



**Universitat de les
Illes Balears**

TRABAJO FINAL DE GRADO

**LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 180 DEL
CÓDIGO PENAL**

AUTORA: GRACIA NADAL PIZÁ

TUTOR: GABRIEL GARCÍAS

GRADO DE DERECHO

ÍNDICE

I. ANÁLISIS HISTÓRICO.....	pág. 3-4
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	pág. 4-5
III. DELITOS.....	pág. 5-9
IV. SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 180 DEL CÓDIGO PENAL.....	pág. 9-11
V. ANÁLISIS DE LOS SUBTIPOS AGRAVADOS.....	pág. 11-20
VI. CONCLUSIONES.....	pág. 20-22
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	pág. 22

I. ANÁLISIS HISTÓRICO

El Derecho Penal Sexual constituye una de las ramas del Derecho Penal más importantes que existen, si bien es cierto que ha experimentado una profunda reforma a lo largo de los años. Este hecho nos da a entender que el legislador cuida con gran estima este campo del Derecho Penal, intentado a toda costa llegar a ese punto álgido de protección.

Como decíamos anteriormente ha sido objeto de profundas reformas que comenzaron hacia el año 1822, cuya ordenación es realmente distinta a la que se va a consagrar a lo largo de los años y a la que podemos encontrar hoy en día. Si es cierto que debemos hacer una mención importante, y es que sí es correcto lo que hemos manifestado anteriormente, que el Derecho Penal se ha transformado de forma muy rigurosa, y cabe destacar que ya desde los principios existían delitos "similares" a los que hoy podemos encontrar, si bien, repetimos, se han reformado hoy en día. Un ejemplo de ello es el Código de 1822, donde ya encontrábamos los "abusos deshonestos donde predomina el engaño o la privación del sentido", el cual nos recuerda al artículo 182 del Código Penal actual, el abuso fraudulento.

Se producen numerosas reformas, en el año 1848, 1850, 1932, ésta última sí es destacable pues es la primera vez que intenta llevar a cabo una renovación del contenido del Código Penal.

A finales de los años 60 y principios de los 70, se inicia una transformación respecto de la tutela de estos delitos. La intención es la renuncia a proteger a través del Derecho Penal la denominada "moral sexual" que se identificaba en aquella época con la ética católica. También a partir de aquí, se intenta abandonar la tutela de la honestidad como bien jurídico característico de esta esfera.

Las siguientes reformas que prosiguieron son las más importantes y relevantes que encontramos en el ámbito sexual, son las que marcaron un antes y un después, y son las que han consolidado el concepto de Derecho Penal Sexual que hoy conocemos:

La primera reforma se produce en 1989, con motivo de la eliminación de la denominada "honestidad", pasando a denominarse "Delitos contra la libertad sexual", título que sigue perdurando hoy en día. No solo se produce este cambio de título sino que además se

realizaron importantes aportaciones y ampliaciones tales como la introducción de la violación por medio del coito anal.

La segunda gran reforma viene de la mano de la Ley 11/1999, de 30 de abril. Aquí también encontramos un cambio de rúbrica, pues si bien se mantiene "contra la libertad sexual", se introduce "e indemnidad sexual", quedando de la siguiente manera: "Delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual". Al margen de este cambio de rúbrica, se procedió a efectuar importantes modificaciones tales como la elevación de la edad de trece años para los supuestos de falta de consentimiento, elevación generalizada de penas en los delitos de abuso, nueva reformulación del acoso sexual, etc.

La segunda gran reforma se instaura con las LL OO 11/2003 y 15/2003. En la primera de ellas se incrimina el proxenetismo no coercitivo, instaurado en el artículo 199 del Código, mediante la punición de quien se lucra explotando la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento. En la segunda, se añade al artículo 179 referente a la violación, la introducción de miembros por vía vaginal o anal y además se produce un endurecimiento de las penas en los delitos de pornografía infantil.

El cuarto gran proceso es la reforma que se produce con la LO 5/2010, de 22 de junio. Esta reforma se centra en general en endurecer las penas, hecho motivado por las exigencias que provienen del ámbito internacional. También encontramos la introducción de nuevas figuras, tales como la regulación de abusos sexuales así como violaciones en menores de trece años, a quienes se les dedica un artículo para ellos solos.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Han sido muchos los debates que se han desarrollado en torno a cuál debía ser el bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Finalmente, se considera de forma clara que es sin duda **la libertad sexual**, pues se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes. Es por ello que la libertad sexual se configura como un derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 17 de la Constitución. Tal y como manifiesta Muñoz

Conde¹, la protección que se le da a la libertad en sentido genérico no parece ser suficiente para la libertad sexual, es por ello que se configura como un delito con autonomía. Por tanto, sí es cierto que pertenece al ámbito de la libertad de las personas, sin embargo, la protección penal tiene sus propias connotaciones.

No nos debemos olvidar sin embargo del bien jurídico que también se protege en este tipo de conductas y acompaña a la libertad sexual. En este caso nos referimos a la denominada **indemnidad sexual**, reconocida finalmente en la reforma de 1999. Cuando nos referimos a indemnidad sexual debemos pensar de forma inmediata en menores o incapaces. Sin embargo, es un término sobre el cual nunca ha existido un acuerdo definitivo. Su precedente más próximo es la denominada "intangibilidad sexual", donde se hacía referencia a ciertas personas que eran sexualmente intocables, es decir, que debían permanecer al margen de experiencias sexuales. Este concepto es sinónimo de la indemnidad sexual. Prosiguiendo con Muñoz Conde, los menores e incapaces no gozan de libertad sexual, puesto que carecen de esa libertad, bien de forma provisional, en el caso de los menores de edad, o bien de forma definitiva, como es en el caso de los incapaces. Decimos pues que sobre ellos recae el bien jurídico de la indemnidad sexual puesto que carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual.

II. DELITOS

Para entender mejor el análisis de los subtipos agravados del artículo 180 del Código Penal es necesario que primero hagamos una pequeña referencia a los artículos a los que va dirigido, concretamente los artículos 178 y 179.

Comenzaremos pues por el tipo base de agresiones sexuales regulado en el artículo 178 que reza de la siguiente manera: *"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"*

Podemos decir que la agresión sexual es el delito más importante dentro del ámbito sexual y el que es castigado con las penas más duras. La característica fundamental de

¹ Derecho Penal Parte Especial- Francisco MUÑOZ CONDE- Editorial Tirant lo Blanch- Edición 2013- página 209

este delito es la utilización de violencia o intimidación, característica que lo diferencia del delito de abuso sexual regulado en el Capítulo II.

En primer lugar, el artículo 178 CP nos ofrece un concepto genérico de agresión sexual, cuyo **bien jurídico** protegido es la libertad sexual, concretamente la vertiente negativa o aspecto estático pasivo, concretado en el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual y repeler o negarse en tener relaciones sexuales con terceros.

Respecto a la **conducta típica** de dicha acción sexual exige un contacto físico que no tiene por qué producirse sobre el cuerpo de la víctima, ni realizarla el mismo sujeto activo. Es por ello que caben dentro de este delito conductas comisivas tales como obligar con violencia o intimidación al sujeto pasivo a efectuar tocamientos sobre el cuerpo del sujeto activo, de un tercero o sobre sí mismo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado recientemente en su Sentencia de 29 de enero de 2009 que "*la agresión sexual se trata de un contacto corporal entre al menos dos personas diferentes, sin importar el sexo: hombre y mujer, dos hombres o dos mujeres*".

Sujeto activo y sujeto pasivo de este tipo básico puede serlo cualquiera, resultando irrelevante la honestidad, costumbre sexual o promiscuidad de la víctima, así lo ha recordado el Tribunal Supremo, tratándose de agresiones sexuales a prostitutas (STS 28 de septiembre de 1991, 29 de marzo de 1994).

Como hemos dicho anteriormente, la característica básica y fundamental de este delito consiste en la concurrencia de **violencia o intimidación**. A diferencia del anterior Código Penal, el cual se refería a "fuerza o intimidación", con el nuevo Código Penal se sustituye esta fuerza por violencia, entendida como una "vis física", ejercida sobre el cuerpo de la víctima, mientras que la intimidación, "vis compulsiva", se entiende como una violencia psíquica ejercida sobre la víctima con la intención de anular su voluntad.

Es preciso que estas dos conductas se realicen de forma idónea, y tal y como establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo (concretamente la Sentencia de 29 de enero de 2009): "*Es preciso una relación de causa a efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada vis física o psíquica vaya dirigida a conseguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad, siendo frecuente que*

concurran en el mismo hecho las dos clases de fuerzas, tanto la psíquica como la física, y por ello, habrá de tenerse en cuenta la intensidad de la una y de la otra apreciadas en su conjunto".

La violencia tiene como finalidad disminuir la resistencia de la víctima y es preciso que ésta sea real, verdadera, decidida, continuada y que exteriorice inequívocamente la voluntad contraria al contacto sexual. Así, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de septiembre de 2002, *"se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima"*. Mientras que la intimidación es un constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causa de un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. Al igual que ocurre con la violencia, es preciso que la intimidación genere en la víctima un convencimiento de autenticidad e inminente materialización en ésta.

Es preciso destacar también, y así como establece la Sentencia de 15 de octubre de 2004, se dice de ambas que *"han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad"*. Es preciso además que, expuesta la intención del autor, *"la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquel"*, que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse *"suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible"*. Por otro lado, *"tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleados"*.

En cuanto al **dolo**, en este tipo de delitos no se requiere un especial ánimo libidinoso pues la conducta en sí ya lo integra, es suficiente por tanto que en el autor concurren dos elementos, el elemento volitivo y cognitivo, es decir, que sepa lo que está haciendo así como que lo desee.

Una vez hemos analizado el artículo 178 del Código Penal, proseguiremos con el artículo 179 del Código Penal, más conocido como el delito de violación, que se

manifiesta de la siguiente manera: "*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales y otros 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*".

Pues bien, vemos como en este caso ya no son simples actos de carácter sexual, sino que la conducta consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal realizada con violencia o intimidación, así como también se contempla la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías, vaginal y anal.

Según manifiesta Tomás Vives², el acceso carnal debe realizarse necesariamente entre dos hombres o entre hombre y una mujer, pero no entre dos mujeres, puesto que requerimos necesariamente la penetración del órgano genital masculino por una de las vías indicadas. Así pues declara la jurisprudencia (STS de 13 de diciembre de 2006) que "*el concepto penal de acceso carnal comprende no solo la cópula, como introducción del miembro viril en la vagina, sino también la introducción de aquél en las cavidades anal o bucal; el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril*".

Según la STS de 20 de septiembre de 2005 no se debe identificar el número de penetraciones con el número de violaciones, siendo delito unitario el supuesto de varias penetraciones por la misma o diferentes vías cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose las acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal.

En cuanto a la introducción de objetos, cabe delimitar qué es lo que entendemos por un objeto, y es toda cosa corpórea e inanimada que, respondiendo al designio lujurioso del sujeto activo, venga a sustituir de alguna manera al pene, a ser una especie de sucedáneo de éste (STS 14 de noviembre de 2001). Con lo cual tan solo consideraremos objeto a aquél que reúne las condiciones para ser apto en el ejercicio de sexualidad y no otro que solo puede ser tomado como instrumento de una agresión física. Mientras que por otro lado, los miembros corporales, deben entenderse como las partes del cuerpo de una persona, como los dedos o la lengua.

²Derecho penal Parte Especial- Tomás VIVES-Editorial Tirant lo Blanch-Edición 2010- página 233

Estas dos conductas han de ser necesariamente por vía vaginal o anal, a diferencia con lo que ocurre con la penetración que incluye a su vez la bucal. La elección de otro orificio, natural o no, para la realización de esta conducta determina la exclusión de la tipicidad.

III. SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 180 DEL CÓDIGO PENAL

Llegados a este punto álgido de la exposición, vamos a proceder al análisis de los subtipos agravados de la agresión sexual contemplados en el artículo 180.

Antes de proceder al análisis, es importante destacar que este artículo tiene como finalidad agravar las penas de ambos artículos, 178 y 179, cuando concurren una serie de circunstancias previstas en él. De esta manera el artículo 180.1 manifiesta: "*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*".

Si bien es verdad que el artículo 180 del Código Penal no brilla por la cantidad de modificaciones que ha experimentado, es cierto que con la reforma 5/2010 sufrió una serie de modificaciones que debemos mencionar. Desde ese momento hasta la actualidad ha quedado completamente intacto.

El primer concepto que se modificó con la Ley 5/2010 fue lo establecido en el artículo 180.1, relativo a las penas que se impondrán cuando concurren las circunstancias agravantes del 180. Hasta ese momento, lo instaurado por la Ley 10/1995 había quedado intacto, sin embargo, después de ya quince años, sufrió su primera modificación. Sí es cierto que la modificación es mínima, aunque no menos importante. Explica así José Luis González Cussac³, el cual realiza una interesante interpretación de la modificación, que actualmente vemos que la condena de prisión que se le aplicará a la agresión sexual del artículo 178 en caso de que se produzca alguna de las conductas del artículo 180 es de cinco a diez años. Concretamente ese cinco, fue el que se modificó. Anteriormente se concebía una pena de cuatro a diez años, sin embargo, con la nueva reforma el límite mínimo aumentó a cinco años, si bien es cierto que el límite máximo queda intacto.

³ *Comentarios a la Reforma Penal - Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC-Editorial Tirant lo Blanch -Edición 2010- página 220*

La siguiente modificación que experimentó el artículo 180, fue en su apartado 3º, correspondiente a la agravación por vulnerabilidad de la víctima. Actualmente podemos observar si acudimos al Código Penal, que la conducta viene descrita de la siguiente manera: "**3.ª** Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183". Sin embargo, y tal y como prosigue Cussac, antes de la reforma de 2010, el último inciso de este precepto no existía, "*salvo lo dispuesto en el artículo 183*". Cuando nos preguntamos sobre ello, es necesario que pensemos en el artículo 183 del Código. Recordemos que las conductas sexuales contra menores de trece años en 1995 no estaban recogidas, es decir, no se contemplaba este precepto, pues el artículo 183 aparece junto con la reforma de 2010. Prosigue Cussac optando por la vía interpretativa en el caso de que queramos encontrar criterios de confluencia para todos los preceptos que regulan las agresiones sexuales, todo ello puesto en relación al hecho de que las circunstancias e) y f) que aparecen recogidas en los artículos 183.4, (relativas a la puesta en peligro de la vida del menor, así como que el delito se haya cometido por una organización que se dedicara a este tipo de actividades), no tengan ningún tipo de cabida en el artículo 180 del Código, así como la aparición de las conductas c) y d) del artículo 188.4 del Código Penal, relativas a las mismas circunstancias que podemos encontrar en el 183, es decir, organizaciones criminales así como poner en peligro la vida y la salud del menor.

No solo hay que tener en cuenta el artículo 183 comparándolo con la circunstancia 3º del artículo 180, sino que además es preciso tener en cuenta lo establecido en el artículo 180.2 en relación a "*si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior*". Cussac en la misma línea que lo establecido anteriormente, vuelve a poner en relación el artículo 180.2 en este caso con el artículo 183, y manifiesta que ante la ausencia de cláusula que regule las concurrencias de dos o más circunstancias agravantes en el artículo 183, se aplica lo establecido en el artículo 180.2, así pues y a modo de ejemplo la pena será de 7.5 años a 10 años en los casos en que se produzca una agresión sexual a una persona mayor de trece años con dos o más circunstancias agravantes, la misma pues que se aplicará si esta misma situación se produce en un menor de trece.

Finalmente, y como última modificación o más bien introducción, se acoge en el artículo 180.1.3º el concepto de "discapacidad". Prosiguiendo con la línea de González

Cussac, éste nos explica que el nuevo concepto introducido habría que interpretarlo conforme por ejemplo a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre 2006 (ratificación en España el 23 de noviembre de 2007), así como la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de cuyo texto se desprende que por persona minusválida hay que entender aquella igual o superior al 33 por ciento.

III. A) ANÁLISIS DE LOS SUBTIPOS AGRAVADOS

Una vez hemos visto las modificaciones más importantes que se han producido en el denominado artículo 180 del Código Penal, vamos a proceder a su análisis exhaustivo, en relación a cada subtipo agravado que encontramos:

El primer subtipo agravado establece lo siguiente:

Artículo 180.1º: "Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio".

Tal y como describe Enrique Gimbernat en su obra⁴, la primera circunstancia pues se refiere a cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Conforme a esta literalidad, el carácter particularmente degradante o vejatorio tiene que provenir de la violencia e intimidación presente en la agresión, pero no propiamente de los actos sexuales realizados.

Hemos podido encontrar dos posibles interpretaciones del contenido del número 1 del artículo 180. Según la primera, debe emplearse, además de la violencia o intimidación típicas de los delitos de agresión sexual, otra que posea un carácter particularmente degradante o vejatorio. Por tanto, además de la violencia o intimidación propia para doblegar la voluntad de la víctima, hay que llevar a cabo otra adicional, particularmente

⁴ *Código penal con Concordancias y Jurisprudencia- Enrique GIMBERNAT ORDEIG- Editorial Tecnos (Grupos Anaya) Edición 2003- página 455.*

denigrante o vejatoria, es decir, exigir el uso de violencia o intimidación adicional no dirigida a doblegar la voluntad de la víctima (ésta ha sido ya doblegada), sino a humillar exclusivamente a la víctima.

Finalmente, la segunda interpretación sería aquella que exigiese que sólo la violencia o intimidación que, teniendo dicho carácter (vejatorio o particularmente degradante), sea ejercida para doblegar la voluntad de la víctima.

Parece que la más significativa o más acorde a lo establecido por la jurisprudencia vendría a ser la primera teoría. Tal y como podemos encontrar por jurisprudencia reiterada⁵, el trato degradante pues consiste en la realización de acciones que tienen como finalidad las de humillar, deshonar, hacer despreciar o envilecer a alguien, es pues una imagen de brutalidad y salvajismo que desprende el autor al cometer el delito, que integra pues una particular crueldad innecesaria y gratuita. Es pues un exceso de violencia física e injurias verbales, que viene demostrada en la superación de aquella violencia necesaria para cometer el delito sexual, reflejando así un plus de maldad y peligrosidad en el autor. Por tanto, reiteradas sentencias⁶ establecen pues que la existencia de vejación y humillación de la persona ofendida es siempre inherente a toda agresión sexual, sin embargo, para que concurra dicha circunstancia es preciso en particular un grado de brutalidad, degradación o vejación superior al inherente al hecho mismo. Por ello no podremos considerar por ejemplo los tocamientos con manos o cuchillos en diversas partes del cuerpo, o bien aprovecharse de la víctima dormida y echarse encima y golpearla cuando se resistió, como agresión sexual agravada, pues nos encontramos ante el tipo ordinario.

Especial importancia tiene la problemática que se ha suscitado en torno a la vulneración o no del principio *non bis in idem*, en concreto, en los casos en que se produce una agresión sexual en grupo y se sanciona de esta manera a cada autor como responsable de la agresión que éste ha cometido, es decir, de su agresión propia, pero además, se les castiga a cada uno como cooperador necesario del resto, por tanto tenemos dos

⁵ *Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios. Índice analítico-Editorial Colex-Edición 2010-página 618.*

⁶ *SSTS 530/01 [RJ 2001, 2332] , 366/05 [RJ 2005, 2693] y 975/05 [RJ 2005, 6607]*

calificaciones, como autor y como cooperador necesario. Pues bien, de lo que se desprende de la Sentencia 486/2002⁷, es que *la autoría por cooperación necesaria exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado.*

Así pues y a modo de conclusión, la primer circunstancia que describe el artículo 180 CP se refiere al carácter degradante o vejatorio de la violencia o intimidación utilizada por el autor, es decir, en este caso lo relevante es el carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación presente en la agresión, pero no propiamente de los actos sexuales realizados, es decir, el "plus" de antijuridicidad que representa el modus operandi del autor cuando las concretas acciones hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representan un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima.

El segundo subtipo agravado establece lo siguiente:

Artículo 180.2º CP: "*Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*".

La segunda agravación del artículo 180 CP consiste en obrar en grupo, que en el anterior Código actuaba como una agravante genérica denominada "actuar en cuadrilla", mientras que en el Código actual ha pasado a ser una agravante específica, exigiéndose primero la participación de tres personas o más, que sin embargo, volvió a cambiarse con la reforma de 30 de abril de 1999 con la suficiente intervención de dos personas.

El fundamento de esta agravación y así lo podemos encontrar en la Sentencia del Tribunal Supremo 383/2012, de 25 de mayo de 2012, radica en la mayor vulnerabilidad de la víctima y en la disminución de sus capacidades defensivas por la forma en que se realiza el ataque, pues la agravante tiene como finalidad englobar la mayor antijuridicidad de la acción cuando la voluntad criminal se refuerza por la presencia de otras personas, lo que facilita su ejecución y al mismo tiempo inhibe o debilita la resistencia de la víctima, como ya hemos dicho anteriormente, y es así que reiterada

⁷ Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios. Índice analítico. Editorial Colex.-Edición 2010-página 620.

jurisprudencia asienta que la finalidad o ratio agravatoria de la cualificación se fundamenta en las siguientes razones: "*En primer lugar, en la acusada superioridad que proporciona al sujeto activo la intervención de otros. En segundo lugar, se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales, al intensificarse la intimidación con la efectiva disminución de la capacidad de resistencia de la víctima. En tercer lugar, existen menos posibilidades de defensa de la víctima y por contra mayores facilidades para plegarse a las pretensiones de los agresores, consecuencia de la mayor potencialidad lesiva. En cuanto lugar, existen mayores dificultades para defenderse o intentar la huida*".

Es importante destacar aquí también la problemática que nos podemos encontrar en relación al principio *non bis in idem* y su vulneración, y es que conforme a lo establecido en la Sentencia 481/04, citada también por Carlos Climent,⁸ existirá vulneración de dicho principio cuando concurriendo un conjunto de personas que realizan el tipo sexual, éstas son castigadas de forma individual como autores responsables, pero además, como cooperadores necesarios del resto de intervinientes. De esta manera tenemos una doble condena a cada uno de los distintos autores en los hechos, por un lado, como autor material, por otro, como cooperador necesario. De esta manera, la Sala expone que la cooperación necesaria se superpone sobre el tipo de actuación en grupo, es decir, a la autoría por cooperación necesaria le es inherente la actuación conjunta que se encuentra en el subtipo agravado.

Sin embargo, y siguiendo la línea anteriormente expuesta, no se considerará vulneración alguna cuando cada coautor que participó en la agresión es únicamente castigado como autor directo, pero no como cooperador necesario.

Es preciso destacar dentro de este apartado un supuesto característico e importante respecto al delito continuado, y es que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de introducir el delito continuado en determinados casos. De hecho, este supuesto lo podemos encontrar en la Sentencia 849/2009, en la cual, se castigó al acusado por delito continuado con la agravación de actuación conjunta de dos personas, cuando procedió a la penetración vaginal de la víctima, luego procedió su compañero, y posteriormente vuelve a tener un acceso vaginal con la víctima.

⁸ *Código Penal con Jurisprudencia sistematizada- Carlos CLIMENT-Editorial Tirant lo Blanch - Edición 2006-página 625.*

El tercer subtipo establece lo siguiente:

Artículo 180.3º CP: "Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, situación o discapacidad"

Según Enrique Gimbernat y citamos textualmente,⁹ *"la intimidación entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona. La libertad sexual, como bien jurídico protegido, resulta igualmente vulnerado aunque la víctima, por su desarrollo físico y mental, no esté en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, ya que el ámbito de protección se extiende al normal desarrollo y formación de su vida sexual"*.

Conforme a reiterada jurisprudencia, para que pueda aplicarse dicho precepto, es preciso la concurrencia de los siguientes elementos:

En primer lugar, que nos encontremos ante una situación de superioridad que tiene que ser manifiesta, por tanto visible, que pueda percibirse claramente. En segundo lugar, que dicha situación influya a la víctima de forma que coarte su libertad, por tanto, que su voluntad se vea constreñida. En tercer y último lugar, que el autor sea plenamente consciente de la superioridad que ejerce sobre la víctima, es decir, que las circunstancias que recaen sobre la víctima (edad, enfermedad, etc.), sean aprovechadas por el autor, así como sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, y que se prevalga de dicha situación para conseguir un consentimiento que siempre estará viciado.

Tal y como establece Climent¹⁰, la vulnerabilidad es una situación en la que se encuentra la víctima de carácter independiente respecto de los actos violentos, es decir, la víctima de por sí es vulnerable, no se hace vulnerable debido a los actos violentos o

⁹ *Código Penal con Concordancias y Jurisprudencia- Enrique GIMBERNAT ORDEIG- Editorial Tecnos (Grupo Anaya) Edición 2003-página 455*

¹⁰ *Código Penal con Jurisprudencia sistematizada- Carlos CLIMENT-Editorial Tirant lo Blanch-Edición 2006-página 626*

intimidatorios que se ejercen sobre ella, sino que de forma independiente, la víctima ya era considerada vulnerable.

De este modo, el legislador ha considerado la falta de capacidad de la víctima para auto determinarse en la esfera sexual, ya sea por razones biológicas, es decir, por ser menor, o bien por un déficit psicológico, es decir, por padecer de un trastorno mental. Por tanto, el legislador ha considerado procedente que el consentimiento que presta la víctima en estos casos no existe.

Es preciso además que la superioridad sea notoria y evidente, es decir, manifiesta, objetivamente apreciable y que no sólo haya sido apreciada subjetivamente por una de las partes. También debe ser eficaz, pues debe tener la relevancia suficiente para condicionar la libertad de elección de la víctima. Por tanto, el objetivo que tiene esta superioridad es crear un desnivel entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una posición de inferioridad, y la otra se aprovecha conscientemente.

Este precepto incluye diversas circunstancias que hay que considerar consecuencia de la vulnerabilidad, entre ellas por ejemplo, la edad, enfermedad, situación, etc. Vamos a proceder pues a su análisis:

Respecto a la vulnerabilidad por razón de la edad, la víctima por su desarrollo físico y mental no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, pues el ámbito de la protección se extiende al normal desarrollo y formación de su vida, que ha sido pues dañada. Es importante que la vulnerabilidad que se refleja por motivos de edad, se refleje a su vez en la situación¹¹, es decir, a las circunstancias que concurren en el momento de la acción, que son claramente aprovechadas por el autor y que a su vez colocan a la víctima en esa situación de indefensión que nos conduce al aumento del desvalor de la acción.

Respecto a la vulnerabilidad por razón de enfermedad, se produce cuando la víctima tiene reducida capacidad intelectual, que le permite comprender el alcance de los actos sexuales, pero que proporciona al sujeto autor una posición de superioridad suficiente

¹¹ *Jurisprudencia extraída de la Sentencia 1397/29009 integrada en el Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios. Índice analítico-Editorial Colex-Edición 2010-página 622.*

para doblegarla. Es por tanto, requisito importante para poder apreciar la circunstancia de enfermedad, el que la víctima tenga una capacidad de resistencia débil. Por tanto, la inferioridad psíquica de la víctima tiene que aparecer como elemento determinante de la acción de los acusados, así como también deberá probarse y no simplemente manifestarse. También es preciso destacar que, tal y como manifiesta Climent¹², no es posible apreciar esta agravación si el supuesto fáctico no ha sido percibido por el autor, puesto que ello afecta directamente al dolo, ya que se supone el conocimiento de los elementos del tipo objetivo.

Respecto a la vulnerabilidad por razón de la situación, puede darse en el ejemplo de abuso por parte de un vigilante jurado a una extranjera indocumentada, la cual es una persona especialmente vulnerable por razón de su situación pues se encuentra en una situación de estancia irregular, la llaman a una oficina de inspección y control, y ya allí la policía le requiere a una relación sexual, para dejarla marchar sin incoar expediente administrativo alguno.

El cuarto subtipo establece que:

Artículo 180.4º: "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".

En este subtipo deben encuadrarse aquellos actos de carácter libidinoso que son cometidos mediante el abuso de una situación de superioridad en relación a la víctima.

Para poder apreciar dicha situación de superioridad es preciso que advirtamos ciertos factores importantes que nos ayudarán a resolver si dicha superioridad existía o no, como son por ejemplo, la relación entre la víctima y el autor, las circunstancias del lugar, estímulos, etc., así lo podemos observar en la STS 1957/1994, de 10/11.

¹² Código Penal con Jurisprudencia sistematizada- Carlos CLIMENT-Editorial Tirant lo Blanch-Edición 2006-página 627

Tal y como manifiesta Gimbernat¹³, presenta una estructura bastante similar a la que encontramos en el artículo 23 del Código, pues para que pueda producirse la agravación del 180 es preciso que exista una relación estrecha y parental, así como el conocimiento de su existencia y que el autor se aproveche de dicha relación para cometer el delito con una mayor facilidad. Estos presupuestos que hemos descrito son muy parecidos a los requeridos en el caso del artículo 23, circunstancia mixta de parentesco, que si bien opera tan solo en los casos en los cuales exista una relación parental, es decir, en el caso de que el hecho punible sea ajena a los lazos familiares no se podrá aplicar.

Dentro de este subtipo, se pueden dar varias relaciones de superioridad, tales como la que podemos encontrar en relación al maestro con su alumno o bien en la relación de parentesco.

En relación a la primera, y conforme a la Sentencia 1053/1996¹⁴, el delito fue cometido por el autor prevaleciéndose de la situación como profesor que ejercía, pues como profesor que es ejerce una apariencia de protección al alumnado, es la persona a la que el alumno acudirá en caso de tener algún problema. En este caso, el profesor estando en una excursión con el resto de alumnos y demás profesores, se aprovechó del malestar de la alumna y de la confianza que ésta le otorgó al pedirle ayuda, pues el autor era consciente de la relación existente entre ambos, de la confianza que había, de la superioridad que ejercía sobre la alumna y se aprovechó de dicha situación.

En relación a la segunda, es el supuesto que más veces podremos encontrar, es decir, el abuso de superioridad de un familiar. Existe pues una relación especial y de carácter parental entre el agresor y su víctima. Es por ello que se exige en este tipo de casos un prevalimiento, que no estará dirigido al consentimiento, sino a la realización de la conducta típica. Es preciso destacar que muchas veces la intimidación viene incluida o inherente al hecho punible, pues supone un debilitamiento de la capacidad de oposición, que dará a lugar finalmente al triunfo de la voluntad del padre y la anulación de la voluntad de la hija o el hijo, así lo podemos encontrar en sentencias tales como 318/2001, 1237/2001, 401/2009.

¹³ *Código Penal con Concordancias y Jurisprudencia. Enrique GIMBERNAT ORDEIG.-Editorial Tecnos (Grupos Anaya)-Edición 2003-página 457.*

¹⁴ *Extraída del Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias y Comentarios. Editorial Colex-Edición 2010- página 630-631*

Cabe destacar que en este caso también se puede apreciar delito continuado en determinadas situaciones, y es que la jurisprudencia ha entendido la posibilidad de englobar hechos múltiples del tipo penal, realizados entre los mismos sujeto activo y pasivo, prevaleciéndose el primero del segundo. Es aquella situación¹⁵ en la cual el autor realiza conductas separadas a sus hijas, de tal modo que cada aislada agresión a una de ellas, suponía un resultado diferente y separado, practicándose en ocasiones temporales que se comenzaron con notable distancia.

El quinto subtipo establece:

Artículo 180.5º: *"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".*

La doctrina general asentada sobre el último subtipo agravado del artículo 180 establece lo siguiente: *En primer lugar, que para poder aplicar el subtipo agravado es preciso tener en cuenta el principio de proporcionalidad básico y característico del campo penal. En segundo lugar, que la utilización de armas u otros medios debe llevar aparejada la connotación de "especialmente" peligrosos. En tercer lugar, debe evitarse en todo momento la doble incriminación del uso de este tipo de medios, y finalmente, se otorga al Juzgador la posibilidad de determinar la sanción penal conforme a su arbitrio, valorando las circunstancias personales del caso.*

Cabe destacar que el bien jurídico protegido es la vida y la salud corporal de la víctima de una agresión sexual, sin embargo, no se considerará un atentado a dichos bienes jurídicos con el mero uso del arma para intimidar a la víctima, es decir, no procede si únicamente la utilizamos para exhibirla pero no para utilizarla, se entiende pues que no es suficiente. Además, cabe hacer referencia que esta situación podría dar lugar a una vulneración del principio *non bis in idem*, al determinar la acción intimidatoria al mismo tiempo como calificación de agresión sexual y como agresión agravada. Por

¹⁵ Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias y Comentarios. Editorial Colex-Edición 2010- página 634 y 635

tanto y tal y como manifiesta Climent¹⁶, *“si bien la experiencia judicial nos muestra que en la mayoría de casos el autor amenaza a sus víctimas utilizando artilugios tales como navajas, cuchillos, punzones, y un sinfín de objetos perfectamente aptos para causar la muerte o lesiones graves. Este “modus operandi” no entra dentro de este tipo agravado, sino que encaja en el tipo básico del atentado con intimidación contra la libertad sexual de la víctima” (STS 1667/02).*

Es preciso también destacar que debe ponderarse la naturaleza del instrumento utilizado por el autor, además tener en cuenta que es irrelevante que el uso de estos medios, una vez utilizados al inicio de la acción, permanezcan durante toda la ejecución o que cese en algún momento, puesto que la utilización ya ha sido realizada tal y como lo prevé la ley para que pueda llevarse la agravación (STS 1081/04), sin embargo, y conforme a la Sentencia 431/99, se estableció que no se entendería cometido dicho subtipo en el caso de que se utilice de primeras el arma, sin embargo, desaparece de la acción durante las siguientes horas (en el caso presentado desaparecía las siguientes 11 horas donde se prolongaron los hechos delictivos).

IV. CONCLUSIONES

En este apartado vamos a proceder a realizar una serie de conclusiones en relación al tema anteriormente expuesto.

Partiendo de una visión general, el Derecho Penal Sexual es una de las materias más versátiles que existen hoy en día, ya que ha sufrido numerosos cambios a lo largo de su existencia, así como es palpable que es una de las materias que más consideración tiene el Legislador y una de las que con más severidad castiga.

Sin embargo, no dudamos que esta materia seguirá sufriendo numerosos cambios dado que hoy en día no se ha encontrado ese resultado satisfactorio, es decir, a pesar de las múltiples reformas legislativas no se ha conseguido obtener una ponderación lo

¹⁶ *Código Penal con Jurisprudencia sistematizada- Carlos CLIMENT- Editorial Tirant lo Blanch- Edición 2006-página 627*

suficientemente adecuada para que su aceptación sea generalizada. Por ejemplo la reforma que se realizó con la Ley 5/2010, de 22 de Junio de 2010, en relación con el aumento de las condenas para los delitos contra la libertad sexual, la prostitución y la corrupción de menores, fue criticada por considerarse que no son marcos penales adecuados con el principio de proporcionalidad de las penas, especialmente en los delitos sexuales cometidos por víctimas menores de 13 años y el delito de homicidio de un menor de 13 años. Supuesto que nos llevaría al absurdo judicial de tener que castigar con mayor pena al delito de violación contra la libertad sexual que el de homicidio, cuando en este último caso el bien jurídicamente protegido es la vida. Asistimos a un hecho que puede calificarse como un atentado contra el principio de proporcionalidad de las penas.

Otro ejemplo de que la regulación de esta materia se debe seguir abordando en el marco de la proporcionalidad penal, lo encontramos en el artículo 180 del Código Penal que propone una pena de doce a quince años para el caso de que concurra alguna de las circunstancias establecidas en el mismo. Si comparamos esta pena con la del artículo 138 del Código Penal de diez a quince años para el homicidio, volvemos a estar ante un supuesto de incongruencia jurídica, ya que la pena que regula el artículo 180 del Código Penal puede llegar a ser la misma que la prevista en el artículo 138 para el homicidio, partiendo, evidentemente de ilícitos penales distintos en cuanto al bien jurídicamente protegido.

A mi propio entender, si bien la violación es uno de los delitos más denigrantes que pueden existir y merecen una pena adecuada a la comisión del hecho punible, considero que el bien jurídico que se trata en el artículo 138 del Código, la vida, es considerado el bien jurídico de mayor protección del ordenamiento jurídico, de hecho, es uno de los principales derechos fundamentales que rigen en la Constitución Española regulado en el artículo 15, habida cuenta sin vida no pueden concurrir ningún otro derecho.

Por tanto en mi opinión, si bien los delitos contra la libertad sexual son delitos que merecen un castigo severo dada su gravedad, no sólo del hecho en sí, sino porque llevan aparejadas unas consecuencias físicas y psicológicas que pueden marcar a la persona durante toda la vida. No obstante lo anterior, no pueden ser comparadas con el hecho de que por las acciones de otro se arrebate la vida a una persona.

Una vez ha quedado clara mi postura sobre el tema de mi trabajo y, dejando por un momento de lado el tema que nos ocupa por ser objetivo y formal, considero que para finalizar estas conclusiones hay que hacer un pequeño hincapié en la necesidad radical de poner fin, así como un remedio más severo, a los constantes ataques contra la libertad sexual de las mujeres que hoy en día se vive en nuestra sociedad, y que sin duda, a pesar de las penas impuestas en el propio Código Penal, a la hora de la verdad, en la propia práctica, no llegan nunca a verse aplicadas.

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Derecho Penal Parte Especial- Francisco MUÑOZ CONDE- Editorial Tirant lo Blanch- Edición 2013
- Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios. Índice analítico- Editorial Colex- Edición 2010
- La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos- Ana Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE, Silvia VALMAÑA OCHAÍTA- Universidad de Castilla La Mancha-Edición 2000
- Código Penal con Jurisprudencia sistematizada- Carlos CLIMENT; Editorial Tirant lo Blanch-Edición 2006
- Código Penal con Concordancias y Jurisprudencia. Enrique GIMBERNAT ORDEIG. Editorial Tecnos (Grupos Anaya) -Edición 2003
- Comentarios a la Reforma Penal - Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC; Editorial Tirant lo Blanch -Edición 2010
- Derecho penal Parte Especial- Tomás VIVES- Editorial Tirant lo Blanch
- Apuntes Derecho Penal Universidad Rey Juan Carlos
- Artículo: La cualificación del número 1 del artículo 180 del Código Penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio- Mº DEL VALLE SIERRA LÓPEZ
- Artículo: Derecho Penal Sexual y Reforma Legal: Análisis desde una perspectiva político criminal- Manuel GÓMEZ TOMILLO