

# CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS SOBRE LOS TIPOS PENALES DE AGRESIONES SEXUALES VIOLENTAS Y ANÁLISIS DE SU DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ

Universidad de Sevilla  
España

## SUMARIO:

*I. Introducción. II. La cuestión del bien jurídico protegido: 2.1. Consideraciones generales sobre el bien jurídico protegido en el Título VIII del Código penal: 2.1.1. La Honestidad. 2.1.2. La Moral sexual. 2.1.3. La libertad sexual. 2.1.4. La indemnidad o intangibilidad sexuales en el caso de menores e incapaces. 2.2. En particular: el bien jurídico protegido en los tipos de agresiones sexuales violentas. III. Los sujetos del delito: 3.1. El sujeto activo. 3.2. El sujeto pasivo: 3.2.1. Agresión sexual sobre el propio cónyuge o pareja de hecho. 3.2.2. Agresión sexual sobre un cadáver. IV. Análisis del tipo básico de las agresiones sexuales violentas del art. 178 CP: 4.1. El tipo objetivo: 4.1.1. El atentado contra la libertad sexual de otra persona: a) La "agresión sexual". b) La cuestión del "contacto corporal". 4.1.2 El empleo de la violencia o la intimidación: a) La violencia. b) La intimidación. c) La problemática de los llamados "ataques sorpresivos". 4.2. El tipo subjetivo: 4.2.1. El dolo. 4.2.2. Problemática en torno a la exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto. 4.3. La cuestión de la comisión por omisión. V. Problemas dogmáticos particulares: 5.1. El iter criminis y la consumación del delito. 5.2. Autoría y participación. Especial consideración del problema de la configuración del tipo como "delito de propia mano". 5.3. Problemas concursales: 5.3.1. Agresión sexual y delito continuado. 5.3.2. Concursos de delitos o de leyes: a) Agresión sexual y abusos sexuales. b) Agresión sexual y acoso sexual. c) Agresión sexual y corrupción de menores. d) Agresión sexual, lesiones y homicidio. VI. El tipo cualificado del art. 179 cp y la violación: 6.1. El acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal. 6.2. La introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. 6.3. Valoración de la modificación del tipo cualificado por la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre.*

## I. Introducción

Los aspectos dogmáticos fundamentales de los tipos de agresiones sexuales violentas se presentan como una cuestión de gran actualidad tal y como

demuestran las recientes reformas que esta materia ha experimentado. La reforma operada por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio sustituyó la antigua y tradicional rúbrica de *"De los delitos contra la honestidad"* (Título IX, Libro II del CP 73 derogado), por la más amplia de *"Delitos contra la libertad sexual"*, la cual mantuvo el Código penal de 1995 en su Título VIII. La reforma de éste por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, modificadora del Título VIII del Código penal, significó una transformación en el Derecho penal sexual, no sólo en su propia rúbrica, que ahora figura como *"Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales"*, sino también en las tipologías delictivas e, incluso, en la reinterpretación de algunos de sus elementos típicos. Finalmente, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el tipo cualificado de agresiones sexuales, incluyendo expresamente la introducción de miembros corporales junto a la de objetos como elemento de agravación.

La falta de unanimidad de criterios en esta materia se va a reflejar en cuestiones de orden terminológico, como la recuperación de la voz "violación", que ni quita ni añade nada a la regulación de las agresiones sexuales cualificadas, indicando únicamente una carga de mayor gravedad en la construcción semántica. No obstante, la nueva regulación no ha soslayado los innumerables problemas que pendían sobre una materia tan controvertida, como por ejemplo, y por citar sólo algunos de ellos, los relativos al bien jurídico protegido en el caso de menores e incapaces; a la cualidad del sujeto activo, a la configuración de las agresiones sexuales como delitos de propia mano, a la posibilidad de la comisión por omisión, a la consumación o, finalmente, a los problemas concursales.

Las sucesivas reformas realizadas en esta materia son síntoma del carácter controvertido y polémico del tema que es objeto de estas reflexiones, el cual plantea cuestiones tanto respecto a la forma en la que el Derecho penal debe intervenir, como respecto a los límites de su castigo. Como muestra de este carácter controvertido, centraré mi atención en tres cuestiones básicas, como son: en primer lugar, delimitar qué comportamientos son graves y, por tanto, legitiman al Derecho penal para intervenir. En segundo término, me pregunto si el delito del artículo 178 CP requiere un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo del mismo. Finalmente, trataré de concretar los conceptos de violencia o intimidación analizando si presentan una entidad distinta a la del delito de coacciones y amenazas, destacando su contenido y caracteres. Todo ello, sin olvidar la cuestión de técnica legislativa en torno a si hubiera sido más adecuado reconducir el castigo de estos casos al concurso de delitos entre los abusos sexuales y el tipo autónomo de coacciones.

Por otro lado, en este recorrido por los principales problemas que plantea el delito no puede olvidarse que muchos de los aspectos son comunes tanto al tipo de abusos sexuales, como al de agresiones sexuales, como por ejemplo, el bien jurídico; los sujetos o la entidad de la agresión sexual. De ahí que me ocuparé de destacar los elementos más conflictivos de esta tipología delictiva.

## II. La cuestión del bien jurídico protegido.

### 2.1. Consideraciones generales sobre el bien jurídico protegido en el Título VIII del Código penal

La determinación del bien jurídico se presenta como punto de partida y condicionante de cualquier reflexión sobre una figura delictiva, dado que determinará los modos en que la conducta se puede realizar, así como las cualidades de los sujetos del delito. La cuestión del bien jurídico en los delitos sexuales fue siempre controvertida, y en la actualidad no ha dejado de serlo. Pese a las modificaciones introducidas en la rúbrica bajo la que se agrupan los delitos que nos ocupan, la cuestión de cuál sea realmente el bien jurídico protegido por las distintas figuras delictivas no es pacífica, pues una solución de semejante cuestión requiere hacer frente al problema de lo que pueda entenderse como protegido en el caso de la realización de actos de naturaleza sexual con menores e incapaces. En particular, éste es el escollo fundamental de la *teoría monista* de la protección exclusiva de la libertad sexual. Para determinar cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos parece conveniente tener en cuenta la polémica doctrinal desatada en este ámbito incluso con anterioridad al Código penal vigente.

#### 2.1.1. La Honestidad

Como es sabido, hasta la reforma de 1989, nuestros Códigos históricos habían caracterizado a estas conductas como "*Delitos contra la honestidad*"<sup>1</sup>. La voz 'honestidad', sin embargo, ni singularizaba con un mínimo

---

1 Sobre el concepto de *honestidad* en la doctrina española, vid. POLAINO NAVARRETE, Introducción a los delitos contra la Honestidad, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, núm. 25, 1975, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, pp. 17 y ss.; Díez RIPOLLÉS, La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1985, pp. 15-17; RUIZ ANTÓN, en Código Penal Comentado, Ed. Akal, Madrid, 1990, pp. 811-812 y 815-816; ORTS BERENGUER, Delitos

de rigor al conjunto de delitos de aquel Título IX, ni apuntaba con precisión hacia el bien jurídico protegido en ellos, por lo que era evidente, tal como sostuvo la doctrina mayoritaria, que la honestidad no podía constituir el bien jurídico protegido. De lo contrario, no se explicaría, que fueran completamente atípicas, y, por ello, impunes algunas de las acciones que parecen merecer una calificación de gravemente deshonestas, como era el caso por ejemplo, del incesto *edípiano*<sup>2</sup>. Por otro lado, se advirtió también por la doctrina, que la consideración de la honestidad como el objeto de protección, debería llevar forzosamente a la atipicidad de conductas que estando descritas en los artículos 429 y 430 CP 73, recayeran sobre persona reputada socialmente de 'deshonesta', e incluso de las que recayeran sobre persona respecto de la cual el calificativo de honesta resultaría impropio (caso de un niño de corta edad)<sup>3</sup>.

El argumento decisivo contra una hipotética tesis que pretendiera fijar a la honestidad como bien jurídico protegido por estos delitos lo formuló GIMBERNAT. Según él, y con razón, "la referencia a delitos contra la honestidad pone de manifiesto sólo algo común a los hechos tipificados: que se cometen mediante acciones deshonestas, inmorales desde el punto de vista del pudor, pero los bienes jurídicos atacados mediante esas acciones deshonestas son muy diversos", es decir, que "en lo que coinciden todos estos delitos es en que una acción deshonestas produce la lesión del bien jurídico de que se trate"<sup>4</sup>. Independientemente de si es correcto valo-

---

contra la libertad sexual, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 57; HERRERA MORENO, *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación (Aspectos constitucionales, penales y civiles)*, Tomo II, Aspectos penales, procesales y penitenciarios, Estudios 12, Instituto Andaluz de la mujer, Consejería de la Presidencia, Sevilla, 1999, p. 98.

2 En efecto, pues tras la reforma de 1978, el incesto no era punible por sí mismo, sino sólo como una modalidad del estupro de prevalimiento; véase, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, III, Ceura, Madrid, 1989, p. 202 y Díez RIPOLLÉS, *La protección* (n. 1), pp. 93 y ss.

3 Vid., las críticas formuladas en ese sentido, entre otros por POLAÑO NAVARRETE, *Introducción* (n. 1), p. 42; BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*, Madrid, 1979, pp. 69 y ss.; ORTS BERENGUER, *El delito de violación*, Valencia, 1981, pp. 13 y ss.; GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código penal español*, Granada, 1982, pp. 224 y ss.; Díez RIPOLLÉS, *La protección* (n. 1), pp. 13 y ss. ORTS BERENGUER, *Delitos* (n. 1), pp. 22-23 n. 1; SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Pamplona, 1995, p. 23; ORTS/SUÁREZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 14.

4 Véase GIMBERNAT, en sus *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1976,

rar como deshonestas las acciones típicas de estos delitos, lo cierto es que la interpretación de *Gimbernat* tuvo el mérito indudable de sustraer dicha valoración del ámbito del bien jurídico mismo.

### 2.1.2. La Moral sexual

Ya durante la vigencia del Código penal derogado y con anterioridad a la sustitución de aquella rúbrica de "*Delitos contra la honestidad*", la doctrina mayoritaria sostuvo que el bien jurídico protegido por los mismos tenía que estar representado por la *moral sexual*<sup>5</sup>, o bien, por el *orden moral sexual*. Esta doctrina mayoritaria, sin embargo, se preocupó de sustraer al concepto de moral sexual toda connotación ético-religiosa, y en particular de desvincularla de la doctrina de los llamados "*delicta carnis*", según la cual todo pecado carnal, es decir, cualquier tipo de práctica sexual extramatrimonial, debería ser delito. Y así, para esta doctrina la moral sexual en cuanto bien jurídico protegido debía entenderse estrictamente en un sentido social, y por ello, secularizado. En este sentido, MUÑOZ CONDE entendió por *moral sexual* "aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites el instinto sexual de las personas"<sup>6</sup>, y CEREZO MIR aclaró que no se trataba de cualquier concepción moral, sino únicamente del orden moral sexual realmente vigente en la sociedad, el cual se protegería sólo en la medida en que fuera imprescindible para el mantenimiento del orden social<sup>7</sup>. No obstante, es preciso advertir que la moral

pp. 197 y ss., quien insistía además en que "la referencia a la honestidad que se hace en el Título IX no supone que se agrupe a toda una serie de delitos, porque atacan al bien jurídico 'honestidad'; la honestidad de que habla el Código lo que supone es que se ha agrupado a toda una serie de delitos por sus características comunes de ser acciones deshonestas que atacan bienes jurídicos de distinta naturaleza".

5 Sobre ello, véase la exposición de Díez RIPOLLÉS, La protección (n. 1), pp. 17 y ss.

6 Véase MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 320; véase además RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español. Parte Especial, 8ª ed., 1980, p. 147; y en el Derecho comparado, por ejemplo, CONTIERI, La differenza tra il delitto di atti osceni e la contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza, *Annali Di Diritto e Procedura Penale*, 1936 p. 950; LACKNER, Ponencia presentada al 47. Deustcher Juristentag, en "Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?", Verlag C.H. Beck, 1968, p. 36 y pp. 30-31 y *Die Grenzen des Sexualstrafrechts*, Concepte, 1970; DREHER, Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform?, *Juristische Rundschau*, 1974, p. 46.

7 Véase CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal español. Parte General I, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, pp. 18 s. y n. 19, y ahora en 5ª ed., 1996, p. 17 y nota 21.

sexual aparecía para esta doctrina dominante como bien jurídico común a todas las figuras delictivas, pero no como el exclusivo, pues aquélla reconocía también a otros bienes jurídicos como protegidos por algunas de las figuras delictivas particulares, como, según el caso, la integridad física, la libertad, en particular la libertad sexual, la familia, el normal desarrollo de la juventud, etc<sup>8</sup>.

Además el dato de que en algunos de los tipos delictivos que nos ocupan el sujeto pasivo sea inequívocamente el individuo, mientras que en otros lo es la sociedad, llevó a la doctrina mayoritaria a distinguir entre una moral sexual individual y una social. Dentro del orden moral sexual individual se protegerían intereses individuales, y aquí lo decisivo para la protección penal sería la voluntad contraria de la víctima. En el segundo orden, la protección penal se extendería más bien a intereses sociales o colectivos, y aquí la voluntad o el consentimiento del individuo sería completamente irrelevante. No obstante, en esta concepción había una clara primacía de la moral sexual social o colectiva, pues se matizaba que la protección de la libertad del individuo tenía lugar únicamente en la medida en que la misma estuviera dentro del orden moral sexual, como sostuvo, entre otros, MUÑOZ CONDE<sup>9</sup>.

En mi opinión, los conceptos de *moral sexual* o de *orden moral sexual* no son apropiados para definir el bien jurídico protegido por estos delitos. La sexualidad constituye, sin duda, uno de los ámbitos esenciales del desarrollo de la personalidad o de autorrealización personal de los individuos. Una sociedad pluralista, como la que subyace a un Estado Social y Democrático de Derecho, demanda el reconocimiento de diversas opciones de autorrealización personal y, por ello, la tolerancia de prácticas sexuales incluso contrarias a la moral sexual dominante siempre que de las mismas no se deriven perjuicios para terceros. Si el bien jurídico protegido fuera la moral sexual en el sentido que se ha definido, podría legitimarse una represión penal de tales prácticas, cuando lo cierto es que el Derecho de una sociedad pluralista debe garantizarlas<sup>10</sup>. El concepto de moral sexual me parece además peligroso para la seguridad jurídica, pues el mismo se presta

---

8 Véase sobre esa doctrina referida al CP 73, la exposición de Díez RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 206 y ss.; y *el mismo*, *La protección* (n. 1), pp. 17 y ss.

9 Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., 1979, pp. 320 y ss.

10 Véase sobre ello extensamente, y en ese sentido, Díez RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo* (n. 8), pp. 12 y ss.; y *el mismo*, *La protección* (n. 1), pp. 20 y ss.

a todo tipo de manipulaciones. Esto se debe al carácter fluctuante de las concepciones sociales relativas a la moral sexual, y este carácter fluctuante de los contenidos morales en este ámbito hace a la moral sexual un concepto difícilmente compaginable con las exigencias de la seguridad jurídica. Finalmente, un concepto de contornos tan imprecisos como el de *moral sexual* se presta fácilmente a que el juez haga valer sus propias concepciones personales como conformes con la moral sexual dominante.

### 2.1.3. La libertad sexual

Frente a la doctrina dominante, un sector minoritario de la misma representado de modo destacado por DÍEZ RIPOLLÉS, consideró incluso antes de la reforma de 1989 del Código penal anterior, que el bien jurídico protegido por estos delitos era la libertad sexual individual<sup>11</sup>. El concepto de libertad sexual no se opone sustancialmente al de libertad personal, sino que se trata de una manifestación de ésta que singulariza la facultad de autodeterminación en la esfera sexual. En cuanto bien jurídico protegido, la libertad sexual individual no sólo debe constituir la referencia de la interpretación de los tipos vigentes, sino que también debe impedir la criminalización de comportamientos que, por muy contrarios que sean a la moral sexual, no afectan de modo sustancial a dicho bien jurídico.

De acuerdo con DÍEZ RIPOLLÉS, en el concepto de libertad sexual habría que distinguir dos aspectos, uno, positivo, y otro, negativo. En su aspecto positivo, libertad sexual significa libre disposición por la persona de sus propias capacidades y potencialidades sexuales, y esto tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social<sup>12</sup>. Es decir,

---

11 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, El Derecho penal ante el sexo (n. 8), pp. 214 ss.; *el mismo*, La protección (n. 1), pp. 22 y ss.; *el mismo*, La reforma del Derecho Penal sexual y la Propuesta de 1983, en Documentación Jurídica, núm. 37/40, vol. 1, 1983, pp. 445 y ss.; *el mismo*, Las últimas reformas en el Derecho penal sexual, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991; *el mismo*, El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista, en *Jueces para la democracia*, núm. 30, 1997; *el mismo*, Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española", en *Revista Penal*, núm. 2, julio, 1998; *el mismo*, El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual, en *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1997; *el mismo*, El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 2000, pp. 69 y ss.; *el mismo*, Delitos contra la libertad sexual, 2000; véase también RUIZ ANTÓN, en *Código Penal Comentado* (n. 1), p. 815.

12 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, La protección (n. 1), p. 23.

se trataría, como ha descrito la doctrina, de la facultad de disponer del propio cuerpo<sup>13</sup> o del ejercicio de la actividad sexual en libertad<sup>14</sup>. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo, y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual<sup>15</sup>.

La tesis de la libertad sexual comporta importantes consecuencias de *lege lata et ferenda*. Tomando como referencia el aspecto negativo, el Derecho penal debe reprimir y castigar los atentados a la libertad sexual. Pero a la vez, el aspecto positivo determina que el Derecho penal debe abstenerse de intervenir en relación con aquellas conductas que, con independencia del juicio moral que merezcan, no supongan un atentado a la libertad sexual de los demás.

Una contemplación de las diversas reformas experimentadas por el Derecho penal sexual en los últimos años tanto en España como en otros países de nuestro entorno, parece tener que llevarnos a la conclusión de que la libertad sexual como bien jurídico protegido ha sido el criterio rector de las mismas. Así por ejemplo, en nuestro país la Ley de 26 de mayo de 1978 despenalizó comportamientos que como el adulterio y el amancebamiento, no suponen ningún atentado a la libertad sexual<sup>16</sup>, y en el delito de rapto se sustituyó la referencia a las miras deshonestas por la finalidad de atentar contra la libertad sexual<sup>17</sup>. La teoría de la libertad sexual, además, parece alcanzar su punto culminante en la reforma de 1989 del Código penal anterior, al sustituir la tradicional rúbrica de *delitos contra la honestidad* por la de *delitos contra la libertad sexual*, y al mantenerse esta última también inicialmente en el CP 1995<sup>18</sup>.

13 Véase ORTS BERENGUER, Delitos (n. 1), p. 25.

14 Véase Díez RIPOLLÉS, La protección (n. 1), p. 23; *el mismo*, Las últimas reformas (n. ), p. 47; vid. asimismo, ORTS BERENGUER, Delitos (n. 1), pp. 24 y ss.; ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), pp. 17 y ss.; MAQUEDA ABREU, El tráfico sexual de personas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 34 y ss.

15 Véase Díez RIPOLLÉS, La protección (n. 1), p. 23.

16 Véase Díez RIPOLLÉS, La protección (n. 1), p. 18. Véase, en detalle, VAELO ESQUERDO, Los delitos de adulterio y amancebamiento, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1976, *passim*.

17 Véase Díez RIPOLLÉS, La protección (n. 1), p. 18; ZUGALDÍA, Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto, en ADPCP 1978, pp. 601 ss.; COBO DEL ROSAL, El delito de rapto, en Comentarios a la Legislación Penal, T. II, Edersa, Madrid, 1983, pp. 392 y ss.

18 En esta línea, vid. ASÚA BATARRITA, Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico, en Análisis del Código penal desde la pers-

No obstante, la tesis de la libertad sexual ha tenido que hacer frente siempre a graves objeciones que, a mi juicio, no puede superar. Así, algunos tipos delictivos, como por ejemplo, determinados tipos relativos a la prostitución y el delito tradicionalmente denominado como escándalo público son difícilmente explicables desde el punto de vista de la protección de la libertad sexual individual. Es cierto que las sucesivas reformas de los delitos relativos a la prostitución han aproximado considerablemente los tipos a la tesis de la libertad sexual, pero a ésta le queda su escollo fundamental y permanente, que no es otro que el de explicar de modo coherente el sentido y el contenido de los tipos dirigidos a la protección de menores e incapaces en el ámbito sexual. En efecto, el concepto de libertad sexual presupone una capacidad cognoscitiva y volitiva del sujeto, es decir, la capacidad de comprensión del significado y de la trascendencia de los actos sexuales, y, en consecuencia, la capacidad para quererlos libremente. Esta capacidad, sin embargo, falta en los menores y en los incapaces<sup>19</sup>. Es un hecho evidente, sin embargo, que el Derecho penal protege a los menores e incapaces en la esfera sexual, es decir, a personas que carecen de libertad sexual. Es más, se ha señalado por la doctrina que incluso aunque se reconozca a estas personas una cierta libertad sexual, tal circunstancia carecería completamente de relevancia, pues la acción sexual realizada con la misma será igualmente punible aun a pesar del ejercicio de la libertad sexual por el sujeto pasivo<sup>20</sup>.

#### *2.1.4. La indemnidad o intangibilidad sexuales en el caso de menores e incapaces*

Si tenemos en cuenta que la libertad sexual se va a entender como capacidad de autodeterminación sexual, y que los menores e incapaces carecen por definición de esta facultad, en el caso de agresiones sexuales que afectan a menores e incapaces, no podrá sostenerse que sea la libertad sexual

---

pectiva del género, Vitoria, 1998, pp. 45 y ss.; LAMARCA PÉREZ, La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal, en *Jueces para la Democracia*, 1996, pp. 50 y ss.; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en *Quintero y otros, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1999, pp. 229 y ss; TAMARIT, La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual, Pamplona, 2000.

19 Véase, en este sentido, COBO DEL ROSAL, El delito de rapto (n. ), p. 385. Por el contrario, cfr. ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), pp. 19 y ss.

20 Véase ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 1), pp. 19 s.

el bien jurídico protegido, pues difícilmente se puede proteger aquello que no existe o de lo que se carece. De ahí que, para estos casos, se considere que el bien jurídico protegido vendría definido por conceptos como indemnidad o intangibilidad sexuales, los cuales proceden en principio de la doctrina italiana<sup>21</sup>, y fueron acogidos en la doctrina española<sup>22</sup> ya entre finales de los años sesenta y principios de los ochenta<sup>23</sup>. Esta es la tesis que se ha impuesto finalmente en nuestro Derecho positivo a partir de la reforma del Título VIII<sup>24</sup> por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, la cual ha dejado la rúbrica de aquél como "*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*"<sup>25/26</sup>.

Como señala MUÑOZ CONDE, en nuestro ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la intangibilidad o indemnidad que

21 Véase, por ejemplo, CONTIERI, *La congiunzione carnale violenta*, 4ª ed., Milán, 1980, p. 41; BERTOLINO, "Commento all' art.521 CP" en Crespi/Stella/Zucalla, *Comentario al Codice penale*, Pádova, 1986; MONACO, "Itinerari e prospettive di riforma del Diritto penale sessuale", en *Studi Urbinati di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, años L VII-L VIII, nuova serie A, n° 41-42, 1988-89/1989-90, p. 451.

22 Véase GONZÁLEZ RUS, *La violación* (n. 3), pp. 281-285; CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, pp. 34 y ss. y especialmente pp. 40 y ss.; ZUGALDÍA, *Los delitos de rapto en el Código Penal español*, Universidad de Granada, 1977, pp. 595-596. El concepto de *indemnidad* fue formulado en la doctrina española por COBO DEL ROSAL como sustitutivo del de *intangibilidad sexual*; véase COBO DEL ROSAL, *El delito de rapto* (n. ), p. 402.

23 Sobre ello, véase la exposición crítica de Díez RIPOLLÉS, *El objeto de protección* (n. ), pp. 232 ss.; *el mismo*, *La protección* (n. 1), pp. 24 y ss.

24 La Exposición de Motivos de dicha Ley, alude a la indemnidad como "la integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos".

25 La introducción del término "indemnidad sexual" justifica la ampliación o creación de algunos tipos delictivos que no se ajustan exactamente a ninguno de esos bienes jurídicos"; véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed., Valencia, 1999, pp. 194-195; 13ª ed., Valencia, 2001, pp. 195 y ss.; 14ª ed., 2002, p. 201.

26 Un sector de la doctrina afirma, sin embargo, que los delitos que se regulan bajo el Título VIII del Código Penal, versan sobre la "libertad e indemnidad sexuales" sólo de una manera nominal, pues tal nueva rúbrica no determina el bien jurídico, ya que éste, en realidad, viene fijado por la forma en que ha sido tipificada cada una de las infracciones. De ahí que, la tutela de la libertad sexual ocupe el lugar preferente "precisamente porque no lo es en la totalidad de delitos"; véase, en este sentido, ORTS/SUÁREZ, *Los delitos* (n. 3), pp. 15-16 n. 6; y además, críticamente sobre la rúbrica, DÍAZ-MAROTO, en *Bajo y otros, Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, vol. II, Madrid, 1998, p. 101; véase también

debe otorgarse a menores e incapaces frente a la sexualidad de terceros<sup>27</sup>. La indemnidad sexual, y no la libertad sexual, es, pues, el bien jurídico protegido en los tipos delictivos sexuales que tienen como sujetos pasivos a menores e incapaces<sup>28</sup>. Con base en el concepto de indemnidad sexual, la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que cuando sean adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual, y en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales<sup>29</sup>.

2. En particular: el bien jurídico protegido en los tipos de agresiones sexuales violentas

Una vez establecido que el bien jurídico protegido en el Título VIII no puede quedar reducido a la libertad sexual, sino que el mismo hay que entenderlo como indemnidad sexual para los tipos que protegen a menores e incapaces en la esfera sexual, no parece que pueda haber duda acerca de que en los tipos de agresiones sexuales del art. 178 y 179 CP, el bien jurídico protegido tiene que ser doble: la libertad sexual individual y, cuando el sujeto pasivo sea un menor o un incapaz, la indemnidad sexual. Desde esta premisa, paso a ocuparme del análisis de los tipos de agresiones sexuales de los arts. 178 y 179 CP.

### III. Los sujetos del delito

#### 3.1. El sujeto activo

El delito de agresiones sexuales violentas es uno común, y por lo tanto sujeto activo del mismo puede serlo cualquiera que realice la acción

---

MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en Quintero y otros, Comentarios al nuevo Código penal, 2ª ed., Pamplona, 1999, p. 873; CANCIO MELIÁ, en Rodríguez Mourullo y otros, Comentarios al Código penal, Civitas, Madrid, 1997, p. 514; ORTS, en Vives Antón, Comentarios al Código penal de 1995, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 903; SERRANO GÓMEZ, Derecho Penal. Parte Especial, 8ª ed., Dykinson, Madrid, 2003, p. 187; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, 13ª ed., 2001, p. 200; 14ª ed., 2002, p. 194.

27 Véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte Especial, 14ª ed., p. 201.

28 Cfr. no obstante, la crítica de este concepto en cuanto bien jurídico, de ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), pp. 19 y ss.

29 Véase en este sentido y en detalle, MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte Especial, 14ª ed., pp. 201 y ss.

típica. Desde luego la autoría del delito no está limitada a personas de uno u otro sexo. Por lo tanto, puede ser sujeto activo tanto el hombre como la mujer, del mismo modo que ambos pueden ser sujetos pasivos del delito.

### 3.2. *El sujeto pasivo*

La propia redacción legal del artículo 178 CP apunta sobre el carácter indiferenciado del sujeto pasivo, por lo que se comprenden tanto las relaciones homosexuales, como las de carácter heterosexual<sup>30</sup>

Por lo tanto, sujeto pasivo de los delitos de agresión sexual podrán serlo cualquier persona de uno u otro sexo, cualquier persona, tanto los hombres como las mujeres<sup>31</sup>.

La antigua rúbrica del Título IX ACP "*Delitos contra la honestidad*" había planteado serios problemas, a la hora de calificar la conducta que se ejercía con violencia o intimidación sobre mujer, conocida públicamente como "deshonesta"<sup>32</sup>. Si se consideraba que el bien jurídico protegido era la honestidad, y tales personas carecían de la misma, difícilmente se les podía considerar como sujetos pasivos de estos delitos.

Esta cuestión ha quedado hoy superada, y entre los sujetos pasivos del delito de agresiones sexuales, cabe incluir a la persona prostituida<sup>33</sup> o de vida promiscua<sup>34</sup>.

#### 3.2.1. *Agresión sexual sobre el propio cónyuge o pareja de hecho*

Otro tema asimismo estudiado por la antigua doctrina, con relación al sujeto pasivo en la antigua regulación, lo constituía la posibilidad o no

30 CARMONA SALGADO, en VVAA. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, 2000, p. 183.

31 PUERTA LUIS, "El delito de agresión sexual en el nuevo Código penal", en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, VII, Madrid, 1997, p. 545. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, "Delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995. Planteamiento general", en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, VII, Madrid, 1997, p. 476. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., 14ª ed., p. 207.

32 Véase HIGUERA GUIMERA, *El delito de coacciones...*, op. cit., p. 298.

33 Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de diciembre de 2001 (ARP 2002\110): agresión sexual cualificada: prometer a una prostituta alojada en un club cierta cantidad de dinero si se hacía el servicio en su casa, forzándola por el trayecto.

34 Vid. Díez RIPOLLÉS, La protección (n. 1), pp. 57-58; ORTIZ, Delitos (n. 1), p. 65;

de considerar al propio cónyuge<sup>35</sup> y parejas de hecho, posibles sujetos de estos delitos, al sostenerse la existencia de un deber conyugal del marido sobre la mujer<sup>36</sup>, o también el "ejercicio legítimo de un derecho por parte del marido"<sup>37</sup>. Con respecto a esta cuestión, la tesis del error de tipo o de prohibición fue considerada negativa por parte de la doctrina<sup>38</sup>, basándose sobre todo en cuestiones probatorias.

Un sector de la doctrina, representado por *Muñoz Conde*, admite la posibilidad de que la conducta típica de la agresión sexual se lleve a cabo contra el cónyuge<sup>39</sup> o persona con la que se convive de he-

---

ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), p. 27; *Muñoz Conde*, Derecho Penal. Parte Especial, 14<sup>a</sup> ed., p. 207.

35 DÍEZ RIPOLLÉS, La protección (n. 1), pp. 55-57; *Orts*, Delitos (n. 1), p. 66; ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), p. 29. Asimismo, véase, HIGUERA GUIMERA, en El delirio de coacciones (n. ), p. 296.

36 Vid.. SAN MARTÍN LARRIÑO, "La violación en el matrimonio", en *CPC*, núm. 62, Madrid, 1997, pp. 499-509.

37 CARMONA SALGADO, en *Compendio...*, op. cit., pp. 184-185. QUINTANO y CUELLO CALÓN hablan de "débito marital", y lo consideraban como una eximente, ya completa, ya incompleta según los casos, integrada dentro del "débito marital". Vid. Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 17 febrero 1999; SSTS 28 abril 1998: acceso carnal con la propia esposa o compañera (RJ 1998\3820) y 5 de octubre 1995; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 22 octubre 1994.

38 Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996 y 29 de abril de 1997.

39 En este sentido, véanse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de septiembre de 2002 (ARP 2002\734): agresión sexual cualificada sobre ex-cónyuge; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de febrero de 2001 (ARP 2001\227): amenazas, golpes e incluso empujarla hasta casi arrojarla por el balcón, hasta que la víctima, su esposa de la que se encontraba en trámites de separación, accedió a sus deseos sexuales; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 26 de abril de 2001 (ARP 2001\491): agresión sexual cualificada sobre la esposa, de la que se encuentra separado después de golpearla y trasladarla violentamente a un lugar apartado; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 18 de julio de 2000 (ARP 2000\1013): atentar contra la libertad sexual de la esposa; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 de junio de 2000 (ARP 2000\1712): marido que engaña a su mujer, de la que se encontraba en trámites de separación, diciendo que pase por su casa a recoger al hijo común, para, mediante la exhibición de un machete de grandes dimensiones y atándola a la cama, penetrarla; la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2000 (RJ 2000\3745): relaciones sexuales con su mujer pese a su oposición; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de abril de 2000 (ARP 2000\491): agresión sexual a esposa; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 14 de diciembre de 1999 (ARP 1999\4209): agresión sexual cualificada sobre esposa, de la que se encontraba en trámites de separación; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 9 de diciembre de 1999 (ARP

cho<sup>40</sup> *more uxorio*<sup>41</sup>, atendiendo a la regularidad de las relaciones, tanto sexuales como de convivencia entre los interesados, resultando problemático, en más de una ocasión, distinguir cuando se producen verdaderas agresiones sexuales y cuando solamente son disputas conyugales<sup>42</sup>.

Esta polémica también tuvo eco en la doctrina alemana<sup>43</sup>. Concretamente, en el Derecho Penal alemán, antes de la 4ª Ley de Reforma de 23 de

---

1999\4190): agresión sexual cualificada sobre su esposa, de la que se encontraba separado de hecho; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de septiembre de 1999 (ARP 1999\3783): idoneidad del cónyuge como sujeto pasivo del delito; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 13 de julio de 1999 (ARP 1999\4864): agresión sexual cualificada sobre esposa; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 1999 (ARP 1999\3406): agresión sexual sobre esposa separada de hecho; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 13 de abril de 1999 (ARP 1999\1537): agresión cualificada sobre la esposa, a quien se obliga a mantener relaciones sexuales; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de febrero de 1999 (ARP 1999\254): agresión sexual contra la esposa o compañera; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de noviembre de 1998 (ARP 1998\4752): agresión sexual cualificada, previa discusión entre acusado y víctima, matrimonio separado, éste le propina diversos golpes y le arrastra hasta la cama, sujetándola de las muñecas y del cuello...; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 19 de octubre de 1998 (ARP 1998\3822): forzamiento sexual de la esposa;

40 La jurisprudencia ha admitido las agresiones sexuales en los casos de relaciones análogas al matrimonio, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2001 (RJ 2001\9690): víctima ligada por relación sentimental análoga al matrimonio con el acusado; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de marzo de 2000 (ARP 2000\2204): acosar y agredir a su ex -novia, obligándola a que lo acompañe a su domicilio, en el que, tras propinarle varios puñetazos consigue mantener relaciones sexuales; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 16 de junio de 1998 (ARP 1998\3385): mantener relaciones sexuales con la compañera sentimental con violencia y sin el consentimiento de ésta.

41 Asimismo, se ha pronunciado CARMONA SALGADO, *Compendio...*, op. cit., p. 192.

42 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 183 in fine; 14ª ed., p. 207.

43 TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 50. Auflage, München, 2001, p. 1012; AMELUNG, "Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm", en *GA* 1999, pp. 182-203; FISCHER, "Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage. Zum Anwendungsbereich von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB", en *ZStW* Bd. 112, 2000, pp. 75-105; Griffel, "Willensfreiheit und Strafrecht", en *GA* 1996, pp. 457-472; KÖHLER, "Nötigung als Freiheitsdelikt", en *Leferenz-FS*, 1983; KÜHNE/AMMER, "Kriminologie: Viktimologie der Notzucht", en *JuS* 1986, pp. 388-394; LAUBENTHAL, *GA* 1995, pp. 579-582; MAIWALD/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband I. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte. Ein Lehrbuch*, 8., neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1995, pp. 162-182; PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch. Lehrkommentar mit Erläuterungen und Beispielen, ausgewählten Nebengesetzen sowie einem Anhang über Jugendstrafrecht*, 30., völlig überarbeitete und ergänzte Auflage, Berlin, 1978; SCHMIDHÄUSER,

noviembre de 1973<sup>44</sup>, la violencia sexual en el matrimonio era básica e incontestablemente tan punible como la matrimonial. No obstante, se omitió contemplar la violación en el matrimonio en los artículos 177<sup>45</sup> y 178 StGB<sup>46</sup>.

Entre las causas de tal omisión cabe indicar que dicha tutela carecía de efectividad en la práctica. Con ello se pretendía evitar la vulneración del artículo 6 de la Ley fundamental alemana, que propugna la protección del matrimonio y de la familia, que se vería vulnerada si hubiera que perseguir penalmente y sin excepción cualquier forma de violencia sexual matrimonial.

Finalmente, el legislador consiguió imponer un criterio desestimando toda regulación a este respecto, logrando que los actos de violencia sexual en el matrimonio deban perseguirse de forma análoga a los actos de violencia sexual extramatrimonial.

Un sector de la doctrina española considera que el tema de la agresión sexual en el matrimonio podría haberse resuelto como un tipo atenuatorio en el seno del matrimonio, al modo de otras legislaciones extranjeras. Si bien, la doctrina mayoritaria y la más reciente jurisprudencia han considerado que "el principio de igualdad ante la ley (artículo 14 CE) y la índole del bien jurídico protegido hacen que se deba tratar la conducta de la misma forma mediando o no la situación matrimonial, dado que la Ley no expresa distinción", esto no es óbice para que se tenga en cuenta que "la convivencia sexual previa y mutuamente aceptada que concurre en el matrimonio o situaciones análogas hacen que el atentado sexual, nunca

---

*Strafrecht Besonderer Teil. Grundriss*, 2. Auflage, Tübingen, 1983, pp. 43-53; SCHÜNEMANN, "Die Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung des Ehepartners als Kriminalpolitisches Problem", GA 1996, pp. 307-329; ZOPFS, "Der 'Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte' als privilegierte Form der 'Nötigung' oder der 'Körperverletzung'?", en GA 2000, pp. 527-543

44 Boletín Oficial del Estado Alemán, I, BGB I, I, p. 1725.

45 *Antes de la 40 Ley de reforma, El parágrafo 177 StGB contempla el tipo de violación*, con el siguiente tenor literal: "(1) Quien mediante el empleo de la violencia o bajo amenaza de un peligro actual para la vida o la integridad física coaccione a una mujer a la cohabitación extramatrimonial con el autor o con un tercero será castigado con una pena privativa de libertad no inferior a dos años..."

46 *Antes de la 40 Ley de reforma, el parágrafo 178 regulaba el tipo de coacción sexual de la siguiente forma: "(1) Quien mediante el empleo de la violencia o bajo amenaza de un peligro actual para la vida o la integridad física coaccione a otra persona a tolerarlo realizar actos sexuales extramatrimoniales por o frente al autor o terceros será castigado con una pena privativa de libertad de entre uno y diez años ..."*

justificado, sí pueda ser atenuado, y en todo caso, que el daño psíquico para la víctima sea por lo general mucho menor<sup>47</sup>.

Para este sector doctrinal, de cuya tesis discrepo, el fundamento de la atenuación no reside en virtud del "débito conyugal", sino en la aplicación de la circunstancia de parentesco, con carácter atenuante, en el sentido del voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 octubre 1995<sup>48</sup>.

De *lege ferenda*, sería preferible que el legislador redactase un precepto cualificado, donde se valorara la circunstancia mixta de parentesco, como agravante<sup>49</sup>, en virtud el argumento del abuso de confianza<sup>50</sup>.

### 3.2.2. *Agresión sexual sobre un cadáver*

En el estudio del sujeto pasivo, la doctrina tradicional se planteaba el tema de las agresiones sexuales perpetradas sobre un cadáver<sup>51</sup>.

Baste comenzar afirmando que la cuestión carece de trascendencia, dado que el bien jurídico protegido en el artículo 178 CP (la libertad e indemnidad sexuales) nada tiene que ver con el interés tutelado en estos casos (memoria de los muertos<sup>52</sup>).

Este tipo de comportamientos estarían excluidos del ámbito típico de incriminación del artículo 178 y siguientes del Código Penal, donde se requiere que la conducta típica se realice sobre un sujeto pasivo con vida<sup>53</sup>. No obstante, estas conductas no pueden *quedar en la impunidad y si se realizan obligando a alguien, a la fuerza, a prácticas necrofilicas, quedaría el recurso de sancionarlas conforme al tipo de coacciones del artículo 172 CP*.

47 MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, "Delitos contra la libertad sexual...", op. cit., pp. 487-487.

48 (RJ 974/1995).

49 Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 31 enero 1998; SSTS de 5 octubre 1995; 23 de mayo 1995 y 29 de abril 1997.

50 STS 13 de noviembre de 1998.

51 Vid. ORTS, Delitos (n. 1), pp. 69 y ss.; ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), p. 31.

52 Concretamente, el artículo 526 CP establece: "El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses" (vid. MUÑOZ CONDE, DPPE, 13ª ed., op. cit., pp. 797-798).

53 De ahí que se critique la opinión de Pacheco (El Código Penal, T. III, pp. 126-

#### IV.- Análisis del tipo básico de las agresiones sexuales violentas del Art. 178 CP

##### 4.1. El tipo objetivo

De acuerdo con el artículo 178 CP, “*el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años*”.

En el tipo de agresiones sexuales objeto de mi estudio, se castiga la implicación de alguien en una práctica de naturaleza sexual, en sentido amplio, en contra de su voluntad, con violencia o intimidación. Se define aquí un tipo básico de agresión sexual con respecto al cual los artículos 179 y 180 CP construyen tipos agravados o cualificados, en virtud de la concurrencia de determinadas circunstancias.

Si reparamos en la lectura del artículo 178 CP, las agresiones sexuales son unos abusos con coacciones o amenazas, pero la opinión del legislador ha sido otra, redactando un tipo autónomo. Ello va a implicar que se reproduzcan los elementos de los abusos, de ahí que comentaré los aspectos comunes más problemáticos, concretamente: la ausencia de consentimiento; la gravedad de la conducta; el contacto corporal; así como los aspectos diferenciales: la presencia de la violencia o la intimidación.

Bienes jurídicos concretamente protegidos por el tipo de agresión sexual, de acuerdo con los criterios mantenidos en la interpretación de la rúbrica del Título, son la libertad sexual individual<sup>54</sup>, en el caso de sujetos pasivos con capacidad de autodeterminación sexual y la indemnidad sexual<sup>55</sup> en el de sujetos pasivos menores e incapaces.

---

127), para quien “había violación frustrada si de hecho se pretendió y pensó cometer” tal conducta, aunque la mujer estuviese muerta. Acertadamente, *Groizard* consideraba que no existía violación, porque no se yacía con una mujer, ni se violentaba una voluntad inexistente”, véase *Groizard*, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, T.V, Salamanca, 1893, p. 95; también *Ortiz Berenguer*, *Delitos* (n. 1), p. 70 n. 12.

54 En este sentido, véanse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 16 de febrero de 2000; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 15 de diciembre de 1999; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 9 de diciembre de 1999; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 13 de abril de 1999, entre otras.

55 Sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 12 de diciembre de 1997; Audiencia Provincial de Cádiz, de 8 de noviembre de 1999; la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2003.

En principio, llama la atención que en la regulación de la agresión sexual se haya omitido toda referencia a la presunción *iuris et de iure* que, por el contrario, aparece expresamente en la regulación del tipo de los abusos del artículo 181 CP, en el sentido de calificar como tales a las conductas realizadas con menores de trece años. A través de esta presunción "*iuris et de iure*", se niega cualquier tipo de relevancia al consentimiento de los menores, de manera que, aunque un menor consienta, su consentimiento es ineficaz<sup>56</sup>.

Aunque una interpretación literal estricta podría llevar a la conclusión de que en el tipo de la agresión sexual se reconoce cierta relevancia al consentimiento del menor de trece años, una interpretación como ésta debería rechazarse. En primer lugar, porque carecería de sentido negar toda relevancia al consentimiento del menor de trece años en el caso menos grave y reconocerla en el más grave. Pero sobre todo, es preciso indicar que carece ya completamente de sentido plantear cuestiones relativas a la validez de un consentimiento arrancado mediante violencia o intimidación.

#### 4.1.1. *El atentado contra la libertad sexual de otra persona*

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

##### 4.1.1.1. *La "agresión sexual"*

En principio, parece obvio decir que en el concepto de agresión sexual<sup>57</sup>, lo mismo que en el de abuso del artículo 181 CP, únicamente podrán estimarse comprendidas aquellas acciones que representen una

---

56 Véase Díez RIPOLLÉS, La protección (n. 1), p. 47. En su opinión, en la hipótesis de minoría de edad hay algo que se presume, y además, *iuris et de iure*, aunque debe entenderse como propiamente la incapacidad para decidir libremente, que sin duda puede darse excepcionalmente en un menor de doce años (ahora trece) y que el legislador no desea tener en cuenta.

57 Según ORTOS BERENGUER, la fórmula usada por el legislador es lo bastante amplia como para envolver todo comportamiento lúbrico susceptible de ser adjetivado de agresivo; véase Ortos Berenguer, Delitos (n. 1), p. 161.

manifestación del instinto sexual. Por regla general, no plantea excesivos problemas la calificación de agresión sexual de aquellos actos en los que se impliquen los órganos genitales, especialmente en casos de penetración. Cuando se trata de otro tipo de actos que no tienen ese carácter tan claramente sexual porque no intervienen los órganos genitales, como sucede por ejemplo con los besos y tocamientos de otras partes del cuerpo, su calificación como actos sexuales que pudieran ser relevantes para el tipo de agresión sexual, es sin duda más problemática.

Y es que, como ya demostrara DÍEZ RIPOLLÉS en su libro sobre "*Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*"<sup>58</sup>, no es posible definir lo que sea acción sexual en un plano puramente objetivo<sup>59</sup>. Incluso, en los casos menos problemáticos de actos con intervención de los órganos genitales, puede haber un cierto margen de incertidumbre si se repara en que como apunta el mismo DÍEZ RIPOLLÉS, los citados órganos sirven también a la satisfacción de necesidades puramente fisiológicas. Pensemos también los supuestos de implicación de dichos órganos en una actividad que se realiza en un contexto con finalidad de reconocimiento o de tratamiento médico.

En mi opinión pues, como demostrara DÍEZ RIPOLLÉS<sup>60</sup> y reconocen ya amplio sectores doctrinales, como por ejemplo, MUÑOZ CONDE<sup>61</sup>, es preciso entender que no existe un ámbito objetivo sexual con entidad propia y distinta a la de otro ámbito objetivo no sexual. De ahí que en mi opinión sólo el elemento subjetivo de la finalidad sexual del acto sea el criterio adecuado y decisivo para la definición de un acto humano como sexual. Por acción sexual debe entenderse, por consiguiente, toda acción mediante la que el autor pretende involucrar a otra persona en un contexto sexual<sup>62</sup>. No obstante, de esta cuestión me volveré a ocupar al analizar los problemas del tipo subjetivo de este delito.

---

58 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras* (La frontera del Derecho Penal sexual), Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1982.

59 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección* (n. 1), p. 122. Por el contrario, GONZÁLEZ RUS, *La violación* (n. 3), p. 29, se ha mostrado partidario de un concepto objetivo de acción sexual.

60 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo* (n. ), p. 377; *el mismo*, *La protección* (n. 1), pp. 122-123.

61 MUÑOZ CONDE, en *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª ed., op. cit., p. 201.

62 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección* (n. 1), p. 123.

Por otra parte, entiendo con la doctrina dominante que para la tipicidad de la acción sexual debe exigirse que la misma tenga una cierta trascendencia y gravedad<sup>63</sup> para afectar de modo relevante a la sexualidad ajena. Así por ejemplo, no parece que tengan entidad suficiente para constituir una agresión sexual típica acciones de tocamientos y apretones aprovechando aglomeraciones en el metro, en el autobús o en espectáculos públicos. Por otro lado, deben tenerse en cuenta también los usos y costumbres del lugar que hacen aparecer como normales de acuerdo con los estándares socialmente adecuados a hechos que serían realmente ofensivos en otros ámbitos.

#### 4.1.1.2. *La cuestión del “contacto corporal”*

Un segundo problema que plantea la delimitación de la acción típica del delito de agresión sexual es el relativo a si la realización de un atentado a la libertad sexual requiere necesariamente de algún tipo de contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo del delito. Esta cuestión, que ya fue discutida en relación con el tipo de los denominados en el Código penal derogado “abusos deshonestos”, y continúa siendo objeto de discusión en la actualidad. Así por ejemplo, *Muñoz Conde*<sup>64</sup> considera que el término atentado contra la libertad sexual exige un contacto corporal<sup>65</sup> entre los suje-

63 Con respecto a la gravedad de la conducta típica, MUÑOZ CONDE opina que ha de exigirse “una cierta trascendencia y gravedad del acto y su potencialidad implícita para afectar de un modo relevante la sexualidad ajena” (*Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª ed., op. cit., p. 202). Véase, asimismo, Díez RIPOLLÉS, *La protección* (n. 1), p. 126.

64 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª ed., Valencia, 2002, p. 201.

65 En este sentido, cabe referirse a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2003 (RJ 2003), donde el autor es condenado por un delito de agresión sexual, al realizar tocamientos en glúteos y pechos de la víctima.; la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2001 (RJ 2001\2988), caso de agresión sexual: atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación. El autor tocó los pechos a la víctima y le introdujo la mano por debajo del vestido hasta los órganos genitales; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 11 de marzo de 2000 (ARP 2000\1063), Agresión sexual: expresiones groseras y tocamiento de un glúteo; la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero del 2000 (RJ 2001\477), acusado que persigue y derriba a una primera víctima tocándole los genitales por debajo de la falda y a otra le dice “ven para acá o te rajo”, tocándole el cuerpo y tratando de alcanzarle los genitales; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de diciembre de 1999 (ARP 1999\5411), atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación. Requisitos: existencia: empujón a niño de 13 años en la cabina de unos servicios, bajándole los pantalones y calzoncillos y realizándole tocamientos en los genitales; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres,

tos activo y pasivo, mientras que CARMONA SALGADO<sup>66</sup> entiende lo contrario.

En mi opinión, parece indudable que en un sentido material es posible atacar y lesionar la libertad e indemnidad sexuales mediante acciones que no supongan un contacto físico entre el agresor y la víctima<sup>67</sup>. Así por ejemplo, sucederá en casos como el de obligar a la víctima a llevar a cabo actos de manipulación sexual sobre su propio cuerpo, o bien a ejecutar actividades de dicha índole en la persona de un tercero<sup>68</sup> o a tolerarlas sobre su propio cuerpo por parte de dicho tercero<sup>69</sup>.

---

de 22 de octubre de 1998 (ARP 1998\4940), agresiones sexuales: atentar contra la libertad sexual de una persona con violencia o intimidación: tocamientos en los pechos, piernas y zona genital contra la voluntad de la víctima.

66 Véase CARMONA SALGADO, *Los delitos* (n. ), pp. 75-80 y 82-84.

67 En este sentido se ha pronunciado un sector de la jurisprudencia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2001 (RJ 2001\9034), agresiones sexuales: atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación: existencia: bajarse los pantalones, enseñar los órganos genitales y sujetar a menores para que le masturben; la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001\8523), agresión sexual: atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación: existencia: utilizar fuerza física sobre niña de nueve años para masturbar a adulto, entre otras.

68 En este sentido, la STS de 7 de febrero de 1976 enjuició un caso en el que un menor de 12 años fue obligado a masturbar al agresor (“...no es preciso que sean zonas corporales erógenas del ofendido las invadidas, bastando con que el agente, con sus acciones, pretenda o consiga satisfacer su lascivia, máxime cuando, como en el presente caso, la quiere lograr sobre su propio organismo y no sobre el del ofendido”). Asimismo se han pronunciado las SSTS de 1979 febrero 1990 (“...puestos de rodillas o sentados los tres realizaron actos lúbricos a petición de José Ramón, como fueron masturbaciones manuales y bucales a los dos hombres...”); STS 12 de junio 1990 (“...procediendo entonces a tocarle los pechos y a besarla en el cuello, ordenándole seguidamente que le masturbase, a lo que aquélla obedeció “atemorizada por la navaja antedicha”); y STS 22 de abril de 1991 (“... la empujó sobre la cama del matrimonio, y allí, mientras le sujetaba los brazos, comenzó a tocarle los pechos y a besarla, despojándose seguidamente de los pantalones y de los calzoncillos, la obligó a que le masturbase, cosa que la joven ante el temor de sufrir alguna violencia física, llevó a cabo hasta que eyaculó...”).

69 La doctrina jurisprudencial se ha pronunciado en este sentido, como se desprende de la STS 10 mayo 1988 (“...el acusado tocó a la joven en uno de sus senos y en el culo...”); STS 18 noviembre 1988 (“...haciéndola objeto de manoseos y tocamientos por todo el cuerpo”); STS 6 noviembre 1992 (“...diversos tocamientos en sus partes genitales”); STS 22 marzo 1991 (“...tocarle los pechos”); STS 7 de diciembre 1989 (“...diversas caricias y tocamientos por los muslos y en los genitales”); STS 17 de marzo de 1989 (“...existen, pues, unos contactos carnales íntimos entre el procesado y F..., llevados a cabo contra la voluntad de ésta, en los que es de apreciar un indudable móvil lúbrico en el procesado, dado

Ahora bien, la cuestión que hay que resolver es si atentados materiales a la libertad o indemnidad sexuales como los descritos son formalmente subsumibles en el concepto de acción típica del artículo 178 CP.

En mi opinión, la respuesta a semejante interrogante debe ser afirmativa por varias razones. De conformidad con el concepto de acción sexual asumido y descrito anteriormente, no puede haber duda de que hechos como los mencionados suponen involucrar a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad<sup>70</sup>. Por otra parte, como advierte con razón un sector de la doctrina, por ejemplo CARMONA SALGADO y OCTAVIO DE TOLEDO<sup>71</sup>, la definición típica de atentar contra la libertad sexual sin ningún otro matiz, admite sin la menor duda la inclusión de cualquier acto de naturaleza sexual, y es evidente, como queda dicho, que existen actos de dicha naturaleza que no precisan de ningún contacto corporal entre el autor y la víctima.

No obstante lo anterior, creo que la inexigencia de contacto corporal hay que entenderla en el sentido de que no es preciso que exista dicho contacto entre el autor y la víctima, pero sí es preciso que exista algún tipo de contacto corporal en o sobre el cuerpo de la víctima. Por esta razón, deben quedar excluidos del tipo aquellos supuestos en los que no exista propiamente ningún contacto, como por ejemplo, en el caso de un fetichista que obliga a su víctima con intimidación a que le entregue una prenda íntima, o en el caso de que el autor obligue a la víctima a desnudarse y a realizar actos de exhibición. Estos casos deben reconducirse en mi opinión<sup>72</sup> a otros tipos delictivos, como por ejemplo, a los tipos de coaccio-

---

el conjunto de circunstancias concurrentes y las partes corporales objetos de los recíprocos tocamientos..."); STS 30 de octubre 1989 ("...tras bajarle los pantalones le tocó en sus órganos genitales").

70 En opinión de Díez RIPOLLÉS, "...el fin de involucrar a otro en un contexto sexual... pasa a ser el elemento determinante para configurar la acción sexual, ha de entenderse en principio, y mientras no se diga lo contrario, como tendencia de involucrar a la víctima, al sujeto pasivo, en un contexto sexual...", en *Exhibicionismo* (n. ), p. 386; *el mismo*, *La protección* (n. 1), p. 123.

71 Véase CARMONA SALGADO, *Los delitos* (n. ), p. ; OCTAVIO DE TOLEDO, "Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995", en *Actualidad Penal* núm. 32, 1996, pp. 612 y ss.

72 En sentido contrario, ORTS/SUÁREZ, *Los delitos* (n. 3), p. 73, consideran que conductas como, por ejemplo, los casos en que se obliga a la víctima a desnudarse, a adoptar actitudes procaces, a simular movimientos característicos del coito, etc., deben incluirse en el concepto de agresión sexual, "pues se está vulnerando también la libertad de determina-

nes<sup>73</sup>, a los delitos contra el honor e incluso a los delitos contra la integridad moral.

Por otro lado, este mismo criterio dejaría fuera del ámbito de tipicidad las conductas mediante las que un sujeto impide a otro, con violencia, tener una relación sexual que desca. Por ejemplo, este es el caso del supuesto de hecho de una conocida sentencia del Tribunal Supremo, cuyo relato describía la situación en que un padre que no aprobaba la relación sentimental que su hijo mantenía con una señorita, les sorprende en el lecho y para impedir la relación, propinó fuertes golpes con un paraguas a la señorita.

Fijado el criterio que he denominado contacto corporal restringido, los casos en que no concurre contacto el legislador penal ha redactado los delitos de coacciones y contra la integridad moral.

#### *4.1.2. El empleo de la violencia o la intimidación.*

El elemento diferenciador entre el delito de abusos sexuales y el de agresiones viene determinado por la exigencia de violencia o intimidación en la realización de la acción típica en este último. La violencia y la intimidación, como es sabido, constituyen el contenido de las acciones típicas de los delitos de coacciones y de amenazas respectivamente, y en principio hay que partir de la base de que el tipo de la agresión sexual es uno compuesto por comportamientos de abuso sexual y de coacciones o amenazas. La coacción o la amenaza, es decir, la violencia o la intimidación serían aquí el medio de ejecución del abuso sexual constitutivo de agresión. No obstante, cabe preguntarse si la violencia o la intimidación típicas del delito de agresión sexual coinciden en todo con los contenidos en los tipos de coacciones y de amenazas, o si presentan aspectos diferenciales.

En segundo lugar, conexo a esta cuestión, me planteo los supuestos de incapacidad de resistir por parte de la víctima y los ataques sorpresivos. Baste pensar en los casos de personas en sillas de ruedas, hemipléjicos o en

---

ción del sujeto pasivo en la esfera sexual, se le está involucrando —en su dimensión corporal— en un contexto claramente sexual de un modo intolerable. A igual solución habrá que llegar si se fuerza a alguien a entrar en contacto con objetos inanimados o animales en un ambiente y con unas connotaciones sexuales<sup>73</sup>.

73 ORTOS/SUÁREZ incluirían en el delito de coacciones conductas como las de obligar a otro a ver acciones sexuales de terceros u oírlos; véase ORTOS/SUÁREZ, *Los delitos* (n. 3), p. 73.

el uso de narcóticos por parte del agresor. De estas cuestiones me ocuparé a continuación, de un modo breve.

#### 4.1.2.1. La violencia

Por violencia<sup>74</sup> hay que entender no sólo la *vis absoluta* sino también el empleo de fuerza física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la energía física que aplicará el autor.

De acuerdo con la opinión dominante y con la interpretación de la jurisprudencia<sup>75</sup>, la violencia típica del delito de agresión sexual debe consistir en la aplicación de fuerza física sobre el cuerpo de la propia víctima<sup>76</sup>. Por el contrario, la fuerza física aplicada a un sujeto distinto, así como también la llamada *vis in rebus* o fuerza en las cosas<sup>77</sup>, podrán constituir

74 En detalle, sobre el concepto de violencia y su evolución, véase HIGUERA GUIMERA, *El delito de coacciones*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1978, pp. 88 y ss.; Díez Ripollés, en Díez RIPOLLÉS / GRACIA MARTÍN/ LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código penal. Parte Especial I* (Títulos I a VI y faltas correspondientes), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 820-828. Asimismo, SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho Penal* (Su análisis jurisprudencial y dogmático en el Código Penal de 1995), Bosch, Barcelona, 1999, pp. 57 y ss.; 79 ss.. También, MIRA BENAVENT, "El concepto de violencia en el delito de coacciones", *Cuadernos de Política Criminal* 1984, pp. 133 y ss.

75 El Tribunal Supremo ha reconocido en la Sentencia de 2 de enero de 1981 (ARJ 248) que la ampliación del concepto de violencia se produce "mediante una interpretación constante que respondía a las exigencias *pragmáticas* y que ha ido adquiriendo carta de naturaleza en la doctrina de esta Sala".

76 Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2003 (RJ 2003\2749), condena al autor como responsable de un delito de agresión sexual por haber golpeado a la víctima y morderla para perpetrar la agresión sexual; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 9 de diciembre de 2002 (ARP 2003\94), el autor cogió fuertemente del brazo a la víctima, tras conducirla a un lugar solitario, y masturbarle con fuerza; la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002\9106), agresión sexual: al autor atentó contra la libertad sexual de la víctima, utilizando fuerza física contra la misma; la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001\8523), el autor utilizó fuerza física contra niña de nueve años para masturbar a adulto; Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2001 (RJ 2001\7836), el autor cogió a la víctima, cerró la puerta, y la arrastró hasta el lugar donde se hallaba sentada: agresión sexual..

77 Como ejemplo de la jurisprudencia unánime, en la STS de 25 de abril de 1993 (RAJ 3273) se puede leer "que el delito de coacciones se comete no solamente cuando la violencia se ejerce contra las personas (...), sino que también lo perpetra el que mediante la fuerza ejercida sobre las cosas de uso o pertenencia del perjudicado, se ponen aquéllas fuera de su alcance privándole del legítimo goce y disfrute de las mismas". También la STS de 17 de noviembre de 1997 (RAJ 8241) que "la doctrina mantenida por esta Sala respecto de tal

modalidades concretas de provocar la intimidación de la víctima<sup>78</sup>, pero no son por sí mismas constitutivas de la violencia típica de este delito.

Aunque la necesidad de resistencia o de oposición de la víctima al contacto sexual no es ciertamente un elemento del tipo, el análisis del grado de resistencia que haya mostrado la víctima, es una cuestión que se plantea reiteradamente en los casos de agresiones sexuales violentas. Esta circunstancia, como advierten con razón MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO<sup>79</sup>, tiene más bien el significado de un hecho relativo a la prueba de la falta de consentimiento de la víctima o de la idoneidad de la violencia.

El Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en la Sentencia de 28 de abril de 1998<sup>80</sup> que la violencia no tiene que ser desde luego irresistible, pero en relación con la resistencia que debe oponer la víctima, exige reiteradamente que la misma tiene que ser real, verdadera, decidida, continuada y constante, es decir, que exteriorice inequívocamente la voluntad contraria al contacto sexual.

En mi opinión, tales exigencias son demasiado rigurosas y estrictas, hasta el punto de que imponen un sacrificio a la víctima que desemboca prácticamente en una conducta cuasi-heróica. Independientemente de que hayan de valorarse en cada caso todas las circunstancias concurrentes, tanto subjetivas, como la edad de los sujetos, la constitución física de ambos, etcétera, como objetivas, como por ejemplo, el lugar, el momento, etcétera, creo que debe ser suficiente con la exteriorización de su negativa<sup>81</sup> para comprender y probar que se opone a las pretensiones del agresor.

---

figura delictiva exige para su existencia, a) de una conducta violenta ya material o "vis physica", ya de intimidación o "vis compulsiva", y de la que puede ser objeto tanto el sujeto pasivo como terceras personas, o cosas de uso o pertenencia". En el mismo sentido, cabe citar la STS de 11 de marzo de 1997 (RAJ 1708) que exponiendo las características del concepto de violencia afirma: "Una constante doctrina jurisprudencial de esta Sala requiere para la existencia del tipo: 1) Una conducta violenta de contenido material (vis física), o intimidatoria (vis compulsiva) ejercitada contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto, a través de cosas, e incluso de terceras personas (...)"

78 "Lo que caracteriza a la *vis in rebus* es que la fuerza física ejercida ya no es corporal o personal, sino que incide sobre objetos. Y será propia cuando suponga *violentar el uso normal de las cosas*, de forma que se manipule el objeto en cuestión de un modo contrario a la finalidad para la que ha sido creado o buscado" (DÍEZ RIPOLLÉS, en *Comentarios...*, op. cit., pp. 823-824).

79 MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO y OTROS, *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., p. 242.

80 RJ 1998\3820.

81 En esra sentido, cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2002 (JUR 2003\63115), la víctima al entrar en el portal fue seguida por

#### 4.1.2.2. *La intimidación*

La intimidación, en cuanto medio de comisión alternativo, ha sido definida por la jurisprudencia como “la amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo”<sup>82</sup>. La intimidación equivale, pues, a las amenazas<sup>83</sup>.

---

el acusado, que la abordó por detrás y le comenzó a tocar las piernas... La víctima propinó una patada a su agresor, es decir, se defendió y resistió firmemente, y no se mostró vulnerable a su agresión; la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 25 de febrero de 2002 (ARP 2002\236), consideró el Tribunal que los actos agresivos o intimidatorios habían producido en la víctima un efecto paralizador, sin exigirse conductas heroicas. El hecho de que los gritos de la víctima no fuesen oídos por el vecino del piso de encima no implica que la víctima no se defendiera; la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002\3644). La víctima se resistió con patadas y arañazos, sin que se le exija un comportamiento heroico; el Auto del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2001 (RJ 2001\5647), atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación. El autor sujetó a la víctima en taxi y la llevó al domicilio del acusado donde, amenazándola y empujándola, la llevó a la cama, le quitó la ropa..., sin que sea exigible a la primera una resistencia heroica y sí una firme oposición a lo pretendido por el agresor; Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000 (RJ 2001\5641), el autor atentó contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, agarrando y arrastrando a la víctima hasta llevarla a la cama..., sin que sea exigible a la víctima una resistencia heroica.

82 Entre otras, véase la Sentencia de 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8453): intimidación al coger el autor por los hombros a la víctima y empujarla contra la pared en un sitio oscuro; la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2002 (RJ 2003\72); la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2002 (RJ 2003\2276): intimidación creada mediante la ejecución de los actos en el interior de un solitario cuarto de limpieza; la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2001 (RJ 2002\276): La exhibición de una navaja es suficiente para que cumpla su función intimidatoria; la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2001: intimidación: cuando el agresor vence la resistencia de la víctima, valiéndose del temor que le inspira a su hija de trece años; el Auto del Tribunal Supremo de 20 de junio 2001 (RJ 2001\5251): intimidación: uso de arma blanca consistente en instrumento de hoja curva con el que hirió a la víctima en la boca; la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001 (RJ 2001\357): niña de nueve años que, ante la amenaza de adulto de pincharle con una aguja bipodérmica si no le tocaba y se bajaba las bragas ella sale corriendo, lo que no significa que no sea vulnerable; la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo 2000 (RJ 2000\2408): manosear los pechos de la víctima, a la que se intimida con una navaja; la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9452): atentar contra un niño de once años al que se lleva a un lugar desconocido para él; le dice que si no accede a sus deseos le va a “canear”; la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1994 (RAJ 1994\690), entre otras.

83 En este sentido, véase MUÑOZ CONDE, al sostener que “la intimidación equivale a amenazar” (*Derecho Penal. Parte Especial...*, op. cit., p. 203).

Ahora bien, de acuerdo con la opinión dominante, no puede ser constitutivo de intimidación típica de este delito cualquier constreñimiento psicológico, sino sólo aquellos que tengan la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia. La amenaza deberá tener pues, una cierta gravedad y guardar alguna relación con la agresión sexual<sup>84</sup>.

Para entender colmado el requisito de la intimidación, la amenaza deberá revestir caracteres de seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad<sup>85</sup>. No bastarán así, por ejemplo, amenazas de males futuros alejados en el tiempo, ni de males de entidad insuficiente<sup>86</sup>. Como exige un sector de la doctrina y también de modo reiterado la jurisprudencia, deberá tratarse de amenazas de un mal que sea constitutivo de delito, en particular de violencia física.

---

84 Véase CARMONA SALGADO, Los delitos (n. ), p. 124; CUELLO CALÓN, *Derecho penal conforme...*, op. cit., p. 538; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870...*, op. cit., pp. 90-91; ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), p. 46 n. 53, y nota 54. Según estos últimos autores (*loc. cit.*, pp. 46 y ss.), "no existe limitación alguna acerca del momento aplicativo de la intimidación o de su duración en la vida del delito. No es necesario que se mantenga hasta el instante ejecutivo del correspondiente acto sexual, sino que pudo haber cesado en un momento muy anterior. Tampoco es exigible que los efectos de coartación de la voluntad de la víctima causados por el uso de la intimidación hayan de estar presentes durante todo el proceso que conduce al acto sexual. Esto último, que será la norma, tiene la importante excepción de aquellos casos en que se produzca un consentimiento sobrevenido de la víctima que cede por estímulos eróticos o de otra índole, que como ya sabemos, no tiene eficacia alguna en orden a la atipicidad o a la justificación de la conducta".

85 La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto sobre los caracteres de la intimidación en numerosas Sentencias. Valgan de cita, las Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8453); Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2001 (RJ 2002\557); Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2001 (RJ 2001\6561); Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2001 (RJ 2001\6372): intimidación suficiente a víctima consistente en que el acusado era violento y cumplía sus amenazas, sin que se exija a aquélla actos de heroicidad, siendo suficiente que la intimidación sea idónea y eficaz.

86 En este sentido, véanse la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003\715): condena al acusado como autor de un delito de abusos sexuales y no agresión, por falta de intimidación: mujer con síndrome de Down que cursa con retraso mental al límite entre moderado y débil. Consentimiento viciado por padecimiento de enfermedad mental y concurrencia de circunstancias que permitían una reacción negativa: ausencia de intimidación.; el Auto del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8750): atentar contra la libertad sexual de otra persona. Inexistencia de intimidación firme y grave en los hechos probados.

Sin embargo, me parece rechazable el criterio seguido a veces por el Tribunal Supremo según el cual la intimidación debe sumir a la víctima en una situación de perturbación psicológica profunda<sup>87</sup>. Como ha dicho *Orts*<sup>88</sup>, basta con que la intimidación sea de tales características que genere en la víctima un convencimiento de autenticidad e inminente materialización, aunque la misma conserve incluso una frialdad de ánimo ante la amenaza.

En todo caso es preciso tener en cuenta que la reacción de las personas ante una amenaza es variable, y que habrá que tener en cuenta por lo tanto sus circunstancias personales, tales como la edad, así como también el contexto social o familiar que lo rodean<sup>89</sup>. Así por ejemplo, como señala *MUÑOZ CONDE*<sup>90</sup>, podría estimarse cumplido el requisito típico de la intimidación, y realizado por tanto el tipo de la agresión sexual, en el caso de un hombre adulto que amenaza a una chica joven con decir a sus padres donde ha pasado la tarde con su novio y ésta, ante el temor de que se lleve a cabo su amenaza, accede a tener algún tipo de relación sexual con él.

#### 4.1.2.3. *La problemática de los llamados "ataques sorpresivos"*

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

En los supuestos de ataques sorpresivos, el sujeto activo aprovecha lo inesperado de su conducta ante la situación desprevenida de la víctima

---

87 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2001 (RJ 2001\6378): se afirma la existencia de intimidación, siendo suficiente que los actos agresivos e intimidatorios hayan producido en la víctima un efecto paralizador, sin exigirse conductas heroicas.

88 Véase *ORTS BERENGUER*, *Delitos* (n. 3), 1995, p. 90.

89 En este sentido, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2003 (RJ 2003\3628): relaciones sexuales cometidas contra dos menores de 12 años; Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003\2226): la simulación de ser policía por el acusado es suficiente para intimidar a una persona: niña de 14 años para cumplir 15; Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2002 (RJ 2003\72): existencia de intimidación por la corta edad de la víctima

90 *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., 14ª ed., pp. 203-204.

para realizar sobre ella una acción de naturaleza sexual no consentida. En estos casos, la doctrina penal niega<sup>91</sup> el carácter violento de la conducta, ya que en los citados ataques sorpresivos no se constata las características mínimas de ejercicio de fuerza física, y tampoco existe intimidación.

La jurisprudencia ha negado, en ocasiones, el carácter violento de la conducta, ya que en los citados ataques sorpresivos no se constata las características mínimas de ejercicio de fuerza física, y tampoco existe intimidación.

La jurisprudencia ha afirmado<sup>92</sup>, en ocasiones, el carácter violento de tales atentados, con el argumento de que el ataque por sorpresa anula o disminuye considerablemente las posibilidades de un ejercicio libre de la voluntad. Tesis que me parece errónea de cara al delito que nos ocupa, pues si bien es cierto que el ataque sorpresivo afecta a la libertad de la voluntad ajena, no es menos cierto que en él no existe ni violencia ni intimidación.

No obstante, existe también en la doctrina jurisprudencial una segunda línea argumental conforme a la cual los ataques sorpresivos son asimilables a las situaciones de privación de sentido.

En mi opinión, los ataques sorpresivos no pueden ser constitutivos de agresión sexual debido a la clara ausencia en los mismos de violencia o intimidación, y deberán ser calificados como abuso sexual<sup>93</sup>, del artículo

---

91 CANCIO MELIÁ, en *Comentarios...*, op. cit., p. 521; SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito...*, op. cit., p. 134.

92 Sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona de 30 de octubre de 2002 (JUR 2003\80978): atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación: ataques por detrás, realizando tocamientos de modo sorpresivo, forcejeando o golpeando a las víctimas: agresión sexual; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 13 de enero de 1999 (ARP 1999\205): el autor agredió a la víctima con un tocamiento sorpresivo y por detrás de los genitales de la víctima; Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1968 (RJ 1070); de 20 de mayo de 1968 (RJ 816); de 4 de abril de 1990 (RJ 10484); Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de enero de 1999 (RJ 205). En ocasiones, la jurisprudencia ha asimilado los ataques sorpresivos a la privación de sentido, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1970 (RJ 4019); o incluso, en algunas hipótesis se ha considerado que puede ser impunes, por constituir abuso de confianza, como por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1992 (RJ 7181).

93 En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2002 (RJ 2002\9356): tocamientos sorpresivos y fugaces sin el consentimiento de la víctima. Se castigó al acusado como autor de abusos sexuales, por la inexistencia de

181 CP, bien porque se entienda con esta segunda línea jurisprudencial que se trata de situaciones asimilables a la privación de sentido (artículo 181.2 CP), o bien en todo caso porque se tratará de una clara situación de prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima (artículo 181.3 CP).

Lo mismo cabe decir en los casos de víctima que carece de la capacidad física de repeler la agresión, pues aquí tampoco cabe afirmar la existencia de violencia o de intimidación. Estos supuestos deberán ser calificados como abuso sexual<sup>94</sup> con las agravantes correspondientes, pero no como agresión sexual.

#### 4.2. *El tipo subjetivo.*

El tipo subjetivo de los delitos sexuales en general, y del de agresiones sexuales en particular, plantea la cuestión relativa a si además del dolo se precisa de la concurrencia de algún elemento subjetivo de lo injusto adicional o trascendente al dolo. A continuación expondré brevemente los problemas particulares del dolo en este delito y mi posición ante la posible exigencia del elemento subjetivo de lo injusto.

##### 4.2.1. *El dolo*

La conducta descrita en el citado precepto implica un acto de naturaleza sexual, realizado con violencia o intimidación, y en contra de la voluntad del sujeto pasivo. Conforme con ello, el tipo subjetivo del precepto

---

intimidación; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 16 de septiembre de 2002 (ARP 2002\662): tocamientos realizados por sorpresa, pero sin consentimiento de la víctima, o por la fuerza o energía física que precisa y agota el propio contacto corporal: abusos sexuales; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de septiembre de 2000 (ARP 2000\2333): tocamientos en la zona vaginal furtivos, por sorpresa, que cesan cuando la víctima responde y se inicia un forcejeo abusos sexuales; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de febrero de 1998 (ARP 1998\879): ordenar a una empleada entrar en un almacén, entrando el acusado detrás cerrando la puerta; la cogió por el brazo y la besó en el cuello, soltándose la mujer e intentando salir del almacén, lo que impidió el acusado cogiéndole del brazo asegurándole que "tenía que hacerla suya", soltándole y saliendo del local: ataque sorpresivo e injustificado, pero no violento ni intimidatorio: abusos sexuales. En sentido contrario, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 30 de octubre de 2002 (JUR 2003\80978).

94 Véase el Auto del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2001 (RJ 2001\7146): obtener la práctica de una felación de persona privada de sentido.

objeto de mi análisis viene constituido por el dolo de realización del mencionado comportamiento objetivo.

De acuerdo con mis concepciones dogmáticas generales, me parece rechazable la concepción del dolo como mero conocimiento de la realización del tipo. De acuerdo con la doctrina dominante<sup>95</sup>, entiendo que el dolo está integrado por un elemento intelectual y por otro volitivo. El dolo es, en este sentido, pues, conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. Por esta razón, el dolo del tipo de las agresiones sexuales del artículo 178 CP está constituido por el conocimiento, por parte del sujeto activo, de que realiza una agresión sexual, con violencia o intimidación, y sin la anuencia del sujeto pasivo, y por la voluntad de realización de semejante acto.

Con carácter general, el dolo requiere de la comprensión del significado social del hecho, por lo que en el delito que nos ocupa será preciso que el autor tenga conocimiento del significado sexual de su conducta.

Al tratarse aquí de un comportamiento con violencia o intimidación en la práctica no quedará apenas espacio para que se den supuestos de error sobre un elemento del tipo, en particular de error sobre el consentimiento de la víctima, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los abusos sexuales en que sí puede plantearse con mayor frecuencia un error sobre dicho elemento.

No obstante, también pueden darse supuestos de error sobre un elemento del tipo, como sucedería en el caso de que un sujeto crea erróneamente que cuenta con el consentimiento del sujeto pasivo, para la realización con él de actos sadomasoquistas, cuando lo cierto es que la actitud del mismo era realmente de oposición de resistencia, y por lo tanto, de ausencia de consentimiento.

En un caso como el planteado, nos encontramos sin duda con un error sobre elementos objetivos del tipo, en concreto, un error sobre la falta de consentimiento del sujeto pasivo y sobre el carácter de la violencia como medio de vencer su voluntad para la realización del acto sexual correspondiente.

De conformidad con las reglas generales del error de tipo, en supuestos como el planteado quedará excluido el dolo<sup>96</sup>. Si el error es in-

---

95 En detalle, véase CEREZO MIR, en *Curso...*, op. cit., pp. 123; 130 y ss.

96 Véase CEREZO MIR, en *Curso...*, op. cit., p. 133.

vencible la consecuencia será en todo caso la impunidad. Y si el error es vencible, el hecho será imputable al sujeto a título de imprudencia<sup>97</sup>. El hecho imprudente, sin embargo, sólo será punible si el Código prevé expresamente un tipo imprudente de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del propio Código, lo que no sucede en el caso del delito que nos ocupa, con respecto al cual también los errores vencibles de tipo quedarán impunes.

A diferencia de la hipótesis planteada con el caso anterior, si el sujeto ha previsto la posibilidad de que el sujeto pasivo no acepte en realidad la práctica sadomasoquista que se dispone a realizar, no se dará ninguna situación propia de error sobre un elemento del tipo. La solución de este supuesto debe hallarse en el ámbito del elemento volitivo del dolo. De este modo, si el sujeto contó con la posibilidad del rechazo de la víctima a esa práctica, se dará el dolo eventual, y el hecho será punible, mientras que si confió en que la víctima consintiera habrá culpa consciente y el hecho será impune.

#### 4.2.2. *Problemática en torno a la exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto*

Como es sabido, existe desde antiguo una fuerte polémica doctrinal en torno a si los tipos del Derecho penal sexual en general y el que ahora nos ocupa en particular, requieren de algún elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo.

Durante mucho tiempo, en la doctrina científica ha sido mayoritaria la opinión de que en el tipo subjetivo de los delitos sexuales habría que requerir el ánimo lúbrico o la tendencia lasciva como un elemento subjeti-

---

<sup>97</sup> En opinión de CEREZO (*Curso...*, op. cit., pp. 133 y s., n. 55), la "vencibilidad (o invencibilidad) del error se refiere a la posibilidad (o imposibilidad) del sujeto de superarlo (vencibilidad subjetiva). Para que pueda incurrir en responsabilidad por imprudencia, cuando el error fuera vencible, será preciso, además, como veremos, que concurra una inobservancia del cuidado objetivamente debido. De otra opinión LUZÓN PEÑA, que apartándose de la opinión dominante, cree que en el art. 14.1 (como antes en el artículo 6º bis a, párrafo segundo del viejo Código penal), se hace referencia a un "error *objetivamente* vencible o evitable, atendiendo a las posibilidades del hombre medio ideal, según la correspondiente posición jurídica, colocado en la posición del autor y con los conocimientos de éste"; véase *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 444-445. En el artículo 14.1 se dispone, sin embargo, que: "Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente" (y el mismo criterio se seguía en el párrafo 2º del art. 6º bis a, del viejo Código).

vo de lo injusto distinto del dolo, opinión que ha llevado incluso a elevar a los delitos sexuales como prototipos o modelos de los denominados delitos de tendencia interna. La exigencia de este elemento subjetivo de lo injusto ha sido también constante y reiterada en nuestra jurisprudencia<sup>98</sup>.

Si tenemos en cuenta que el concepto de acción sexual, como ya vimos, no puede definirse a partir de referentes objetivos, sino que debido a la extremada variedad de sus contenidos, es preciso recurrir siempre a la finalidad sexual para definirla, no puede extrañar, en principio, esa exigencia de un elemento subjetivo distinto del dolo como el ánimo o la tendencia lasciva o voluptuosa. En principio, parece que sólo un elemento subjetivo como el mencionado permite distinguir con respecto a un mismo hecho objetivo entre lo que es una acción sexual y una acción penalmente irrelevante e incluso lícita como puede ser una exploración ginecológica o una acción con fines terapéuticos o científicos<sup>99</sup>.

No obstante lo anterior, considero con un sector cada vez más numeroso de la doctrina más reciente, que ya comienza a influir además en la jurisprudencia, que los tipos sexuales en general y el de agresión sexual en particular no exigen concurrencia de ese elemento subjetivo de lo injusto ni de ningún otro, siendo suficiente para su realización con el dolo.

Es cierto que en la gran mayoría de los supuestos el autor obra con esa tendencia lasciva<sup>100</sup>, pero no siempre es así, pues cabe imaginar, y de hecho se

---

98 En este sentido, cítense las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1985; 12 de julio de 1990; 12 de diciembre de 1991; 23 de diciembre de 1991; 9 de diciembre de 1992; entre otras. Otra línea argumental ha calificado ciertas conductas como constitutivas de agresión sexual, sin confirmar elemento subjetivo alguno, así las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1887 (móviles de burla o venganza); la de 23 de marzo de 1991; la de 9 de julio de 1999

99 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección* (n. 1), p. 123; más ampliamente, DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo* (n. ), pp. 375-386, 425-427.

100 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001 (RJ 2001\1264): atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación: existencia: se deduce el ánimo libidinoso de los actos del acusado: tirar al menor, colocándose encima desabrochándose la bragueta y tratar de bajarle los pantalones; Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 10 de febrero de 2001 (ARP 2001\224): golpes y empujones intentando trasladar a la víctima a un lugar apartado: el ánimo libidinoso se demuestra en el hecho de que el acusado intentó besar en la boca a la víctima; Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 3 de noviembre de 1999 (ARP 1999\4540): padre que con ánimo lúbrico y tras acostarse con su hija le baja la braga e intenta penetrarla sin conseguir el propósito; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 de mayo de 1999 (ARP

realizan atentados de carácter sexual con fines o por motivos de venganza, burla<sup>101</sup>, curiosidad, despecho, etcétera. La exigencia del elemento subjetivo mencionado impediría calificar a este tipo de agresiones sexuales como típicas y por lo tanto como punibles por los tipos del Derecho penal sexual.

En mi opinión, y de modo coherente con el concepto de acción sexual que sostengo, lo decisivo es la finalidad de involucrar a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad, con independencia de cuál sea el ánimo, la tendencia, o la finalidad específica perseguidas por el autor, de cuáles sean las motivaciones específicas de éste, pues lo relevante a efectos penales debe ser únicamente el atentado a la libertad sexual de la víctima, cuyo carácter y gravedad no se ve afectado en lo más mínimo por la tendencia interna con la que obre el autor.

#### 4.3. *La cuestión de la comisión por omisión*

Una cuestión de muy difícil solución es la relativa a si el delito de agresión sexual puede cometerse por omisión. Debo aclarar desde un principio que cuando se plantea este problema en relación con cualquier delito de lo que se trata es de si el mismo puede cometerse por omisión a título de autor, y no, por supuesto, de si cabe la participación por omisión. Esta última es una cuestión cuya respuesta es obvia, es decir, siempre afirmativa, independientemente de cuáles sean los requisitos exigidos para la participación por omisión. Que en el delito de agresión sexual caben tanto la cooperación necesaria como la complicidad por omisión es obvio. De lo que aquí se trata, sin embargo, es de si el mismo puede realizarse por omisión a título de autor.

Al no tratarse de un delito de propia mano, en principio y teóricamente, sería admisible la comisión por omisión. Así cabría pensar en la posibilidad de una autoría por omisión del delito de agresión sexual por parte de un sujeto que no impide o evita que otro lleve a cabo una acción de carácter sexual contra la voluntad de la víctima, cuando se den en aquél las circunstancias materiales que fundamentan la autoría en comisión por omisión<sup>102</sup>.

---

1999\4311): tendencia manifestada de forma objetiva o externa por el ánimo libidinoso; Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998 (RJ 1998\8045): agarra por la cintura a la víctima abrazándola y frotándola contra sí con intención lúbrica.

101 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1987 (móviles de burla o venganza).

102 Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª ed., p. 213; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., Madrid, 2002, p. 205. La Jurisprudencia se ha

No puedo entrar aquí en el análisis y toma de posición sobre la cuestión de la comisión por omisión. Me limito a exponer el argumento que, a mi juicio, resulta decisivo para negar la posibilidad de autoría por omisión en este delito. Se trata de un argumento formal o literal, pero que, de acuerdo con el principio de legalidad, constituye una barrera infranqueable para cualquier teoría material sin excepciones. La conducta típica del delito que nos ocupa la describe el artículo 178 CP con el verbo *atentar*, el cual es sinónimo de *agredir*<sup>103</sup>, y, de acuerdo con la opinión dominante, la omisión no puede ser conceptuada en absoluto como agresión, ni, por tanto, como atentado a la libertad sexual.

## V. Problemas dogmáticos particulares

A continuación, procede entrar en el análisis de algunos problemas dogmáticos particulares, cuya solución está condicionada por el carácter y contenido de la acción típica del delito de agresión sexual. En concreto, es preciso aclarar la cuestión de si la acción típica de este delito es una que precisa ser realizada directa y personalmente por el mismo autor mediante un acto corporal suyo, es decir, la cuestión de si nos encontramos ante un delito de los denominados de *propia mano*. De la respuesta que se dé a esta cuestión depende la solución de determinados problemas dogmáticos como

---

manifestado en sentido favorable a admitir la comisión por omisión en el delito de agresiones sexuales, como por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1996 (considera el Tribunal que la posición de garante "viene impuesta en base a dos fuentes posibles; por la función protectora del bien jurídico y por la misión de control de una fuente de peligro. Así, solo en los casos en que el compromiso del garante resulte inequívoco es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético actuando -como se ha dicho- a modo de 'barrera de protección' del mismo, siendo así decisivo que el sujeto que tenga normativamente controlado el riesgo deje, pese a ello, que se origine el resultado lesivo").

103 Mi argumentación se fundamenta en la tesis sostenida por CEREZO para negar la *legítima defensa* por omisión, al no admitir la posibilidad de que una *agresión ilegítima* (primer requisito de la legítima defensa) pueda producirse por omisión. Si por *agresión* se entiende la realización de una acción dirigida a la producción de la lesión de un bien jurídico, la simple omisión, esto es, la no realización de una acción que podía realizar el sujeto no constituye agresión, al faltar en ella la causalidad y la voluntad de realización. En opinión de CEREZO, la lesión o el peligro de un bien jurídico de un omitente para obligarle a realizar una determinada acción que podía y quizá debía realizar, podría estar amparada, sin embargo, en la eximente de estado de necesidad -número 5, artículo 20 CP-. Si la agresión requiere la conciencia y voluntad de lesionar un bien jurídico, una acción lesiva de un bien jurídico causalmente, no puede constituir una agresión (CEREZO, en *Curso...*, op. cit., pp. 212-213; 214).

por ejemplo, los relativos a la posibilidad de autoría mediata, de coautoría y de comisión por omisión.

### 5.1. *El iter criminis y la consumación del delito*

Para resolver las cuestiones que plantea el *iter criminis* en este delito, conviene tener en cuenta que nos encontramos ante un tipo configurado por una acción nuclear consistente en la realización de algún acto de carácter sexual, y por una zona periférica constituida por los actos violentos o intimidatorios que se realizan como medio que posibilita el atentado sexual propiamente dicho.

De acuerdo con la estructura del tipo descrita, para la consumación del delito de agresión sexual será preciso que llegue a tener lugar efectivamente la acción sexual propiamente dicha, es decir, el contacto corporal sobre la víctima en el sentido que ya se explicó anteriormente. De lo contrario, estaremos ante una tentativa. Así lo considera la doctrina jurisprudencial, para la cual el delito de agresión sexual del artículo 178 CP se consuma cuando el autor lleva a cabo el atentado contra la libertad sexual, con violencia o intimidación, aunque no consiga una satisfacción erótica<sup>104</sup>.

El Código Penal de 1995 no ofrece una definición material de *acto ejecutivo*, siendo necesario adoptar un criterio formal para deslindar los actos ejecutivos de los preparatorios.

MUÑOZ CONDE opina que en virtud del principio de legalidad “sólo lo que, conforme a los criterios de interpretación pueda considerarse como ‘ejecución del delito’ y, por lo tanto, del tipo, debe entrar a formar parte del concepto de tentativa”<sup>105</sup>.

104 Conforme con esta argumentación, puede citarse la STS de 8 de febrero de 1999, al disponer que “... en este delito la consumación se alcanza, con independencia de que el agente logre satisfacer plenamente sus deseos, tan pronto como la víctima se ve obligada, mediante violencia o intimidación, a soportar en su cuerpo las maniobras de inequívoco contenido sexual de que aquél le haya objeto”. Asimismo, ORTS/SUÁREZ, *Los delitos* (n. 3), p. 74. Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª ed., op. cit., p. 209; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., op. cit., p. 207. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1995 estimó perfeccionado el delito de agresión sexual “por la concurrencia de dos elementos, uno el objetivo o material, dinámica comisiva consistente en la realización de tocamientos impúdicos o contactos corporales de muy variada índole, y otro de carácter psicológico o interno, especialmente doloso y que actúa como elemento subjetivo del injusto, consistente en el ánimo libidinoso o de satisfacción del apetito sexual”.

105 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia, 1998, p. 464; 5ª ed., Valencia, 2002, pp. 431-432.

Pese a esta definición, la imprecisa redacción del artículo 178 CP impide deslindar aquellos actos preparatorios de los ejecutivos; “atentare contra la libertad sexual de una persona con violencia o intimidación...”, dice el precepto.

Por ejemplo, ¿podría calificarse como acto ejecutivo el hecho de desvestir a la víctima, ver una película pornográfica, o atar a la víctima a un árbol antes de perpetrar la agresión sexual?

La respuesta a tales interrogantes habrá de resolverse conforme a los conceptos de actos ejecutivos y de tentativa.

Tales dificultades llevaron a la doctrina a superar la vieja teoría puramente formal, que se mostraba insuficiente para resolver las cuestiones más conflictivas, adoptando ciertas variantes: la versión objetiva, se basa en la puesta en peligro; mientras que la versión subjetiva, atiende a los planes del autor. Finalmente, la teoría mixta, se construye sobre la redacción legal de la conducta, y atendiendo al plan del autor.

Conforme con ello, la relevancia penal comenzará cuando se trate de actos ejecutivos, por lo que será necesario delimitar los actos preparatorios de los ejecutivos, y dentro de ellos, la tentativa.

Por ejemplo, “A” ata fuertemente a “B” a un árbol con una cuerda, antes de realizar la agresión sexual constituyendo la acción de atar un *prius* que debe ser completado con el acto de agresión sexual, de una manera causal, para llegar a la consumación. Para el inicio de la ejecución, es decir, de la tentativa basta con la realización de los actos de la zona periférica del tipo de acuerdo con el criterio sugerido ya por *Beling*<sup>106/107</sup> y aceptado por

---

106 Véase BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, JCB Mohr (Paul Siebeck); Tübinga, 1906 (reimpresión en Scientia Verlag, Aalen, 1965), pp. 245 y ss. Sigue su criterio, en nuestro país, entre otros, Antón Oneca, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 409-410; En detalle, vid. CEREZO MIR, *Curso...*, op. cit., pp. 188 ss.

107 Según la teoría de BELING, un acto sería ejecutivo si está comprendido en la acción descrita en el tipo. Para delimitar los actos preparatorios y ejecutivos habría que atender al verbo con el que se describe la acción. En algunos tipos penales hay, junto al núcleo central, una zona periférica, en la que se describen los modos o formas de realización de la acción, por ejemplo, en el delito de robo (art. 237) se dice que son reos del mismo “los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de una cosa mueble ajenas empleando violencia o intimidación en las personas”. Si un acto está comprendido en la zona periférica sería ya ejecutivo, por ejemplo, el escalamiento, en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas’, cita de CEREZO MIR, en *Curso...*, op. cit., p. 188. En sentido crítico, ALCÁZAR rechaza que los actos comprendidos en la zona periférica (por ejemplo, el escalamiento en el

amplios sectores de la doctrina. No obstante, para que un acto periférico de violencia o de intimidación pueda ser calificado como tentativa de este delito, será atender al plan del autor, dada la relación típica de medio a fin en que se encuentran la violencia o la intimidación respecto del atentado sexual propiamente dicho.

Es conveniente afirmar que la tentativa será admitida en su modalidad de *tentativa inacabada*<sup>108</sup>, ya que en los delitos de mera actividad la tentativa acabada equivale a la consumación, dado que implica la ejecución de todos los hechos que objetivamente deberían producir el resultado.

Respecto a los casos de desistimiento voluntario<sup>109</sup>, se aplican los criterios de la autoría general del delito. En su virtud el artículo 16.2 CP, prescribe que “quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo 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 éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”.

Conforme con ello, quedará exento de responsabilidad penal el autor de agresión sexual intentada, que evite voluntariamente la consumación del delito, desistiendo de la ejecución iniciada. Por ejemplo, suponga-

---

robo con fuerza en las cosas o el empleo de violencia o intimidación en la violación) representen siempre un principio de ejecución. Éste será sólo el caso cuando entre el acto comprendido en la zona periférica y el que realiza el núcleo del tipo, que afecta directamente al bien jurídico e integra el centro desvalorativo de lo injusto se dé “una unidad de ataque no precisada de interrupción en fases o actos intermedios esenciales”. Pretende llevar a cabo, pues, ALCÁZER una interpretación teleológica restrictiva del principio de ejecución; véase ALCÁZER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el concepto de la realización típica*, Edisofer, Madrid, 2001, pp. 83 y ss. Pero en el escalamiento o en la fractura de puerta o ventana, en el robo con fuerza en las cosas, el sujeto lleva a cabo una acción dirigida por su voluntad a la lesión del bien jurídico y dicha acción fundamenta lo injusto específico del robo con fuerza en las cosas (art. 238) en relación con el hurto (art. 234). En la violación, el empleo de la fuerza o la intimidación afecta ya directamente al bien jurídico protegido de la libertad sexual y fundamentan, además, lo injusto específico de las agresiones sexuales del artículo 179, en relación con las figuras delictivas paralelas de abusos sexuales (arts. 182-183).

108 Si el autor cree que ha realizado todos los actos de disposición (ha colocado la bomba de relojería), pero objetivamente no es así (se le olvida conectar el mecanismo) habrá *tentativa inacabada*.

109 Véase CEREZO MIR, *Curso...*, III, op. cit., pp. 193 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 438 y ss.

mos que "A" ata a un árbol a "B", con la intención de masturbarla, contra la voluntad de esta última. No obstante, cuando estaba a punto de realizar la agresión sexual, desiste de llevarla a cabo, ante las súplicas de la víctima.

En todo caso, en los supuestos de desistimiento voluntario de consumir el delito de agresión sexual, el cual deberá tener lugar necesariamente antes de que se produzca el contacto corporal sobre la víctima, el autor, de acuerdo con la teoría general, responderá penalmente por los actos de violencia o intimidación que ya haya practicado<sup>110</sup>, por ejemplo, lesiones, amenazas, etcétera.

### 5.2. Autoría y participación. Especial consideración del problema de la configuración del tipo como "delito de propia mano".

Un problema discutido desde antiguo en relación con los delitos sexuales es el relativo a si los mismos tienen o no el carácter de *delitos de propia mano*. Se entienden como delitos de propia mano aquellos en que la acción típica consiste en la realización de un acto corporal por el propio autor<sup>111</sup>, de tal modo que en ellos, por dicha razón no son concebibles la autoría mediata<sup>112</sup>, la coautoría, así como tampoco la comisión por omisión.

En realidad la cuestión de si el tipo que nos ocupa es o no uno de propia mano ha quedado ya contestada de un modo implícito en mi toma de posición ante el problema de la exigencia o no de contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo del delito<sup>113</sup>. Si me he pronunciado en el

110 En este sentido, cabe referirse a las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1997; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 8 de febrero de 1999, que condena al acusado por un delito de agresión sexual consumado del artículo 178 CP y le absuelve del delito de violación en grado de tentativa, al haber desistido el acusado de cualquier acceso carnal con la víctima, vistas sus súplicas. Sin embargo, la Sala estima que dicho desistimiento se produce sin perjuicio de los actos ya realizados como son el haber obligado a la víctima a quitarse la parte superior del pijama y a masturbarse desnudo encima de ella.

111 Véase MUÑOZ CONDE, en *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., op. cit., p. 291. En opinión de CEREZO MIR, "es sólo el que realiza personalmente la acción típica, pues sólo él puede realizar el desvalor ético-social de la conducta delictiva" (*Curso...*, III, p. 211). Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., Hamburgo, 2000, op. cit., pp. 335 y ss.; 352 y ss.; 399 y ss.; 458 y ss.; 527 y ss., y 707 y ss.

112 En sentido contrario, OCTAVIO DE TOLEDO considera que sí cabe apreciar la figura de la autoría mediata, en los casos en que se utiliza a otro sujeto de modo instrumental, siendo aquél inimputable, o bien en casos de error o empleo de violencia física o moral, en "Razones y sinrazones para una reforma anunciada", en *La Ley*, núm. 4, 1997, p. 1144.

113 Véase *supra* epígrafe IV.1.2. El contacto físico entre los sujetos activo y pasivo.

sentido de considerar que no se exige un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo del delito, sino sólo sobre la persona del sujeto pasivo, pudiendo calificar de agresiones sexuales aquellas conductas en que un sujeto obliga a otro, en contra de su voluntad a realizar manipulaciones de carácter sexual sobre su propio cuerpo o a soportar tales manipulaciones por la acción de un tercero, de esta afirmación se deriva por fuerza que el tipo contenido en el artículo 178 CP no puede ser de propia mano.

Por otro lado, esta conclusión no puede ser desvirtuada en modo alguno por el tenor literal del precepto, pues el artículo 178 CP utiliza la expresión "atentar contra la libertad sexual..." sin especificar ninguna modalidad concreta de la acción constitutiva del atentado, como ha señalado una buena parte de la doctrina como por ejemplo *Carmona Salgado*<sup>114</sup>.

La acción de atentar contra la libertad sexual de una persona, con violencia o intimidación es ejecutada normalmente por un solo individuo, que conforme a la redacción del artículo 28 CP, respondería a título de autor directo<sup>115</sup>.

Sin duda, cabe apreciar la figura de la autoría mediata<sup>116</sup> en todos aquellos casos en que el autor utiliza a otro sujeto de modo instrumental, para involucrar a la víctima en un contexto sexual en contra de su voluntad, así como también cuando es la propia víctima la que es forzada o intimidada por el autor para la realización sobre sí misma de un acto sexual.

Al no tratarse de un delito de propia mano, cabe también, sin la menor duda, la coautoría<sup>117</sup>, es decir, la realización conjunta del hecho por

114 CARMONA SALGADO, en *Compendio...*, op. cit., pp. 183 y ss.

115 Al margen de los principales conceptos de autor elaborados en la moderna Ciencia del Derecho Penal (*conceptos restringido u objetivo-formal; extensivo; subjetivo y finalista*), el artículo 28 CP contiene un concepto de autor coincidente con la *teoría restrictiva*, según la cual, es autor el que realiza el hecho por sí solo (BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1964, pp. 390 y ss.). Véase CEREZO MIR, *Curso...*, III, pp. 208, n. 8; 211.

116 Según el párrafo primero del artículo 28 CP, son también autores, quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento. Conforme con esta definición, el autor mediato no realiza la acción típica personalmente, sino que la realiza a través de otra persona de la que se sirve como instrumento. El autor mediato es el que tiene el dominio del hecho. Véase CEREZO MIR, *Curso...*, III, pp. 214 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, p. 449.

117 Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 14 de octubre de 2002 (JUR 2003\70619): personas responsables criminalmente como autores: existencia: tocamientos de los órganos genitales de la mujer y el frotamiento del propio

varios sujetos<sup>118</sup>. En el caso más problemático de que sea un sujeto el que aplique la violencia o la intimidación, y otro distinto el que realiza los actos materiales de carácter sexual, ambos son coautores<sup>119</sup>. El que realiza los actos materiales de carácter sexual, porque con ellos atenta contra la libertad sexual de la víctima con una violencia o intimidación que, si bien no proceden de él mismo, las aprovecha y se sirve de las mismas como medio de realización del atentado sexual. El que aplica la violencia o la intimidación, es coautor, no sólo de acuerdo con la teoría objetivo-formal de BELING<sup>120</sup>, en virtud de que realiza un acto periférico del tipo, sino también de

---

con los de ésta hasta su eyaculación, cooperando en las agresiones de los otros mediante la exhibición de navajas y sujetando a la mujer; inexistencia de cooperación necesaria: acompañante de los acusados que en un primer momento trata de impedir la agresión, quedando después apartado presenciando los hechos a cierta distancia; la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000 (RJ 2002\9577): agresiones sexuales sobre prostitutas, a las que se retiene durante toda la noche mediante violencia física y exhibición de un cuchillo, practicando todo tipo de actos sexuales. Hechos cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas. Condena no como cooperador necesario en las agresiones sexuales consumadas por su compañero, sino como autor directo de aquellas en las que ha sido autor material.

118 Si varios sujetos, entre los que existe un acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho, realizan cada una de ellas algún elemento del tipo, estamos ante la figura de la coautoría. El acuerdo de voluntades puede ser anterior o simultáneo, expreso o tácito. Si uno de los concertados se excede de lo acordado y comete otro delito diferente, no existe respecto al mismo coautoría) Véase CEREZO MIR, *Curso...*, III, op. cit., pp. 222 y 234.

119 En la Ciencia penal española, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO ha intentado restringir el tipo y el concepto de autor mediante los criterios de merecimiento y necesidad de pena, de acuerdo con las valoraciones del legislador. En su opinión, sólo es autor el que realiza la acción que más directamente se enfrenta con la norma, que realiza de un modo más directo lo injusto típico, con arreglo al criterio del dominio objetivo y positivo del hecho. En mi opinión, este criterio es discutible. Por ejemplo, en un atentado contra la libertad sexual, el que sujeta a la mujer o emplea fuerza sobre ella para que su compañero pueda accederla carnalmente también se enfrenta directamente con la norma. Es más, la cooperación de esas personas con actos ejecutivos es un elemento esencial para el fundamento de lo injusto específico de esa figura delictiva, fundamentando el delito de agresiones sexuales del artículo 179 CP. Véase DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, en *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 453 y ss.

120 Véase BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, JCB Mohr (Paul Siebeck); Tübinga, 1906 (reimpresión en Scientia Verlag, Aalen, 1965), pp. 245 y ss. Sigue su criterio, en nuestro país, entre otros, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 409-410; En detalle, vid. CEREZO MIR, *Curso...*, III, op. cit., pp. 188 y ss. Según la teoría de BELING, un acto sería ejecutivo si está comprendido en la acción descrita en el tipo. Para delimitar los actos preparatorios y ejecutivos habría que atender al verbo con el que se describe la acción. En algunos tipos penales hay, junto al núcleo central, una zona periférica, en la que se

acuerdo con la teoría del dominio del hecho<sup>121</sup>. No obstante, el que aplica la violencia o la intimidación sin realizar él mismo los actos materiales de carácter sexual, será en todo caso cooperador necesario o cómplice<sup>122</sup> con independencia de cuál sea el concepto de coautoría que se sostenga.

### 5.3. Problemas concursales

El delito de agresión sexual puede entrar en conflicto con diversas tipologías delictivas, siendo las más frecuentes las que se producen con los

---

describen los modos o formas de realización de la acción, por ejemplo, en el delito de robo (art. 237) se dice que son reos del mismo "los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de una cosa mueble ajenas empleando violencia o intimidación en las personas". Si un acto está comprendido en la zona periférica sería ya ejecutivo, por ejemplo, el escalamiento, en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas', cita de CEREZO MIR, en *Curso...*, op. cit., p. 188.

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

122 En realidad, como indica CEREZO, la distinción entre cooperador necesario y cómplice es una tarea insoluble. Ya en la moderna Ciencia del Derecho penal se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de medir la eficacia causal de las diversas condiciones y que, aunque ello fuera posible, no será decisiva para determinar la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad. En la práctica, en nuestro país, una misma conducta es calificada en ocasiones como cooperación necesaria y otras veces como complicidad, según que, dadas las circunstancias del caso, represente una contribución más o menos importante a la comisión del delito. Véase, CEREZO MIR, *Curso...*, III, pp. 246-247; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General...*, op. cit., pp. 462-464.

En la jurisprudencia, caben destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de octubre 2002 (ARP 2003\286): sujetar a la víctima mientras su compañero realizaba tocamientos sexuales sobre el cuerpo de aquélla: cooperador necesario; la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001 (RJ 2002\3661): hechos cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas; intervienen tres personas aunque una sola agresión. El coimputado que sujetó a la víctima mientras otro coimputado yacía con ella fue castigado como cómplice y no cooperador, en virtud de la eficacia y poderío causal de escasa entidad y relevancia; entre otras.

delitos de abusos sexuales, acoso sexual, detenciones ilegales, amenazas y coacciones, lesiones, homicidio, asesinato y, finalmente, corrupción de menores. En relación con estos supuestos característicos, debe resolverse si nos encontramos ante un concurso ideal de delitos o ante uno de leyes. No obstante, la primera cuestión que abordaremos en este apartado dedicado a las cuestiones concursales será la relativa a si una reiteración de agresiones sexuales por un mismo sujeto puede dar lugar a la aplicación de la figura del delito continuado.

### 5.3.1. *Agresión sexual y delito continuado*

La especial naturaleza de las agresiones sexuales así como la pluralidad de acciones que normalmente integran la agresión sexual ha llevado a la doctrina y jurisprudencia penales a cuestionarse la posibilidad de admitir la figura del delito continuado<sup>123</sup>.

1.- Cuando un sujeto realiza una pluralidad de hechos constitutivos cada uno de ellos de un delito de agresión sexual de éste y de algún otro delito contra la libertad sexual, debe estimarse como regla general que entre todos los hechos se establecerá una relación de concurso real de delitos (concurso real homogéneo)<sup>124</sup>, dado que nos encontramos ante tipos delictivos que protegen bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal como es la libertad e indemnidad sexuales.

No obstante, el propio Código penal español establece en el párrafo tercero del artículo 74 una excepción a la imposibilidad de aplicación de la figura del delito continuado cuando se trata de bienes jurídicos eminentemente personales para el caso de los delitos contra la libertad sexual. Según dicho precepto, para apreciar o no la continuidad delictiva en estos casos, deberá atenderse a la naturaleza del hecho y del precepto infringido, pero aquél no proporciona criterio alguno sobre qué haya de entenderse por naturaleza del hecho y del precepto infringido, y deja la solución de semejante cuestión a la interpretación jurisprudencial y doctrinal.

123 Véase, CEREZO MIR, en *Curso...*, III, op. cit., pp. 292 ss. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pp. 490-491.

124 Vid. CUELLO CALÓN, *Derecho penal conforme...*, op. cit., p. 549; MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1997, p. 947; Orts/Suárez, Los delitos (n. 3), p. 94 n. 178.

Hasta el momento, no puede afirmarse que exista una línea jurisprudencial homogénea. Aunque el Tribunal Supremo negó<sup>125</sup> en un primer momento la posibilidad de apreciar continuidad delictiva en el delito de agresión sexual del artículo 178 CP, posteriormente ha cambiado de criterio y la admite<sup>126</sup> cuando se dan determinados requisitos, como la realiza-

---

125 Cítense las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1969; 21 de enero de 1970; 27 de mayo de 1972; 5 de junio de 1972; 22 de noviembre de 1979; 13 de abril de 1991 ( “Se habla de actos de agresión sexual absolutamente definidos en el tiempo y en el espacio, en situaciones diferentes y cada una de las acciones tiene individualización penal y debe recibir su correspondiente reproche penal, como, con acierto, hizo el juzgador de instancia”.); 3 de junio de 1991 ( “La Sala, con desestimación del recurso de casación interpuesto, estima que no concurren los requisitos necesarios para apreciar la continuidad delictiva o unidad natural de la acción respecto a las dos violaciones practicadas por el condenado, dado que entre una y otra hubo un traslado de lugar y el ‘modus operandi’ utilizado para su consumación es completamente diferente, ya que en la primera fue el procesado quien arrancó la ropa de la víctima, y en la segunda fue esta última quien intimidada por una navaja se la quitó; 23 de marzo de 1998; 28 de septiembre de 1996 ( “La Sala estima concurrentes los requisitos exigidos jurisprudencialmente de la llamada ‘interacción inmediata’ respecto de las dos agresiones practicadas..., por lo que únicamente cabe apreciar un solo delito de violación. La doctrina de esta Sala cada vez es más reacia a apreciar la continuidad delictiva en este delito, existiendo, bien una única acción conformada por una progresión de actos que respondan a una única finalidad libidinosa, bien varias acciones independientes y autónomas que deben individualizarse y castigarse por separado, al suponer una renovación dolosa”); 15 de febrero de 1997 (Con estimación parcial del recurso interpuesto por los acusados, la Sala estima que no concurre la continuidad delictiva respecto de las agresiones sexuales practicadas sobre la víctima por vía anal, vaginal y bucal, sino que se trata de una única acción sin solución de continuidad y que responde a un único impulso erótico. Sin embargo, procede la coautoría de cada uno de ellos respecto al delito de violación materializado por el otro, en su condición de cooperadores necesarios, condenando a cada uno de los acusados por dos delitos de violación”) y 14 de mayo de 1999 (Con estimación parcial de los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y por uno de los condenados, la Sala estima, por un lado, que no concurre la continuidad delictiva respecto del delito de violación verificado por uno de los procesados por vía bucal y vaginal, al tratarse de una progresión delictiva sin solución de continuidad que responde a un solo impulso erótico, castigándose como una sola infracción. Y, por otro lado, condena al acusado como autor responsable, a su vez, del delito de violación practicado por el otro acusado, en su condición de cooperador necesario, al haber esgrimido una navaja y haber impedido la huida de la perjudicada).

126 En este sentido, cítense la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2003 (RJ 2003\2687): dos episodios, en cada uno de los cuales los dos acusados agreden sexualmente a la víctima: no existen cuatro delitos, pues el escaso lapso temporal no es suficiente para individualizarlos, sino dos de agresiones sexuales, una por autoría directa y otra por cooperación necesaria: delito continuado; Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo de 14 de enero de 2000 ( “... condena al acusado como autor responsable de un

ción de una pluralidad de actos sobre el mismo sujeto pasivo. Sin embargo, en algunas sentencias como la de 28 de septiembre de 1996 y 15 de febrero de 1997 ha negado la continuidad delictiva a pesar de que los diversos actos sexuales se realizaron en un mismo contexto temporal y espacial y sobre la misma víctima.

En mi opinión, debería quedar absolutamente excluida la posibilidad de apreciar delito continuado en el caso de las agresiones sexuales del artículo 178 CP, dado que los medios comisivos típicos del mencionado delito, es decir, la violencia y la intimidación afectan de por sí a otros bienes de naturaleza eminentemente personal<sup>127</sup>, como la integridad física y la libertad, y éstos sí están excluidos de la figura del delito continuado de modo general y sin excepciones.

---

delito de violación continuado de los artículos 178, 179 y 180.3º CP, practicado sobre víctima de 67 años de edad, en concurso medial con un delito de allanamiento de morada. La inalterabilidad de las circunstancias de lugar, tiempo e identidad de sujetos, sin solución de continuidad ni renovación del dolo por parte del sujeto agente, provoca que no pueda hablarse de dos delitos de violación diferentes, entrando en juego la llamada 'interacción inmediata' y apreciándose la continuidad delictiva"); Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 (2000 "... condena al acusado por un delito continuado de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP. No concurren los requisitos necesarios para entender que las agresiones sexuales verificadas conforman una única acción, al variar las circunstancias espacio-temporales y poder individualizarse mediante una renovación dolosa cada una de las acciones. Así, tras obligar al perjudicado a practicarle una felación en un parque, posteriormente lo lleva a la parte posterior de una piscina donde tras penetrarlo analmente le obliga a masturbarle. Existe solución de continuidad entre las diferentes infracciones, lo que obliga a descartar que se trate de una progresión delictiva, castigándose todas ellas como un delito continuado"). En idéntico sentido, cabe citar las Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 22 de marzo de 2002 (ARP 2002\409); Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1998 y de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de noviembre de 1999; Las Sentencias del Tribunal Supremo 31 de enero y 10 de octubre de 1986; 7 de marzo, 27 de mayo y 6 de octubre de 1988; 23 de septiembre de 1989; 21 de junio, 17 de julio, 27 de julio y 16 de diciembre de 1991; 21 y 28 de abril de 1992; 16 de julio de 1993; 30 de junio de 1994; 22 de septiembre de 1995.

127 Véase ORTOS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), p. 89. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de 1 de junio de 2002 (ARP 2002\563); la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001\9034): bajarse los pantalones, enseñar los órganos genitales y sujetar a menores para que le masturbasen, sin conseguir su propósito el acusado. Inexistencia de delito continuado: intento de agresión a menores, siendo varios los sujetos pasivos; Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2001 (RJ 2001\7050; Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10650).

### 5.3.2. Concursos de delitos o de leyes:

#### 5.3.2.1. Agresión sexual y abusos sexuales

Con respecto al delito de abusos sexuales, recordemos que el abuso se va a caracterizar, frente a la agresión, principalmente por consistir en un atentado contra la libertad e indemnidad sexuales, realizado sin violencia o intimidación y con ausencia de consentimiento del sujeto pasivo -o con consentimiento viciado-.

El propio legislador tipifica "ex lege" la ausencia de consentimiento en tres supuestos: a) con menor de trece años; b) con incapaz; c) con persona privada de sentido<sup>128</sup>.

Es posible que el sujeto que comete agresión sexual realice, a la vez, el sustrato típico de una agresión y de un abuso sexual<sup>129</sup>. Este supuesto se resuelve aplicando la solución concursal, en virtud de la cual, el mayor desvalor de la agresión sexual absorbe el comportamiento de abuso sexual. Asimismo, la conducta de abuso está comprendida en parte en la acción típica de atentar contra la libertad sexual.

En segundo lugar, también pueden realizarse conductas en que el atentado contra la libertad sexual comienza como abuso y, posteriormente, desemboca en agresión, al emplearse la violencia o la intimidación<sup>130</sup>, aplicándose los artículos 178 ó 179 CP. Por ejemplo, un sujeto quiere abusar de un menor de trece años y, para ello, le intenta convencer para que le acompañe a un descampado. No obstante, al no prosperar su intento, le obliga violentamente para que se deje acariciar los genitales.

#### 5.3.2.2. Agresión sexual y acoso sexual

Con respecto al delito de acoso sexual, recordemos que el núcleo típico de este delito consiste en solicitar favores de naturaleza sexual para sí

128 Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 13 ed., Valencia, 2001, pp. 211 y ss.; 14ª ed., Valencia, 2002, pp. 217-218. Sobre el delito de abusos sexuales, vid. MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, Valencia, 2001, *passim*; ORTS/SUÁREZ, *Los delitos* (n. 3), pp. 121 y ss.; ROMERO SIRVENT, "Delitos contra la libertad sexual", en *ComLP*, T. XIII, Madrid, 1991, pp. 191-260; VELÁZQUEZ BARÓN, *Los abusos sexuales*, Barcelona, 2001, pp. 13 y ss.

129 En este sentido, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de febrero de 2003 (JUR 2003\76374).

130 Esta tesis se basa en argumentos legales, como se desprende de la propia redacción de los artículos 178 ó 179 CP. Vid. ORTS/SUÁREZ, *Los delitos* (n. 3), pp. 83 y ss.

o un tercero, en los ámbitos laboral, docente o de prestación de servicios, provocando a la víctima un estado de intimidación, hostilidad o humillación, sin exigirse un ulterior requisito<sup>131</sup>. Al margen de las numerosas críticas que el precepto ha suscitado en la doctrina, abordaré únicamente los específicos problemas que el delito de acoso va a plantear, al entrar en conflicto con el delito de agresión sexual. Sirva de preámbulo el siguiente ejemplo:

“A” jefa de una empresa multinacional solicitó a su empleado “B” - contratado temporalmente-, que le acompañara el próximo fin de semana a la playa, pues se acercaba el período para renovar o extinguir su contrato, y su decisión dependería del viaje. Ante la negativa de “B”, de manera violenta “A” le obligó a que le acariciase sus zonas erógenas, a lo que “B” accedió en contra de su voluntad.

¿Cómo podría resolverse el supuesto descrito? ¿Cómo concurso entre agresión sexual y acoso?<sup>132</sup> ¿Amenazas? ¿Coacciones?

La doctrina mayoritaria<sup>133</sup> ha considerado que en estos casos, en virtud del principio de consunción, debería aplicarse el delito de agresión sexual que

---

131 El artículo 184 CP establece: “1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semanas o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 del presente artículo”.

132 Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 16 de septiembre de 2002 (ARP 2002\662), donde se condena al acusado como autor de acoso sexual, al solicitar con gestos, insinuaciones y expresiones de contenido sexual dirigidas por el presidente de una asociación a una empleada de la misma. No se aprecia agresión sexual, dado que los tocamientos sobre la víctima se realizaron por sorpresa, sin el consentimiento de la víctima, o por la fuerza o energía física que precisa y agota el propio contacto corporal: abusos sexuales.

133 Véase ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), p. 83.

puede apreciarse en la forma del artículo 180.1.4º: “...cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad”.

No obstante, comparto una opinión minoritaria, en el sentido apuntado por GÓMEZ RIVERO<sup>134</sup> y entiendo que el bien jurídico protegido en el tipo de acoso es distinto al protegido en las agresiones sexuales, al ser la dignidad, seguridad y tranquilidad, resolviéndose la cuestión como un concurso ideal de delitos entre las agresiones y el acoso.

### 5.3.2.3. *Agresión sexual y corrupción de menores*

Finalmente, no quisiera terminar este recorrido por los problemas concursales, sin referirme a los casos donde entre en concurso el delito de corrupción de menores con el tipo de agresión sexual. En estos casos, sostengo que no cabe apreciar la consunción<sup>135</sup>, ya que mientras las agresiones sexuales se circunscriben a actos específicos y aislados, el delito de corrupción de menores necesita una acción reiterada y continua que facilite la perversión moral del menor, teniendo ambas infracciones momentos consumativos claramente diferenciados<sup>136</sup>.

### 5.3.2.4. *Agresión sexual, lesiones y homicidio*

Si bien son escasos los supuestos de agresiones sexuales que desembocan en un resultado homicida<sup>137</sup>, pueden producirse casos en los que la

134 GÓMEZ RIVERO, “El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 482, Madrid, 2001, pp. 1-6.

135 El artículo 188.5º CP dispone: “...”; véase ORTS/SUÁREZ, *Los delitos* (n. 3), p. 84.

136 En este sentido, vid la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1997, al disponer que “El motivo se ha de desestimar porque entre la violación y la corrupción de menores existe una perfecta y completa compatibilidad por ser distintos los respectivos bienes jurídicos protegidos, como distintos son sus momentos consumativos y las naturalezas intrínsecas de cada uno de ellos (Sentencia de 2º abril 1995). Por no participar en la misma esencia es imposible que cualquiera de las dos infracciones estuviera en lógica progresión delictiva respecto de la otra. No se reconoce la consunción o absorción respecto de la violación más que con la agresión sexual si ésta se produce inmediatamente antes de la consumación de aquélla (vid. Sentencia de 16 de mayo 1994). Independientemente de lo expuesto, en este caso de ahora la violación y la corrupción se están refiriendo a supuestos de hecho claramente diferenciados entre sí.”

137 Más drásticamente, cabe referirse a supuestos de agresiones sexuales que terminan en asesinato, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 29 de abril de 2002 (ARP 2002\378): oposición de la víctima a relaciones sexuales completas. Víctima embriagada que, tras recibir varios puñetazos en la cara, que todavía le aturdieron más, es estrangulada.

agresión sexual inicial termina con la muerte de la víctima. No hay ninguna duda sobre que entre el homicidio doloso o imprudente y las agresiones sexuales no puede establecerse nunca una relación de concurso de leyes, sino siempre de delitos<sup>138</sup>, y la única solución que puede presentarse como problemática en algunos casos es la relativa a si dicho concurso será de naturaleza real o ideal. La solución que deba adoptarse dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Caso 1. "A" pretende que "B" le haga una felación, y ante la negativa de "B", ejerciendo violencia con un palo de madera excitado por la situación, "A" aplica mayor fuerza de la debida y mata a "B".

Caso 2. "A" pretende tocar a "B" sus zonas íntimas. Ante la negativa de "B", "A" se cercioró de su objetivo, para lo que tomó una barra antirrobo que portaba en su vehículo, y las colocó entre las piernas de "B". A fin de satisfacer sus pretensiones, "A" golpeó a "B" con la barra, con excesiva intensidad, con consciente desprecio hacia la vida de "B", quien falleció consecuencia de la herida sufrida.

La solución a adoptar en estos casos difiere de la anterior, resolviendo el supuesto como un concurso real entre las agresiones sexuales y el homicidio doloso (cabe apreciar dolo eventual).

## VI. El tipo cualificado del art. 179 cp y la violación

Una vez que se han estudiado los principales elementos del tipo básico de agresión sexual, conviene detenerse en el análisis del tipo cualificado, por lo que centraré mi atención en las cuestiones más controvertidas que el citado precepto suscita, entre las que destaca, la conducta típica; problemas de autoría y participación; concursos, entre otras.

El artículo 179 CP dispone que "cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como *reo de violación*, con la pena de prisión de seis a doce años".

---

138 Véase, ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), pp. 85-86. En la jurisprudencia, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 12 de abril de 2002 (ARP 2002\371): encuentro casual, manifestando el acusado el propósito delictivo de enseñar los genitales a la víctima, pudiéndose defender la víctima al poseer una hoz. Penetración forzada, que termina con la muerte de la víctima por estrangulamiento.

La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril vuelve a introducir<sup>139</sup> el término *violación*<sup>140</sup>, indicando la mayor carga en la construcción semántica de gravedad que conlleva<sup>141</sup>.

139 En opinión de GONZÁLEZ RUS, la eliminación del término 'violación' del Código Penal de 1995, "pretendía romper con la idea que la asocia a la relación heterosexual por vía vaginal y en la que sujeto pasivo sólo puede ser la mujer, lo que en los debates parlamentarios se consideraba una rémora en la interpretación de los preceptos y una invitación a posiciones jurisprudenciales retrógradas. Personalmente no creo que sea éste el aspecto más significativo de la nueva regulación, aunque no veo por qué evitar esa identificación conceptual -idea que comparto- hubiera impedido necesariamente mantener el término. Desde luego, lo que sí me parece un simplismo es la idea de que prescindiendo de esa referencia se dificultan interpretaciones jurisprudenciales indeseables; que, por otra parte, justo es reconocerlo, fueron excepcionales..."; véase GONZÁLEZ RUS, CPC núm. 59, 1996, p. 335. CARMONA SALGADO (*Compendio...*, op. cit., pp. 191-192), considera afortunada la redacción otorgada por la LO 11/1999 de 30 de abril, al retomar el "*nomen iuris* violación; término éste que no debió en ningún momento sustraerse de la fórmula de dicho precepto por el legislador de 1995, pues existen ciertas expresiones legales tan arraigadas en la conciencia popular que su repentina eliminación del texto punitivo termina por resultar más disfuncional que operativa. Es por ello que en ningún momento consideré que su extracción de la citada fórmula constituiría un serio obstáculo para que continuara siendo habitualmente utilizada en la práctica, como de hecho venía sucediendo desde que fuera acuñada por el Código Penal de 1848, y no sólo por el ciudadano de a pie, profano en la materia, sino incluso por los propios penalistas".

140 Como ha indicado un sector de la doctrina, el tradicional delito de violación ha experimentado una profunda transformación, a raíz de la reforma operada por Ley Orgánica 3/1989. En nuestro Derecho positivo, la violación se venía entendiendo como "yacimiento con mujer, traducible por coito vaginal heterosexual acompañado de fuerza o intimidación, con la víctima privada de razón o de sentido o menor de doce años. En cualquier caso, la violación presupone un sujeto activo, hombre, y un sujeto pasivo, mujer. Con la entrada en vigor de la mencionada ley se da la inflexión anunciada, en virtud de la cual la violación pasa a ser algo distinto: el acceso carnal entre dos personas por vía vaginal, anal o bucal, con la concurrencia de las mismas circunstancias antedichas, con algún matiz diferencial (...). Así pues, bien puede afirmarse que la violación ha resultado desnaturalizada, ha mudado su esencia por mor de un proceso expansivo paulatino que discurre por dos cauces: los de la doble ampliación de los casos y de los quehaceres sexuales. A la violación entendida como el forzamiento de una mujer por un varón, sigue una concepción más laxa que va englobando la relación sexual habida con una menor de edad o con una privada de razón, hasta alcanzar en la actualidad al yacimiento en iguales circunstancias habido con un hombre. Y, correlativamente, un delito que basculaba sobre el coito vaginal heterosexual ha pasado a asentarse, además, sobre el anal y el bucal, hetero y homosexual. Este proceso se explica por los esfuerzos encaminados a proteger cada vez más a las personas frente a agresiones de índole sexual y por las presiones, no siempre reflexivas, de algunos grupos...". ORTS BERENGUER, *Delitos* (n. 1), pp. 59-60.

141 En sentido contrario se han manifestado ORTS/SUÁREZ, *Los delitos* (n. 3), pp. 95 s. n. 182, quienes consideran que "la recuperación de la voz violación ni quita ni añade nada a la regulación de las agresiones sexuales cualificadas, únicamente indica cierta nostal-

La conducta típica del delito de violación (artículo 179 CP) está constituida por un doble comportamiento: en primer término, *tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal*. En segundo lugar, *introducir objetos por alguna de las dos primeras vías*.

### 6.1. Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal

Tradicionalmente, se había interpretado el acceso carnal como *“la penetración del órgano genital de un varón en la vagina, el ano o la boca de otra persona, mediando violencia o intimidación”*<sup>142</sup>.

Frente a esta opinión, y con la nueva redacción otorgada al artículo 179 CP por LO 11/1999 de 30 de abril, la corriente mayoritaria a nivel

---

gia por lo tradicional, en este caso lo tradicionalmente equivocado y disfuncional, y además, atribuyéndole un alcance que nunca ha tenido en el Código Penal”. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, Los delitos de agresiones sexuales (n. ), p. 202, opina que se trata de un “cambio al que de por sí no parece que deba atribuirse mayor relevancia; BOIX/ORTS advierten sobre la desnaturalización de que ha sido objeto (Consideraciones..., op. cit., p. 675). Asimismo, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, Comentarios a la Parte Especial (n. ), p. 244, indican la conveniencia de evitar, en la medida de lo posible, “el divorcio entre los usos lingüísticos de la comunidad jurídica y los de la sociedad en general, pero es dudoso que el significado vulgar del término violación siga coincidiendo con el que expresa la mencionada figura delictiva”.

142 ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), p. 96 n. 183: A diferencia de lo que sucedía en el Código Penal de 1973, en el cual la violación quedaba circunscrita al coito vaginal heterosexual hasta que fue reformada en 1989 y pasó también a englobar el anal y el bucal, aspecto este último criticado por la doctrina. Vid. Díez RIPOLLÉS, “Las últimas reformas...”, op. cit., pp. 55-56; *el mismo*, La protección (n. 1), pp. 41-44. Asimismo BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, a quien le parece excesivo equiparar el desvalor de la penetración vaginal o anal, con la bucal, en “Anotaciones a la reforma del Código penal de 1989. Enfermedad mental y libertad sexual”, en *Cursos del Centro de Estudios Judiciales*, núm. 3, Psiquiatría Forense, Madrid, 1990, p. 158. CANCIO MELIÁ sostiene que “el acceso carnal comporta siempre la penetración del órgano sexual masculino... el tipo comporta como conductas agravadas sólo modalidades invasivas...”, en “Los delitos de agresiones sexuales...”, op. cit., p. 204. PUERTA LUIS entiende el ‘acceso carnal’ como equivalente a ‘coito o penetración vaginal’, en “El delito de agresión sexual...”, op. cit., p. 547. En la misma línea, GONZÁLEZ RUS, CPC núm. 59, 1996, p. 335, considera que “el ‘acceso carnal’ queda reducido así a las relaciones hererosexuales que consistan en la penetración del pene en la vagina de la mujer; en realidad, el equivalente de la violación en sentido estricto”. Asimismo, vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995. Planteamiento general, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, VII, Madrid, 1997, p. 485. Comparten también esta opinión, respecto al antiguo artículo 429 ACI, BOIX/ORTS/VIVES, La reforma penal de 1989, Valencia, 1989, p. 148; asimismo ORTS BERENGUER, Delitos (n. 1), p. 63 n. 3.

doctrinal y jurisprudencial<sup>143</sup> ha interpretado el *acceso carnal* en un sentido más amplio, como “relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se dé penetración, bastando pues, la práctica fricativa o ‘coniunctio membrorum’”<sup>144</sup>. No obstante, en aras de salvaguardar el principio de intervención penal mínima, los comportamientos violentos que consistan en *acceso carnal*, y dándose una práctica fricativa deben subsumirse, a mi juicio, en el artículo 178 CP, reservando el marco penal del artículo 179 CP para los comportamientos verdaderamente graves.

El acceso carnal por *vía vaginal* implica que el órgano genital del varón se introduzca o penetre<sup>145</sup> en la vagina de la mujer<sup>146</sup> y como ha destacado la doctrina jurisprudencial, se exige que el pene haya superado el umbral de los labios mayores<sup>147</sup>.

Otra de las modalidades típicas del delito de violación consiste en el acceso carnal por *vía anal*, exigiendo que el órgano genital del varón se introduzca o penetre en el recto de la víctima<sup>148</sup>, no siendo suficiente el mero roce o contacto<sup>149</sup>.

143 Vid. HERRERA MORENO, CPC núm. 52, 1994, pp. 339 ss. En este sentido, véanse las SSTs de 12 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10602) y 26 de marzo de 2003 (RJ 2003\2687), entre otras.

144 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª ed., Valencia, 2001, p. 206; 14ª ed., p. 210. Asimismo, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, para quienes “una relativización en función de las características físico-anatómicas de autor y víctima no supondría una trasgresión del significado textual posible del término ‘acceso’”, en *Comentarios a la Parte Especial...*, op. cit., p. 247. Véase, asimismo, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte Especial*, 7ª ed., op. cit., pp. 208-209, n. 25; 8ª ed., p. 209.

145 Sobre el concepto de penetración véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10583).

146 ORTS/SUÁREZ, *Los delitos* (n. 3), p. 98. Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª ed., op. cit., p. 212; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., op. cit., p. 209.

147 Véanse, por ejemplo, las SSTs de 4 de abril de 1991; 22 de septiembre de 1992; 18 de febrero de 1994; 7 de marzo de 1994; 31 de mayo de 1994; 15 de junio 1995; 20 de junio 1995; 29 de marzo 1996; 15 de enero 1998; 17 de marzo 1999 y 14 de mayo 1999, entre otras. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10488): acreditado mediante la presencia de semen en la vagina; la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2003 (RJ 2003\978): análisis del semen encontrado en la vagina de la víctima: hallado ADN solamente del coacusado: la no eyacuación no excluye la penetración, corroborada por otras pruebas.

148 En este sentido, véanse la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8352): obliga a la víctima, asíéndola fuertemente a mantener relacio-

Finalmente, en el acceso carnal *por vía bucal*, se requiere que el pene del sujeto activo se introduzca, en estado de erección, en la boca de la víctima<sup>150</sup>, lo que va a suscitar innumerables problemas de prueba.

nes sexuales, penetrándola varias veces de forma vaginal y anal; el Auto del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2001 (RJ 2001\5261): penetración anal a niña de once años; Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2001 (RJ 2002\455): atrapar a la víctima cuando intentó huir, golpeándola, arrancándole la camisa y maniatándola con su propio sujetador, atándola con cinturón al cuello y penetrándola bucal, anal y vaginalmente; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de febrero de 2001 (ARP 2001\556): arrojar a la víctima al suelo para colocarse encima y, mediante la fuerza, penetrarla vaginal y analmente; Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1998 (RJ 1998\652): penetración anal con violencia o intimidación a víctima menor de 11 años.

149 En este sentido, consideran ORTOS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), p. 98 n. 191, que "la posible causación de lesiones puede ser indicativa del grado de penetración alcanzado, con la consiguiente facilitación de la tarea probatoria". La jurisprudencia ha indicado en STS 19 de junio 2000 que "...el argumento deslizado por la parte recurrente, sobre la inexistencia de desgarros y de signos de dilatación en el esfínter, no resultan absolutamente convincentes en cuanto que según la naturaleza de las cosas y la propia actividad del sujeto pasivo, que no se opuso violentamente a la penetración, pueden llevar a la conclusión de que no es absolutamente imprescindible que la penetración más allá de la zona del esfínter produzca necesariamente signos externos de dilatación...". "Por otro lado, la consumación delictiva se produce por la introducción del pene en el orificio anal, sin que sea necesario que llegue a una determinada zona" (el subrayado en negritas es mío).

150 En este sentido, véanse las Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003 (RJ 2003\2695): conducta violenta e insultante, logrando penetración bucal; Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2003\473): acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal: resultado en los análisis sobre presencia de espermatozoides en la cavidad vaginal y bucal. Por el contrario, no se considera penetración bucal el hecho de chupar el pene de la víctima; Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2002 (RJ 2002\5130): Concepto de *penetración bucal*: introducción del pene en los labios sin traspasar la línea de los dientes; Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2002 (RJ 2002\5447): sujetar a la víctima por el cuello con las manos e introducirle el pene en la boca; Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2002 (RJ 2002\5439): conducir vehículo para alejar a la víctima de su destino, estar presente en el acceso carnal de menor en actitud vigilante, intensificando la intimidación con su presencia y tocar la vagina de aquélla mientras el menor la penetra bucalmente; Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2001 (RJ 2002\675): introducir con violencia el pene en la boca de la víctima de 15 años de edad y que se encontraba en estado de embriaguez, existiendo un ánimo manifiesto de la joven de no acceder a la felación; Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2001: penetración bucal, sin que la eyaculación sea un elemento del tipo; Auto del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2001 (RJ 2001\7146): obtener la práctica de una felación de persona privada de libertad y a la que hacía días había producido lesiones, indicándole que lo hiciera por las buenas o por las malas.

## 6.2. Introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías

En la segunda modalidad típica del delito de violación, constituida por la *introducción de objetos*<sup>151</sup> por las vías vaginal o anal, se incluyen tanto los supuestos en que el sujeto activo introduce al sujeto pasivo los objetos<sup>152</sup>, en contra de su voluntad, como los casos en que el autor obliga a la víctima, sin su anuencia, a introducirse objetos sobre su propio cuerpo.

Al margen de la polémica en torno al concepto de "objeto", cuya exposición desarrollaré con detalle en el epígrafe relativo a la Ley 15/2003, de 25 de noviembre de Reforma del Código Penal, por tratarse de una cuestión afectada por la nueva redacción del artículo 179 CP, ha de entenderse por 'objetos' a aquellos elementos materiales, inanimados o inanes cuya utilización conlleve una inequívoca connotación sexual"<sup>153</sup>.

La doctrina mayoritaria ha negado<sup>154</sup> que los dedos puedan tener el carácter de objeto, a efectos del artículo 179 CP, ya que supondría vaciar de

151 Por su parte, GONZÁLEZ RUS, CPC, núm. 59, 1996, p. 336, estima que "en la introducción de objetos considerada antes como un supuesto de menor gravedad que los anteriores, no queda claro si se incluye sólo la equiparable al acceso carnal, la asimilable a la penetración anal o bucal, junto a la que se cita, o la que se produzca en cualquiera de esas cavidades. La prosa legal parece querer conectarla al acceso carnal, lo que supondría considerar típicas únicamente las que se produjeran en la vagina de la mujer. Los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales, sin embargo, abogan por la penetración amplia, por lo que como tal habrá de considerarse la penetración realizada en la cavidad vaginal, anal o bucal del sujeto pasivo con cualquier cosa o instrumento que cumpla una función equivalente a la del pene. Cuando se trate de introducción bucal deberá estarse especialmente atento al significado último del hecho, para evitar considerar como agresiones sexuales lo que pueden ser vejaciones o malos tratos puramente físicos. A mi juicio, deberá requerirse en todo caso algún contacto corporal de naturaleza sexual, previo, simultáneo o posterior a la introducción" ("Los delitos contra la libertad sexual...", op. cit.). Véase, ORTOS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), p. 99.

152 Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 13 de julio de 1999 (ARP 1999\4864): introducir un *vibrador* con preservativo por el ano, cuando su esposa se encontraba sedada por inhalación de éter: agresión sexual.

153 MUÑOZ CONDE, *DPPE*, op. cit., p. 186; 14ª ed., p. 211.

154 En esta misma línea, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1994 (RJ 314/94): "es indudable que los 'dedos' -que fue lo que introdujo el acusado... en el ano de la víctima- no pueden ser considerados como 'objetos', a los efectos agravatorios de la figura penal de la agresión sexual contemplados en el párrafo segundo del artículo 430...". Recientemente, véanse las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz 2002\694; la de la Audiencia Provincial de Alicante de 25 de octubre de 2002 (ARP 2002\811); Sen-

contenido la conducta típica del delito de agresiones sexuales del artículo 178 CP.

Dado el carácter de la lengua como “no-objeto”, según la definición sostenida por doctrina y jurisprudencia, y en virtud del principio de intervención penal mínima, tales acciones no merecen ser incluidas en el tipo cualificado del artículo 179 CP, dada su escasa gravedad, y siempre que sean realizadas con violencia o intimidación, sin la voluntad del sujeto pasivo, se pueden subsumir en el tipo básico de agresión sexual del artículo 178 CP.

Al tratarse de un *delito de propia mano*<sup>155</sup>, no cabe admitir la *coautoría*<sup>156</sup>, es decir, la realización conjunta del hecho por varios sujetos. En el *caso más problemático* de que sea un sujeto el que aplique la violencia o la intimidación, y otro distinto el que realiza la penetración o la introducción de objetos, no podrán responder ambos como *coautores*. El sujeto que aplica la violencia o la intimidación sin realizar él mismo los actos materia-

---

tencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 de julio de 2000 (ARP 2000\2762); Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2000 (RJ 2000\5673) y el Auto del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2000 (RJ 2000\9), entre otras.

155 En sentido contrario, un sector de la doctrina sostiene que no estamos ante un *delito de propia mano*, admitiendo como posible la utilización instrumental de otro sujeto, y por tanto, de la autoría mediata (ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), p. 77; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Razones y sinrazones..., op. cit., p. 1144. Generalmente, “...la autoría mediata tendrá su base en la instrumentalización por vía de la imputabilidad del autor inmediato, del error o del empleo de la violencia física o moral... Obrará en autoría mediata quien utilice a un deficiente mental para cometer la agresión sexual. La falta de imputabilidad de este último impedirá que responda criminalmente de ella, pero sí le será objetiva y subjetivamente imputable a quien, desde el mismo momento de su actuación sobre el instrumento, ha comenzado a incurrir en responsabilidad penal. Sucederá lo propio cuando se emplee violencia física o moral, excepto en el primer caso, que el ‘instrumento’ no obre en absoluto, pues entonces será el que le mueva quien responda en autoría *inmediata*. Fuera de este supuesto, el ejecutor material puede beneficiarse de una causa de inexigibilidad como pueda ser la del *miedo insuperable*. En cambio..., en los casos en que el instrumento actúe dolosamente, en la medida en que la decisión en orden a la realización del hecho se deja en sus manos, incumple los requerimientos de la propia autoría mediata, pues actúa libremente, siendo encuadrable el proceder del impropio *hintermann* en el campo de la participación (inductor)” (ORTS/SUÁREZ, Los delitos (n. 3), pp. 77-78).

156 Si varios sujetos, entre los que existe un acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho, realizan cada una de ellas algún elemento del tipo, estamos ante la figura de la coautoría. El acuerdo de voluntades puede ser anterior o simultáneo, expreso o tácito. Si uno de los concertados se excede de lo acordado y comete otro delito diferente, no existe respecto al mismo coautoría) Véase CEREZO MIR, *Curso...*, III, op. cit., pp. 222 y 234.

les de carácter sexual, será en todo caso *cooperador necesario o cómplice*<sup>157</sup>, cuando este último no ejecuta directamente el acceso carnal.

### 6.3. Valoración de la modificación del tipo cualificado por la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

*La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*<sup>158</sup>, de reforma del Código Penal significa un avance considerable con relación a las agresiones sexuales violentas.

---

157 En realidad, como indica CEREZO, la distinción entre cooperador necesario y cómplice es una tarea insoluble. Ya en la moderna Ciencia del Derecho penal se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de medir la eficacia causal de las diversas condiciones y que, aunque ello fuera posible, no será decisiva para determinar la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad. En la práctica, en nuestro país, una misma conducta es calificada en ocasiones como cooperación necesaria y otras veces como complicidad, según que, dadas las circunstancias del caso, represente una contribución más o menos importante a la comisión del delito. Véase, CEREZO MIR, *Curso...*, III, pp. 246-247; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General...*, op. cit., pp. 462-464. En la misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 17 de febrero de 2003 (ARP 2003\265): cooperador: la presencia de otra persona que actúa en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o anula la voluntad de la víctima para poder resistir: cada uno de los partícipes es autor del acto carnal por él realizado y cooperador necesario del que con su presencia se ha favorecido; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de julio de 2002 (JUR 2002\246197): se condenó como cómplice a quien insistió a la víctima para que mantuviera relaciones sexuales con el autor; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 20 de marzo de 2002 (ARP 2002\335): sujetar a la víctima mientras otro la penetra, cooperador; la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2001 (RJ 2001\455) condenó a uno de los acusados como autor de violación, al haber atrapado a la víctima cuando intentó huir golpeándola, arrancándole la camisa y maniatándola con su propio sujetador, atándola con cinturón al cuello y penetrándola bucal, anal y vaginalmente. Asimismo, condenó al otro interviniente como cooperador necesario, por haber colaborado en retener a la víctima, atarla, trasladarla al lugar, además de su presencia en el acceso carnal de otro coautor; el Auto del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2000 (RJ 2000\7467), condenó como autor a quien cometió el hecho personalmente y cooperador necesario a quien colaboró en tal acción. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 4 de noviembre de 2000 (ARP 2003\68): no consideró complicidad en el comportamiento de la persona que permaneció fuera de la barraca mientras su compañero consumaba la agresión sexual: no constan acreditadas labores de vigilancia. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999\5397): *cooperador*: esgrime navaja e impide la fuga de la víctima; la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1998 (RJ 1998\5826): guardia civil que intima a extranjera con expulsarla de España si no accede a la penetración: cooperador necesario: no lo es el que sólo presencia los hechos.

158 BOE número 283, de 26 de noviembre de 2003.

En el Capítulo I, que versa *De las agresiones sexuales*, el artículo sexagésimo tercero de la Ley Orgánica modifica el artículo 179 del CP. La nueva redacción añade a la conducta típica la "introducción de miembros corporales", junto a la de "objetos" por las vías vaginal, anal o bucal.

La segunda modalidad típica del delito de violación venía constituida por la introducción de objetos por las vías vaginal o anal, "... *las dos primeras vías*" señala el legislador penal. Conforme con ello, se incluye una doble modalidad: tanto los supuestos en que el sujeto activo introduce al sujeto pasivo los objetos, en contra de su voluntad; como los casos en que el autor obliga a la víctima, sin el consentimiento de ésta, a introducirse objetos sobre su propio cuerpo.

En primer lugar, es conveniente determinar qué se entienda por *objeto*, así como las vías a través de las cuales se produce la penetración, a fin de delimitar aquellos comportamientos típicos de aquellos otros que, o bien quedan en la atipicidad, o bien son reconducibles a otros preceptos penales.

La doctrina mayoritaria ha elaborado diversas definiciones al respecto, interpretando "*objeto*", a efectos del artículo 179 CP, como "todo elemento material que el sujeto activo identifique o considere *sustitutivo* del órgano genital masculino y que utilice para satisfacer sus deseos sexuales - con independencia de la contundencia del mismo- que, de producir también al ser empleado resultados lesivos para la integridad física de la víctima, originaría un concurso ideal de delitos entre éste de agresiones sexuales cualificadas y el correspondiente delito de lesiones<sup>159</sup>, es decir, "cosas inanes tales como botellas, bastones, palos, etcétera, y nunca puede calificarse como tal a partes del cuerpo humano<sup>160</sup>".

ORTS BERENQUER entiende por "objeto", a efectos del artículo 179 CP "cualquier cosa corpórea que, respondiendo a un designio lujurioso del sujeto activo, venga a sustituir de alguna manera al pene... El objeto ha de ser apto para el ejercicio de la sexualidad, no siéndolo aquel que sólo merezca ser considerado como instrumento de una agresión física"<sup>161</sup>.

Incluso, algún sector de la doctrina, como por ejemplo, ORTS BERENQUER y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, ha interpretado como "objeto" la

159 CARMONA SALGADO, en *Compendio...*, op. cit., p. 190.

160 GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, "Delitos contra la libertad sexual...", op. cit., p. 2184.

161 ORTS BERENQUER, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 914.

introducción de una parte de un animal, del animal entero, así como variados productos del reino vegetal<sup>162</sup>.

Conforme con las definiciones indicadas, ¿podrían considerarse objeto los dedos y, por tanto, calificarse como agresión sexual cualificada el hecho de que "A", con violencia, en contra de la voluntad de "B" le introduzca a esta última los dedos en su vagina? ¿Sería constitutiva de agresión sexual cualificada la conducta de obligar a alguien, en contra de su voluntad, y de manera violenta, a introducirse una 'bellota' con marihuana en el recto?

La respuesta a las cuestiones planteadas ha sido objeto de una aguda polémica en la doctrina y jurisprudencia penales.

Respecto a este último supuesto, LUZÓN CUESTA considera que en este caso, habrá de tenerse en cuenta el sentido libidinoso de la acción, que no se aprecia cuando se obliga a alguien a transportar droga en la vagina o en el recto, no pudiendo calificarse el supuesto como agresión sexual cualificada<sup>163</sup>.

La jurisprudencia, como por ejemplo, en las SSTS 314/94, de 14 de febrero, y 23 de marzo de 1999, rechaza que los dedos sean "objetos" a los fines del artículo 179 CP, al indicar que "los tipos penales deben necesariamente ser interpretados en forma taxativa o estricta (arts. 1.1º y 4.1º CP), no pudiendo extenderse la expresión 'objetos', que lingüísticamente equivale a cosas inanimadas o inanes, hasta incluir en ellas partes del cuerpo, como los dedos o la lengua, que en el lenguaje usual nunca son denominados objetos, pues ello equivaldría a aplicar una circunstancia agravatoria a un supuesto distinto del expresamente previsto en la ley penal que la establece... En definitiva, por 'objetos' a estos efectos agravatorios de los delitos de agresión y abuso sexuales, ha de entenderse aquellos elementos materiales, inanimados o inanes -excluyendo por tanto, los órganos o partes del cuerpo humano- cuya utilización conlleve una inequívoca connotación sexual".

---

162 Consideran *Orts/Suárez*, Los delitos (n. 3), pp. 100-101 n. 95 "que si bien científicamente no puede afirmarse que sean 'objetos', sí lo son a efectos penales (igual que puede tener la consideración de cosa mueble un caballo a los efectos del delito de hurto)".

163 LUZÓN CUESTA considera que, en este caso, habrá de tenerse en cuenta el sentido libidinoso de la acción, que no se aprecia cuando se obliga a alguien a transportar droga en la vagina o en el recto (*Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 73).

En la línea apuntada se manifiesta la doctrina mayoritaria, y se pronuncia la Circular núm.2/1990 de la Fiscalía General del Estado negando que los dedos puedan tener el carácter de "objeto", a efectos del artículo 179 CP, ya que supondría vaciar de contenido la conducta típica del delito de agresiones sexuales del artículo 178 CP.

En mi opinión, sosteniendo una tesis minoritaria defendida en la doctrina por MUÑOZ CONDE, propugno una interpretación amplia de "objeto", sin constituir "analogía in malam partem". Conforme con ello, negar de manera taxativa la introducción digital como constitutiva del tipo cualificado de agresión sexual, es tanto como desconocer el concepto de "objeto" antes apuntado, a efectos del artículo 179 CP, dado que si nuclear en la definición de objeto gira en torno al carácter sustitutivo del miembro viril, y al significado sexual, debiendo presentar "forma fálica", no habría inconveniente en admitir la introducción de dedos "sobre todo cuando se introduzcan varios y aun toda la mano o el puño, siempre obviamente que se trate de una clara penetración equivalente a la del miembro viril, y no de meras caricias periféricas en la zona vestibular o perianal.

En definitiva, la nueva redacción supone una ampliación del ámbito típico del delito de violación, y ha soslayado la ambigüedad de la redacción legal del artículo 179 CP, incluyendo expresamente en la conducta típica -junto a la introducción de 'objetos'- la "introducción de miembros corporales", lo que implicaría la aceptación de las tesis minoritarias, es decir, la introducción de dedos, siempre que revistan gravedad suficiente para ser merecedores de sanción penal.