que no requiere se hayan de realizar sobre el propio cuerpo del sujeto pasivo ni que haya de realizarlos necesariamente el sujeto activo. Por tanto, estos actos, pueden ser tanto activos como pasivos comprendiéndose aquellos en que se obliga a realizar actos libidinosos sobre el cuerpo del sujeto activo, o sobre el cuerpo del sujeto pasivo, sobre sí mismo o un tercero. Por tanto, es indiferente el sexo del sujeto pasivo y activo.

Debe exigirse que el atentado revista un carácter corporal, esto es, que se materialice sobre el cuerpo del sujeto pasivo, incluyéndose así conductas como, por ejemplo, las de obligar al sujeto pasivo a efectuar tocamientos sexuales sobre el propio sujeto activo, sobre otra persona o sobre sí mismo. De este modo, la dinámica comisiva del tipo resulta variadísima, consistiendo de ordinario en tocamientos impúdicos o contactos realizados con el propósito de

excitar, despertar o satisfacer la propia lascivia, resultando indiferente que se realicen por encima o por debajo de la ropa de la víctima. Así, tocar los pechos, manosear senos y nalgas y tocar todo el cuerpo son actos objetivos que revelan la existencia de ánimo libidinoso. Se pueden calificar igualmente típicos del art. 178 comportamientos tales como las prácticas de zoofilia que se obligan a realizar a la víctima, pues parece evidente que la enorme amplitud de la nueva fórmula así lo permite, en tanto su ubicación en el tipo cualificado de agresiones del art. 179 resulta bastante forzada. En cambio, la realización de actos lúbricos sobre cadáveres (necrofilia), pese a constituir un claro comportamiento de desviación sexual, debe calificarse como conducta atípica en relación al citado precepto, ya que al recaer sobre alguien ya fallecido determina la ausencia de sujeto pasivo y de bien jurídico alguno que tutelar, pues la libertad sexual, lógicamente, se extingue al tiempo que la vida de éste.

En definitiva, dada la amplitud del precepto cabe la posibilidad de incluir en él cualquier acto de naturaleza sexual, siendo indiferente su contenido y gravedad, siempre que sea distinto de las conductas del tipo agravado. Es decir, la indeterminación legal del citado precepto hace factible una interpretación amplia y flexible del requisito de los contactos corporales, lo que vendría a solventar la cuestión, de si los diversos comportamientos integrantes del delito de agresiones sexuales debían o no traducirse, necesariamente, en un contacto corporal directo entre los sujetos activo y pasivo. En consecuencia, comportamientos tales como obligar a la víctima a desnudarse y a llevar a cabo actos de exhibición obscena o de manipulación sexual sobre su propio cuerpo - v. gr., una masturbación-, siempre ante la presencia del sujeto activo, o forzarla a ejecutar actividades de dicha índole en la persona de un tercero, o a tolerarlas en la suya propia por parte de éste, encaminados a procurar la satisfacción sexual del primero, pueden hoy integrar la conducta típica de la figura de agresiones sexuales genéricas del art. 178.

La exigencia de este contacto corporal, así entendido, hace que queden excluidos los supuestos en que se obliga al sujeto pasivo la mera observación de tocamientos de otros, o bien del sujeto activo o de este con un tercero. En estos casos, tratándose de mayores de edad, la calificación se correspondería al delito de coacciones.

También deben eliminarse del tipo que analizamos los actos de voyeurismo, como es el caso, por ejemplo, de la simple observación del desnudo de otra persona en la privacidad de su hogar; comportamiento éste que en modo alguno puede lesionar su libertad sexual, si bien podría atentar contra la intimidad de la misma integrando entonces una infracción de esa naturaleza.

El contacto corporal ha de tener cierta magnitud y gravedad, siendo indiferente la zona del cuerpo afectada y que esté o no esté cubierta con ropa. En relación al beso la jurisprudencia ha fluctuado entre el delito y la falta, en atención a su intensidad y fugacidad, por lo que se exige cierta trascendencia y gravedad para la consideración de delito, con potencialidad para afectar de modo relevante a la sexualidad ajena.

2. Que dichos actos se realicen con violencia o intimidación. Elemento esencial y diferenciador de los abusos sexuales. La violencia implica el empleo de fuerza física sobre el cuerpo de la víctima, debiendo tener entidad suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, lo cual ha de ponderarse en atención a las circunstancias concurrentes (personales del autor y de la víctima, así como las relativas al lugar y al tiempo en que se efectúa la agresión). La violencia es el medio para doblegar la voluntad contraria de la víctima. No ha de ser irresistible, basta que sea suficiente para doblegar esa voluntad. El uso de la violencia puede ser realizado por el propio sujeto pasivo o por un tercero, como en los supuestos de los que uno sujeta y otra persona hace los tocamientos. La intimidación, equivale a la amenaza, y significa que se vence la voluntad de la

víctima con el constreñimiento psicológico que supone el anuncio de causarle un mal, y ha de ser idónea, grave, real, seria e inminente.

A este respecto, la doctrina de la Sala 2.^a del TS es diáfana, reiterada y pacífica, al declarar que por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima. Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En ambos casos ha de ser idónea para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

Así se expresa la STS 914/2008 de 22 diciembre, que añade que la intimidación de la víctima de una agresión puede y suele realizarse inmediatamente antes de ejecutarse el atentado contra la libertad sexual, como medio para conseguir que aquélla desista de su voluntad contraria a la relación sexual. Pero la intimidación también puede ser generada -sobre todo en el ámbito familiar- mediante una paulatina y persistente coerción y amedrentamiento del sujeto pasivo que va minando progresivamente su capacidad de decidir libremente sobre la conducta sexual que se le requiere, hasta someterla a una sumisión absoluta, con nula capacidad de oponerse ante los males con que reiteradamente se le amenaza de no acceder a los deseos del sujeto activo. Es lo que se denomina un estado de intimidación permanente o una situación objetiva intimidante, susceptible de integrar el elemento intimidatorio que precisa el tipo penal de agresión.

La STS 914/2008 de 22 diciembre recuerda que la intimidación consiste en «una coacción moral que se proyecta sobre la capacidad de decisión de la víctima, cuya voluntad se doblega acomodándola a los deseos de quien la ejerce mediante la amenaza injusta e ilícita de un mal grave e inminente, de suerte que la conducta de la víctima se realiza no por el ejercicio libre de su voluntad, sino por la coerción psicológica que soporta, que genera una inquietud anímica apremiante y una aprensión racional o recelo más o menos justificado. En este sentido viene declarando la jurisprudencia de esta Sala que la intimidación no puede limitarse al empleo de medios físicos o uso de armas, siendo suficiente las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando, por las circunstancias coexistentes (ausencia de terceros, superioridad física del agente, credibilidad de los males anunciados expresa o implícitamente, etc.) haya que reconocerles idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido». En el mismo sentido, ATS núm. 589/2009 de 19 febrero, y STS 5/2007, de 19 de enero y otras muchas.

El elemento normativo expresado en la alternativa de violencia o intimidación, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual. La jurisprudencia ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (SSTS de 05/04/00, 23/12/02). Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada.

Por tanto, la resistencia de la víctima debe entenderse como voluntad contraria sin necesidad de resistencias heroicas o especiales. Ha de ser real y de suficiente entidad, mientras no se adquiere el convencimiento de la inutilidad de la oposición o riesgo de un mal superior en caso de no acceder. Cabría una mera resistencia pasiva en donde el agente, para conseguir su propósito utiliza fuerza para vencerla. Lo esencial es actuar contra la voluntad del sujeto pasivo, actuando con conocimiento de esa oposición.

Señala la STS 229/2009 de 6 marzo, en un asunto donde se pretende probar la inexistencia de agresión sexual, bajo el argumento de que no existe en la causa informe médico o forense que acredite «de forma indubitada y contradictoria el dato objetivo y requerido expresamente por el tipo penal de concurrencia de acto de fuerza o intimidación», que no toda agresión sexual tiene necesariamente que quedar acreditada con un parte de lesiones o asistencia facultativa, si no se han producido lesiones de signo alguno, desde luego no requeridas por el tipo penal aplicado, ya que la intimidación colma las exigencias típicas.

3. Elemento subjetivo o tendencial. En relación al elemento subjetivo de ánimo libidinoso, normalmente presente, debe precisarse que el tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica a su vez la conciencia de afectación del bien jurídico. Tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de un ánimo tendencial, consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente lo que la explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido, puede ser por menosprecio o venganza. En esos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Ello sin perjuicio de que este aspecto venga acreditado cuando de los hechos resulte la concurrencia de aquel ánimo, pues de ser así, el conocimiento antes mencionado será evidente (STS de 8 junio 2007).

En los delitos contra la libertad sexual el tipo subjetivo y el desvalor de la acción resulta plenamente del conocimiento del autor de los elementos del tipo objetivo, es decir, del carácter sexual de la acción realizada en el cuerpo de otro y de la ausencia o irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo.

La falta de consentimiento, o cuando el consentimiento es ineficaz, de la víctima, constituye por tanto uno de los elementos que caracterizan el tipo objetivo de los delitos contra la libertad sexual. En consecuencia el dolo se excluye cuando el autor ha obrado con error sobre la concurrencia de los

elementos del tipo objetivo, es decir, el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o los hechos constitutivos de la infracción como expresa el art. 14 del CP. El error sobre los hechos constitutivos de la infracción, cuando es vencible, determina que la conducta sea castigada, en su caso, como imprudente. Lo que no es posible en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual al no estar previsto en el CP, pues en los casos en que un delito no se sancione expresamente con la forma imprudente, no cabe punición del error de tipo vencible.

En este sentido, el AAP de Madrid (Sección 16.ª) núm. 730/2008 de 24 noviembre en un supuesto donde la víctima no manifestó de modo explícito y perceptible una voluntad contraria al contacto sexual, y si bien su deseo o íntima voluntad pudo ser no mantener ningún tipo de relación sexual con el denunciado, también lo es que no lo exteriorizó (porque no supo o no pudo) ni actuó de forma clara e inequívoca de acuerdo con esa voluntad contraria. El denunciado pudo equivocadamente pensar que ella consentía. Y este convencimiento fue razonable en este caso concreto, por lo que nos encontraríamos ante un supuesto de error vencible que excluye la existencia del dolo.

4. Como elemento negativo del tipo se excluye el que tal contacto corporal pueda consistir en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o alguno de los otros modos de comisión asimilados a tal acceso carnal en este art. 179, o que tenga ánimo de acceso carnal en esos términos, lo que determinará la diferencia entre agresiones sexuales en tentativa y/o el tipo residual que analizamos consumado. De ahí que resulte preciso indagar sobre la intención del sujeto, lo que en ocasiones es dificultoso, dada la clandestinidad de estos delitos, cuando nos encontramos, muchas veces, con el solo testimonio de las víctimas, y por pertenecer la voluntad al intelecto humano.

2.2. Tipo agravado: violación, agresiones sexuales con introducción

Establece el art. 179 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».

ATENCIÓN. En relación con el art. 179 del CP se exigen los mismos elementos del tipo básico, si bien la acción específica de este tipo implica que la agresión sexual sea por acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal.

Por tanto, exige su apreciación la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Una acción, consistente en atentar contra la libertad sexual de otra persona.
- b) En la acción del atentado ha de mediar violencia o intimidación en los términos analizados.
- c) Que haya acceso carnal (vaginal, anal o bucal), o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (vaginal o anal).

La nota distintiva de la conducta típica radica en el acceso carnal, cuyo concepto se ha extendido desde el coito vaginal heterosexual a nuevas modalidades de acceso carnal anal y vaginal. Se ha señalado que el tipo de agresión sexual del art. 179 debe ser interpretado conforme a sus antecedentes legislativos inmediatos:

Hasta la reforma de la LO 3/1989, de 21-6, el antiguo art. 429 tipificaba el delito de violación como el cometido «yaciendo con mujer», acción que la Jurisprudencia y la doctrina identificaban con la cópula o conjunción carnal en

un sentido amplio. La publicación de dicha LO obedeció a la necesidad de proteger también penalmente la libertad sexual del varón y ampliar igualmente la tutela frente a otros ataques que para el sujeto pasivo podían ser tan graves como la cópula carnal y por ello el Legislador incluyó en dicho concepto de acceso carnal la penetración anal o bucal. Como señala la STS 1214/2002 de 1 julio, «el hecho de que la acción nuclear del tipo fuese el acceso carnal, en una de las tres mencionadas modalidades (vaginal, anal o bucal), excluía que la misma pudiera cometerse de otra forma que no fuese mediante la penetración del miembro viril». Llegamos a la primera descripción del CP/1995, donde desaparece el nombre tradicional de violación, cuyo art. 179 establecía que cuando la agresión sexual básica prevista en el art. 178 consistiese en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena se agravaba considerablemente, de forma que distinguía el acceso carnal en sentido originario, de la penetración bucal o anal y de la introducción de objetos, aunque unificando los tres supuestos a efectos punitivos. La LO 11/1999, de 30-4, modifica nuevamente dicho precepto refiriéndose como tipo agravado a la agresión sexual consistente en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, recuperando nuevamente el concepto de violación. También se amplió el concepto de acceso carnal incluyendo en el mismo la penetración anal y bucal, eliminándose correctamente del delito de violación la introducción de objetos por vía bucal.

Pues bien, la interpretación de dicho precepto debe ser hecha con arreglo a las categorías elaboradas en torno al delito de violación, y de acuerdo con ellas el acceso carnal está constituido en primer lugar por la unión de los órganos genitales del hombre y la mujer mediante la penetración del miembro viril en la vagina, y, en segundo lugar, mediante la penetración anal o bucal del miembro viril con independencia de que el sujeto pasivo sea mujer o varón, a diferencia del caso anterior. Por ello, limitar la penetración en las cavidades señaladas a

la del miembro viril «parece una interpretación lógica desde la caracterización de estos actos como acceso carnal, que originaria y gramaticalmente se identifica con la cópula, y también desde la falta de alusión en el precepto a la posibilidad de que pueda conceptuarse penetración, a estos efectos, la "inmisión" de cualquier otro miembro del cuerpo humano».

Por lo que hace a la modalidad de introducción de objetos, equiparada a la violación en la última reforma llevada a cabo por el Legislador, la Jurisprudencia también ha declarado que se trata de un supuesto distinto al anterior, en la medida en que ya no se describe un acto que tiene como finalidad la satisfacción sexual del sujeto activo en el cuerpo del pasivo sino «un salvaje y degradante atentado que, aun recayendo sobre la libertad sexual del sujeto pasivo, tiene como objeto más directo la lesión a la integridad física y moral del que sufre el atentado». Por ello se produce «un efecto distorsionante en la estructura del precepto si no se hace de dicha innovación una interpretación que tenga en cuenta y pondere los distintos bienes jurídicos - libertad sexual por un lado, integridad física y moral de la persona por otro-, que se trata de proteger con los tipos delictivos agrupados en la norma cuestionada». La ley 15/2003 introduce la conducta de introducción de miembros corporales vía vaginal o anal, incluyéndose por tanto conductas como introducción de dedos o la lengua en dichas cavidades que antes se excluían del concepto de acceso carnal y de la violación.

Tanto la agresión sexual (art. 179 del CP) como el abuso sexual (art. 182 del CP) si bien son diferenciados por el uso, o no, de violencia o intimidación, tienen como elemento común del tipo del injusto, el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, siendo que la inicial redacción del CP de 1995, en el que se hacía referencia y distinguía entre acceso carnal y penetración bucal o anal, fue suprimida por la ya citada LO 11/1999, refiriéndose ahora al acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, lo que permite considerar que ese acceso carnal

supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, alcanzándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad, siendo agresión sexual, si media violencia o intimidación, o sin su consentimiento, o con éste viciado, lo que habría de calificarse como abuso sexual, introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto pasivo.

Siendo ésta la postura que prevaleció en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del TS de 25 de mayo de 2005, que en un supuesto de penetración con menores, tomó el Acuerdo de que es equivalente acceder carnalmente que hacerse acceder (STS 909/2005 de 8 de julio y 476/2006 de 2 de mayo). La cuestión planteada dio lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el CP de 1995 dio a los arts. 179 (agresión sexual) y 182 (abuso sexual), en los que hacía referencia y distinguía entre «acceso carnal» y «penetración bucal o anal», por lo que se entendía que si el sujeto activo «se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del art. 178 o 181, pues el tipo cualificado solo podía cometerlo «el que penetraba». Ahora bien, el legislador, a partir de la reforma de la LO 11/1999, suprimió esa distinción para referirse ahora a «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal», lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, vaginal, anal o bucalmente, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual),

introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo.

ATENCIÓN. La expresión acceso carnal ha venido siendo interpretada por la doctrina mayoritaria en cuanto ayuntamiento o cópula sexual, equivalente a acoplamiento sexual exige que uno de los sujetos activo o pasivo sea hombre, cabe que sean dos hombres, pero no dos mujeres, que sí pueden cometer las conductas de introducción de miembros u objetos vía vaginal o anal.

Según reiterada jurisprudencia basta para consumar el delito una introducción parcial del pene que alcance los labios de la vulva ya que forman parte de la vagina aunque lo sea en su porción externa [STS de 13 octubre 2001, 23 mayo de 2002, 19 diciembre 2003, y SAP de Salamanca (Sección 1.ª), núm. 10/2008 de 27 mayo]. Por tanto, para el acceso vaginal como anal es aplicable la antigua doctrina mayoritaria que entendía para su apreciación la conjunctio membrorum, sin exigir que la inmissio penis fuera completa, siendo indiferente la inmissio seminis. En caso de desproporción de órganos la jurisprudencia ha apreciado la tentativa (como en la STS 1532/2005 de 26 diciembre).

La STS de 7 de julio de 2000 señala que «el acceso carnal que integra el tipo cuando se consigue con violencia o intimidación es, en primer término, la cópula en que se unen los órganos genitales del varón y la mujer mediante la penetración del miembro viril en la vagina; en segundo lugar, la penetración anal o bucal del miembro viril, en cuyos supuestos el sujeto pasivo, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, puede ser indistintamente una mujer o un varón». Añade que la jurisprudencia de esta Sala 2.ª viene reiteradamente manifestando que el acceso carnal no depende de circunstancias anatómicas, sino de consideraciones normativas y que, por tanto, no es necesario para su consumación una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos. Se trata, por el contrario, del momento en el que ya se ha agredido

de una manera decisiva el ámbito de intimidad de la víctima representado por las cavidades de su propio cuerpo.

«Nuestra jurisprudencia actual no requiere que la penetración en el delito de violación haya traspasado los límites del llamado coito vestibular. Sin embargo, en todo caso se requiere una penetración y ello comporta que haya habido introducción del pene en la vagina o en la boca. Es cierto que no hay ninguna razón idiomática que indique que la vagina no comienza en un cierto lugar interno de su cavidad, sin embargo, en todo caso, existe una razón jurídica que surge del texto legal del art. 179 CP, en tanto que este requiere acceso carnal del autor en la víctima y, por lo tanto, impide la subsunción de conductas que no alcanzan ese grado de ejecución».

Dice la STS de 13 de octubre de 2001: «Tiene declarado esta Sala que existe acceso carnal en los supuestos denominados de coito vestibular que afecta a los órganos genitales externos, en cuanto los labios maius y minus forman con la vagina una unidad, de ahí que su contacto periférico, con penetración en el exterior vaginal produzca los mismos efectos penales que la total introducción en la vagina propiamente dicha, y eso es lo que ha sucedido en el supuesto que examinamos en cuanto se expresa en el relato fáctico que le introdujo el pene en los labios vulvares, eyaculando seguidamente sobre los órganos genitales, extremos de los hechos probados que han quedado debidamente acreditados».

Por lo demás debe tenerse en cuenta que para fijar la consumación del delito de violación la Ley no la hace depender de la consumación del acto sexual, ni equivaler a ésta. En efecto, no se trata en el tipo penal de la satisfacción sexual del autor, sino del ataque a la libertad sexual de la víctima, de manera que, según la interpretación literal de la expresión «acceso carnal», a que se ha atendido la jurisprudencia, no se ha de depender de la perfección fisiológica del

acto sexual, ni a la cópula sexual completa, para entender en cambio completo o perfeccionado el ataque al bien jurídico y, por lo tanto, consumado el delito. Por esa razón ha reiterado el TS, elaborando una doctrina consolidada, que la consumación de este delito no requiere que la penetración del miembro viril sea completa, bastando la introducción más o menos profunda, sin que se precise la originación de la eyaculación sexual, ni siquiera la rotura más o menos completa del himen y que es bastante si se produce la conjunción de órganos genitales, aun sin traspaso de la zona vestibular femenina [SAP de Madrid (Sección 5.ª) núm. 108/2008 de 1 octubre].

La SAP de Madrid (Sección 3.ª) núm. 111/2006, de 21 marzo, dice que la agresión ha sido consumada, aunque la penetración no fuera íntegra ni el procesado alcanzara su propósito lúbrico, sin duda ante la fuerte hemorragia producida a la víctima. Basta a estos efectos con el contacto en la zona introito vaginal (STS 29 de marzo de 1999, 10 de julio de 2001, 23 de enero y 13 de mayo de 2002, 29 de marzo, 22 de octubre de 2004, 17 de marzo, 28 de abril y 27 de mayo de 2005), obviamente producido en este caso a la vista del desgarro de 4,5 cm causado en la cara interna de la vagina. E igualmente, aunque el procesado no eyaculara en el interior de la víctima, pues la consumación de esta figura no depende de que el autor alcance sus objetivos particulares, referidos a la satisfacción que pretende, sino cuando se produce el contacto corporal sexual entre el autor y la víctima descrito en el tipo, que ésta tiene que soportar en virtud de la violencia o intimidación empleadas por aquél (STS de 19 de marzo de 2004). Desde otro punto de vista, la eyaculación no constituye un elemento del tipo (STS de 14 de noviembre de 2002).

La SAP de Las Palmas (Sección 1.ª) núm. 15/2008 de 11 febrero señala: «La vía vaginal del nuevo Texto legal se utilizó para distinguirla de las vías anal y bucal, que pasaban a integrarse en la definición delictiva sin intención de hacer una acotación o señalamiento de un límite anatómico, y debe ser pacificada a



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

cavidad genital femenina en la que se integran, como se ha explicado, los genitales internos y externos por la razón finalística de que la penetración no consentida, aunque no traspase la zona vestibular que tiene por frontera el himen, ya atenta con plenitud de efectos contra la libertad sexual de la menor y en cualquier caso, lesiona o agravia su intangibilidad sexual y su intimidad». Añade «que no se sabe cuánto se introdujo, sólo que llegó a introducirse, aunque fuera de modo instantáneo, lo que ya constituye consumación conforme a nuestra jurisprudencia, porque los labios mayores y menores forman en la vagina una unidad, de ahí que ser contacto periférico, con penetración en el exterior vaginal, produzca los mismos efectos periciales que la total introducción en el interior. Por tanto, pese a que fisiológicamente no hubiera un coito completo, el abuso sexual debe estimarse consumado, según lo acertadamente argumentado en la sentencia impugnada, conforme a la doctrina de esta Sala que entiende que si se produce conjunción de órganos genitales de varón y mujer, aun sin traspaso de la zona vestibular femenina, el delito de violación, o abuso sexual, queda consumado (STS 20.7.2001)».

El acceso carnal vía bucal o anal, igualmente, precisa la introducción del pene en dichas cavidades. De acuerdo con la jurisprudencia que lo interpreta, como expone la STS de 23 de enero de 2002, que cita la de 19 de junio de 2000, «no es absolutamente imprescindible que la penetración más allá de la zona del esfínter produzca necesariamente signos externos de dilatación»; añadiendo que por otro lado la consumación delictiva se produce por la introducción del pene en el orificio anal, sin que sea necesario que llegue a determinada zona. Debe recordarse que la Jurisprudencia de la Sala 2.^a, viene reiteradamente manifestando que el acceso carnal no depende de circunstancias anatómicas, sino de consideraciones normativas y que, por tanto, no es necesario para su consumación una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos. Se trata, por el contrario, del momento en el que ya se ha agredido de una manera decisiva el ámbito de intimidad de la víctima representado por

las cavidades de su propio cuerpo. La STS de 13 de mayo de 2002 aprecia el coito oral consumado cuando el pene traspasa la línea de labios aunque no la de los dientes, y la STS de 23 de enero de 2001 en coito anal cuando el pene se introduce en el orificio anal.

Y en la SAP de Castellón (Sección 1.ª) núm. 31/2005 de 8 septiembre, que recoge la doctrina antes referida, en un caso de una menor de 3 años y medio, como se dictamina por los forenses, hubo una pequeña fisura en el ano que solo tiene explicación en el intento que el acusado hizo por penetrar, en cuanto fuera posible, su miembro viril, en dicha cavidad.

La SAP de Cuenca (Sección 1.ª) núm. 2/2007 de 22 enero, en lo referido al grado de ejecución del delito de violación, señala que «nos encontramos ante una tentativa inacabada en los términos del art. 16 del CP dado que falta el último acto ejecutivo, cual es la penetración vaginal en el intento realizado por un acusado y la penetración bucal en el intento realizado por otro, que en este tipo delictivo, de haberse realizado, hubiera ya supuesto consumación al no exigirse un ulterior resultado distinto al último acto ejecutivo. Refieren las defensas que se trata en ambos supuestos de una tentativa inidónea de violación, puesto que ambos acusados no tenían el pene erecto no pudiéndose por tanto consumarse el delito por no poder realizarse el último acto ejecutivo referido. Tal argumento necesariamente ha de decaer. La jurisprudencia viene sosteniendo reiteradamente que la falta de erección por la ingesta de alcohol, drogas o fármacos se reputa accidental, y sólo la falta de erección permanente como consecuencia de una patología crónica o persistente puede conllevar la inidoneidad de la penetración (SAP Almería 28-10-2004 en desarrollo de la doctrina del TS, STS 3-10-1997). Desde esta perspectiva no existe dato alguno en la causa que permita afirmar que los acusados sufran algún tipo de patología que suponga una dificultad permanente para alcanzar la erección. Es más, ambos acusados refirieron que tenían relaciones sexuales normales, lo

que permite inferir que la falta de erección fue coyuntural, siendo en cualquier caso la causa esencial y eficiente de la falta de penetración vaginal el que la acusada cerrara fuertemente las piernas».

En cuanto a la introducción de objetos se plantea la duda de cuáles han de ser los medios comisivos. Por tales deben entenderse los cuerpos sólidos y los instrumentos y con cierta connotación sexual, no siéndolo por ejemplo si se introduce droga para transporte. De ahí que algún autor sostenga que por objeto debe entenderse todo elemento material que el sujeto activo identifique o considere sustitutivo del órgano genital masculino cuando lo utilice para satisfacer sus deseos sexuales, con independencia, en principio, de la contundencia del mismo. Los miembros corporales, como la lengua o los dedos, se asimilan, a raíz de la reforma de la LO 15/2003, solventándose la duda de si se incluían o no por extensión en el concepto de objeto, que ya la FGE en Circular 2/1990 excluía.

En cuanto al desistimiento voluntario es de aplicación el art. 16.2 CP que declara exento de responsabilidad penal por el delito intentado a quien evite voluntariamente la consumación del delito bien desistiéndose de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados si estos fueren constitutivos de otro delito o falta.

La resistencia de la víctima no es elemento del tipo. Ya en Pleno no jurisdiccional del TS de 24-5-1991 se dijo que debía eliminarse toda referencia a la resistencia de la víctima. Insistiendo en la misma, no debe exigirse cuando la inacción viene provocada por una amenaza contra la vida, siendo suficiente esta coacción psíquica para configurar el tipo, de manera que es suficiente para integrar la figura delictiva la manifiesta y explícita oposición de la víctima, pese a lo cual el agente persiste en los propósitos, venciendo por la fuerza esa

oposición y la resistencia ofrecida, aunque esta fuera una resistencia pasiva porque lo esencial es que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima porque obra conociendo su oposición, toda vez que incluso para superar esta resistencia meramente pasiva el agresor necesita utilizar la fuerza o la energía muscular, por escasa que ésta sea, sobre el cuerpo de la víctima para conseguir el objetivo propuesto (STS 935/2006 de 2 octubre).

Por ello lo esencial será constatar la ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo de elegir y practicar la opción sexual que prefiera en cada momento, sin más limitación que el obligado respeto a la libertad ajena, así como la de escoger con quién ha de realizar los actos relativos a su opción sexual y de rechazar las proposiciones no deseadas y repeler los eventuales ataques, debiendo hacerse constar que no es exigible ni siquiera que se resista o que manifieste una actitud pasiva de no colaboración, pues incluso puede darse la intimidación con la presencia de una actitud activa, cuando la conducta sexual se impone mediante actos tendentes a vencer la negativa de la víctima.

Así, por ejemplo, en la SAP de Madrid (Sección 6.ª) núm. 303/2004 de 3 junio, la conducta enjuiciada reúne también los requisitos de un delito de violación pues la víctima se vio obligada a tener acceso carnal con el procesado y a fingir que volvería con él como única forma de escapar a la situación de privación de libertad que sufría, vulnerando así el procesado la libertad sexual de la mujer, es decir, el derecho de la misma a no verse involucrada, sin su consentimiento y por otra persona, en una relación sexual que ni era querida ni consentida, siendo suficiente el hecho de forzar el cuerpo de otra persona cuando se es consciente de su oposición para entender que concurre violencia, según expresa la jurisprudencia del TS.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

Como señala la misma STS 5/2007, «es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas». En parecidos términos, la STS 935/2006, de 2 octubre, con referencia a la STS 19.3.2004 y la STS 31.3.2004, señala que «la violencia empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que deba presentar caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que hasta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si este ejerce una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria, pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta». Y en cuanto a la falta de resistencia de la víctima, precisa, con apoyo en otra jurisprudencia anterior, que «es suficiente para integrar la figura delictiva que la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en los propósitos, venciendo por la fuerza esa oposición y la resistencia ofrecida aunque esta fuera una resistencia

pasiva porque lo esencial es que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima porque obra conociendo su oposición, toda vez que incluso para superar esta resistencia meramente pasiva el agresor necesita utilizar la fuerza o la energía muscular, por escasa que ésta sea, sobre el cuerpo de la víctima para conseguir el objetivo propuesto» (STS 20.3.2000).

La SAP de Madrid (Sección 1.ª) núm. 292/2008 de 24 junio, recoge la anterior doctrina en un supuesto donde se presta consentimiento a besarse pero no a practicar coito, de manera que nada obsta a la apreciación del delito un consentimiento inicial y que luego sea revocado.

El delito de agresiones sexuales con acceso carnal no es un delito de propia mano, como se anticipó, y que admite, por lo tanto, tanto la coautoría como la autoría mediata. De ahí que la jurisprudencia, en casos de comisión de la conducta por varios sujetos con sucesivas penetraciones, entiende que cada uno de ellos es responsable no solo del delito cometido por su yacimiento, sino de tantos como los cometidos por los restantes como cooperador necesario. Por lo tanto, todos son autores de las acciones de agresiones sexuales a las que los demás cooperaron (STS 267/2008 de 23 mayo).

En tema de continuidad delictiva, la STS 48/2009, de 30 enero, señala que «esta Sala ha repetido una y otra vez que es apreciable un solo delito de agresión sexual cuando bajo la misma situación de violencia entre un único sujeto activo y pasivo y en el mismo marco espacio-temporal, se han producido varios actos de acceso carnal por distintas vías (véanse STS 626/2005 de 13 de mayo; 820/2005 de 23 de junio; 1043/2005 de 20 de septiembre; 76/2006 de 31 de enero, y 1255/2006 de 20 de diciembre). Tal situación podría calificarse de «unidad natural de acción» en cuanto estamos ante el desarrollo de un mismo impulso erótico o episodio de desahogo y satisfacción sexual sin apenas solución de continuidad». Sin embargo, la jurisprudencia venía estimando de

forma excepcional la continuidad delictiva en casos de vulneración repetida, pero también distinta, del bien jurídico protegido a través de acciones determinadas por un dolo similar, pero reproducido en cada uno de los casos.

En particular ha apreciado la continuidad en el delito de agresión sexual en los casos en que concurrieran las siguientes situaciones:

- a) Cuando se produce repetición de actos sexuales de manera seguida e inmediata con el mismo sujeto pasivo.
- b) Si ello acontece en el marco de la misma ocasión, con análogas circunstancias de tiempo y lugar bajo la misma situación de fuerza o intimidación.
- c) Cuando todos los actos respondan también al mismo impulso libidinoso no satisfecho hasta la realización de esa pluralidad delictiva.

Por último, la Sala 2.^a ha venido afirmando que la excepcionalidad en la continuidad delictiva ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, negándose cuando pueda apreciarse una individualización manifiesta de cada uno de los actos por responder a impulsos eróticos diferenciados, porque cada brote sexual haya aparecido de forma intermitente, con acaeceres o lapsus temporales intermedios que vienen a aislar y a dotar de significación propia a las diversas agresiones sexuales.

No debe olvidarse que el apartado tercero del art. 74 CP excluye de la continuidad delictiva las infracciones que supongan un ataque a bienes eminentemente personales, por lo debe ser interpretado de forma restrictiva y más siendo una excepción a la excepción, esto es, que aun tratándose de bienes personales, y por ende susceptibles de exclusión, puede operar la

continuidad delictiva, atendiendo a la naturaleza del hecho y del precepto infringido, siempre que afecten al mismo sujeto pasivo.

El ATS núm. 266/2009 de 29 enero, recuerda la doctrina de la Sala que ha considerado un delito unitario y no continuado en los supuestos de varias penetraciones por la misma o diferentes vías anatómicas cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose las acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal, sin que exista prácticamente solución de continuidad entre unas y otras, correspondiendo el conjunto de éstas a un dolo unitario, no renovado, que abarca una misma situación, y no diversas ocasiones idénticas que caracteriza la continuidad, entendiéndose que en dichas circunstancias no hay una pluralidad de acciones, sino una sola desarrollada de modo progresivo según el concepto de unidad natural de la acción (SSTS 1043/2005, y 1091/2005).

En cuanto a concursos:

- Desaparecido del CP de 1995 el delito de rapto, pueden plantearse problemas concursales con las detenciones ilegales. Es criterio del TS señalar «como dato diferenciador de la agresión sexual y la detención ilegal, que la privación de la libertad deambulatoria exceda temporalmente de la que tuviera por finalidad la consecución del propósito libidinoso. Por tanto, la mera retención necesaria para realizar la agresión sexual quedará absorbida en esta».

La doctrina del TS viene considerando, entre otras, en STS de 10 de julio de 2007, que: «La autonomía del delito de detención ilegal supone que la privación del derecho fundamental a la libertad tenga una existencia sustantiva y propia, con independencia de la propia retención derivada de la agresión sexual. Por ello, cuando el tiempo y circunstancia de la detención exceden con mucho del que era preciso para la comisión de la violación, la detención adquiere una entidad propia e independiente del delito anterior y ha de ser penada por



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

separado, máxime si la detención tuviera por objeto otros fines distintos del de atentar contra la libertad sexual. Ahora bien, la detención ilegal exige como elementos necesarios para su existencia: el objetivo de "encerrar" o "detener" a una persona privándola de la libertad, y el subjetivo, de dolo o voluntad del sujeto agente de privar a su víctima de la libertad. Por ello el delito de detención ilegal exige ánimo de privar de la facultad deambulatoria a una persona durante cierto tiempo; exige que se actúe "intencionada y dolosamente" (STS 48/2003), con plena conciencia, absoluta y segura de que la detención que realiza es ilegal (STS 135/2003 de 4.2), bien entendido que de una parte el delito de detención ilegal se trata de una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o encierro tuviera lugar, de ahí que en principio el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyecta el delito es indiferente, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio y el ánimo del autor orientado a causarla (SSTS 307/2000 de 22.2, 574/2000 de 31.3, 14/2001 de 16.1400/2003 de 28.10, 1424/2004 de 1.12, 601/2005 de 10.5), y de otra, en cuanto al dolo específico, el elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio a la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de libertad deambulatoria de otra persona (STS 5.6.2002), consecuentemente, comprobada la existencia del dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo, y por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo, siendo irrelevantes los móviles, pues el tipo no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas (SSTS 1267/2003 de 8.10, 1075/2001 de 1.6), si bien resulta obvio que la detención ha de practicarse "contra o sin la voluntad de la víctima", porque si ésta ha accedido a acompañar al agente por su propia voluntad, por ejemplo para aclarar unos hechos, no hay tipicidad penal (STS 1310/2001 de 21.7)». En el caso sometido a enjuiciamiento el acusado no tiene intención de privar de libertad a la mujer.

Su propósito es llevarla a su domicilio a fin de tener relaciones sexuales con ella, de forma que la «pérdida de libertad» de la víctima dura el tiempo estrictamente necesario para cometer el delito de agresión sexual y no tiene, por tanto, entidad propia.

- Cabe concurso medial con el allanamiento de morada, si este es medio para acceder al domicilio de la víctima, afectando, en este caso, a dos bienes jurídicos distintos, la inviolabilidad de domicilio y la libertad sexual.

- También cabe con lesiones que pueden acompañar la agresión sexual sin que pueda tenerse en cuenta el estrés postraumático sufrido por la víctima para la calificación de los hechos como delito de lesiones que, aun cuando requiriera tratamiento médico que hubiera estado prescrito y eventualmente seguido por la víctima, este tipo de afección psicológica se considera consustancial al delito sexual, como así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo y, por lo tanto, suficientemente sancionado con la pena prevista para el mismo [AAP de Madrid (Sección 7.ª) núm. 82/2008 de 22 mayo]. En este sentido el Pleno no jurisdiccional celebrado el 10 de octubre de 2003 examina las secuelas psíquicas de la agresión sexual y ante la posibilidad de un concurso ideal de delitos contra la libertad sexual y de lesiones, acuerda: «Las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil».

- Con vejaciones leves. En algunos casos veniales puede excluirse el delito apreciando esta falta. En la STS 1302/2000 de 17-7 se exponía que para que una agresión sexual pueda ser derivada hacia el capítulo de las faltas en su modalidad de vejación injusta de carácter leve, es necesario que nos

encontremos «ante un ataque de carácter verbal o material en el que el sujeto activo se limite a invadir de modo superficial o leve la intimidad corporal o el patrimonio moral de una persona con actos que revelan un simple propósito de ofender o vejar levemente y sin que sean sugerentes de propósitos más incisivos sobre la libertad sexual de la persona». Incide la jurisprudencia del TS en que el propósito libidinoso, elemento subjetivo, tendrá que ser inferido de la constatación de circunstancias que concurran en cada supuesto, de las cuales una de las más significativas será la zona del cuerpo con la que se pretendía el contacto y la índole objetivamente obscena de contacto perseguido.

- Regla de la inherencia. Los actos de agresión sexual dirigidos a consumir el acceso carnal o la penetración por otras vías quedan absorbidos en el tipo cualificado.

ATENCIÓN. Conclusiones: el tipo genérico del atentado contra la libertad sexual, realizado con violencia o intimidación, recogido en el art. 178 CP, se transforma en la agresión sexual del art. 179, cuando se produce, además, con o a través de acceso carnal, ya sea por vía anal, bucal o vaginal o introducción de objetos o miembros corporales vía vaginal o anal. Los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal son: penetración o acceso carnal por vía vaginal y bucal, empleando para ello violencia o intimidación sobre la persona de las ofendidas, de forma consciente y dolosa por parte de su autor.

El delito de agresión sexual protege una de las manifestaciones más relevantes de la libertad, la libertad sexual, cuyos ataques trascienden, con mucho, de los ámbitos físicos y psicológicos, para repercutir en la esfera psicológica, alcanzando el núcleo más íntimo de la personalidad.

La intimidación, como medio para vencer la oposición de la ofendida, para prescindir de su consentimiento, haciendo caso omiso de la voluntad de la violada, implica la amenaza de un mal o perjuicio para la vida o la integridad

física que sea grave e inmediato, amenaza realizada de palabra o mejor aún mediante actos concluyentes; a tal fin basta con que sea simplemente eficaz para doblegar la voluntad del sujeto pasivo del delito, sin que sea necesario que tal intimidación sea irresistible, y sin que sea tampoco preciso en forma alguna que genere una situación de paralización total o de invencible inhibición psíquica; consecuentemente, tampoco es preciso que se haya opuesto una resistencia activa y que esta haya sido vencida, dado que ello no lo exige el indicado tipo de delito; basta que la intimidación, el temor creado en la víctima, haya sido eficaz y la haya llevado a no oponerse, a adoptar una actitud pasiva y con base en el convencimiento de que en otro caso se le inferiría el mal anunciado.

Y en relación al acceso carnal por vía vaginal o anal, basta para que se consume y según señala la doctrina jurisprudencial, con la inmisión del pene aunque no sea completa o profunda, en la cavidad genital femenina sin exigirse la perfección fisiológica del coito, la cópula normal en su alcance y consecuencias ni por ello la eyaculación.

2.3. Subtipos agravados

La LO 5/10 modifica el párrafo primero en orden a mayor penalidad, de manera que el mínimo pasa a ser de 5 años en vez de 4 años, la circunstancia 3.^a del apartado 1 del art. 180 CP, que añade la discapacidad, y se excluyen los menores de 13 años, habida cuenta de la regulación específica para los atentados contra la libertad e indemnidad sexual de los menores de 13 años que se regulan en el nuevo capítulo II bis, art. 183 CP.

Se establecen 5 subtipos agravados en el art. 180 CP:

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

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

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

3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el art. 183.

4.^a 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.

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

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

Veamos estas agravaciones específicas:

1.^a Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. El CP anterior se refería en el antiguo art. 430 al caso de que «se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios», de lo que resulta que se restringe la aplicación, en primer lugar porque la agravación gira en torno al medio violento

o intimidatorio no hacia la agresión sexual en sí, y por otro no se alude a medios o modos brutales.

En relación a este tipo cualificado debe señalarse, como dice la SAP de Madrid (Sección 2.^a) núm. 540/2008 de 16 diciembre, que si bien toda agresión sexual que se realice por la fuerza o con intimidación, necesariamente supone un grado de brutalidad y determina vejación, menosprecio y humillación para el sujeto pasivo del hecho, el trato degradante supone realizar acciones con el fin de humillar, deshonar, despreciar o envilecer a alguien, afectando a su dignidad humana, revelando con la conducta un especial y cualificado salvajismo o brutalidad, una particular crueldad innecesaria y gratuita que integraría una especial vejación o degradación para la dignidad personal de la víctima agraviada, siempre que ese especial salvajismo y brutalidad refleje un grado tan elevado de perversión del sujeto que justifique una exasperación de la pena.

En el supuesto que analiza la SAP de Madrid, la víctima fue sometida primero a una penetración anal por parte de un acusado, que después, y al mismo tiempo, la penetraron los dos -uno por vía anal y otro por vía vaginal- y posteriormente otra penetración por vía vaginal. Se trata de un supuesto en el que hay varias penetraciones realizadas por dos acusados, donde cada uno es al mismo tiempo colaborador necesario en la penetración llevada a cabo por el otro. Consta el informe de urgencias y el del médico forense en donde se reflejan los desgarros en periné, desgarros en mucosa rectal y desgarró cutáneo en la anal y ha resultado en parte corroborado por el informe del perfil genético. Se mantiene que por parte de los acusados hubo un uso de violencia o intimidación ejercida con un carácter especialmente degradante o vejatorio, esto es, realizar simultáneamente las penetraciones por vía vaginal y anal, lo que supone ese plus que refleja la especial brutalidad llevada a cabo y que

reviste ese carácter degradante o vejatorio para la víctima, por lo que resulta de aplicación el tipo agravado del art. 180.1.1.º del Código Penal.

Sin duda alguna, los delitos de agresión sexual, en general, tienen en sí mismos un componente derivado de su naturaleza que implica necesariamente la degradación, humillación y vejación de las víctimas, en cuanto que mediante el empleo de la fuerza o intimidación se vulnera un ámbito de intimidad y libertad de tanta importancia y trascendencia para la persona como es el de su sexualidad, que «adquieren una intensidad aún mayor cuando la agresión sexual se convierte en violación al consistir en un acceso carnal violento por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías», lo cual «ya ha sido considerado por el legislador, reflejándolo en la Ley al señalar las penas que corresponden a sus autores, y puede ser valorado según las circunstancias de cada caso por el Tribunal en el momento de individualizar la pena». La STS de 11-2-2004 proclama que «la agravación del art. 180.1.ª no se refiere a los actos sexuales realizados, ya de por sí humillantes, vejatorios y degradantes, como decíamos, sino a la violencia o intimidación empleada en su ejecución (STS 530/2001, de 28 de marzo)» y «sólo será apreciable cuando la violencia o intimidación superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, cuando, tal como se dice en el mismo artículo, revistan un carácter "particularmente" degradante y vejatorio. Tal ocurrirá cuando se aprecie, al lado de la conducta descrita en el tipo de los arts. 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos, o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual».

La SAP Barcelona de 2 julio 2008 que desestima la aplicación de este tipo, señala que «no significa que la agresión cometida no tenga carácter humillante

o vejatorio, pues éste es consustancial a cualquier agresión sexual, sino tan sólo que la humillación provocada no merece un aumento de pena en atención a la "particular" intensidad de la misma que debe valorarse teniendo en cuenta no sólo la afección subjetiva que pueda haber provocado en la víctima, sino en especial el plus de gravedad objetiva que presenta la conducta respecto de la propia del tipo básico, es decir, respecto de la que pueda contener cualquier agresión sexual con penetración».

2.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. La esencia de la agravación se fundamenta en la actuación de 2 o más personas, en grupo, que hacen más dificultosa las posibilidades de defensa de la víctima. Se requiere que la actuación sea conjunta, con acuerdo previo o simultáneo, aunque no se exige que todos consumen el acto sexual. Basta la colaboración.

La agravación se entendía compatible con la postura antes mencionada que considera a cada uno de los agresores autor material por la personalmente efectuada y cooperador necesario respecto de cada una de las realizadas por los integrantes del grupo, fundamentándose en que de castigar solo la agravación, la necesaria cooperación quedaría impune. La STS de 16 de octubre de 2002, entiende que no se infringe el non bis in eadem. Sin embargo, tal cuestión no es pacífica.

La SAP Valencia de 27 octubre 2008, condena por tres delitos de violación del art. 179 del CP, cometidos respectivamente por cada uno de los acusados, ya que tuvieron relación sexual completa por vía vaginal o anal con la víctima, y tales hechos fueron realizados por la actuación conjunta de dos o más personas. Además añade, «según reiterada jurisprudencia, cada uno de los acusados actuó como cooperador necesario en la violación realizada por los demás, dado que contribuyeron causalmente a la ejecución de tales hechos, no

sólo por su misma presencia física sino porque sujetaron materialmente a la víctima, que quedó inmovilizada y permitieron que los demás consumaran sus respectivas violaciones». Señala la referida sentencia que «sostiene el Ministerio Fiscal que las violaciones cometidas por cada uno de los acusados en concepto de autores materiales o directos, no como cooperadores necesarios, están agravadas por la concurrencia del subtipo agravado del art. 180.1.2.^a del CP. Pero como sea que cada uno de los procesados ha sido acusado no sólo en calidad de autor directo de su propia violación, sino también como cooperador necesario de las violaciones perpetradas por los demás acusados, se estima que la aplicación de ese subtipo agravado significaría una vulneración del principio non bis in idem. Esto es, en definitiva, lo que ha señalado la jurisprudencia, afirmando que se produce una vulneración del principio non bis in idem cuando se produce una doble condena a cada uno de los distintos intervinientes en los hechos, en un caso como autor material de la agresión sexual por el acto propio y en otro caso, y además, como cooperador necesario en el acto del codeficiente. La estimación de ser autor por cooperación necesaria se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo o, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige al menos una dualidad de personas, por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado (STS 481/04, 7-4; 686/05, 2-6, 938/05, 12-7, 975/05, 13-7)».

Sin embargo, la STS 267/2008 de 23 mayo, ya referida declara en caso análogo que todos son autores de las acciones de agresiones sexuales a las que los demás cooperaron.

3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el art. 183. La LO 5/10 excluye la especial vulnerabilidad de los menores de 13 años en este precepto y en el apartado 2 del art. 181 CP. El texto anterior derogado por la

LO 5/10 señalaba: «3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años». Se establecía una presunción iuris et de iure de dicho estado de vulnerabilidad siempre que la víctima fuera menor de trece años («en todo caso»). La aplicación de la agravación era automática, por la concurrencia del dato biológico de la edad. Con la creación de un capítulo específico para los menores de 13 años esta agravación deja de tener sentido al ser de aplicación el nuevo precepto del art. 183 CP, si bien cabe su aplicación para los mayores de 13 años en situación de vulnerabilidad.

La agravación radica en la debilidad y vulnerabilidad de la víctima, por la edad, que abarca tanto a personas mayores de 13 años como a personas de avanzada edad siempre que exista esta situación de vulnerabilidad, enfermedad (debilidad mental) o situación (ejemplo: persona embarazada). Si es menor de 13 años es de aplicación el art. 183 CP.

La SAP Barcelona de 22-2-08, destaca que dicho artículo pone el énfasis de tipicidad en la necesidad de que el sujeto pasivo sea vulnerable en unos términos «especiales» («especialmente», dice el precepto), lo cual indica que no cabe una vulnerabilidad que pudiéramos llamar genérica o abstracta. Se necesita algo más. También pone de manifiesto que como toda figura dolosa parece evidente que el subtipo agravado de que se trata, ha de estar presidido por el dolo del agente, que ha de abarcar necesariamente, puesto que se va a aprovechar de ello, el conocimiento de las concretas circunstancias de vulnerabilidad de la víctima. Después de analizar los extremos fácticos entiende que no existía esa situación de «especial» vulnerabilidad que exige el precepto; tampoco, dicho en otros términos, una segura y patente indefensión. Puede aceptarse que podía haber cierta vulnerabilidad por razón de la diferencia de edad, pero no que la misma fuese «especial».

La STS 32/2007 de 26 de enero señala que no debe pasar desapercibida la expresión increíblemente genérica y vaga de la delimitación descriptiva de la agravatoria: «especial vulnerabilidad por razón de la situación», que además debe ser interpretada en un contexto agravatorio. Ello hace que el criterio hermenéutico determinante haya de ser necesariamente de carácter restrictivo, resolviéndose cualquier duda en el sentido de excluir la estimación de la circunstancia exasperativa. No aprecia la agravación en un supuesto donde se dice que «la víctima era especialmente vulnerable, al aprovechar el acusado la situación en que se encontraba la vivienda de ausencia de moradores, al haberse ausentado la madre de la menor y quedarse solos el agresor y la víctima en situación de indefensión para la agredida, que no podía acudir al auxilio de su madre, de haberse encontrado en casa, o de cualquier otra persona que circunstancialmente se encontrase en la misma. De tal forma que la soledad de la víctima, circunstancia propicia para lograr no solo la impunidad del agresor, sino desproveer del menor atisbo de ayuda para la víctima, configuraba una situación que satisface la finalidad del precepto agravatorio cuando la vulnerabilidad de la víctima adquiere carácter especial ante la situación que el agresor aprovecha, derribando el muro defensivo de la agredida que hubiere tenido al no estar sola con el agresor en la vivienda». Señala que los argumentos sólo nos hablan de una situación facilitadora de la comisión del delito, pero no de la especial vulnerabilidad. Es lógico que éste y otros delitos de igual naturaleza se cometan en la intimidad, fuera de la vista de terceros, pero si acudimos a los hechos probados, el único dato relevante para la aplicación de la cualificativa es la diferencia de edad entre agresor y agredida. Mas, si no se llevan a cabo más especificaciones, el que la víctima tuviera 15 años no la coloca automáticamente en situación de especial vulnerabilidad; sería más vulnerable que si fuera mayor de edad o si fuera de una gran envergadura corporal o especial preparación física para la defensa, etc., pero no resultaría claramente definida la especial vulnerabilidad. Téngase

presente que el término o expresión debe interpretarse de modo que sea equiparable a la enfermedad o a la edad inferior a 13 años, habida cuenta que ésa ha sido la referencia desvalorativa del legislador. La única razón de la agravatoria, según el tribunal, es la soledad de la casa y de la víctima, cuando ni se ha precisado que existan vecinos o pudieran llegar en cualquier momento, ni la ubicación del inmueble o la facilidad o dificultad de pedir auxilio. El MF apoya el motivo y no interesó en su momento la agravación, por entender que la situación contextual en que se cometió el hecho es la que suele acompañar ordinariamente a esta clase de infracciones, y no le falta razón.

La STS 971/2006 de 10 de octubre, decía que es preciso acreditar la existencia de una vulnerabilidad o en la enfermedad, o en la cláusula excesivamente abierta que supone la «situación», que patenten una disminución e importante merma de la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima. En definitiva, esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual. Por ello insiste nuestra jurisprudencia (por todas, STS 695/2005, de 1 de junio) que es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso, para acreditar la existencia de tal vulnerabilidad que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio non bis in idem al valorarse una misma circunstancia o modus operandi dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico del art. 178, y otra para cualificarlo como subtipo agravado del acuerdo 180-1-3.º.

Por tanto, deberán tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. En ocasiones, la Sala 2.^a ha estimado la improcedencia de este tipo agravado cuando, por ejemplo, el dato de la corta edad de las menores se tuvo en cuenta para justificar una intimidación suficiente por parte del sujeto activo,

porque no puede de nuevo valorarse la edad para justificar la aplicación de especial vulnerabilidad del tipo agravado del art. 180-1-3.º -en tal sentido, STS 1697/2000 de 9 de noviembre, la STS 170/2001 de 13 de febrero, la STS 2112/2002 de 16 de diciembre y 1341/2003 de 17 de octubre-, que declaró la violación del principio non bis in idem al haberse utilizado la discapacidad psíquica de la víctima para excluir el consentimiento, y, además, para aplicar el subtipo de especial vulnerabilidad.

Por contra, en otros casos se ha apreciado la compatibilidad en supuestos en los que, en relación a una situación de abuso sexual, se estimó que a la situación de prevalimiento derivada de la menor edad de la víctima -181.3.º-, se sumaba como hecho añadido diferente la especial vulnerabilidad para ésta derivada de la protección que le brindaba el abusador frente a la madre de la víctima con quien éste mantenía unas tensas relaciones -STS 8/2001 de 12 de enero- o la STS 393/2003 que estimó la compatibilidad de ser la víctima menor de 13 años y el prevalimiento del 181-3.º por ser el abusador ascendiente de la víctima. En definitiva se trata de verificar la existencia de una doble y diferente realidad que justifique el plus de culpabilidad y de punición.

Otra cuestión que se aborda en la STS 667/2008 de 5 noviembre, es en relación al art. 67 CP que establece la prohibición de doble valoración de las circunstancias típicas en el momento de la individualización de la pena. La razón de este precepto es clara: cuando el legislador ha contemplado en la descripción típica una circunstancia determinada, también ha considerado su concurrencia al fijar la consecuencia jurídica del delito. En este punto la doctrina es prácticamente unánime. De la ratio legis del art. 67 CP se deduce rápidamente que la edad de la víctima no es un elemento del tipo penal del art. 179 CP. En este sentido se debe señalar que, en principio, no es posible considerar que la edad de la víctima sea un elemento típico implícito en la violencia o en la intimidación. Sin embargo, cuando en el caso concreto la edad

haya sido un elemento esencial, entre otros, que el tribunal ha tenido en cuenta para establecer la intimidación, es preciso admitir que existe una vinculación tan estrecha entre el elemento típico y la circunstancia agravante que la situación es materialmente idéntica y una mera consideración de la edad como circunstancia agravante, vulneraría el principio de la prohibición de doble valoración de las circunstancias (STS 507/1998 de 28.5). En definitiva, como recuerda la STS 2012/2002 de 2.12, ciertamente que la edad no es elemento del tipo del art. 178, por lo que no es aplicable al caso el art. 67 CP pero ocurre que esa edad que tenían las víctimas constituyó el elemento esencial integrador de las correspondientes intimidaciones. La situación de intimidación creada en cada caso solo fue posible por la edad de las víctimas que se encontraban frente a un hombre adulto, solas con él en el interior de un ascensor. Sin la circunstancia de la edad no le habría sido posible al agresor crear esas situaciones de intimidación.

En el caso de la STS 667/2008, salvo la edad del menor cuando se iniciaron los hechos que se repitieron durante casi 5 años, esto es próximo a cumplir los 17 años, no existen datos en la sentencia que puedan justificar su especial vulnerabilidad, la relación profesor-alumno ha sido valorada para configurar el tipo agravado del apartado 4 del art. 180.1 CP y la edad se ha utilizado para justificar la intimidación por parte del procesado en la advertencia por su parte de divulgar a sus padres y amigos lo sucedido, lo que unido a los gritos y gestos violentos doblegó su voluntad, lo que con casi seguridad no había sucedido de ser la víctima mayor de edad. Por ello si se vuelve a tener en cuenta esas condiciones personales del menor para la aplicación del tipo agravado del art. 180.1.3 se está vulnerando lo dispuesto en el art. 67 CP y se está valorando el mismo dato dos veces, con violación del principio non bis in idem (STS 1697/2000 de 9.11). Criterio similar, edad tomada en cuenta para la falta de consentimiento (STS 1357/2005 de 14.11). Víctima que supera escasamente los 13 años, sola y a la que se amenaza con echar a su familia

del piso que ocupan: circunstancias tenida en cuenta para apreciar la intimidación (STS 169/2006 de 8.2). Víctima de 13 años, a quien se crea una situación de temor al ser descubierta dentro del colegio en horas no lectivas, es ese el elemento intimidatorio imprescindible para que nos hallemos ante un supuesto de agresión sexual: tipo ordinario (STS 761/2004 de 17.6).

La STS 350/2006, de 22 de marzo, dice que la aplicación de la agravante de aprovechamiento de la especial vulnerabilidad de la víctima exige un examen previo de esta circunstancia que tiene vertientes más objetivas que subjetivas. Asimismo es necesario que el autor se prevalga de forma intencional, consciente y voluntaria de la situación que objetivamente es apreciable y que subjetivamente se conocía. Añade que el prevalimiento de la especial vulnerabilidad de la víctima está más en relación con las ventajas que esta circunstancia proporciona al autor para conseguir más fácilmente sus propósitos ante la indefensión de la víctima. Su aparición está más relacionada con posibles abusos no consentidos que con la fuerza o intimidación.

Por otra parte, la STS de 30 de octubre de 2005, declara acerca de la concurrencia de esta circunstancia por la edad de la víctima: «el dato objetivo de la diferencia de edad no es suficiente para crear, sin más, una situación de superioridad, pues también se ha dicho por esta Sala que es necesario que el desnivel y la posible disparidad de madurez entre una y otra persona, hayan sido aprovechadas por la de más edad, para obtener un consentimiento que, de otra forma, no se hubiera logrado (STS 15.10.2001). Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha

deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta». Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al caso, no se aprecia que la edad de la menor al comenzar a tener relaciones con el acusado -13 años- la colocara en una situación de especial vulnerabilidad, sino que fue el prevalimiento derivado de la situación de parentesco el que facilitó el acceso carnal con la menor. Circunstancia que ya está comprendida en el tipo penal del art. 181.4.

4.^a 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. La razón de ser de esta agravación se justifica por el plus de antijuridicidad y culpabilidad que denota una agresión sexual en el marco de una relación familiar por la mayor facilidad que dicho escenario supone y por el quebrantamiento de los especiales deberes de respeto y dignidad que se derivan» (STS de fecha 27 de octubre de 2004, y SAP Alicante de 7 marzo 2008).

No cabe apreciar, sin embargo, la circunstancia de prevalimiento por razón de parentesco, al colateral por afinidad que no parece estar incluido en el precepto agravatorio, el cual, únicamente hace referencia a ascendientes, descendientes o hermanos, incluyendo dentro de este grupo tanto a los hermanos por naturaleza o por adopción como a los afines con la víctima, pero no a otros colaterales por afinidad como son los tíos políticos (STS 1769/2001 de 5 de octubre).

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

corresponder por la muerte o lesiones causadas. Se exige el uso del arma que se cumple con la función meramente intimidatoria sin que sea preciso el uso efectivo. En este sentido, señala la SAP Barcelona de 2 julio 2008, que conforme a una interpretación restrictiva de este tipo cualificado con la que está en sintonía la jurisprudencia constante del TS, para su aplicación no basta con el mero empleo de un arma o instrumento análogo, sino que es preciso que ello comporte una especial y objetiva peligrosidad para la víctima, que por supuesto, haya sido objeto de prueba y que justifique el salto de la pena prevista en el tipo básico. En atención a ello -y partiendo de que el tipo básico de agresión sexual con intimidación puede cometerse mediante la exhibición de medios peligrosos por parte del agresor con los que dar muestra de las posibilidades reales de llevar a cabo la amenaza proferida- no tendría sentido tener en cuenta sistemáticamente ese mismo dato para aplicar el tipo cualificado. Por consiguiente, y como así lo declara reiterada jurisprudencia del TS, sólo procede aplicar el tipo cualificado cuando el medio peligroso empleado no sólo sirve para amedrentar a la víctima y atentar contra su libertad sexual, sino que además pone en específico y probado peligro su integridad física, pues sólo en ese caso se va más allá de lo consustancial al tipo básico, exigiendo un plus de gravedad respecto del propio tipo básico. Por esa razón, la jurisprudencia restrictiva a la que se ha hecho referencia, tiende a apreciar este tipo cualificado en supuestos en los que existen muestras bastantes del peligro para la integridad física de la víctima por haberse empleado tal instrumento no sólo para amenazar sino también para lesionar.

Así, por ejemplo, rechaza la concurrencia de la misma, la STS 21 febrero 1998, en un supuesto en que el agresor puso un cuchillo en el pecho de la mujer con el que le corta las ropas que vestía, pues no se considera que comportara un peligro para su vida o integridad física; igualmente, la STS 25 abril 2001, en un supuesto en que se coloca en el cuello de la víctima un cuchillo de 17 cm para vencer su oposición. Sin embargo, la aprecia la STS 25 enero 2001 y la STS 21

mayo 2001, en un supuesto en que el agresor a fin de lograr el fin sexual coloca el cuchillo en el cuello de la víctima, amenazándola con clavárselo y cortarle un pecho y utilizándolo para cortarle las bragas y causarle múltiples cortes en diversas partes del cuerpo, incluso más allá de la fase propia de la intimidación típica; así mismo, en un supuesto similar en el que además se causan lesiones (STS 4 abril 2001). Por tanto, la aplicación de esta agravante específica resulta una cuestión controvertida en determinados casos, dada la propia dinámica comisiva inherente a tales delitos.

La posición jurisprudencial al respecto aparece razonada en la STS de 23 de marzo de 1999 en los siguientes términos: «La experiencia judicial nos enseña que en la inmensa mayoría de las agresiones sexuales mediante intimidación, el medio empleado por el autor del hecho para quebrar la voluntad de la víctima y someterla a sus deseos no es otro que la amenaza contra la vida o la integridad corporal de aquélla, utilizándose a tal fin instrumentos como navajas, cuchillos, punzones y un sinfín de objetos perfectamente aptos para causar la muerte o lesiones graves. Este modus operandi puede considerarse como estándar por su frecuencia, y en tal condición, esta clase de ilícitos, en general, estarían comprendidos en el tipo básico del atentado con intimidación contra la libertad sexual que contempla el art. 178 CP, precisamente por ser el modo más habitual de intimidación en esta clase de ilícitos. Es cierto que el núm. 5 del art. 180 CP exacerba la pena a aplicar cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones, lo que obliga a plantearnos la duda de si la aplicación indiscriminada de este precepto no llevaría a pervertir la voluntad del legislador elevando a la categoría de regla general lo que se contempló por la mens legislatoris como una excepción. En este sentido adquiere particular relevancia la inclusión por el legislador en el texto que comentamos del término especialmente peligroso, expresión esta que no figura en otros preceptos del Código en los que se contemplan supuestos en los que el autor del delito utiliza

medios peligrosos (sin adjetivar) para la ejecución del hecho. Valga citar como ejemplo el art. 242.2 CP, en el que se establece una agravación de la pena por el delito de robo cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare.

Cuando el legislador introduce en la descripción de la acción típica del art. 180.5 la novedad del adjetivo especialmente está manifestando su voluntad de que no todo medio peligroso susceptible de producir la muerte, o las lesiones que menciona, deba ser incardinado en este subtipo agravado, sino únicamente aquel que lo sea especialmente.

No se puede desconocer la realidad de que existe una infinita variedad de objetos y utensilios que son susceptibles de producir muerte o graves lesiones a una persona, pero que no todos deben entenderse especial y específicamente aptos para ello. Por ello, habrá de ponderarse en cada caso con suma cautela el instrumento utilizado por el agente, analizando no sólo las peculiares características del medio empleado, sino también la forma o manera en que éste es utilizado, así como las circunstancias que concurren en el episodio, porque lo que resulta claro es que el legislador, al emplear el término especialmente, está demandando una interpretación restrictiva del concepto medio peligroso de suerte que, en ocasiones, una navaja de normales proporciones podrá ser considerada como instrumento especialmente peligroso, pero no en otras, según sean las circunstancias del supuesto de hecho concreto. Lo que quiere decir que resulta sumamente arriesgado establecer un criterio unívoco al respecto, y que corresponde al Tribunal juzgador examinar en cada caso el supuesto de hecho al que se enfrenta, evaluando todos estos factores para determinar lo procedente.

En realidad, el art. 180.5 CP no castiga el ataque a la libertad sexual, sino el riesgo contra la incolumidad física que supone el uso de medios especialmente

peligrosos. Siendo ello así, el factor relevante para la aplicación de este precepto no lo sería el instrumento, sino el uso que el sujeto haga del mismo, de tal manera que la mera presencia del instrumento no integraría el subtipo agravado, si no se hace un uso de aquel que pueda poner en riesgo la integridad física del sujeto pasivo.

Por consiguiente, si el bien jurídico protegido por el precepto es la vida y la salud corporal de la víctima de una agresión sexual, parece razonable aceptar que el apartado 5.º del art. 180 CP lo haya establecido el legislador para los supuestos en los que el ataque sexual se ejecuta no con el empleo de intimidación, sino con el uso de violencia con medios especialmente peligrosos, siendo esta interpretación acorde con la redacción del precepto que en su inciso final nos habla de la muerte o lesiones causadas.

Esta interpretación vendría también avalada por otro argumento. Tratándose de agresiones sexuales ejecutadas con intimidación, y, por tanto, sin violencia física, la pena establecida por el legislador para el caso de acceso carnal es la de prisión de seis a doce años. Mas, si para estos supuestos en los que la intimidación se alcanza con la exhibición de un cuchillo en el pasaje inicial del suceso, sin que el arma sea utilizada de ningún modo conforme a su propia finalidad, si en estos casos, decimos, se aplicará la agravación del art. 180.5.º, el sujeto vendría sancionado con una pena de doce a quince años de prisión, es decir, más grave que la asignada al delito de homicidio por el art. 138, con lo que se llegaría a la indeseable conclusión de que un asalto sexual sin violencia física y sin riesgo de muerte o lesiones, se vería sancionado con pena más grave que un homicidio intencionado. Resultado este que, aun considerando el enorme valor que debe otorgarse a la libertad sexual de las personas, supondría un indudable atentado al principio de proporcionalidad, esencial en el ámbito del Derecho penal.

No parece ociosa otra reflexión: si el empleo de un arma blanca, u otro instrumento especialmente peligroso, tiene por objeto intimidar mediante su sola exhibición a la víctima, sin posterior utilización generadora de riesgos para la vida o la incolumidad del así intimidado, la agravación penológica del art. 180.5.º CP podría suponer un caso de doble incriminación cuando éste haya sido el medio de intimidar a la víctima. Razón por la cual entiende conveniente insistir en el criterio ya expuesto y que se recoge en recientes pronunciamientos de la Sala Segunda en el sentido de valorar si la simple exhibición del instrumento excede la intimidación propia de la agresión y puede llegar a configurar el subtipo agravado».

3. AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE 13 AÑOS

3.1. Introducción

Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores, el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Por ello la reforma del CP operada por LO 5/10 de 22 de junio procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del CP, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». Por otra parte, la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello se introduce un nuevo art. 183 bis

mediante el que se regula el internacionalmente denominado child grooming, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

En consecuencia, con la reforma referida, las agresiones y abusos a menores de 13 años, se independizan del resto de delitos contra la libertad sexual formando un capítulo independiente. Las conductas son iguales que los artículos precedentes solo que es sujeto pasivo el menor de 13 años. La edad de la víctima es un elemento del tipo penal del art. 183 CP. De igual manera, la denominación de agresiones sexuales se reserva para los supuestos de concurrencia de violencia o intimidación, de forma que si no se utiliza la conducta sería constitutiva de abuso sexual. Teniendo en cuenta que en estos casos se considera irrelevante el consentimiento del menor y es elemento común a estas infracciones, resulta que la nota distintiva entre agresiones y abuso es el elemento de la violencia o intimidación. Por tanto, en relación a tales conductas nos remitimos a lo dicho en apartados precedentes, sobre la violencia, intimidación, acceso carnal, etc.

La Ley Penal no admite la validez del consentimiento de un menor de trece años de edad para mantener relaciones sexuales. Es decir, que resulta irrelevante que, de hecho, el menor de esa edad haya prestado su anuencia al acto o haya manifestado su acuerdo, o lo hubiere provocado. En el texto anterior existía una presunción de la Ley, iuris et de iure, que no admitía prueba en contrario de la falta de validez del mismo. En cualquier caso se sitúan, pues, bajo una prohibición que no admite excepciones las relaciones sexuales con menores de esa edad, juzgadas cultural y jurídicamente incompatibles con la protección debida a la indemnidad sexual, como bien jurídico o derecho del menor a verse preservado de contactos sexuales que no está en condiciones de asimilar o afrontar, por su falta de experiencia y de madurez fisiológica, y que pudieran condicionar negativa y decisivamente su desarrollo personal. A

partir de esa edad, cumplidos los trece años, por disposición expresa de la Ley, no existe prohibición absoluta, salvo prueba de la falta de consentimiento o existencia de prevalimiento. Este tope máximo de edad fue elevado por la reforma por LO 11/1999 frente al de 12 años, empleado por todos los textos punitivos españoles desde el CP de 1848.

La SAP de Córdoba (Sección 1.ª) núm. 601/2008 de 30 septiembre, y la SAP de Valencia (Sección 1.ª) núm. 119/2008 de 30 abril, en idénticos términos, recogiendo la doctrina establecida, entre otras, STS 411/2006 de 18 abril, y STS 476/2006 de 2 mayo, se refieren a que el valor excusante del consentimiento que implica el ejercicio de la libertad sexual del sujeto pasivo no ofrece, en principio, dudas, aunque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la Ley, la doctrina y la jurisprudencia las ha derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia es una cuestión normativa que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto.

Con la reforma operada por LO 5/10 de 22 de junio, al tratarse de menores de 13 años, el consentimiento o no del menor es irrelevante, se configura el tipo sobre la edad del menor, siendo esta un elemento más, a diferencia del texto anterior del art. 181.2 CP que establecía una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la conciencia y la libre voluntad de acción exigibles. El precepto derogado establecía:

«2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare».

Consecuentemente, en los supuestos de menor de 13 años nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido,

resulta irrelevante el consentimiento de aquél en mantener relaciones, toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera la menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la licitud de éste.

ATENCIÓN. La dicción legal del derogado art. 181.2 implicaba una presunción legal de que la menor no está capacitada para prestar su consentimiento válido y, en consecuencia, si lo prestare carecería de relevancia por estar viciado. La edad es la física, computada de momento a momento, no la edad mental. En el art. 183 CP vigente, en redacción dada por LO 5/10 de 22 de junio, no se establece presunción alguna pero se parte de la irrelevancia del consentimiento del menor de 13 años.

3.2. Agresiones sexuales a menores de 13 años

Para apreciar las agresiones sexuales, como se ha repetido, debe concurrir violencia o intimidación. En relación a la suficiencia de la intimidación y los menores, la STS 667/2008, de 5 noviembre, insiste en que la intimidación entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona, la valoración de su suficiencia debe hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso y entre ellas el grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada. Señala que la voluntad de los niños es más fácil de someter y de ahí que amenazas que ante un adulto no tendrían eficacia intimidante sí las adquieren frente a la voluntad de un menor:

En este supuesto la exigencia típica de la ausencia de válida voluntad por razón de la edad de la víctima, como es propia del abuso sexual, queda absorbida por la más grave del vencimiento de una voluntad contraria mediante su comportamiento amenazante, dotado en el caso concreto y por razón de la edad de la víctima, de suficiente eficacia intimidatoria. Por ello, en el caso

debatido, el delito apreciable no sería el de abuso sexual sino el de agresión sexual, criterio reiterado en STS 637/2005 de 17.5, monitor de deportes que crea con niños que capta un grupo esotérico de culto al diablo, creando un clima de temor y miedo que impide a los niños negarse a someterse a sus solicitudes sexuales; STS 224/2005 de 24.2, amenazar a niña menor de 13 años por su tío con pegarle al hermano de ésta o contar lo que hacía, si no se dejaba tocar en partes íntimas o penetrar analmente, lo que constituye intimidación suficiente para doblegar la voluntad de aquella; y STS 51/2008 de 6.2, profesor de kárate que hace objeto de tocamientos y penetraciones anales a su alumno y que se inician cuando era menor de 13 años con la advertencia de divulgarlo y exhibir fotografías del menor desnudo.

3.2.1. Tipo básico: agresiones sexuales sin introducción

Dispone el art. 183.2:

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

3.2.2. Tipo agravado: violación, agresiones sexuales con introducción

El art. 183.3 dice:

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

Por su relación con el apartado 2, la penalidad es de 12 a 15 años.

3.3. Subtipos agravados comunes a los abusos y agresiones a menores de 13 años

El nuevo apartado 4 del art. 183, aplicable tanto a los abusos como a las agresiones sexuales, establece:

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

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

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

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

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

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

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

Son aplicables a estos subtipos las referencias hechas en apartados anteriores, salvo al subtipo del apartado a), que establece, novedosamente, la total indefensión de la víctima en relación a su escaso desarrollo intelectual o físico,

y donde se establece una presunción iure et de iure de que el menor de 4 años se encuentra en una situación de total indefensión. Este subtipo sustituye a la especial vulnerabilidad que se recogía con anterioridad. Efectivamente, en el art. 180.3, anterior a la reforma LO 5/10, se establecía como agravación «la especial vulnerabilidad» («cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años»), que ahora no se contempla, entre otras causas por los problemas que generaba en relación a la regla de inherencia o el non bis in eadem, y valorar dos veces la edad una para integrar la intimidación y otra para justificar la aplicación de especial vulnerabilidad del tipo.

La STS 660/2008 de 28 octubre, decía en relación al texto antecedente y modificado que «el CP consideraba abusos sexuales no consentidos los cometidos sobre personas menores de trece años (art. 181.2 CP). Asimismo, establecía una agravación de la pena en los casos en los que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación y siempre cuando sea menor de trece años (art. 182.2 en relación con el 180.1.3.^a CP). Es claro que cuando la única razón de la vulnerabilidad sea la menor edad de la víctima, ésta no podrá ser apreciada dos veces de forma que no podrá ser tenida en cuenta a los efectos de la aplicación del art. 181.2 y nuevamente para la agravación resultante de la aplicación del art. 182.2 en relación con el art. 180.1.3.^a CP. Sin embargo, el TS había señalado en algunas ocasiones, una vez que la menor edad ha sido valorada a los efectos del art. 181.2, la vulnerabilidad puede apreciarse si se desprende de otras circunstancias añadidas, diferentes de la edad de la víctima».

Como se decía en la STS 697/2006, de 26 de junio, «la situación de la menor, que por su edad (tres años) es evidente que necesita la protección de una persona mayor, generalmente sus padres, resulta especialmente vulnerable respecto a eventuales ataques a los bienes jurídicos de los que es titular

cuando provienen de la persona que, precisamente, queda encargada de su guarda y custodia por decisión de aquellos, es decir, de quien resulta responsable de su protección. Como se decía en la STS 377/2004, "cuando éstos (los padres) confían su guarda a otras personas, porque no pueden ejercer tal protección, es decir, cuando delegan su posición de garante, las víctimas carecen del resguardo defensivo de sus padres y ello las hace especialmente vulnerables". En sentido similar la STS 224/2003».

En el caso de la STS 660/08 el acusado estaba encargado del cuidado de la menor por indicación de sus familiares, situación que aprovechó para la comisión de los actos que le han sido imputados. La menor, pues, se encontraba en una situación de especial vulnerabilidad, respecto de la protección de su indemnidad sexual concretamente, en cuanto que la persona encargada y responsable de su protección es precisamente quien realiza el ataque. Por lo tanto, nada impide apreciar no solo la edad, sino además la situación de especial vulnerabilidad. Estas situaciones hay que reconducirlas, después de la LO 5/10, a la total indefensión a que se refiere el apartado a del art. 183 CP.

Finalmente el apartado 5 del art. 183 establece la agravación en casos de prevalimiento del carácter de autoridad, a gente o funcionario público:

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

3.4. Propuesta de encuentro sexual con menores de 13 años a través de tecnologías de comunicación: child grooming

La extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información, y la comunicación con fines sexuales contra menores, justifican la necesidad de

castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios, para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, la LO 5/10 de 22 de junio, introduce un nuevo art. 183 bis, mediante el que se regula el internacionalmente denominado child grooming, previéndose, además, penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

El nuevo art. 183 bis CP dice:

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

Para la consumación del tipo no se exige contacto sexual alguno, basta una propuesta acompañada de «actos materiales encaminados al acercamiento». De existir la relación sexual, se apreciarán ambos delitos separadamente, en un concurso real de delitos, tal y como prevé el propio precepto. La propuesta ha de ser por Internet, teléfono u otro medio de comunicación. Y como elemento subjetivo del injusto se requiere alguna de las finalidades de satisfacer los apetitos sexuales, o con fines pornográficos o exhibicionistas.

Se prevé una agravación específica si concurre coacción, intimidación o engaño.

3.5. Cuestiones comunes a los abusos y agresiones

Puede plantearse el problema de la existencia de error en el sujeto activo sobre la edad del sujeto pasivo. La jurisprudencia del TS ha declarado, como es exponente la Sentencia de 20 de julio de 2000, que la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo. Sin embargo, como señala la SAP de Valencia (Sección 1.ª) núm. 119/2008 de 30 abril:

a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho, de la misma y en otras palabras que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto, y

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente.

La sentencia antes referida, STS 411/2006 de 18 abril, aprecia error vencible. Argumenta el motivo que el acusado tenía en convencimiento sincero de que las relaciones sexuales mantenidas con la menor de trece años no constituían un ilícito penal, dado que en su país, Ecuador, hay personas que contraen matrimonio a esa edad. Partiendo de lo anterior, del escaso nivel cultural del acusado, las condiciones psicológicas y su falta de madurez, el error apreciado en la sentencia, considera el recurrente, debió serlo en su modalidad de



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

invencible, pues teniendo en cuenta la realidad social vivida por acusado y víctima, los dos ecuatorianos, pertenecientes a una cultura que permite y consiente las relaciones y matrimonios con personas de doce y trece años, no pida el recurrente haber subsanado su error acerca de la ilicitud del hecho. El motivo se estima. Se señala que «constituye doctrina reiterada de la Sala (STS 10.10.2003), que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir, el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aun cuando concorra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta».

Como se dice en la STS 721/2005 de 19.5, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y como recuerdan las SSTS 17/2003 de 15.1, 755/2003 de 28.5 y 862/2004 de 28.6, la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS 457/2003 de 14.11 declara que «el error de prohibición consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera

significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del CP».

También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible, afirma reiteradamente que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas», añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada». En cuanto al señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto sociocultural (las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba mala in se) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los

actos mala quia prohibita). Desde esta perspectiva es claro que la ilicitud del trato sexual entre adultos plenamente capaces y niñas de edad tan escasa como la de doce años cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra mínimamente formada es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general.

Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho, de la misma manera y en otras palabras que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis, nos dice la STS 302/2003 de 27.2, debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En el supuesto que analiza la sentencia recurrida en el apartado relativo a Hechos Probados recoge expresamente que «el procesado era conocedor de la edad que tenía aunque desconocía que este acto pudiera ser delictivo, igualmente que "en el momento de los hechos la menor de edad presentaba una madurez mental superior a su edad cronológica", "por su parte, el acusado, que no sufre alteración de sus facultades mentales y tiene un coeficiente

intelectual normal, presentaba un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica". Consecuente con tal declaración fáctica razona la concurrencia del error de prohibición, si bien lo califica como vencible por cuanto que el procesado con todas sus limitaciones, tenía la posibilidad de haber despejado cualquier duda sobre el particular dado que conocía la edad exacta de la menor y había entablado una previa relación de amistad, durante varias semanas, antes de mantener relaciones sexuales con ella». «Para el juicio de la vencibilidad (o excusabilidad) o invencibilidad (o inexcusabilidad) del error, hay que evitar, ante todo, que por un apego radical a la literalidad del concepto de invencibilidad -equiparándolo a absolutamente insuperable o irresistible-, haga realmente difícil imaginar una situación a la que pudiera aplicarse. Se trata, en efecto, de comprobar si el error -que la Audiencia considera probado- en que incurrió el recurrente hubiera podido superarse empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible. Para ello habrán de tenerse en cuenta varios parámetros:

-la apariencia de legalidad de la conducta-. Ya hemos señalado cómo en aquellos delitos denominados naturales, que reprueban la práctica totalidad de las culturas o cuya ilicitud puede considerarse notoria en un círculo cultural determinado, resulta muy difícil apreciar la invencibilidad y aun el error mismo de prohibición. Otras veces, los medios de comunicación social se encargan de generalizar la ilicitud de otros comportamientos delictivos respecto de cuya nocividad la sociedad no está tan sensibilizada. Esta suerte de notoriedad en sentido amplio facilita un conocimiento que asimila estos casos al de los más característicos delitos naturales. A las circunstancias objetivas indicadas han de sumarse las subjetivas del agente: entran en juego sus conocimientos personales, su nivel de desarrollo personal y las pautas que rigen en su entorno cultural en caso de tratarse de personas extranjeras:

-la vencibilidad del error-. Para valorarla la doctrina más autorizada considera que deben tenerse en cuenta varios factores: a) La urgencia de actuar: la inaplazabilidad de la decisión dificultará la posibilidad de acudir a los medios que pudieron proporcionar mayor información al agente. b) La accesibilidad - abstracta y concreta, objetiva y subjetiva- al medio de información capaz de deshacer el error».

Pues bien, en el caso que se analiza «nos encontramos con dos personas de nacionalidad ecuatoriana, una menor entre 12 y 13 años con una madurez mental superior a esa edad; los médicos forenses en el acto del juicio señalaron que presenta una personalidad y mentalidad muy madura, aproximadamente representaría 17 años y conocía lo que eran las relaciones sexuales y sus consecuencias, y el acusado de 24 años con un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica, hasta el punto de que la propia sentencia, fundamento derecho primero, admite que incluso los factores psicológicos, puntualmente observados, apuntan a un mayor grado de madurez en la víctima que en el acusado, y una única relación sexual entre ambos, que se consideraban mutuamente novios, no solo consentida por la menor, sino que incluso los informes antes indicados consideran que era ella quien en esa relación presentaba una personalidad más fuerte y llevaba las riendas de la relación, siendo especialmente significativas sus manifestaciones tanto en la exploración judicial en el mes de octubre de 2004, nada más ocurrir los hechos («que está bien, que quiere a su novio, que le considera como su novio, que le quiere y por eso lo hizo, que él no la forzó»), como en el plenario de 21.1.2005 («conocía en qué consistían las relaciones sexuales, estaba informada por el Colegio. Acudieron a casa de C. El acusado no le hizo ninguna propuesta, tampoco hablaron de acostarse, comenzaron a besarse y era algo que apetecía a los dos. Su relación con C. fue voluntaria y consentida. No se sintió presionada y sabía lo que era la relación sexual y sus consecuencias...»). Siendo así, la calificación como

vencible del error de prohibición del procesado que la Sala sentenciadora infiere del conocimiento de la edad exacta de la menor y de haber entablado una previa relación de amistad con ésta, durante varias semanas, antes de las relaciones sexuales, no se comparte. La edad de la menor «de camino a 13 años», según expresión del procesado, está justo en el límite de la presunción del art. 181.2 CP e incluso hubiera determinado antes de la reforma de la LO 11/1999 de 30.4, que elevó el límite de 12 a 13 años, la no tipicidad, al menos por dicho precepto, de la conducta imputada al recurrente. La previa relación de amistad con la menor antes de mantener la relación sexual no tiene especial incidencia sobre la vencibilidad del error, no solo porque, según el relato fáctico, aquella relación de amistad se entabló «durante el mes de septiembre» y los hechos sucedieron el día cinco de octubre del mismo año, sino porque dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos ecuatorianos y pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, tal como la sentencia refiere en el Fundamento Jurídico tercero, en base a las declaraciones tanto del acusado como de la propia menor y su madre, aquella relación previa, en la que la menor llevaba la iniciativa, no podría haber subsanado el error del acusado en orden a la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Consecuentemente, el motivo se estima».

ABOGADOS

4. DISPOSICIONES COMUNES

4.1. Requisito de perseguibilidad

Exige el art. 191 previa denuncia del agraviado o su representante para proceder y se declara la irrelevancia del perdón del ofendido.

ATENCIÓN. Establece el art. 191 CP: «1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona

agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal. 2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

4.2. Libertad vigilada

La LO 5/10 de 22 de junio introduce un nuevo apartado en el art. 192.1 CP que señala:

«1. A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor».

4.3. Agravación

En el art. 192 se establece una agravación de la pena cuando el autor o cómplice es una persona sobre la que recaen deberes especiales de cuidado o protección del menor o incapaz, elevándose la pena de prisión, con aplicación facultativa de la pena accesoria señalada en el apartado 3, debiendo el Juez o Tribunal fundamentar su imposición en la sentencia. Dice:

«2. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos

comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

3. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad».

Dice la Exposición de Motivos de la LO 5/10 de 22 de junio que para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores, se considera adecuado crear la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas que se incluye en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el art. 39, fijándose su contenido en el art. 46. Esta nueva pena tendrá el carácter de principal en los supuestos previstos en el art. 192 y el de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los arts. 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido.

4.4. Responsabilidad civil, determinación de filiación y alimentos

El Juez debe, en su caso, pronunciarse sobre filiación y alimentos. Señala el art. 193 CP:

«En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos».

4.5. Medidas

En el art. 194 se prevé, con carácter facultativo, la clausura de los locales o establecimientos que se hayan utilizado para la realización de las conductas típicas precedentemente analizadas. Dice el precepto:

«En los supuestos tipificados en los Capítulos IV y V de este Título, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar».

Otras medidas se contemplan en el art. 57 CP como son las de alejamiento y prohibición de comunicación en los términos del art. 48.

El art. 132 prevé un nuevo sistema de cómputo de los plazos de prescripción en los delitos, entre otros, contra la libertad e indemnidad sexuales, consistente en que los términos se computaran desde el día en que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



72

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

73

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS



76

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



77

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

78

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



79

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS











Alfredogarcialopez
ABOGADOS



