

UNIVERSIDAD DE LAS ISLAS BALEARES

LA AGRESIÓN SEXUAL

Artículos 178, 179 y 180 del Código Penal

Autor: Alba M^a Correa Alcaraz

Tutor: Gabriel Garcías Planas

Índice

I. Introducción	2
II. Bien jurídico protegido en la agresión sexual	3
III. Tipo básico de agresión sexual	4
1. Tipo objetivo.....	4
a. <i>Sujetos del delito</i>	4
b. <i>Conducta</i>	5
i. <i>Atentar contra la libertad sexual</i>	5
ii. <i>Resistencia del sujeto pasivo</i>	5
iii. <i>Violencia</i>	6
iv. <i>Intimidación</i>	6
2. Tipo subjetivo.....	7
3. Consumación y tentativa.....	7
IV. Tipo agravado de agresión sexual (violación)	9
1. Tipo objetivo.....	9
a. <i>Sujetos del delito</i>	9
b. <i>Conducta</i>	9
i. <i>Acceso carnal</i>	9
ii. <i>Introducción de objetos</i>	10
iii. <i>Introducción de miembros corporales</i>	10
2. Tipo subjetivo.....	11
3. Autoría y participación.....	11
4. Consumación y tentativa.....	13
V. Subtipos agravados	15
1. Violencia o intimidación con carácter degradante o vejatorio.....	15
2. Actuación conjunta por dos o más personas.....	16
3. Especial vulnerabilidad de la víctima.....	16
4. Prevalimiento en una relación de superioridad o parentesco.....	17
5. Hacer uso de armas u otros medios igualmente peligrosos.....	17
VI. Concursos con otros delitos	18
VII. Conclusión	19
VIII. Bibliografía	21

I. Introducción

La agresión sexual es un delito que pertenece a la parte más dura (porque está castigado con penas elevadas) y antigua del Código Penal, aunque ha sufrido modificaciones hasta hoy en día (el anteproyecto de reforma del nuevo Código Penal no modifica ninguno de los artículos de la agresión sexual).

Este trabajo tiene como finalidad explicar la agresión sexual tipificada en los arts.178, 179 y 180 CP. La exposición del tema se realiza por un lado, desde un punto de vista doctrinal basada en manuales de derecho penal y por otro lado desde un punto de vista jurisprudencial, donde se utilizan sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales para establecer tanto doctrina como ejemplos sobre los temas tratados.

En resumen, la agresión sexual se caracteriza por la utilización de violencia o intimidación por parte del sujeto activo. Esta agresión puede ser de dos formas, mediante lo estipulado en el art.178 CP donde se habla de tocamientos sexuales pero sin acceso carnal, por tanto no hay ningún tipo de penetración, o por lo establecido en el art.179 CP donde la conducta del sujeto activo consiste en el acceso carnal (penetración) por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías (esta conducta es la que se entiende como violación). Posteriormente, a estas conductas se les aplicará una agravación de la pena cuando la conducta tenga un mayor grado de lo injusto.

II. Bien jurídico protegido en la agresión sexual

La agresión sexual está regulada en el Capítulo I del Título VIII del Libro II del CP bajo la rúbrica de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. El bien jurídico protegido en este delito es la libertad sexual, pero en el caso que el ataque se produzca contra menores o incapaces, el bien jurídico protegido será la indemnidad sexual (adelantar el ejercicio de la actividad sexual a un momento no apto).

La libertad sexual se define como la facultad que tiene la persona para autodeterminarse en relación a la sexualidad, por tanto se cometerá este delito cuando se obligue a una persona a realizar una acción de índole sexual; la palabra “*atentare*” es la imposición de una actividad sexual a un sujeto que no quiere realizarla. Si por el contrario lo que se hace es impedir que una persona lleve a cabo una actividad sexual, no se castigaría por este delito, sino que más bien sería constitutivo de un delito de coacciones o amenazas¹. Esta autodeterminación se caracteriza por la libertad que tienen las personas en decidir el momento y la persona (siempre con su consentimiento) para realizar actividades sexuales, y también rechazar posibles proposiciones sexuales que van en contra de sus intereses.

La indemnidad sexual forma parte del Título VIII del CP a raíz de la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, donde el legislador entendió que hay ciertas personas (menores² e incapaces) que no tienen autonomía suficiente para desarrollarse en el ámbito sexual (no pueden ser sujetos de libertad sexual) y por tanto tienen que ser protegidos de las posibles intromisiones en su correcto desarrollo para evitar que sufran futuros traumas. En este sentido RAGUÉS VALLÈS³ expresa que “la indemnidad sexual no es susceptible de disposición por parte de su titular”.

¹ GALLEGO SOLER, “De las agresiones sexuales”, p.427.

² Sobre todo menores de trece años.

³ “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, p.120.

III. Tipo básico de agresión sexual

El tipo básico de agresión sexual está regulado en el art.178 CP: “*El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años*”.

1. Tipo objetivo

a. Sujetos del delito

Los sujetos son aquellas personas que forman parte del acto, serán activos si son los que cometen el delito o pasivos si son los que sufren la agresión sexual. En cuanto a los sujetos activos, de la redacción expresada en el art.178 CP “*el que*”, cualquier persona puede cometer este delito, ya que al utilizar esta fórmula no se especifica una persona concreta que haya de cometer el delito, sino se entiende que la conducta descrita puede cometerse indistintamente por cualquiera. Por tanto, las palabras “*el que*” dan a entender que ese acto puede ser cometido tanto por un hombre como por una mujer. Y en cuanto al sujeto pasivo, el precepto expresa “*otra persona*”, por lo que al igual que en el sujeto activo, entendemos que puede cometerse tanto contra un hombre como contra una mujer. En definitiva nos encontramos ante un delito común donde no cabe admitir restricciones en relación a los sujetos.⁴

Por otro lado es necesario que la víctima de la agresión sexual se encuentre viva, porque este delito atenta contra la libertad sexual de las personas, es decir que para que se dé esta libertad (o la libertad en general) es necesario que el sujeto pasivo exista, por tanto si se produce la conducta expresada en el art.178 CP sobre un sujeto pasivo que está muerto, sólo podría aplicarse el art.526 CP.⁵

En el caso de la agresión se realice ante una prostituta, como ésta conserva autonomía respecto de su cuerpo y por tanto puede decidir con quién realizar el acto sexual, también es sujeto pasivo de este delito, la *Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1667/2002 de 16 octubre [RJ\2002\9577]* expresa que “la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye el delito de violación, hoy agresión sexual”. Y en el caso de la agresión sexual se produzca dentro del matrimonio, la mujer también es considerada sujeto pasivo de la misma porque el hecho de estar casada no implica una reducción de la libertad de decisión en materia sexual frente al marido (*Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba 9/1999 de 12 febrero [ARP\1999\254]*).

En el caso de la agresión sexual entre cónyuges, el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones ha establecido que no es posible apreciar un error de prohibición, es decir, el marido que obligue a su mujer a mantener relaciones sexuales pensando que tiene derecho a ello, está cometiendo una violación; así mismo el *ATS 1057/2005 de 26 mayo [JUR\2005\161101]* indica que no se existe ninguna circunstancia que podría dar lugar a la apreciación de un error de prohibición.

⁴ BOIX REIG, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, p.316.

⁵ GÓMEZ TOMILLO, “De las agresiones sexuales”, p.709.

b. Conducta

i. Atentar contra la libertad sexual

Este atentado contra la libertad sexual se caracteriza por doblegar la voluntad del sujeto pasivo mediante violencia o intimidación para conseguir un resultado sexual del que el sujeto pasivo no quiere formar parte pero que es obligado a realizarlo. Es decir que atentar significa someter la voluntad de la víctima a los deseos del agresor, ya que es obligada a realizar un acto sin su consentimiento.

La conducta a la que hace referencia el mencionado precepto es, el actuar con violencia o intimidación (características principales que diferencian una agresión sexual de un abuso sexual, ya que en esta última no media ni violencia ni intimidación). En relación a estas dos conductas, antes de la reforma de 2010, el código penal modificó lo expresado en el art.178, ya que donde previamente decía “*con violencia o intimidación*” pasó a decir “*utilizando violencia o intimidación*”, esta modificación se realizó para determinar que la agresión sexual tiene que devenir por la utilización de una de las dos conductas, es decir que éstas son un medio para cometer la agresión sexual, por tanto son necesarias para que se dé el elemento objetivo. De esta manera, aquella persona que realiza alguna de estas conductas pero que al final no consigue alcanzar el fin perseguido (la agresión sexual), constituiría el delito en grado de tentativa⁶. Por tanto, como dice GALLEGO SOLER⁷ “sólo cuando la violencia o intimidación sean medios para doblegar la voluntad o vencer la resistencia de la víctima estaremos ante el tipo en cuestión”, esto significa que han de ser medios eficaces para paralizar o inhibir cualquier señal de resistencia aunque no es necesario que llegue a ser irresistible.

ii. Resistencia del sujeto pasivo

La violencia e intimidación están íntimamente relacionadas con la resistencia de la víctima, esto significa que es necesario apreciar resistencia bastante por parte de la víctima para que se aprecie que ha habido una agresión sexual. Esta resistencia es definida por la jurisprudencia, la cual expresa que ha de ser una oposición explícita y manifiesta, lo que se refleja en un “no” claro y contundente, es decir que haya una voluntad claramente contraria al acto que pretende realizar el sujeto activo. Tal como expresa la *STS 1487/1999 de 18 octubre [RJ\1999\7250]* la resistencia que debe efectuar la víctima no tiene que tener la consideración de heroica sino de serie, más concretamente tendría que ser una oposición razonable en relación a la actuación que realiza el agresor. Pero también esta resistencia puede ser reducida cuando se da el caso que el agresor acorrala a la víctima, y ésta no tiene casi medios para defenderse (*SAP de Islas Baleares 198/2007 de 10 diciembre [JUR\2008\72551]*). Por otro lado, aunque la resistencia ha de ser razonable (negativa manifiesta)⁸, ésta no tiene que llegar al extremo de que para realizarla el sujeto pasivo

⁶ Véase apartado de “la consumación y tentativa” en el tipo básico.

⁷ “De las agresiones sexuales”, p.430.

⁸ La *STS 143/2009 de 17 febrero [RJ\2009\1775]* establece que es necesario que haya una negativa manifiesta por parte del sujeto pasivo en el momento de producirse la agresión sexual.

haya de poner en peligro su vida o integridad física, porque no se le puede exigir a la víctima que realice una resistencia sobrehumana que ponga en peligro su propia vida.

iii. Violencia

En cuanto a la violencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que hace referencia a la violencia física, es decir la ejercida sobre el cuerpo de la víctima; la *STS 5/2007 de 19 enero [RJ2007\16]* establece que “esta violencia se entiende como una coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima”. Además es necesario que el uso de esta violencia para conseguir la agresión sexual, es decir que tiene que existir una relación causal entre la violencia y el acto sexual de tal forma que, si no hubiera habido un acto violento no se hubiera producido la agresión sexual.⁹

En el caso de la violencia ejercida a terceras personas para vencer la resistencia del sujeto pasivo, no podrá ser considerada como violencia, sino como intimidación. Por tanto para que se pueda apreciar la violencia a la que se refiere este artículo tiene que realizarse únicamente sobre el sujeto pasivo (concretamente sobre su cuerpo). El hecho de que se ate al sujeto pasivo de pies y manos, también es considerado como violencia por la *STS 644/2013 de 19 julio [RJ2013\6778]*.

En el caso que en un primer momento el sujeto pasivo se niegue a mantener relaciones sexuales pero al final sea convencido por el sujeto activo, este cambio que vence la posición inicial del sujeto pasivo no se puede considerar que el sujeto activo haya actuado con violencia. La *SAP de Córdoba 9/1999 de 12 febrero [ARP\1999\254]* establece este supuesto en el caso de parejas de hecho o cónyuges, donde uno de ellos acaba convenciendo al otro para llevar a cabo el acto sexual.

iv. Intimidación

La intimidación está relacionada con la amenaza, es decir la declaración de causar un mal al sujeto pasivo si no realiza el acto sexual que determina el sujeto activo. Esta intimidación es definida por la jurisprudencia como un constreñimiento psicológico, donde el agresor amenaza mediante palabras u obra de causar un daño injusto, grave y verosímil que provoca miedo o temor al sujeto pasivo¹⁰. Algunos autores¹¹ consideran que ni las amenazas de entidad suficiente ni los males sobre hechos futuros pueden considerarse intimidación.

Por otro la *STS 914/2008 de 22 diciembre [RJ2009\1376]* establece la diferencia entre el momento en el que se realiza la intimidación: lo más habitual es que se lleve a cabo inmediatamente antes de la agresión

⁹ BOIX REIG, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, p.318.

¹⁰ En este sentido el *ATS 469/2005 de 10 marzo. [JUR 2005\102562]* determina la intimidación como “una coacción moral que se proyecta sobre la capacidad de decisión de la víctima, cuya voluntad se doblega acomodándola a los deseos de quien la ejerce mediante la amenaza injusta e ilícita de un mal grave e inminente, de suerte que la conducta de la víctima se realiza no por el ejercicio libre de su voluntad, sino por la coacción psicológica que soporta, que genera una inquietud anímica apremiante y una aprensión racional o recelo más o menos justificado”.

¹¹ GARCÍA ALBERO y MORALES PRATS, “De las agresiones sexuales”, p.318 y COLINA OQUENDO, “De las agresiones sexuales”, p.431.

sexual, pero en algunos casos (sobre todo en el ámbito familiar) puede existir la intimidación que se realiza paulatinamente para conseguir que el sujeto pasivo pierda la total capacidad para decidir sobre su libertad sexual, es decir para oponerse y así, que finalmente el sujeto activo consiga agredirle sexualmente. Esta pérdida de capacidad se caracteriza por conseguir la sumisión absoluta de la víctima a al agresor, lo que denomina “un estado de intimidación permanente”, ya que el sujeto pasivo es continuamente amenazado sino realiza los actos libidinosos que determine el agresor.

2. Tipo subjetivo

Los hechos constitutivos de este delito se han de realizar mediante dolo, esto significa que el sujeto activo tiene que tener conciencia de lo que está haciendo, es decir una realización voluntaria de la conducta violenta o intimidatoria con conocimiento de su contenido sexual.¹² El deseo del sujeto activo tiene que ser la consecución de la agresión sexual mediante violencia o intimidación, no es necesario que haya una ánimo lascivo o libidinoso (elementos que eran necesarios tradicionalmente pero que ahora ya no los son, porque el dolo abarca toda la tipicidad subjetiva). Por tanto, para que se dé el dolo que exige este delito, no se tendrá en cuenta la satisfacción de los deseos sexuales propios que del sujeto activo en la ejecución de la agresión sexual, sino que sólo se atenderá a la conducta indicada en el tipo penal.

En este sentido, GÓMEZ TOMILLO¹³ expresa que “lo que importa es que se trate objetivamente de una utilización degradante de la víctima, en el sentido descrito, independientemente de que el autor se excite sexualmente o no, pretenda o satisfacer su instinto o simplemente se persiga degradar, humillar a la víctima”, por tanto no se tiene en cuenta el ánimo libidinoso del sujeto activo, es suficiente que éste conozca que realiza una actividad sexual contra la voluntad de la víctima mediando violencia o intimidación.

3. Consumación y tentativa

La consumación del delito se produce en el momento que se realizan los tocamientos sin acceso carnal en las zonas íntimas, por tanto tiene que haber un contacto físico entre el sujeto activo y el pasivo, pero sin que llegue a producirse el acceso carnal (es un delito de mera actividad que se consume con la realización de los tocamientos), ya que si se produce se castigaría por el tipo delictivo del art.179 CP. En este sentido, aunque por un lado sea necesario ese contacto físico entre el sujeto activo y el pasivo, la jurisprudencia a determinado que también se produce la consumación de este delito cuando el sujeto activo obliga al sujeto pasivo a realizar actividades sexuales ya sea con terceras personas como consigo mismo.

Puede suceder que la violencia o intimidación no consigan el contacto corporal, esto es que, aun cumpliendo la conducta detallada en el precepto no se alcance el fin deseado por el sujeto activo (agredir sexualmente) por causas ajenas a su voluntad; en este caso se castigaría al culpable por un delito de

¹² LAMARCA PÉREZ, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, p.183, expresa que “basta con que el autor tenga conocimiento de que realiza una agresión de carácter sexual”.

¹³ “De las agresiones sexuales”, p.712.

agresión sexual en grado de tentativa. En atención a la definición de tentativa del art.16.1 CP y aplicándola a este caso, se entiende que el sujeto activo realiza los actos que objetivamente deberían producir el resultado cuando ejerce la violencia o intimidación al sujeto pasivo, ya que aunque no se haya conseguido el fin perseguido se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido.

La *STS 1479/2002 de 16 septiembre [RJ\2002\9105]* determina tres requisitos a la hora de calificar si se produce la agresión sexual en grado de tentativa: “a) Que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir. b) Que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito. c) Y éste es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado”.

Es muy importante distinguir cuando se produce la tentativa del desistimiento por parte del sujeto activo, ya que el desistimiento lo eximiría de la responsabilidad penal atribuida por este precepto. Para apreciar una u otra conducta hay que atender a la voluntad del sujeto activo, es decir, cuando su propósito sea cometer la agresión sexual pero por causas ajenas al mismo no la puede realizar, estaremos hablando de tentativa; en cambio cuando antes de llegar al contacto físico, éste decide desistir de su conducta de manera voluntaria e inequívoca, sin tener en cuenta hechos ajenos que se hayan podido producir en ese momento que impidan la continuación de su actividad, estaríamos ante un desistimiento. Ante este desistimiento no hay responsabilidad penal determinada por el art.178 CP, porque la conducta que exige este artículo es que se utilice la violencia o intimidación para atentar contra la libertad sexual, por tanto no se cumple el tipo objetivo; pero a la conducta realizada por este sujeto activo sí se le podrán apreciar los delitos de amenazas, coacciones o lesiones que hubiera podido realizar antes de decidir su desistimiento.

IV. Tipo agravado de agresión sexual (violación)

El tipo agravado de agresión sexual está regulado en el art.179 CP: “*cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años*”.

1. Tipo objetivo

a. Sujetos

Los sujetos que pueden intervenir en este delito pueden ser tanto hombres como mujeres¹⁴, aunque con matices en relación a las conductas que pueden ejercer cada uno. La primera expresión que tenemos en relación a los sujetos es “*acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal*”, esta conducta implica que en la relación es necesaria la intervención de un hombre, porque en este acceso carnal es imprescindible la penetración del miembro viril en otro cuerpo (ya sea de hombre o mujer), excepto en el caso de que sea por vía vaginal que se sobreentiende que sólo se podrá realizar ante el cuerpo de una mujer. Por tanto, tenemos que este acceso carnal se podrá realizar cuando: a) el sujeto activo y el pasivo sean hombre (excepto en el caso de vía vaginal); b) el sujeto activo sea un hombre y el pasivo una mujer; c) el sujeto activo sea una mujer y el pasivo un hombre (la *STS 476/2006 de 2 mayo [RJ 2006\3106]* considera que tanto el que penetra como el que se hace penetrar cometen violación).¹⁵

La segunda conducta es “*la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*”, en este caso tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser hombre o mujer indistintamente (no es necesaria la intervención del hombre, como ocurría con el acceso carnal).

b. Conducta

La conducta que ha de realizar el sujeto activo es la expresada en el art.178 pero, al ser éste subtipo agravado se le exige que además de esa violencia o intimidación sea necesaria la penetración por ligera o pequeña que sea.

Las conductas reguladas en el art.179 CP se pueden clasificar en tres: a) acceso carnal; b) introducción de miembros corporales; c) introducción de objetos; la primera por vía vaginal, anal o bucal, y las dos últimas por vía vaginal o anal.

i. Acceso carnal

El acceso carnal es la penetración por parte del órgano sexual masculino, ya sea por vía vaginal, anal o bucal, en el cuerpo de otra persona. Ante este acceso la doctrina ha discutido si estamos ante una conducta positiva o también cabe su interpretación de forma negativa, es decir, si sólo es posible la violación cuando es el hombre el que la comete porque es que puede realizar la penetración o también cabría entender que

¹⁴ Ha de tenerse en cuenta lo mencionado anteriormente sobre los sujetos en el tipo básico de agresión sexual.

¹⁵ ORTS BERENGUER y otros, *Esquemas de derecho penal parte especial*, p.68.

cuando un hombre o una mujer se hacen penetrar están cometiendo violación. En este sentido el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la sala segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005 expresa que es equivalente el acceder carnalmente a hacerse acceder, por ello, tanto el hombre como la mujer pueden realizar la conducta activa en el acceso carnal.

ii. Introducción de objetos

La introducción de objetos son de acuerdo con la jurisprudencia aquellos que tengan forma o se asemejen a la forma del pene y sólo cabe la introducción por vía vaginal o anal. En la LO 11/1999 de 30 de abril que reformaba el Código Penal, el legislador excluyó la vía bucal en la introducción de objetos al carecer de contenido sexual o dicho de otra manera, ser muy difícil establecer que la introducción de un objeto por vía bucal atenta contra la libertad o indemnidad sexuales. En relación a la conducta que se realiza, COLINA OQUENDO¹⁶ define la acción como “un salvaje y degradante atentado que [...] supone que la introducción del objeto simula un acto de significación sexual, tiene como objeto directo y patente la lesión a la integridad física y moral del que sufre el atentado”.

Esta introducción se tiene que realizar por aquellos objetos que se caractericen por asemejarse al miembro viril masculino, tienen que ser objetos inertes, no pueden calificarse de objetos otras partes del cuerpo humano (en el caso de lengua o dedos se calificaría como introducción de miembros corporales) y tienen que tener un significado sexual.¹⁷ En este sentido, la *STS 430/1999 de 23 marzo [RJ 1999\2676]*, establece que por objetos han de entenderse elementos materiales, inanimados o inanes cuya utilización conlleve una inequívoca connotación sexual.¹⁸

iii. Introducción de miembros corporales

La introducción de miembros corporales se incluyó en el código penal con la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre y provocó que las acciones de introducción de dedos o lengua por vía vaginal o anal fueran castigadas como supuestos de violación; cosa distinta de lo que ocurría anteriormente donde sí se daban las mencionadas acciones se tenían que castigar por el tipo básico, ya que la jurisprudencia en determinadas ocasiones calificó que la introducción de dedos o lengua por vía vaginal o anal no podía calificarse como objeto¹⁹, porque éste ha de ser algo necesariamente inerte²⁰. Esto queda reflejado en la *STS 824/2000 de 5 mayo [RJ2000\5193]* que establece que los dedos no pueden ser considerados objetos. Antes de la modificación del 2003 se realizaron diversas críticas o polémicas a la redacción del art.179 CP, porque a

¹⁶ “De las agresiones sexuales”, p. 428.

¹⁷ BOIX REIG, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, p.180, y LAMARCA PÉREZ, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, p.320.

¹⁸ La calificación de objeto que realiza el Tribunal Supremo afecta tanto a las agresiones como a los abusos sexuales.

¹⁹ La *STS 1214/2002 de 1 julio [RJ2003\72]* expresa que “los objetos referidos deben ser cosas y no otros miembros o partes del cuerpo humano”.

²⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, p.228, expresa que “es difícil de entender el porqué de esta restricción, ya que el dedo o los dedos pueden ser utilizados como objetos de significado sexual equivalentes al miembro viril, igual que un palo, un bastón, la empuñadura de un paraguas o el cañón de una escopeta o pistola; sobre todo cuando se introduzcan varios y aun toda la mano o 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”.

raíz de lo expresado por el Tribunal Supremo, no cabía la equiparación de objetos y dedos, esto hacia que la introducción de dedos o lengua por vía vaginal o anal no era constitutivo de delito de violación, es decir que esta introducción se calificaría como unos simples tocamientos del art.178 CP. Por tanto esta reforma²¹ se realiza para agravar aquellos casos donde la violación se produce, sobretodo, mediante dedos. En base a la *STS 514/2009 de 20 mayo [RJ\2009\4332]* hay que distinguir la introducción de un miembro corporal de los tocamientos ya que esos últimos no se pueden considerar que formen parte del delito de violación; esta sentencia dice expresamente que “no podemos identificar las palpaciones, frotamientos o tocamientos con la introducción de un miembro corporal, aunque sea el dedo” (los tocamientos en la zona vaginal se calificarán como tipo básico y en cambio la introducción de dedos se calificará como tipo agravado). También hay que tener en cuenta que, en el caso de que un sujeto activo coaccione al sujeto pasivo para que se produzca un beso entre los dos, según la gravedad del supuesto se castigaría como un delito de coacciones.

2. Tipo subjetivo

Al ser el art.179 CP el tipo agravado del art.178 CP, el tipo subjetivo es el mismo, es decir es un delito doloso, en el cual no hace falta ánimo libidinoso. Pero este dolo además de tener en cuenta la agresión sexual básica (atentar contra la libertad sexual del sujeto pasivo con violencia o intimidación) se tiene que tener en cuenta el deseo de agredir sexualmente mediante la penetración, ya sea por acceso carnal, introducción de objetos o miembros corporales.

3. Autoría y participación

Cuando la agresión sexual tipificada en el art.179 CP se lleva a cabo únicamente por una sola persona estamos ante una autoría simple, donde el agresor será calificado como reo de violación y se le aplicará la pena prevista. El problema ocurre cuando en la agresión sexual intervienen varios sujetos activos, ya sea cometiendo también violación sobre el mismo sujeto pasivo o ayudando al sujeto activo a que realice el acto sexual. Según MUÑOZ CONDE y BOIX REIG²² se pueden apreciar las siguientes formas de participación (según del modo que intervengan los partícipes, se les castigará de un modo u otro):

- a) Cuando la persona que tiene el deber de garante frente a la víctima, esté presente y no evite el delito, estaremos ante una cooperación necesaria en comisión por omisión:

Se entenderá que se da esta situación en el supuesto de que una madre es consciente de que el padre viola a su hija y no hace nada para evitarlo (*STS 996/2011 de 4 octubre [RJ 2011\7489]*).

²¹ GÓMEZ TOMILLO, “De las agresiones sexuales”, p.714-715, GIMBERNAT ORDEIG discrepa de la necesidad de incluir la introducción miembros corporales al delito de violación argumentando lo siguiente: “Un sector de la doctrina consideró que no se tendrían que haber equiparado punitivamente estas acciones (violación con otro miembro corporal) porque no existe posibilidad de que el sujeto pasivo, en el caso de que fuera una mujer, se quedara embarazada ni que se contagien enfermedades de transmisión sexual”.

²² *Derecho Penal, Parte Especial*, p.228-229, y “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, p.325, respectivamente.

- b) Cuando haya una persona presente (que no tenga el deber de garante) pero no evite el delito, estaremos ante una omisión del deber de impedir delitos, castigado por el art.450 CP²³:

Se dará esta situación cuando un tercero que esté presente en la violación, no intervenga ni como autor ni como cooperador necesario, pero tampoco evite la comisión del delito (*STS 2101/2001 de 14 de noviembre [RJ\2002\1514]* y *SAP de Sevilla 15/2012 de 21 de marzo [RJ\2012\222624]*).

- c) Cuando participan varias personas en el hecho delictivo habrá una cooperación necesaria:

Se entiende como cooperación necesaria la actuación de aquellos sujetos que participan activamente en el delito realizando funciones necesarias para que se consuma. Cuando se califique a los sujetos activos como cooperadores necesarios en base al art.28 CP se les considerará autores y por tanto se les interpondrá la misma pena que a éstos. En el caso que se produzca una violación a un sujeto pasivo donde participan dos personas y las dos cometen la agresión, no se les va a castigar como coautores de un solo delito sino que se les castigara por dos delitos de violación, donde cada uno es autor y cooperador necesario de las dos agresiones sexuales. Por tanto al calificarlos de autor y cooperador necesario, en realidad lo que se están juzgando son dos delitos de violación cometidos por dos personas distintas sobre un mismo sujeto pasivo, es decir que cada uno de los sujetos activos ha cometido dos delitos: una violación en calidad de autor porque ha llevado a cabo el acceso carnal y otra violación en calidad de cooperador necesario porque ha sujetado a la víctima mientras el otro sujeto activo cometía la agresión.

Esta designación entra en conflicto con el art.180.1.2 CP, el cual establece un subtipo agravado cuando la agresión sexual se realiza por dos o más personas. En relación a este tema, la *STS 235/2012 de 4 mayo [RJ\2012\5990]* (jurisprudencia mayoritaria) establece que en el caso de que tres sujetos activos cometan dos violaciones, se les castigará a dos de ellos como autores y cooperadores necesarios y al otro sólo como cooperador necesario (ya que no ha realizado la agresión sexual en grado de autor), pero cuando son condenados por cooperación necesaria en ningún caso se les aplicará el subtipo agravado del art.180.1.2 CP porque vulneraría el principio *non bis in idem*. En este caso el tribunal entiende que la cooperación necesaria lleva consigo el hecho que actúen dos o más personas, es decir está incluido, por tanto si además de condenarlos por cooperadores necesarios se les aplica el subtipo agravado de participación de dos o más personas, se les estaría juzgando dos veces por un mismo delito.²⁴

Pero, al contrario de lo previamente dicho, la *STS 194/2012 de 20 marzo [RJ\2012\4069]* (jurisprudencia minoritaria y, cuyo ponente es el mismo magistrado que emite el voto particular de la sentencia anteriormente mencionada) cuando un mismo sujeto activo cometa una violación en concepto de autor y

²³ La *STS de 31 enero 1986 [RJ\1986\211]* determina la diferencia de la comisión por omisión y el deber de impedir delitos, según en la posición que se encuentre la persona que esté presente durante la comisión del delito.

²⁴ El voto particular de esta sentencia que formula el excmo. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca, establece que sí que se tendría que aplicar el subtipo agravado del art.180.1.2 CP por los siguientes: “la misma naturaleza de la imputación como cooperador implica la existencia de otro, el autor, a cuyo hecho se coopera, de manera que la cooperación ya supondría al mismo tiempo, y por la misma razón de la contribución, la actuación conjunta y, en consecuencia, la agravación”. Es decir que tendría que poderse aplicar este subtipo agravado a los que actúan en condición de cooperadores necesarios.

dos violaciones en concepto de cooperador necesario (porque aguanta al sujeto pasivo mientras otros dos sujetos la violan), a las tres actuaciones se les aplicará el agravante del art.180.1.2 CP porque lo que se plantea en este artículo no es una “autoría conjunta sino una acción conjunta”, es decir que las penas en los tres casos irán de doce a quince años.²⁵ La resolución que da esta sentencia es en el caso que el sujeto activo actúa como cooperador necesario, como coopera a la ejecución de un hecho ya agravado, es posible aplicarle el subtipo agravado del art.180.1.2 CP porque no se vulnera en ningún momento el principio *non bis in idem*.

Por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo está dividida en el tema de cooperación necesaria, ya que hay sentencias que expresan que, al aplicar al cooperador necesario el subtipo agravado del art.180.1.2 CP vulneraría el principio *non bis in idem* (jurisprudencia mayoritaria)²⁶ y otras consideran que no se vulneraría si los hechos de los que forme parte el cooperador necesario ya estaban agravados.

4. Consumación y tentativa

La agresión sexual tipificada en este artículo se califica como un delito de mera actividad, donde la consumación se produce cuando el órgano sexual masculino penetra o, se introducen objetos o miembros corporales, por vía bucal (sólo en el primer caso), vía vaginal o vía anal. Es decir, que además de lo exigido para que se consume el delito cuando estamos ante el tipo básico (atentar contra la libertad sexual y el empleo de violencia o intimidación), aquí también es necesaria la penetración. Habrá consumación del delito por pequeña que sea la penetración o la introducción, según la *SAP de Madrid de 26 abril 2000 [JUR\2000\201097]* “cuando se pasen los límites de la zona violada (labios o labios vulvares)”.

En este aspecto, COLINA OQUENDO²⁷ expresa lo siguiente “la consumación no precisa de una penetración completa, aunque sí resulta necesario un contacto temporal”. Esto significa que tiene que llegar a haber un contacto sexual entre el sujeto activo, en el cual se produzca una penetración o introducción por pequeña que sea, aunque este contacto no necesita de un tiempo mínimo, ya que en cuanto se produzca se consumará el delito.

El Código Penal determina que la violación se castigará en grado de tentativa atendiendo al peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado. Existirá el delito en grado de tentativa cuando el sujeto activo no llegue a la consumación del acto por causas ajenas a su voluntad; para que exista esta tentativa el sujeto activo tiene que haber utilizado la violencia o intimidación para conseguir efectuar el delito, aunque después no se realice el propio acto de agresión sexual. Tanto la doctrina como la

²⁵ Esta sentencia es origen de un recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante de 27 de abril de 2011, que condenaba al sujeto activo de tres violaciones, una en grado de autor con el agravante del art.180.1.2 CP y las otras dos en grado de cooperador necesario, pero en este último caso no se le aplicaba tal agravante porque se consideraba que provocaría la vulneración del principio *non bis in idem*. Esto es así porque la Audiencia entendía que no se le podía condenar por un delito de agresión sexual en cooperación necesaria y además agravarle la pena por la aplicación de la intervención de dos o más personas en el hecho.

²⁶ Véase el apartado de “la actuación conjunta por dos o más personas”, se detalla la jurisprudencia del TS que establece que no es aplicable el subtipo agravado del art.180.1.2 CP al que actúa por cooperación necesaria.

²⁷ “De las agresiones sexuales”, p. 439.

jurisprudencia diferencian la tentativa acabada de la inacabada; será tentativa acabada cuando haya un mayor peligro para el bien jurídico (se rebajará en un grado la pena)²⁸ e inacabada en el resto de situaciones (se rebajaran en dos grados la pena)²⁹.

En el supuesto que de que no se pueda llevar a cabo la agresión por desproporción de los órganos genitales, como sería el caso de la violación a un menor la jurisprudencia determina que estaríamos ante una tentativa acabada porque se realizan todos los actos necesarios para la comisión de la agresión sexual pero finalmente no se produce la penetración porque resulta imposible, aun habiéndolo intentado (*SAP de Cádiz 160/2007 de 15 mayo [JUR\2008\62415]*).

El problema surge cuando, ante unos hechos hay que decidir si son subsumibles en el art.178 CP como delito consumado o en el art.179 CP como delito en grado de tentativa, es decir ante un supuesto donde finalmente no se realiza la violación pero hay un contacto sexual, será penado por un delito consumado de agresión sexual básica sino se demuestra suficientemente que la voluntad del sujeto activo era cometer la violación, en caso de que se demostrase este fin se castigaría por el tipo agravado de agresión sexual. La *STS 1365/2002 de 22 julio [RJ\2002\7781]* determina que el hecho de quitar las bragas a la víctima con la intención de penetrarla, pero no conseguirlo por la resistencia de la misma constituye un delito de violación en grado de tentativa, porque el ánimo del agresor en todo momento era realizar el acto sexual.

²⁸ En este sentido las siguientes sentencias dan ejemplos de tentativa acabada: la *STS 252/2006 de 6 marzo [RJ\2006\1001]*: “colocarse a horcajadas encima de ella, agarrándola fuertemente el cuello, casi privándole de la respiración, inmovilizándola, subiéndole la falda y bajándole las bragas, al tiempo que se desabrochaba el mismo, los botones del pantalón”. La *STS 1139/2000 de 25 julio [RJ\2000\6228]*: “intentar la agresión por las tres vías sin conseguirlo provocando lesiones y traumatismos, que si bien sólo necesitaron la primera asistencia revelan el grado de agresividad de su autor”. La *STS 796/2011 de 13 julio [RJ\2011\6001]*: “bajarse los pantalones hasta la altura de la rodillas, mostrando el miembro viril erecto de mientras que estaba encima de la víctima”.

²⁹ La *SAP de Burgos de 10 enero 2001 [JUR\2001\97491]* determina que “la tentativa es inacabada cuando el grado de ejecución alcanzado que apenas se inició, así como el escaso peligro inherente al intento ya que la propia víctima logró ponerse a salvo antes de que pudiera llegar a ser agredida”.

V. Subtipos agravados

Art.180 CP: “1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
2. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.
4. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
5. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

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

1. Violencia o intimidación con carácter degradante o vejatorio³⁰

Esta conducta está expresada en el apartado primero del art.180.1 CP y se caracteriza por atentar desmesuradamente contra los valores más íntimos de la víctima. Esto significa que el sujeto activo realiza daños innecesarios graves para conseguir su objetivo. La *SAP de Barcelona 234/2009 de 3 julio [ARP\2009\1054]* ha definido esta conducta como “la violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo”³¹, lo que significa que en la conducta básica del agresor hay un plus de antijuridicidad, donde el objetivo es menospreciar o humillar más, aún si cabe, la dignidad de la víctima (es un ataque innecesario para la comisión del delito).³²

³⁰ LAMARCA PÉREZ, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, p. 186, expresa que en la conducta típica en relación a la penetración bucal o introducción de objetos no es de aplicación esta circunstancia agravante porque provocaría la vulneración del principio *non bis in idem*.

³¹ En este sentido, por ejemplo, la *STS 1005/2009 de 9 octubre [RJ\2009\7462]* aplica este agravante en el supuesto de que dos agresores agredan a la vez anal y vaginalmente o la *STS 1239/2000 de 5 julio [RJ\2000\6608]* cuando el agresor realiza una penetración bucal y posteriormente orina y defeca en la lengua de la víctima; pero no se aplicaría según la *STS 603/2001 de 4 abril [RJ\2001\2079]* en el supuesto que se ata a la víctima de pies y manos, y se le tapa la boca con cinta adhesiva.

³² BOIX REIG, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, p. 327-328

Un aspecto importante de la aplicación de este apartado es que éste absorbe la conducta del art.173.1 CP, es decir que no es posible la aplicación conjunta de los arts.180.1.1 y 173.1, ya que el art.177 CP expresa que cuando se produzcan atentados contra la integridad moral conjuntamente con la agresión sexual se aplicará el que “*halle especialmente castigado por la ley*”.

2. Actuación conjunta por dos o más personas

La redacción originaria del apartado segundo del art.180.1 CP, establecía que la actuación tenía que ser realizada por tres o más personas; con la modificación introducida por la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril se configuró la redacción actual, porque el hecho de ser dos personas pone en una situación de indefensión a la víctima. Tanto Doctrina como Jurisprudencia coinciden en que esta agravación se produce cuando estamos ante autores del hecho delictivo, el problema surge cuando hablamos de cooperadores necesarios. En este último caso la jurisprudencia mayoritaria establece que no se le podrá aplicar el subtipo agravado al cooperador necesario porque se vulneraría el principio *non bis in idem*, es decir que se excluye la aplicación de este subtipo al cooperador necesario³³. La *STS 455/2009 de 29 abril [RJ2009\3199]* expresa que en el supuesto de dos personas actúen en dos delitos de agresión sexual, siendo autor y cooperador necesario respectivamente de los dos delitos, responderán cada uno por este delito en calidad de autor agravado por la actuación conjunta y en calidad de cooperador necesario sin la agravación del art.180.1.2 CP; es decir, al autor se le aplicará el subtipo agravado porque no se vulnera el principio *non bis in idem*, en cambio al cooperador necesario no se le podrá aplicar esta agravación.³⁴

3. Especial vulnerabilidad de la víctima

El apartado tercero del art.180.1 CP fue modificado por la reforma de 2010 (LO 5/2010 de 22 de junio) que introdujo la vulnerabilidad a causa de una discapacidad³⁵. Junto con esta introducción, se estableció que las agresiones realizadas a menores de trece años no se incluirían en este precepto sino que se penarían por los arts.183 y 183 bis CP (la agresión y el abuso sexual a menores de trece años son delitos autónomos³⁶). Es decir que en base a la redacción actual, este precepto se aplicará a situaciones de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, mayores de trece años. Esta especial vulnerabilidad de la víctima facilita al sujeto activo la comisión del delito, pero no se incluye en la violencia o intimidación utilizadas por el mismo, es decir que hay un plus de antijuridicidad en la conducta típica. La *STS 1397/2009 de 29 diciembre [RJ2010\432]* afirma que se aplicará este subtipo cuando la agresión se

³³ Véase: *STS 742/2010 de 15 julio [RJ2010\3513]*, *STS 439/2007 de 21 mayo [RJ2007\3507]*, *STS 217/2007 de 16 marzo [RJ2007\1928]* y *STS 61/2008 de 24 enero [RJ2008\2004]*.

³⁴ ORTOS BERENGUER y otros, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, p.71, discrepa de la opinión mayoritaria y establece que al que actúa en calidad de cooperador necesario también se le puede aplicar este subtipo agravado porque el art.180 CP no dice que solo se pueda aplicar a quien realiza la acción sexual. También MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, p.231 expresa que se puede aplicar a los cooperadores necesarios. Y la *STS 194/2012 de 20 marzo [RJ2012\4069]* anteriormente comentada también establece que se puede aplicar este agravante al cooperador necesario.

³⁵ RAGUÉS I VALLÈS, “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales”, p.285.

³⁶ Véase: TAMARIT SUMALLA, “Los delitos sexuales”, p. 169-170.

realice a sujetos pasivos de corta edad (catorce años) para conseguir una eficacia intimidatoria que no se conseguiría con sujetos mayores de edad.³⁷

4. Prevalimiento en una relación de superioridad o parentesco

Este prevalimiento³⁸ está expresado en el apartado cuarto del art.180.1 CP e implica que el sujeto activo se vale de esta relación para cometer la agresión sexual. Es decir que exista una relación de parentesco o superioridad (*por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima*) no es suficiente para que se aplique este subtipo agravado, sino que es necesario que el agresor se haya prevalido de esta situación, que haya utilizado su posición de superioridad para cometer el delito y por tanto delimitar de manera absoluta la capacidad de decidir libremente de la víctima. Mediante esta relación, el sujeto activo consigue doblegar la voluntad del sujeto pasivo. Este aprovechamiento de la superioridad puede surgir de una relación familiar, docente, laboral, económica o de otra índole.³⁹

5. Hacer uso de armas u otros medios igualmente peligrosos

Este subtipo agravado está especificado en el apartado quinto del art.180.1 CP que fue modificado por la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, donde se cambió el *especialmente peligrosos* por *igualmente peligrosos*; GARCÍA ALBERO y MORALES PRATS⁴⁰ consideran que “la actual redacción abona una interpretación a priori más laxa de dicha peligrosidad”. El plus de antijuridicidad que se produce en este precepto se observa en la utilización de esos medios, es decir que no es suficiente la mera exhibición del arma o medio, sino que es necesaria su utilización para la consecución del hecho delictivo. En el caso de que el sujeto activo sólo enseñase el arma o medio al sujeto pasivo, a esta conducta (la del sujeto activo) no se le podría imponer esta agravación, ya que se vulneraría el principio *non bis in idem* porque el hecho de enseñar un arma o medio sin llegar a utilizarlo se incluye dentro de la intimidación del tipo básico.

Según la *STS 343/2013 de 30 abril [RJ\2013\8315]*, las armas o medios han de ser objetivamente peligrosos, su utilización tiene que poder causar lesiones o incluso la muerte. El mismo precepto establece una cláusula concursal, donde el agresor además de ser castigado por un delito de agresión sexual con la aplicación de este subtipo agravado, se le podrá imponer conjuntamente otra pena por las posibles lesiones o muerte que haya realizado sobre la víctima.

³⁷ La *STS 1005/2012 de 18 diciembre [RJ\2013\464]* expone que a la violación de una señora de 85 años también se le aplica este subtipo.

³⁸ Véase: *SAP de Islas Baleares 208/2001 de 31 diciembre [JUR\2002\70008]*, *STS 426/2009 de 27 abril [RJ\2009\3471]* y *SAP de Las Palmas 57/2013 de 2 octubre [ARP\2013\1330]*.

³⁹ GALLLEGO SOLER, “De las agresiones sexuales”, p.433-434.

⁴⁰ “De los delitos sexuales”, p.332.

VI. Concursos con otros delitos

Es habitual que durante la comisión del delito de agresión sexual se produzcan otros delitos, de los cuales destaca el delito de lesiones, al existir un forcejeo con la víctima (aunque también cabe concurso con el delito de homicidio o asesinato, detenciones ilegales o allanamiento de morada).

Prestando atención al delito de lesiones, por un lado, las lesiones físicas podrán clasificarse de tres formas:

a) Habrá un concurso de leyes, donde quedarán absorbidas por el tipo delictivo cuando sean hematomas en la zona genital, que se producen como consecuencia del contacto carnal forzado a causa de la agresión sexual. b) Existirá un concurso ideal medial, cuando las lesiones sirvan de instrumento para la comisión de la agresión sexual pero éstas no estén contempladas en el tipo objetivo. c) Y existirá un concurso real, cuando las lesiones no se utilicen para la consumación del delito de violación, sino que ambos actos sean delitos independientes, donde las lesiones se realizan de manera deliberada y adicional para vencer la resistencia de la víctima.⁴¹

Por otro lado, en cuanto a las lesiones psíquicas, el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003 establece que no podrán entrar a formar parte de un concurso con la agresión sexual, ya que forman parte del tipo objetivo de ésta porque el legislador las ha tenido en cuenta a la hora de tipificar la conducta y asignarle una pena, sin perjuicio de su valoración a efectos de responsabilidad civil.⁴²

Por último, en cuanto a la continuidad delictiva, el art.74.3 CP determina que como norma general no debe apreciarse la posible continuidad delictiva en este delito, pero cuando afecten al mismo sujeto pasivo se “atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”⁴³. La *STS 463/2006 de 27 abril [RJ\2006\2256]* establece las bases para aplicar o no la continuidad delictiva según ante qué supuesto nos encontremos:

- a) No se aplicará la continuidad delictiva sino que se calificará de delito único cuando se producen varias acciones en un tiempo definido bajo el mismo impulso libidinoso, sea por la misma o por distintas vías.
- b) Se aplicará la continuidad delictiva cuando el hecho se prolongue durante un período de tiempo, entre los mismos sujetos y que obedezca a un dolo único (misma situación violenta o intimidatoria).
- c) Se considerará que son delitos independientes castigados en concurso real cuando los hechos se prolonguen en el tiempo pero obedezcan a varias actuaciones violentas o intimidatorias.

⁴¹ Véase la *STS 625/2010 de 6 de julio [RJ\2010\7195]* en relación a la absorción de las lesiones por el tipo objetivo del delito, la *STS 1521/2004 de 14 de diciembre [RJ\2005\588]* sobre el concurso ideal medial de delitos y la *STS 398/2010 de 19 de abril [RJ\2010\2552]* en referencia al concurso real de delitos.

⁴² Véase la *STS 1305/2003 de 6 de noviembre [RJ\2004\1152]*.

⁴³ Cuando nos encontremos ante distintos sujetos pasivos no se podrá aplicar la continuidad delictiva.

VII. Conclusión

A continuación se tratarán dos aspectos relevantes del delito para ofrecer una opinión crítica sobre el tema; los demás temas no tratados en este apartado, no son menos importantes sino que estoy de acuerdo en la mayor parte con lo expresado en el trabajo y que no hay espacio suficiente para proceder a analizarlo todo.

La primera cuestión a tratar es el "ánimo libidinoso"; actualmente la jurisprudencia ha establecido que no es necesario que se dé este ánimo para la realización del tipo objetivo, pero la doctrina minoritaria considera que sí, que es necesario este ánimo libidinoso porque, poniendo de ejemplo un ginecólogo que realiza una revisión con la introducción de un objeto por la vagina o el cirujano que opera órganos sexuales, según esta parte de la doctrina, sino existe este ánimo éste cometería un delito de violación. Por una parte, la conducta que realiza el médico, sí que cumple la conducta del tipo objetivo pero le falta dos aspectos importantes, que son la violencia o intimidación, además no existe una resistencia de la víctima, ya que ésta acepta que se realice el acto de revisión. Y, por otra parte, aunque desde un punto de vista menos jurídico, estos médicos lo que realizan es una actividad profesional que no tiene como objetivo atentar contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona (hay que tener en cuenta que se han dado casos que el médico ha realizado una agresión sexual al paciente, dándose todos los elementos necesarios del tipo objeto y subjetivo). En definitiva, este ánimo libidinoso no es necesario para realizar la conducta objetiva porque habrá casos en que la agresión sexual se produzca por una demostración de superioridad y poder sin que se llegue a alcanzar la satisfacción sexual.

La segunda cuestión, es la introducción en el Código Penal de objetos y miembros corporales después de las respectivas reformas, donde en el período entre una y otra reforma el Tribunal Supremo consideró que a la introducción de miembros corporales, que no fueran el miembro viril masculino, no se le podía aplicar el tipo agravado. Desde mi punto de vista, se tendrían que haber equiparado las conductas en el período de tiempo hasta la reforma, porque las agresiones sexuales mediante la introducción de miembros corporales durante ese tiempo se castigaron por el tipo básico cuando la acción tiene un plus de gravedad provocada por la introducción. Es incomprensible decir que la violación se caracteriza por la penetración o introducción de objetos por ligera que sea, y que cuando se trataba de miembros corporales que llevan a cabo la misma actividad, la jurisprudencia determinase que en estos casos se aplica el tipo básico cuando se tendría que haber aplicado el tipo agravado por considerarlos equivalente, ya que no estamos ante unos simples tocamientos sino ante una introducción. Actualmente las conductas dos conductas son igualmente penadas, aunque los miembros corporales siguen sin considerarse objetos.

Por otro lado me parece absurdo que cuando se equipararon las conductas, parte de la doctrina considerara que no eran equiparables, porque con la introducción de objetos o miembros corporales no se podía dejar embarazada a una mujer ni transmitir enfermedades de transmisión sexual, ya que lo que pretende el precepto es proteger la libertad e indemnidad sexual, es indiferente que la posibilidad o no de embarazo porque la conducta sigue siendo igual de grave, y respecto a las enfermedades de transmisión sexual es

cierto que solo se podrán producir con el acceso carnal, pero hay que tener en cuenta que se pueden producir otro tipo de enfermedades o lesiones fruto de la agresión sexual sufrida.

En definitiva y respetando las opiniones que pueda tener cada persona sobre tema, la agresión sexual es un delito que provoca una gran alarma social ya que atenta contra uno de los bienes más personales, la libertad e indemnidad sexual, y aunque esté duramente castigado (si bien lo podría estar más) el daño o sufrimiento que provoca en la víctima es tan elevado que la asimilación de esos hechos traumáticos será muy complicada o casi nula.

VIII. Bibliografía

BOIX REIG, Javier, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (1). Agresiones sexuales”, en BOIX REIG, Javier (dir.) *Derecho Penal Parte Especial (volumen I)*, Madrid, Iustel, 2010, ISBN 978-84-9890-131-3, p.315-334.

COLINA OQUENDO, Pedro, “De las agresiones sexuales (Capítulo I del Título VIII del Libro II)”, en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coord.), *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, 2ª edición, Madrid, LA LEY, 2007, ISBN 978-84-9725-748-0, p.428-447.

GALLEGO SOLER, José Ignacio, “De las agresiones sexuales (Capítulo I del Título VIII del Libro II)”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.) y MIR PUIG, Santiago (dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, ISBN 978-84-9985-072-6, p.427-434.

GARCÍA ALBERO, Ramón y MORALES PRATS, Fermín, “De las agresiones sexuales (Capítulo I del Título VIII del Libro II)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2011, ISBN 978-84-9903-847-6, p.313-334.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “De las agresiones sexuales (Capítulo I del Título VIII del Libro II)”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010, ISBN 978-84-9898-140-7, p.709-721.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, Madrid, Colex, 2012, ISBN 978-84-8342-359-2, p.177-208.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 18ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, ISBN 978-84-9876-931-9.

ORTS BERENGUER, Enrique, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., MATALLÍN EVANGELIO, Ángela y ROIG TORRES, Margarita, *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, ISBN 978-489876-961-6.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en SILVA SÁNCHEZ Jesús-María (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª edición, Barcelona, Atelier libros jurídicos, 2011, ISBN 978-84-92788-48-4, p.119-125.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.) y PASTOR MUÑOZ, Nuria (coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma*, Madrid, LA LEY, 2012, ISBN 978-84-8126-470-8, p.281-288.

TAMARIT SUMALLA, Josep María “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores”, en
QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir), *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios*, Madrid,
Aranzadi, 2010, ISBN 978-84-9903-654-0, p.165-172.