

EL DELITO DE VIOLACIÓN: ALGUNAS CUESTIONES. EL CÓDIGO PENAL DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1995

PILAR GÓMEZ PAVÓN

SUMARIO: 1. El bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual y en concreto en la violación – 2. El bien jurídico protegido e injusto en el delito de violación y en el artículo 178 del Código Penal de 1995 – 3. Ámbito del consentimiento – 4. La autoría en el delito de violación y en los artículos 178 y 179 del Código Penal de 1995 – 5. Algunos problemas concursales – 6. El delito de robo con violación.

1. El Bien Jurídico Protegido en los Delitos Contra la Libertad Sexual y en concreto en la Violación

Cuando se modifica la rúbrica del Título IX del Libro II del Código Penal, por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, sustituyendo “Delitos contra la honestidad”, por “Delitos contra la libertad sexual”, se fundamenta en la intención, tal como se dice su Exposición de Motivos, de “respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos”, resaltando la protección de esta parcela de la libertad que “es la capacidad del individuo al libre ejercicio de su autodeterminación sexual”⁽¹⁾.

El cambio de rúbrica venía siendo demandado por la opinión mayoritaria, aunque para Bajo Fernández era innecesario, ya que existía un acuerdo en considerar que el Título no protegía la honestidad, “rúbrica que por sí mismo no era criticable”⁽²⁾. Presentaba la ventaja de ser el denominador

común a todos los delitos comprendidos en el Título, constituidos “siempre por acciones deshonestas”⁽³⁾. La honestidad no hacía referencia al bien jurídico protegido, ni a un elemento típico.

Decir que característica común de estos tipos es que consisten en acciones deshonestas, significa que son impúdicas, faltas de honestidad, no conformes a razón ni a las ideas recibidas como buenas. Honestidad será la compostura decencia y moderación, en la persona, acciones y palabras, y honesta, decente o decoroso. Una acción deshonestas es aquella no conforme a razón ni a las ideas recibidas como buenas, que se considera por tanto no decoroso, impúdico. La consideración de una determinada conducta dependerá, en definitiva, de que se oponga a aquello que se considera “bueno”. De ahí a decir que es aquello que se opone a lo mayoritariamente aceptado, no hay gran distancia.

Es indudable que no habrá problemas en las conductas consideradas más graves, donde media un ataque a la libertad de la

⁽¹⁾ Carmona Salgado, en Carmona Salgado y otros, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, dirigido por Cobo del Rosal, Madrid, 1993, p. 232.

⁽²⁾ Bajo Fernández, *La actualización del Código Penal de 1989*, Madrid, 1989, p. 31.

⁽³⁾ En sentido similar, Gimbernat Ordeig, “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1969, p. 506 y 507.

víctima de forma palpable, pero puede conducir a una extensión desmesurada de algunos tipos; baste recordar el antiguo artículo 431 del Código penal, y la interpretación que del mismo se hizo y, en parte, todavía subsiste. En cualquier caso, es dejar un amplio margen al arbitrio en la aplicación de estos tipos, vinculándolos a normas morales o éticas, aceptadas mayoritariamente.

Tampoco la denominación de delitos contra la moral sexual parece conveniente. Para Muñoz Conde⁴ no se protege la libertad sexual en todos los tipos recogidos en el Título IX; son conductas que "afectan a la comunidad en cuanto orden social, es decir, independientemente de su organización como Estados". El titular será "la comunidad como hecho que se deriva de la convivencia que puede verse conmovida con su lesión"⁵. Es indudable que, sobre todo alguno de estos tipos, pueden afectar y producir lo dicho por este autor, pero lo mismo puede decirse de otros, por ejemplo, el asesinato, sin que pueda mantenerse que es un valor (la vida) el atacado del que es titular la comunidad. Por otra parte, el Derecho penal pretende "garantizar la inviolabilidad de los valores supremos del orden social haciendo posible la vida común, la convivencia"⁶.

Es cierto que no todos estos tipos significan un ataque a la libertad sexual, así el exhibicionismo y provocación sexual y determinados delitos relativos a la prostitución. Pero ello no tiene que significar la adopción de la rúbrica moral sexual, como preferible a libertad sexual. El artículo 431 del Código penal no deja de tener connotaciones morales, igual que aquellas modalidades de delitos relativos a la prostitución ejercida voluntariamente. En ellos

subyace la idea de un ejercicio "deteriorado" de la sexualidad, como señala Muñoz Conde⁷. Lo que habría que cuestionar es si estas figuras deben seguir considerándose delitos, o si, en algunas otras, es correcta su ubicación sistemática.

La denominación moral sexual no puede dejar de tener connotaciones éticas⁸, por más que Muñoz Conde afirme que el principio de mínima intervención exige que sólo se proteja una parte "ínfima" del orden moral sexual, "prácticamente sólo los ataques violentos o intimidatorios a la libertad sexual, el ejercicio de la sexualidad con niños o enajenados, en este caso abusando de su situación, y el fomento desarrollo de la prostitución"⁹.

La denominación "Delitos sexuales", empleada en el Código penal portugués, hace referencia a la naturaleza de las conductas, pero, como señala Bajo Fernández¹⁰, ni todos los delitos comprendidos en este Título IX la tienen, ni son los únicos en que puede existir.

La actual, "delitos contra la libertad sexual", aun presentando inconveniente¹¹, parece la más ajustada al verdadero objeto de protección y a la finalidad de la ley, así como a las exigencias de un Derecho penal mínimo.

Tras la reforma de 1989, la ley opta por la protección de la libertad en el ejercicio de la sexualidad, con abandono de ideas ligadas a unas determinadas reglas éticas o morales. La política legislativa parte de la irrelevancia penal de cualquier comportamiento, mediando la libre aceptación de los sujetos. Se protege tanto el derecho a no verse involucrado en actividades de carácter sexual no consentidas, como el libre ejercicio de la misma. El ordenamiento punitivo sólo

⁽⁴⁾ Muñoz Conde, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, 9.ª edición, Valencia, 1993, p. 382 y ss.

⁽⁵⁾ Ídem, *op.cit.*, p. 381.

⁽⁶⁾ García Pablos de Molina, *Derecho Penal, Introducción*, Madrid, 1994, p. 40.

⁽⁷⁾ Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 386 y 387.

⁽⁸⁾ Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 238.

⁽⁹⁾ Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 388.

⁽¹⁰⁾ Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. 1, p. 170.

⁽¹¹⁾ Carmona Salgado, *op. cit.*, p. 239, la considera preferible.

interviene cuando se produce un ataque a esa libertad en la esfera sexual ¹². De esta forma, puede definirse como una de las parcelas de la libertad, y su ejercicio, dentro del libre desarrollo de la personalidad. Consideramos que lo anterior tiene, necesariamente, que conducir a una variación de algunas de las líneas interpretativas de estos delitos sustentadas en la actualidad: lo decisivo no debe ser la realización de una determinada conducta, sino que ella suponga una restricción de la autodeterminación en la esfera sexual, es decir, la utilización de medios para la realización de la acción que obliguen a la víctima a soportarla.

Se puede objetar, como se hace por algunos autores ya citados, que no en todos los delitos del Título es el bien jurídico protegido la libertad sexual, tal como se dice del exhibicionismo y provocación sexual o de determinadas figuras relativas a la prostitución. Es cierto que en el artículo 431 del anterior Código Penal, párrafo segundo ¹³, el ataque a la libertad sexual, de existir, es mínimo, y que sería preferible su desaparición como delito, tal como hace el Código de 1995 regulándolo como una infracción administrativa contra el orden público. Tampoco resulta clara la lesión de esa libertad en el anterior 452 bis d) ¹⁴, que parece san-

cionar, más que un ataque a la libertad sexual, el ejercicio de una actividad reprochable socialmente ¹⁵.

1.º El dueño, gerente, administrador o encargado del local, abierto o no al público, en el que se ejerza la prostitución u otra forma de corrupción, y toda persona que a sabiendas participe en su financiamiento.

En las mismas penas, en su grado mínimo, incurrirá toda persona, que, a sabiendas, sirviera a los mencionados fines en los referidos locales.

2.º Los que dieren o tomen en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explorar la prostitución o corrupción ajenas.

El tribunal decretará, además de las referidas penas, el cierre, temporal o definitivo del establecimiento o local y la retirada de la licencia que, en su caso, se hubiere concedido.

3.º En caso de procedimiento judicial por cualesquiera de los delitos previstos en este artículo, así como en los artículos 452 bis a), 452 bis b) y 452 bis c), el juez instructor podrá ordenar el cierre provisional del local o parte del mismo a que hace referencia este artículo, cuyo dueño, gerente, encargado, administrador o arrendatario fuere procesado."

- (15) No puede decirse lo mismo del artículo 452 bis c); las medidas previstas en el mismo se pueden aplicar a los condenados por alguna de las conductas descritas en el 452 bis b). En este último precepto se recogen casos de favorecimiento de la prostitución de menores de dieciocho años exclusivamente. Las mismas conductas en relación con mayores de esa edad son atípicas. El castigo del proxenetismo, cuando la persona prostituida, a expensas de la que se vive, en todo o en parte, es mayor de dieciocho años, por aplicación del artículo 452 bis c), consideramos es incorrecto. Una interpretación del texto, respetuosa con la finalidad de la ley (la protección de la libertad sexual) y con los principios que deben regir la misma dentro de un Derecho penal actual, obliga a ello. En el 452 bis c) se agravan las consecuencias penales fijadas en el 452 bis b), posibilitando, además de la imposición de las penas previstas en este último

(12) Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, 1985, p. 15 y ss.

(13) Artículo 431, párrafo segundo, del Código penal: "Se impondrá la pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro las acciones previstas en el párrafo anterior ante mayores de dieciséis años sin su consentimiento. Para proceder por el delito previsto en este párrafo será precisa denuncia de la persona agraviada".

(14) Artículo 452 bis d) del Código penal: "Serán castigados con las penas de prisión menor, multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas y, en sus respectivos casos, con las inhabilitaciones señaladas en los artículos anteriores:

En el caso de los menores y, en concreto en relación con el anterior número 2.º del artículo 429 del Código penal, se ha señalado por algunos autores que mal puede hablarse de libertad sexual en personas que no tienen reconocida capacidad de autodeterminación en este ámbito¹⁶. Tampoco la indemnidad o intangibilidad de estos sujetos, bien jurídico protegido para algunos autores¹⁷, como derecho a no verse dañado en la esfera sexual, puede considerarse como objeto de protección diferente, ya que, como señala Orts Berenguer, ello ocurre en todos los supuestos¹⁸. Consideramos

precepto, la de las medidas de seguridad establecidas en él. Lógicamente, cuando se produce dicha agravación es porque el hecho también se considera más grave. Por tanto, es necesario, para poder aplicar el 452 bis c), que el sujeto haya realizado alguna de las conductas descritas en el artículo anterior y, además, viva en todo o en parte de la prostitución de esos menores, que el mismo ha favorecido, por cualquiera de los medios previstos en el artículo 452 bis b). Lo contrario supondría dar un trato de favor al que realiza la conducta más grave o aplicar un concurso de delitos, lo que llevaría a imponer dos veces la pena prevista en el 452 bis b), sancionando dos veces por el mismo hecho. Cuestión distinta es si debe sancionarse la inducción al ejercicio de la prostitución en mayores de dieciocho años, pero no cabe olvidar que la inducción supone determinar a otro a realizar algo, dejando la decisión última en sus manos, excepto en casos en que el inducido no tenga plena capacidad para determinarse, y, por otra parte, que las conductas descritas en el artículo 452 bis b) no suponen, nunca, una coacción física o psíquica sobre la persona.

(16) Orts Berenguer, en Vives Antón y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 1993, p. 612.

(17) González Rus, *La violación en el Código penal español*, Granada, 1982, p. 281 a 285; Carmona Salgado, *Los delitos de abusos deshonestos*, Granada, 1982, p. 40.

(18) Orts Berenguer, *op.cit.* p. cit.

que en estos casos el Código penal protege el derecho a no sufrir injerencias que puedan condicionar un futuro ejercicio de la libertad sexual, en relación con el menor. En el anterior número 2.º del artículo 429, personas que, temporal o permanentemente, son incapaces de comprender la trascendencia del acto, se debería diferenciar entre las que normalmente tendrían esta capacidad, de aquellas que no reúnen dicha característica. En las primeras existe un ataque claro a la libertad sexual, se les priva de la posibilidad de ejercerla. En el segundo caso se protege el derecho a ser respetada su condición de persona en este ámbito, sancionando las conductas que supongan un ataque a su libertad sexual, en cuanto no todo acceso o contacto sexual con ellas será constitutivo de delito, sólo cuando se haga abusando de su estado, es decir, lesionando el margen de libertad que posean¹⁹.

A pesar de estas objeciones, la denominación "Delitos contra la libertad sexual" expresa mejor que cualquier otra el objeto de protección; su esencia no radica en que las conductas tengan una naturaleza sexual ni vulneren una determinada moral, o reglas más o menos aceptadas mayoritariamente, sino el ataque al libre ejercicio de la sexualidad; son conductas que atacan la esfera sexual de otro, pero no en cuanto a la naturaleza de las mismas, sino por el menosprecio y lesión de la voluntad y autodeterminación de la víctima.

Por ello la técnica seguida por el Proyecto de Código penal de 1994 debe considerarse en principio acertada. El texto prescinde como elemento clasificatorio del acceso carnal, aunque su realización agrave los diferentes tipos. Se abandonan las denominaciones tradicionales (violaci-

(19) Orts Berenguer, *op.cit.* p. 613. El bien jurídico protegido, por exclusión, sería, para este autor, la intimidad. Creemos, tal como hemos expresado en el texto, que puede mantenerse la libertad sexual en todos los casos.

ón, estupro, agresiones sexuales), sustituyéndolas por abusos y agresiones sexuales. En los primeros no puede mediar violencia ni intimidación, y se consideran siempre concurrentes en los casos de los actuales números 2.º y 3.º del artículo 429 (artículo 170.2 del Proyecto)²⁰. Los abusos sexuales pueden clasificarse: 1) Sin consentimiento, o supuestos equiparables *iuris et de iure* a su ausencia (artículos 170 y 171)²¹; 2) Con consentimiento (artículos 170, 3, 171 y 172)²². Merece destacar-

(20) Artículo 170 del Proyecto de Código penal de 1994: "1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realice actos que atenten contra la libertad sexual de otro, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de doce a veinticuatro meses.

2. En todo caso, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten:

1.º Sobre personas menores de doce años.

2.º Sobre personas que se hallaren privadas de sentido o abusando de su trastorno mental.

En estos casos, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

3. Cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima se impondrá la pena de multa de seis a doce meses."

(21) Artículo 17 del Proyecto de Código penal de 1994: "Cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de cuatro a diez años en los casos de falta de consentimiento, y de uno a seis años en los de abuso de superioridad.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando el delito se cometiere por ascendiente, natural o por adopción, o hermano de la víctima.

2.º Cuando la víctima fuese persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación."

(22) Artículo 172 del Proyecto de Código penal de 1994: "El que, interviniendo engaño,

se el número 3 del artículo 170, en cuando extiende el abuso sexual con prevalimiento prescindiendo de límites de edad, resaltando, así, el ataque a la libertad sexual que el mismo supone.

En las agresiones sexuales, más graves que los anteriores delitos, deberá mediar violencia o intimidación, razón de la agravación, puesto que las conductas son, en esencia, las mismas. La pena se agrava si consisten en acceso carnal o introducción de objetos. Según el artículo 175, se elevarán las penas cuando concorra cualquiera de las circunstancias expresadas en este precepto, consistentes en el empleo de fuerza o intimidación de carácter vejatorio o degradante (1.º), por la comisión en grupo (2.º), por las especiales circunstancias de la víctima (3.º), el parentesco (4.º) o el empleo de medios capaces de producir la muerte o lesiones graves, por la especial peligrosidad del mismo (5.º). El Proyecto mezcla circunstancias en las que el ataque a la libertad es mayor (2.º y 5.º), con otras, fundamentalmente el número 1.º, en que la agravación parece venir dada por la lesión conjunta de otro interés, como puede ser la propia dignidad de la persona.

En la misma línea, desaparece el delito de exhibicionismo y provocación sexual ante mayores. En los relativos a la prostitución, desaparece la incriminación de conductas relacionadas con ella, si media el consentimiento, excepto si la víctima fuera menor de dieciocho años (artículos 179 a 182 del Proyecto).

La regulación propuesta por el Proyecto de Código penal de 1994 responde, en mayor medida que la actual, a la idea de protección de la libertad sexual, graduando

cometa abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

Cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, la pena será de prisión de seis meses a un año."

do la gravedad en función de la importancia del ataque a la misma, con independencia del acto concretamente realizado, que se utilizará, dentro de cada grupo de delitos, como subtipo agravado, sin que por ello cambie la clase del mismo. La previsión de las circunstancias del artículo 174 responde también a esta idea.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, aprueba el texto del que será el nuevo Código penal español que entrará en vigor en mayo de 1996. En el Título VIII del Libro II se regulan los delitos contra la libertad sexual, de forma casi idéntica al Proyecto de Código penal de 1994.

En la Exposición de Motivos de la Ley se establece como una de las finalidades el avance en la igualdad "efectiva y real", tarea encomendada a los poderes públicos por la Constitución, y, aun cuando el texto penal no es "el instrumento más importante para llevar a cabo esta tarea, sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias" y, continúa, "ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual".

Finalidad de la reforma es, pues, en esta materia, "adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido", constituido por la "libertad sexual de todos", y no como se concebía históricamente, la honestidad de la mujer. La Exposición de Motivos, continúa: "Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto".

Ciertamente, la reforma en materia de libertad sexual, supone un vuelco en relación con la legislación todavía vigente. Pero no sólo por las razones señaladas en la Exposición de Motivos; la reforma va más allá. Desde nuestro punto de

vista, el abandono del actual sistema, que establece la diversa gravedad de los delitos, tanto por el medio empleado (violencia, intimidación, engaño, prevalimiento, falta de capacidad para consentir), como por la acción (acceso carnal o cualquier otro tipo de acto), puede conducir a una mayor protección de la libertad sexual.

Tal como hacía el Proyecto de Código penal de 1994, los delitos contra la libertad sexual se dividen en agresiones sexuales (Capítulo I), abusos sexuales (Capítulo II), acoso sexual (Capítulo III), exhibicionismo y provocación sexual (Capítulo IV), relativos a la prostitución (Capítulo V), reservándose el Capítulo VI a las disposiciones comunes a todo el Título.

Las agresiones sexuales, las más graves de los delitos comprendidos en este Título, consisten en atentar contra la libertad sexual con violencia o intimidación (artículo 178)²³. Elemento diferenciador de este delito es, pues, el empleo de violencia o intimidación, que deberá serlo para vencer la negativa de la víctima, lo que supone un enfrentamiento entre las dos voluntades: la del agresor y la de la víctima, siendo por tanto necesaria la oposición del sujeto pasivo. La mayor gravedad del tipo delictivo viene dada, precisamente, por el empleo de dichos medios, por cuanto el contenido del injusto (el ataque al bien jurídico) supone, no sólo un menosprecio a la libertad del otro en esta esfera, sino una oposición abierta a la misma.

El delito se consume por el empleo de la violencia o intimidación contra la víctima para atentar contra su libertad sexual; el acto (acceso carnal, penetración bucal o anal, introducción de objetos, o cualquier otro tipo de agresión) servirá, en su caso,

(23) Artículo 178: "El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años".

para agravar la pena, de acuerdo con el artículo 179²⁴. Con independencia de ello, en el artículo 180 se agravan las penas por la concurrencia de las circunstancias en él previstas²⁵, circunstancias que, en general, suponen el empleo de medios o formas especialmente peligrosos o vejatorios, o que coloquen a la víctima en una situación tal que imposibiliten o debiliten la defensa, bien por las especiales circunstancias de la misma (especialmente), la relación con ella (prevaleciéndose de una relación familiar) o el modo en que se ejecuta el ataque (en grupo).

En los abusos sexuales el contenido de injusto vendrá dado por el empleo de

medios o formas tendentes a conseguir el consentimiento y que supongan una vulneración de la voluntad de la víctima, o bien cuando ésta no pueda o no esté en condiciones de emitirlo. Se trata, pues, de ataques a la libertad sexual, caracterizados por la ausencia de un consentimiento válidamente emitido²⁶. Sólo en los abusos sexuales conseguidos mediante engaño se limita la edad de la víctima (de doce a dieciséis años).

Por último, el acoso sexual consiste en solicitar favores de tal naturaleza, prevaleciéndose de la situación del agresor sobre la víctima y con la amenaza de un mal, en las legítimas expectativas que en el ámbito de la relación de que se trate, tenga la víctima²⁷.

El resto del Título se dedica, como ya hemos dicho, a los delitos relativos al exhibicionismo y provocación sexual,

⁽²⁴⁾ Artículo 179: "Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años".

⁽²⁵⁾ Artículo 180: "Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias:

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

2.ª Cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo.

3.ª Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación.

4.ª Cuando el delito se cometa prevaleciéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima.

5.ª Cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

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

⁽²⁶⁾ En el artículo 182, se agrava la pena cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal, imponiéndose las penas en su mitad superior cuando el sujeto se prevalga de su relación de parentesco, o la víctima sea especialmente vulnerable.

⁽²⁷⁾ Artículo 184: "El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaleciéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses". Este precepto, novedad dentro de nuestro ordenamiento penal, puede de hecho plantear graves problemas interpretativos en la práctica; puede pensarse que estamos ante una forma de amenaza o intimidación, realizada con la finalidad de conseguir "favores de naturaleza sexual", donde el motivo del consentimiento es, precisamente, el empleo de ese medio. Por otra parte, será necesario deslindarlo de la intimidación constitutiva de agresión sexual.

prostitución y disposiciones comunes. Su análisis, aun breve, excede de los límites de este trabajo; baste decir que la regulación del Código penal de 1995 es más respetuosa con el bien jurídico protegido, sancionándose sólo aquellos supuestos en que, por la edad de la víctima o el empleo de determinados medios, se produce un ataque a la libertad sexual de ésta.

2. El bien jurídico protegido e injusto en el delito de violación y en el artículo 178 del Código Penal de 1995

Hasta la reforma de 1989, para un sector de la doctrina se mantuvo que el bien jurídico protegido en este delito era la libertad sexual genital de la mujer²⁸. A partir de esa fecha, el artículo 429 protege la libertad sexual de cualquier persona, con independencia de su sexo, contra ataques consistentes en acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal. Para algunos autores, esa protección de la libertad sexual sólo sería cierta en el número primero, pero no en los dos restantes, por las razones dichas en el anterior apartado. Como manifestamos en páginas anteriores, a pesar de no existir una oposición de la víctima, no puede seguir manteniéndose el igual bien jurídico.

El artículo 429 recoge tres supuestos diferentes, en los que es cuestionable sean merecedores de igual pena. En los números segundo y tercero no existe, o no tiene que existir, oposición por parte del sujeto pasivo; aunque se lesiona la libertad sexual, puesto que el acceso carnal se realiza con un consentimiento no válido, bien porque no está en condiciones de prestarlo, bien porque no tiene capacidad para ello, no se fuerza la voluntad de la víctima en los mismos términos que en el número primero. El autor no necesita doblegar la resistencia de la misma, ni se opone a su

voluntad contraria mediante el empleo de la fuerza o intimidación.

Por el contrario, el número primero requiere, no una mera ausencia de consentimiento, sin la oposición del sujeto pasivo al acceso carnal, aunque esté de acuerdo en la realización de otros actos de naturaleza sexual. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1994 apreció violación por el empleo de la fuerza, aun cuando la víctima había accedido previamente a realizar actos de naturaleza sexual, pero no los que el condenado pretendía. No se trata, pues, de otorgar un consentimiento para cualquier clase de actos de esta naturaleza, o incluso que una vez consentido, la víctima no pueda volverse atrás: a tenor de la mencionada sentencia, el consentimiento debe prestarse para algo en concreto, pudiendo el sujeto volverse atrás del mismo.

Existirá violación del número primero del artículo 429 del Código penal siempre que la víctima muestre su oposición, con independencia de los actos previos por ella realizados. Por tanto, requisito esencial es el doblegamiento de la voluntad del sujeto pasivo mediante el empleo de la fuerza o intimidación: es esta utilización la que configura el ataque a la libertad sexual y no la mera realización del acceso carnal.

Para Rodríguez Ramos²⁹, “el hecho de forzar a una persona a padecer sin libre aceptación acceso carnal, es un atentado contra su dignidad y libertad incluso más allá de lo meramente sexual”. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994 considera que en el robo con violación existe “una manifestación cualificada de menosprecio a la víctima”, y la ya citada de 14 de diciembre de 1994 concluye que, aun existiendo un acuerdo inicial, “no enajenaba su condición

(28) Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 240; González Rus, *op.cit.*; Bajo Fernández, *Manual*, p. 172.

(29) Rodríguez Ramos, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. 1, Madrid, 1990, p. 202.

de persona y, por ello, el autor no podía tratarla como un objeto”.

Ese plus de ofensividad, el desprecio o atentado a la condición de persona que supone el empleo de la fuerza o intimidación, para vencer la oposición de la víctima, hace que el hecho sea cualitativamente más grave que los contemplados en los otros números del artículo 429. No se trata, sólo, de que el ataque a la libertad sexual sea mayor, sino que el autor actúa con pleno conocimiento de la oposición, con desprecio de la manifestación de voluntad contraria, utilizando la fuerza o la intimidación para doblegar la resistencia. Ese conocimiento y desprecio, manifestado a través del empleo de los medios descritos, significa un salto cualitativo en cuanto a la gravedad del hecho, supone la lesión de algo más que la libertad sexual de la víctima.

Gravedad que debería tener un reflejo en el orden punitivo, sin que ello tenga que conducir a una agravación de la pena prevista, sino a una atenuación de los otros supuestos, en línea con el sistema adoptado por el Proyecto de Código Penal de 1994. Contrariamente, no nos parece admisible la distinción en base al sexo de la víctima y la vía utilizada para realizar el acceso carnal. Distinción no admisible siquiera considerándolos equivalentes en gravedad.

El acudir a razones históricas, mayor frecuencia de estas agresiones o el posible riesgo de embarazo³⁰, no pueden fundamentar la diferenciación si lo que se protege es la autodeterminación de la persona en la esfera sexual. El ataque a la misma es idéntico; la libertad se ataca en igual forma y significa el mismo desprecio a su condición. Por razones históricas, podría seguir castigándose el adulterio o uxoricidio. La mayor o menor frecuencia comisiva nunca puede ser determinante: según ese criterio, la pequeña delincuencia

contra el patrimonio debería sancionarse más gravemente. El riesgo de embarazo no puede ser, nunca, motivo de agravación o distinción; no es ni debe ser un elemento típico y, por otra parte, no puede decirse que constituya un mal.

También aquí resulta preferible la regulación del Proyecto de 1994, que considera abuso sexual los comprendidos en los números 2 y 3 del artículo 429 (artículo 170 del Proyecto), sin perjuicio de tener en cuenta la especial vulnerabilidad de la víctima como agravación específica (artículos 171 y 175 del Proyecto).

Como ya hemos dicho en el apartado anterior, el Código penal de 1995, en la línea del Proyecto de 1994, sólo considera agresión sexual cuando se emplea la violencia o intimidación, sancionando más gravemente que en los abusos sexuales. La mayor gravedad que supone el uso de estos medios para doblegar la voluntad de la víctima se resalta así definitivamente, independizando la incriminación de la realización del acceso carnal, o cualquier otra clase de penetración³¹ o introducción de objetos. Por tanto, en el artículo 178 la conducta consistirá en agredir mediante el empleo de la violencia o intimidación; agresión que tiene que ir dirigida a restringir la libertad sexual de la víctima, es decir, la realización de cualquier conducta de tal naturaleza, en contra de la voluntad del sujeto pasivo.

Al desaparecer como supuestos típicos de agresión sexual los actuales números 2.º y 3.º del artículo 429, es necesario, como ya hemos dicho, que conste la oposición de la víctima y que el empleo de los medios típicos vaya dirigido a

(31) Debe tenerse en cuenta que, aun cuando por acceso carnal se venga entendiendo tanto el realizado vaginal, anal o bucalmente, el nuevo texto establece una diferencia al denominar acceso carnal sólo al vaginal, reservando para los otros dos el término penetración (anal o bucal).

(30) Bajo Fernández, *Actualización...*, p. 32 y 33.

vencer o anular dicha oposición.

El nuevo Código penal resalta, así, lo ya dicho en líneas anteriores, en orden a la mayor gravedad de la utilización de estos medios, sin atender a la realización o no del acceso carnal o cualquier otra clase de penetración, que serán supuestos agravados del tipo básico de agresión.

3. Ámbito del consentimiento

Concretado el bien jurídico en el delito de violación en la libertad sexual, manifestación de la voluntad, como ya hemos dicho, cualquier conducta es lícita siempre que medie consentimiento.

Su ausencia actúa como un especial elemento negativo del tipo. Aun cuando el artículo 429 no lo exija expresamente, el empleo de los medios en él descritos impiden llegar a cualquier otra conclusión, y lo mismo puede decirse del artículo 178 del Código de 1995. La acción típica se dirige, única y exclusivamente, contra la voluntad de la víctima; el injusto se fundamenta en esa contradicción; de no existir, estaríamos ante relaciones normales entre ciudadanos³², eliminándose la tipicidad. A partir de la reforma del Código Penal de 1989, esta conclusión es obligada, tanto por los elementos típicos como por la naturaleza del bien jurídico protegido.

Requisitos de un consentimiento válido en Derecho penal son: 1. Capacidad del sujeto para comprender la situación que consiente; 2. Que sea prestado con anterioridad a la acción; 3. Que no se haya obtenido o provenga de error o amenaza³³.

1. En relación con la capacidad del sujeto pasivo, se ha discutido si debe ser igual a la requerida en otras áreas del ordenamiento jurídico, siendo en estos momentos opinión mayoritaria que se tra-

ta de un problema propio de la materia penal, donde no son aplicables los requisitos establecidos en otras ramas jurídicas³⁴. Bastaría la capacidad para comprender la trascendencia de aquello en lo que se consiente³⁵. Lo decisivo es que la conformidad sea expresión de la libertad de decisión personal³⁶.

La realidad legislativa lleva a mantener esta tesis mayoritariamente aceptada. El Código Penal anterior establecía diferentes edades en función del bien jurídico protegido, forma y gravedad del ataque. En el ámbito de los delitos contra la libertad sexual se revela de forma clara: por debajo de los 12 años se presume *iuris et de iure* la incapacidad del sujeto. A partir de esa edad se iban estableciendo límites hasta los 18 años, a partir de los que existe una plena eficacia del consentimiento: así en el estupro de prevalimiento o determinadas figuras relativas a la prostitución y corrupción de menores.

En el delito de violación, la capacidad natural existía a partir de los 12 años cumplidos, aun cuando el sujeto siga gozando de una especial protección en este ámbito hasta los 18. Por debajo de 12 años, cualquier acceso carnal se consideraba violación, aun cuando medie consentimiento. A pesar de la redacción legal, "aun cuando medie consentimiento", el mismo debe existir en este número 3.º del artículo 429; el precepto está pensado para proteger al menor precisamente en esos casos, evitando que conductas donde, en la mayoría de los supuestos, existe una situación de abuso, aun sin mediar violencia o intimidación, queden impunes. En este sentido, la Sentencia del

⁽³⁴⁾ Entre otros, Antón Onega, *Tratado de Derecho Penal*, p. 26; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, p. 628 y 630; Bacigalupo, *op.cit.*, p. 156; Mir Puig, *op.cit.*, p. 563 y ss.

⁽³⁵⁾ Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español*, p. 82; Bacigalupo, *op.cit.*, p. cit.

⁽³⁶⁾ Jescheck, *op.cit.*, p. 520 y 521.

⁽³²⁾ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, vol. 1.º, p. 510; Bacigalupo, *op.cit.*, p. 155.

⁽³³⁾ Ver, entre otros, Bacigalupo, *op.cit.*, p. 156.

Tribunal Supremo de 26 de abril de 1978 manifiesta: "Estando ante una tipología de delitos contra la libertad sexual, la ley presume *iuris et de iure* que los menores no pueden, por su inmadurez física, consecuencia de la edad, consentir...". Es decir, la ley establece una presunción, sin posibilidad de prueba en contrario, de la incapacidad del menor de 12 años, para comprender la trascendencia del acto en el que consiente. Carmona Salgado distingue entre capacidad natural y capacidad jurídica. La ley no presume la falta de la primera, que "puede perfectamente concurrir", sino la carencia de "relevancia jurídica" de su consentimiento³⁷.

La determinación de un límite legal de edad "inamovible"³⁸ ha sido cuestionada por cuando puede conducir a una aplicación excesiva, cuando, aun excepcionalmente, el menor tenga la suficiente madurez, propugnándose dejar esa precisión al arbitrio del juez en cada caso concreto³⁹. Ninguna de las fórmulas es perfecta, pero, en aras de la protección del menor, es preferible la adoptada por el Código penal, manteniendo la presunción *iuris et de iure* en la ley⁴⁰.

Cuestion diferente es si deben merecer idéntica pena a los contemplados en el número 1.º del artículo 429. Como hemos dicho en páginas anteriores, consideramos preferible la regulación del Proyecto de Código penal de 1994, postura adoptada por el texto de 1995, que los considera abusos sexuales, con independencia de llegar a la realización del acceso carnal. Lo que no impide, lógicamente, apreciar un delito de agresión sexual si media violencia o intimidación en la realización de la conducta. Posiblemente, en el caso

de mediar consentimiento del menor, estemos más cerca de un prevalimiento; la diferencia de edad puede actuar como causa de ese consentimiento, igual que cualquier otra situación de superioridad.

En los otros casos donde el Código establece la ineficacia del consentimiento: "Cuando la persona se hallare privada de sentido o se abusare de su enajenación", se trata de situaciones en que, temporalmente o de forma permanente, el sujeto no reúne las condiciones necesarias para poder otorgarlo. Al contrario que en el menor, aquí habrá que probar la falta de capacidad para consentir y, en el caso de los enajenados, el abuso de dicha situación.

Para Bajo Fernández⁴¹, por privada de sentido sólo cabe entender los estados de inconsciencia y, siempre que pueda establecerse que, caso de estar consciente la persona, no hubiera consentido, "ya que la violación exige la voluntad contraria de la víctima, no bastando a inexistencia de voluntad en el momento del hecho". Por tanto, para este autor, no se requiere, sólo, la privación de sentido, sino la presunción de la voluntad contraria al acceso carnal.

Para un sector de la jurisprudencia, este número 2.º del artículo 429 sólo vendrá en aplicación cuando la víctima se encuentre desmayada o sin conocimiento, hipnotizada, anestesiada narcotizada o "sometida a los efectos despersonalizadores de estupefacientes o embriagada, en este caso cuando reviste carácter comatoso o letárgico con pérdida temporal de consciencia o cuando la embriaguez es plena con abolición de facultades anímicas" (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1985)⁴². El sueño, según la

(37) Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 261.

(38) Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 625.

(39) Polaino Navarrete, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla, 1975.

(40) En el mismo sentido, Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 261, entre otros.

(41) Bajo Fernández, *Manual*, p. 181.

(42) En sentido similar las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1978, 28 de marzo de 1979, 16 de octubre de 1985 y 15 de julio de 1986.

Sentencia de 15 de julio de 1986, sólo podrá incluirse cuando sea patológico⁴³, a pesar de lo mantenido por la Sentencia del mismo Tribunal de 15 de junio de 1957, que apreció violación en el acceso carnal conseguido mientras la mujer se encontraba en estado intermedio entre la vigilia y el sueño, creyendo que se trataba de su marido. Para algunos autores, el hecho debería haber sido calificado de estupro o engaño⁴⁴.

La postura jurisprudencial sigue, en general, una línea restrictiva en la apreciación de esta modalidad de violación, exigiendo un estado de inconsciencia no morbosos de carácter transitorio, con anulación completa de las facultades cognoscitivas y volitivas de la víctima, interpretación seguida también por parte de la doctrina⁴⁵. De la anterior postura parecen disentir, entre otros, Carmona Salgado, al admitir una grave perturbación, y Orts Berenguer, al denunciar la línea "estricta" seguida por la jurisprudencia⁴⁶.

El Código de 1995 incrimina estos supuestos como abusos sexuales, en el artículo 181, 2, 1.º y 2.º⁴⁷, siendo aplicable

a ellos lo dicho para la regulación anterior. Se sigue otorgando una mayor protección al menor, aunque distinguiendo en orden a la gravedad en relación con las agresiones sexuales.

Si tenemos en cuenta cuál es el objeto de protección en este delito, la libertad sexual, deberemos comprender, en "privada de sentido", todas aquellas circunstancias o estados que hagan imposible emitir el consentimiento de forma válida, es decir, priven al sujeto de la capacidad necesaria para comprender la trascendencia del acto, con independencia de si hubiera

3. Cuando el consentimiento se obtenga prevaleciéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima se impondrá la pena de multa de seis a doce meses."

El precepto establece tres clases de abusos: el ataque, por cualquier medio no constitutivo de violencia, intimidación o prevalimiento manifiesto contra la libertad sexual, el caso de los menores de doce años, privación de sentido o abusando de trastorno mental; cuando el consentimiento se obtiene mediante prevalimiento. En el primero de ellos no puede mediar consentimiento, lo que plantea problemas a la hora de determinar el medio típico para conseguir el abuso, ya que tampoco puede ser la violencia o intimidación, ni el engaño, este último en virtud de lo dispuesto en el artículo 183. En el número 2 se establecen, al igual que en el actual 429, dos supuestos de ineficacia del consentimiento, en el caso del menor estaríamos ante una presunción *iuris et de iure*, y en el 2.º de este número 2 del artículo 181, ante personas que por sus circunstancias, temporales o permanentes, no pueden prestar un consentimiento válido. Por último, el número 3 regula una figura similar al actual estupro de prevalimiento, que debe ser manifiesto y, por razones sistemáticas, más grave que el utilizado en el acoso sexual, sin que signifique que el utilizado en los ámbitos descritos en este último precepto deba excluirse del artículo 181, 3.

(43) Sí se admitía, en cambio, en los antiguos abusos deshonestos.

(44) Así, Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 181.

(45) Ver, entre otras. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1952 y 21 de junio de 1976. Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 396; Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 180.

(46) Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 254; Orts Berenguer, *op.cit.* p. 620.

(47) Artículo 181: "1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realice actos que atenden contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

2. En todo caso, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten:

1.º Sobre menores de doce años.

2.º Sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental.

En estos casos, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

consentido o no de hallarse en otra situación. Lo determinante, en contra de lo manifestado por Bajo Fernández⁴⁸, es la inexistencia de voluntad en el momento del hecho; la voluntad contraria, la oposición de la víctima, sólo se requeriría en el número 1.º del artículo 429, los otros supuestos son de ausencia de consentimiento, razón que lleva a propugnar un diferente trato punitivo⁴⁹. Por ello no puede alegarse que la víctima, por ejemplo, accedió a embriagarse en compañía del agresor, como parece insinuar la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1979, lo que supone aceptar las consecuencias.

La otra modalidad, es cuando se abusa de la enajenación de la víctima. Por enajenación habrá que entender situaciones similares a las comprendidas en la circunstancia 1.ª del artículo 8 del anterior Código Penal⁵⁰, aunque el mero hecho de encontrarse en una de ellas no baste a los efectos de este precepto; será preciso que, además, produzca la imposibilidad de comprender el alcance de aquello para lo que en concreto se consiente⁵¹.

Segundo requisito, a partir de la reforma de 1989, es que el agresor abuse de la enajenación de la víctima. Supone una actitud dolosa que no puede ser presumida; el sujeto activo debe conocer dicho estado y prevalerse de ello⁵². Para Muñoz Conde deberían incluirse aquí los supues-

tos de trastorno mental transitorio provocados por cualquier causa⁵³.

La misma interpretación debe mantenerse, como acabamos de decir, para el Código Penal de 1995, en orden a la apreciación de esta modalidad de abuso sexual.

2. El segundo de los requisitos para la eficacia del consentimiento es que sea anterior a la acción. El prestado con posterioridad sólo podrá actuar como perdón, imposible en estos delitos.

En relación con estos delitos se plantean varios problemas: el consentimiento presunto en situaciones de inconsciencia o asimilables a la enajenación, la revocabilidad del prestado y la extensión del mismo.

El primero de ellos ya ha sido en parte analizado. Como norma general debe exigirse que en el momento del acceso carnal, se esté en condiciones de prestarlo. La actitud previa de la víctima no bastará, en la mayoría de los casos, para presumirlo, "salvo prueba en contrario, que evidencie el asentimiento previo a la privación de sentido o la ausencia de total privación"⁵⁴. Aunque generalmente se exija que se realice con anterioridad, es posible, en estos casos, apreciarlo simultáneamente a la acción⁵⁵. En estos supuestos deberá valorarse si constituye una manifestación libre de la voluntad o si, por el contrario, la víctima ha cedido en su resistencia, comprobada la inutilidad de la misma, y para evitar un mayor daño a su integridad e, incluso, vida.

Segundo problema que puede plantearse es la revocabilidad del consentimiento. En este sentido la Sentencia del Tribunal

(48) Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 181.

(49) En el mismo sentido del texto, Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 621.

(50) Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 395; Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 621; Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 258.

(51) Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 258; Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 395; Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 623. En igual sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1990 y la de 6 de febrero de 1989, valorando únicamente el dato biológico la de 28 de octubre de 1991.

(52) Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 395; Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 624.

(53) Muñoz Conde, *op.cit.*, p. cit., Orts Berenguer, *op.cit.*, p. cit., cita una Circular del Fiscal-Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en la que se considera a estas personas como enajenadas.

(54) Rodríguez Ramos, *Manual*, I, p. 207.

(55) Lo admite, en general, Cerezo Mir, *op.cit.*, p. 82.

Supremo de 14 de diciembre de 1994 manifiesta que no existe un "derecho a una ejecución forzada y violenta del acuerdo al que había llegado con la víctima". Tal como ocurre en relación con otros bienes jurídicos (intimidación, por ejemplo), y, como venimos diciendo, el consentimiento, la libre aceptación, elimina la tipicidad de cualquier actividad sexual, pero él mismo debe mantenerse en todo momento: si el titular manifiesta su oposición, a partir de ese momento la conducta adquiere relevancia para el Derecho penal: un previo acuerdo no supone la pérdida de la libertad para actuar de otra manera — "no enajenaba su condición de persona", como dice la sentencia última citada —, manifestación de la voluntad tan atendible por el ordenamiento como si la negativa se hubiera producido desde el inicio.

Ningún tipo de acuerdo, ni situación, permite el empleo de la violencia o intimidación para su cumplimiento. Por ello, no nos parece del todo afortunado el argumento final de la sentencia antes citada: "Un acuerdo de voluntades que no puede ser ejecutado coactivamente mediante los Tribunales por ser contrario a la moral (art. 1.275 del Código civil), tampoco puede autorizar a una ejecución fáctica de propia mano". Las razones de la disconformidad son que, aunque no sea el propósito de la sentencia, parece que la razón para ser imposible la ejecución fáctica, es su contrariedad a la moral; por tanto, si el pacto no lo fuera, la cuestión podría ser, por lo menos, planteable, lo que consideramos inadmisibles, ya que, en cualquier caso, se trata de un acuerdo sobre la disponibilidad del propio cuerpo, por lo que nunca se podrá llegar a una ejecución fáctica, con independencia de su moralidad. La única razón válida en este caso es la autodeterminación de la persona y su dignidad, que obligan a respetar su decisión en cualquier momento que se produzca.

Por último, y en relación con lo anterior, así como con la capacidad de consentir, se ha planteado el alcance del consentimiento. Éste debe ser expreso para la realización del acceso carnal, sin que pueda entenderse prestado cuando la víctima consiente en actividades sexuales, excluyéndolo, siendo esta opinión unánime en la doctrina y jurisprudencia.

La total dependencia de la tipicidad de la conducta de la prestación del consentimiento, hace que la víctima pueda acceder a una determinada clase de acceso carnal (vaginal, anal o bucal), negándose a otras; el forzar la voluntad en estos casos sería constitutivo de violación, siempre que se muestre la oposición⁵⁶. En relación con el Código penal de 1995, puede mantenerse lo mismo; el consentimiento para un determinado acto de naturaleza sexual sólo podrá abarcar aquello para lo que se prestó.

Tercer y último requisito es que no sea otorgado mediante amenaza ni provenga de un error. En relación con este delito, la utilización de la amenaza no sólo invalida el consentimiento, sino que es una de las modalidades típicas. Si el error proviene de un engaño del agresor, sería más correcto hablar de estupro que de violación, a pesar de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1970, que mantuvo que en el artículo 429, 2.º (privada de sentido), debe comprenderse la violación mediante engaño o fraude. Extender el delito de violación a estos casos constituye un caso de interpretación extensiva contra reo, por tanto prohibida⁵⁷.

⁽⁵⁶⁾ La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1994 consideró violación el forzar a la víctima a "que le masturbara con la boca", a lo que se negó, aun cuando había accedido a mantener relaciones sexuales mediante precio.

⁽⁵⁷⁾ Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 180; Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 620.

4. La autoría en el delito de violación y en los artículos 178 y 179 del Código Penal de 1995

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1994 plantea la posibilidad de apreciar una autoría mediata en un delito de violación, cuando se ejerce la fuerza o intimidación sobre alguien, para conseguir que acceda a realizar el acceso carnal con un tercero, ignorante de esta situación. La admisión de dicha posibilidad supone romper con la tesis mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que considera este delito como de propia mano. El texto de 1995 requiere la realización de un atentado contra la libertad sexual, agravándose la pena por la realización del acceso carnal, otro tipo de penetración o la introducción de objetos. La posibilidad de apreciar cualquier otro tipo de autoría que no sea la directa dependerá, en principio, como ocurre en el Código vigente, de su calificación como delito de propia mano.

Estos delitos no han merecido una destacada atención en nuestra doctrina y su propia existencia resulta, cuando menos, cuestionable. Se considera delito de propia mano aquel que exige la realización corporal de la acción⁽⁵⁸⁾, para que concurra el injusto específico⁽⁵⁹⁾; el contenido de injusto vendrá dado, para Gimbernat Ordeig, por el "ejercicio de una acción especialmente reproable" y no por la realización de un resultado⁽⁶⁰⁾. Es habitual, en la doctrina, ocuparse de esta clase de delito, dentro de los especiales, como un subtipo de ellos. La diferencia con los delitos especiales radica en que, en éstos, el

círculo de sujetos activos viene expresamente delimitado por la ley, sólo podrán serlo los que reúnan las características exigidas por el tipo del que se trate. En los delitos de propia mano, sujeto activo puede ser cualquiera, sin que sea necesaria una especial cualificación, pero se requiere la realización corporal.

Maqueda Abreu⁽⁶¹⁾ resume las diversas fundamentaciones propugnadas para esta categoría de delitos, en función de la perspectiva formal o material que adoptan. Desde una perspectiva formal se atenderá a la descripción, "a los términos literales del correspondiente tipo penal". Materialmente, el examen será del contenido y valoración del injusto del correspondiente delito⁽⁶²⁾.

Sin ningún propósito exhaustivo, desde la perspectiva formal se ha formulado la teoría del sentido literal del texto (*Wortlantheorie*). Parte del análisis gramatical del tipo, para determinar cuando sólo es posible la realización inmediata: delito de propia mano será aquel del que no pueda decirse que la acción descrita verbalmente en el tipo la ha realizado un actuante mediato. Acudir a este tipo de argumentaciones supone olvidar las dificultades que puedan presentarse para establecer que debe considerarse el significado "normal" del lenguaje, así como que su empleo por parte del legislador puede deberse, sólo, a razones de estilo⁽⁶³⁾.

La teoría del movimiento corporal (*Korperbewegungstheorie*) parte de la diferenciación entre delitos de resultado y de mera actividad. En los primeros el legislador "se limita" a prohibir un resultado, sin especificar qué "actividad es la que ha de producirlo"⁽⁶⁴⁾. En los de mera

(58) Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1990, p. 227, Mir Puig, *op.cit.*, p. 221; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1984, p. 161.

(59) Jescheck, *Tratado*, I, p. 361.

(60) Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, Madrid, 1966, p. 229.

(61) Maqueda Abreu, *Los delitos de propia mano*, Madrid, 1992, p. 23 y ss. Es, por lo menos en lo que se nos alcanza, la única monografía sobre el tema en la doctrina española.

(62) Ídem, *op.cit.*, p. 23.

(63) Ídem, *op.cit.*, p. 26 y 27.

(64) Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 222.

actividad, “la formulación de la amenaza alcanza sólo al actuante inmediato”⁶⁵. Sólo éstos serían delitos de propia mano. Prescindiendo de otros argumentos, se ha objetado que no hay razón que justifique que a un movimiento corporal en sí mismo tenga que corresponderle un desvalor específico y determinante de las posibles formas de autoría: aun afirmando que en los delitos de mera actividad el injusto se agota en la realización de la acción, quedaría por explicar por qué no puede ser realizado en autoría mediata. Lo determinante para e injusto no es el movimiento corporal, sino la lesión del bien jurídico⁶⁶.

El establecer la naturaleza en función de la valoración del injusto del correspondiente hecho, tampoco soluciona la cuestión, “pues es, por supuesto, una difícil cuestión interpretativa la de averiguar la significación que tiene para el contenido de lo injusto en un tipo concreto el ejercicio de la acción descrita por la ley”⁶⁷.

Desde una perspectiva material, se ha hablado de los delitos de propia mano como tipo con un contenido de injusto y/o culpabilidad especial. Así, para Maurach, son “simples delitos de actividad en los que el desvalor de acción ocupa un primer plano”, “la ejecución de la acción está prohibida precisamente al autor”, que sólo podrá ser “quien esté en situación de ejecutar inmediata y corporalmente por sí mismo”⁶⁸. El contenido de injusto estaría, así, formado por la idea de inmoralidad, y el reproche al autor, en su ausencia de convicciones, “en la especial potencia criminal que la ley quiere amenazar con pena”⁶⁹.

Junto con los anteriores argumentos. Roxin habla de otra categoría de propia mano, caracterizados por la ausencia de lesión del bien jurídico, que constituyen “tipos jurídicos-penales de autor”, siendo necesario en el actuante inmediato la asocialidad que el tipo exige⁷⁰.

Por referencia, también, al autor Herzberg, considera delitos de propia mano aquellos en los que el tipo describe una actuación sobre el propio cuerpo o propia persona, o un uso del propio cuerpo como medio del hecho⁷¹.

Por último, en algunos tipos, la existencia de un deber altamente personal hace que deban configurarse como de propia mano⁷², en los que el deber fundamentador de la autoría es tal que, sólo, se puede lesionar a través de la realización personal inmediata de la acción típica.

Así, abandonando ya una estricta interpretación gramatical de los tipos, en este momento el delito de propia mano vendría caracterizado por una estrecha relación del autor con el hecho, bien por una relación corporal, características de la personalidad o un deber altamente personal⁷³.

La caracterización como delito de propia mano conlleva consecuencias sobre todo en orden a la autoría y participación. En relación con la autoría no se considera posible más que la inmediata. La exigencia de una realización por sí mismo, corporal, de la acción, hace que no pueda apreciarse coautoría o autoría mediata⁷⁴: “El tipo hace siempre referencia a una actividad bien concreta, por ello quien no la realiza directamente no podrá ser nunca “el que”

(65) Maqueda Abreu, *op.cit.*, p. 28.

(66) Ver Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4 Aufl., Berlín, 1984, p. 407 y ss.

(67) Gimbernat Ordeig, *op.cit.*, p. 244.

(68) Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 287.

(69) Roeder, *Exclusive Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt*, ZStW, 1957, p. 250, cit., Maqueda Abreu, *op.cit.*, p. 41.

(70) Roxin, *op.cit.*, p. 411 a 415.

(71) Herzberg, *Eigenhändigen Delikte*, ZStW, 1970, p. 923; Auerbach, *Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4 Str. RG*, Frankfurt, 1978, p. 98.

(72) Roxin, *op.cit.*, p. 393.

(73) Una exposición detallada de las diferentes tesis, en Maqueda Abreu, *op.cit.*

(74) Jescheck, *op.cit.*, p. 362.

a quien se refiere el precepto positivo"⁷⁵. Para Bacigalupo, la autoría mediata no es posible, puesto que "el dominio del hecho..., sólo puede tenerlo quien personal y corporalmente realiza la acción de ejecución"⁷⁶. Las conductas consideradas como autoría mediata, en los delitos de propia mano, deberán ser incluidas en la inducción o cooperación necesaria⁷⁷. Por igual razón se ha negado la coautoría en estos delitos.

Tradicionalmente se ha considerado la violación, al igual que otros tipos contra la libertad sexual, como delito de propia mano. Sólo quien realiza por sí mismo la conducta (acceso carnal) puede ser considerado autor. En consecuencia, debe negarse tanto la autoría mediata como la coautoría. Según esta tesis, quien ejerce la fuerza será cooperador necesario, en tanto no realiza la conducta típica. Para Muñoz Conde⁷⁸, autor en sentido "estricto" sólo puede serlo el que realiza la acción corporal descrita en el texto, aunque son admisibles todas las modalidades participativas. Rodríguez Mourullo considera posible apreciar coautoría cuando se ejerce la fuerza, aunque no se realice el acceso carnal⁷⁹. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo la coautoría en estos delitos⁸⁰. Antes de la reforma del Código Penal de 1989, la participación de una mujer en la realización del hecho, ejerciendo la fuerza o intimidación, era considerada como cooperación

necesaria, al ser imposible considerarla como sujeto activo⁸¹; la misma clase de intervención era considerada coautoría si el sujeto era un hombre⁸². En opinión de Rodríguez Mourullo, en la violación es posible la coautoría, al ser un delito compuesto de varios actos: acceso carnal, fuerza o intimidación, que no necesariamente deben realizarse por la misma persona⁸³. También para Rodríguez Ramos es posible apreciar la coautoría en los que fuerzan o intimidan⁸⁴. Para otro sector de la doctrina, el ejercicio de la fuerza o intimidación constituye un supuesto de cooperación necesaria⁸⁵.

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es en este punto contradictoria: afirma la naturaleza de delito de propia mano de la violación, para, posteriormente, apreciar la coautoría. Así, en la sentencia de 14 de abril de 1987 se condena como autores de dos delitos de violación a los que, alternativamente, realizaron el acceso carnal y ejercieron la fuerza, reconociendo que el mero empleo de la misma es insuficiente para ser considerado autor⁸⁶.

Otras decisiones del mismo tribunal, aceptando la calificación de delito de propia mano, niegan la posibilidad de apreciar una coautoría: "Sólo puede ser

(75) Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 247.

(76) Bacigalupo, *op. cit.*, p. 227.

(77) Aunque Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 248, advierte que no será posible en todos los casos.

(78) Muñoz Conde, *op. cit.* p. 398; Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 175.

(79) Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, I, p. 839.

(80) Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1952, 28 de mayo de 1983, 16 de febrero de 1985 y 14 de abril de 1987, entre otras.

(81) Así las sentencias de 10 de octubre de 1984, 23 de diciembre de 1986, 20 de enero de 1989, 4 de junio de 1952 y 24 de noviembre de 1965.

(82) Sentencias de 4 de junio de 1952, 28 de mayo de 1983, 16 de febrero de 1985 y 14 de abril de 1987.

(83) Rodríguez Mourullo, *op. cit.*, p. 175.

(84) Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 210. Autor en sentido estricto será el que realiza será el que realiza el acceso carnal. Autor material, del número 1.º del artículo 14, el que ejerce la fuerza o intimidación.

(85) Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 398; la misma postura parece mantener Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 175.

(86) En sentido similar la sentencia de 7 de noviembre de 1987.

ejecutado personalmente por quien, mediante violencia, tiene acceso carnal con la víctima" (Sentencia de 29 de enero de 1990) ⁽⁸⁷⁾.

Admitida la coautoría, nada obstaculiza a apreciación de una autoría mediata, como dice la Sentencia de 2 de noviembre de 1944, en quien ejerce la fuerza. Ello supone excluir la calificación de delito de propia mano ⁽⁸⁸⁾.

Por tanto, la pregunta a contestar es si realmente la violación es un delito de propia mano. Como ya hemos dicho con anterioridad, el objeto de protección está conformado por la libertad sexual y el contenido de injusto por el ataque a la misma, por obligar a la víctima a hacer aquello a lo que se opone en la esfera sexual que debe ser, obligatoriamente, el acceso carnal.

La lesión del bien jurídico libertad sexual no se produce sólo con el acceso carnal, sino con la realización del mismo mediante el uso de la fuerza o intimidación. Que la lesión se produce aun sin acceso carnal, se demuestra en los delitos de agresión sexual, con las circunstancias de la violación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1994 expresa: "Por lo demás, no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se lo realiza a través de otro que opera como mero instrumento".

En conclusión, si el contenido de injusto del delito de violación viene configurado por el ataque a la libertad sexual de la víctima, a su autodeterminación en este ámbito, ataque que debe consistir en forzar su voluntad mediante el empleo de la fuerza o intimidación, o privándola de manifestar su voluntad — en el sentido que sea —, o por incapacidad para hacerlo, con independencia de la satisfacción sexual del agresor, incluso, a partir de la reforma de 1989, del móvil que le guíe, no existe ninguna razón para excluir la coautoría y autoría mediata en este delito. Al que por otra parte, y en base a lo ya dicho, no se le puede considerar de propia mano; ninguna de la tesis formuladas, como fundamentación de esta cuestionable categoría de delitos, permite considerar la violación como un de ellos.

Posiblemente el concepto de autor mediato ha sido uno de los principales problemas planteados dentro del campo de la autoría. Superadas las tesis extensivas que partían de la teoría de la equivalencia de condiciones, y para las que el autor se podía identificar con el causante, por suponer una disminución de las garantías del Estado de Derecho ⁽⁸⁹⁾, en tanto anularía la función limitadora de la tipicidad, al considerar autor a cualquier causante. Se ha objetado también que permite incluir, dentro del concepto de autor, toda clase de acciones sin tener en cuenta su desvalor; conduce a una configuración del delito, como la lesión del interés típico, sin atender a otros elementos, olvidando que el tipo no describe sólo un resultado lesivo, sino el curso de

(87) En el mismo sentido, en cuanto a la posibilidad de coautoría, la de 19 de marzo de 1988.

(88) Con independencia de lo objetable que resulte esta categoría de delitos, a pesar de las diversas fundamentaciones propuestas.

(89) Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, p. 264, con una extensa crítica a estas tesis, en p. 263 y ss. Para Cobo Del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, p. 152, sería la razón fundamental para rechazar esta tesis.

(90) Bruns, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, p. 53, cit. Peñaranda Ramos, *op.cit.*

un acontecimiento⁹⁰. Los partidarios de esta teoría acuden, para distinguir autor y partícipe, a la denominada “teoría subjetiva de la participación”, según la cual será autor quien quiera el hecho como propio y partícipe, quien lo quiera como ajeno. Dejando a salvo otras posibles críticas, esta tesis choca con el derecho vigente: por mucho que un particular quiera el hecho como propio, no podrá considerarse autor de un delito de prevaricación⁹¹.

Desde una teoría objetivo-formal, autor es aquel que realiza el tipo. Cobo del Rosal y Vives Antón⁹² consideran autor al que “toma parte directa en la ejecución de los hechos, es decir, el que ejecuta, siquiera parcialmente, el injusto tipificado por la Ley”. La objeción formulada a esta teoría que imposibilita la apreciación de la autoría mediata, la salvan con un entendimiento amplio de acto ejecutivo, “según el cual la acción ejecutiva comienza o puede comenzar antes del juicio del acto concreto al que, de manera inmediata, hace referencia la formulación típica”⁹³. Entre los autores que en la doctrina española defienden estas tesis, late una concepción objetivo-material, “en cuanto presuponen que quien realiza el verbo típico (por ejemplo, matar) es el que aporta la causa decisiva (como clavar el cuchillo en el pecho de la víctima o disparar la pistola)”⁹⁴.

Desde una tesis objetivo-formal, la apreciación de la autoría mediata plantea dificultades, ya que, realmente, el hombre de atrás en ningún momento realiza actos ejecutivos. La salvedad formulada por Cobo del Rosal y Vives Antón no resuelve el problema de manera segura.

Para la teoría del dominio del hecho, autor será quien domina finalmente la ejecución del hecho, entendiendo por tal “el doloso tener en las manos el curso del suceso típico”: “Lo decisivo no es la simple voluntad de dominio del hecho — ello constituiría, a la postre, una simple definición de la voluntad de autor —, sino el voluntario moldeado del hecho”⁹⁵. Los problemas para apreciar una autoría mediata se solventan, así, más fácilmente.

Como ya hemos dicho en páginas anteriores, la violación no constituye un delito de propia mano. Su esencia no radica en ningún especial deber, ni es necesaria la realización corporal, en cuanto el ataque al bien jurídico no viene dado sólo por el acceso carnal, sino por el empleo de la fuerza o intimidación para conseguir doblegar la voluntad contraria de la víctima a la realización del mismo. Incluso si admitiéramos, como mantiene un sector de la doctrina, que su fundamento — el del delito de propia mano — es la ejecución de una acción especialmente “impía”, esa característica no viene dada por el acto sexual, sino por haberlo conseguido por la fuerza o intimidación. El ataque al bien jurídico libertad sexual se produce, como ya hemos dicho con anterioridad, con la utilización de esos medios, el acceso carnal, siendo un elemento típico, diferencia y agrava del delito de agresiones sexuales del artículo 430 del anterior Código Penal.

Por tanto, no existe inconveniente en considerar autor (coautor autor mediato) a quien ejerce la fuerza o intimidación,

⁽⁹¹⁾ Jescheck, *op.cit.*, p. 894.

⁽⁹²⁾ Cobo del Rosal y Vives Antóns, *op.cit.*, p. 518.

⁽⁹³⁾ Ídem, *op.cit.*, p. cit. Para Rodríguez Mourullo, autor es aquel que “realiza personalmente la figura delictiva”. La posibilidad de admitir la autoría mediata procede de la Parte Especial, de que el verbo típico la admita, “La omisión de socorro”, p. 287, también en *Comentarios al Código Penal*, I, p. 802 y ss. También para Gimbernat Ordeig, autor “es aquél cuya actividad es subsumible sin más, en el tipo de la Parte Especial”, vinculando la autoría mediata al sentido del verbo típico, *op.cit.*

⁽⁹⁴⁾ Mir Puig, *op.cit.*, p. 393 y 394.

⁽⁹⁵⁾ Bacigalupo, *op.cit.*, p. 217.

aunque no realice el acceso carnal personalmente. La situación de riesgo para el bien jurídico se crea con la utilización de dichos medios, riesgo que posteriormente se concretará en el "resultado": la realización del acto de naturaleza sexual. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1994 dice: "La estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampoco la imposibilidad de la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia", y continúa: "Si bien la violencia no ha sido accesoria de la acción de un autor doloso del acceso carnal, ello no impedía su sanción como autora mediata según el art. 429 CP". Como conclusión, la sentencia afirma la posibilidad de admitir la coautoría en este delito, cuando se ejerce la violencia para lograr el acceso carnal doloso, realizado por un tercero. Cuando quien, finalmente, realiza el acceso carnal, ignora por error o falta de conocimiento, el empleo de la fuerza o intimidación, será posible apreciar una autoría mediata en quien la ejerce. Quien pone en marcha el acontecimiento, creando un riesgo desvalorado para el bien jurídico, teniendo en sus manos el continuar o interrumpir el mismo, deberá ser considerado autor, con independencia de la realización personal del acceso carnal.

Todo lo dicho es válido en el artículo 178 del Código Penal de 1995, donde se condena la realización de cualquier acto atentatorio contra la libertad sexual, mediando violencia o intimidación. Por tanto, quien utiliza dichos medios, para restringir o anular la libertad sexual de otro, cometerá el delito previsto en este artículo, con independencia del acto realmente realizado. El texto recientemente aprobado resalta, así, la libertad sexual como bien jurídico protegido, consti-

tuyendo el injusto de esta figura el ataque al mismo, sin que sea necesario la realización de una acción determinada.

El delito de violación, así denominado, desaparece, aunque el artículo 179 recoge un supuesto prácticamente idéntico al contenido en el 429, 1.º. El artículo 179 castiga con pena superior cuando la agresión consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal, considerándolos como una clase de agresión sexual ("Cuando la agresión sexual consista..."). No se trata, pues, de un tipo autónomo, sino que, por el contrario, estando ante una modalidad más grave de agresión sexual; el elemento diferenciador será, precisamente, dicho acceso, introducción o penetración. Se trata de obligar a la víctima a soportar esa clase de atentado a su libertad sexual, lo que justifica para la ley mayor gravedad. Por tanto, el mayor contenido de injusto vendrá representado por ese mayor atentado a la libertad del sujeto en la esfera sexual.

En orden a la posibilidad de admitir otras formas de autoría que la directa, nada ha cambiado en relación con el artículo 429 del Código Penal: el ataque, o atentado, se configura por el empleo de la violencia o intimidación, medios adecuados, en el caso concreto, para vencer la resistencia de la víctima a la realización del acto pretendido por el autor.

5. Algunos problemas concursales

1. La posibilidad de admitir una autoría mediata en el delito de violación, por parte de quien ejerce la fuerza, aunque no realice el acceso carnal, obligando a la víctima a prostituirse, tal como ocurre en la sentencia últimamente citada, plantea un nuevo problema dentro del ámbito de los concursos.

En la mencionada sentencia se plantea, como cuestión, la aplicación del artículo

429, 1.º del Código Penal a estos supuestos, en vez del 452 bis a), por el que fue condenada la acusada. Aun manteniendo la sentencia recurrida, ya que no se planteó la posible aplicación del delito de violación, se afirma que los hechos fueron constitutivos de un delito de violación y no de favorecimiento de la prostitución mediante el empleo de la violencia (artículo 452 bis a), 2.º).

Esa afirmación plantea el problema de deslindar el ámbito de aplicación de ambos delitos: si el ejercicio de la fuerza o intimidación sobre una menor de dieciocho años para que ejerza la prostitución, debe considerarse violación, cuándo ¿puede aplicarse el artículo 452 bis a), 2.º? El problema deberá solucionarse dentro del curso ideal de delitos. La utilización de la violencia o amenaza, para obligar a la víctima a satisfacer deseos sexuales de un tercero, constituye un delito de violación del artículo 429 del Código Penal, pero además los hechos pueden subsumirse en el 452 bis a), 2.º del mismo texto legal; un solo hecho da lugar a la comisión de dos o más delitos. El empleo de la violencia o amenaza constituye un delito de violación y de favorecimiento de la prostitución. Estaríamos, pues, aparentemente ante un concurso ideal de delitos, del artículo 71 del Código Penal.

Em concurso ideal presupone una unidad de hecho⁹⁶. Un sector de la doctrina

española exige una "identidad absoluta o parcial"⁹⁷. Para Cobo del Rosal y Vives Antón, tal opinión carece de base legal; para estos autores, el artículo 71 del Código Penal exige la realización de "un solo hecho", lo que no ocurre cuando el presupuesto objetivo de los tipos coincide sólo en parte⁹⁸. Para estos autores, no podrá apreciarse la identidad requerida por el artículo 71 cuando los hechos que constituyan las diversas infracciones contengan elementos comunes, junto a otros diferenciales. La coincidencia deberá ser siempre del tipo objetivo⁹⁹, o, en palabras de los autores antes citados, "cuando los diversos delitos tengan el mismo sustrato material cuando el sustrato material de alguno o algunos de ellos sea parte del sustrato material de otro"¹⁰⁰.

El artículo 71, en su párrafo segundo, establece que en los casos previstos en el párrafo primero se impondrá la pena del delito más grave en su grado máximo, lo que ha llevado a parte de la doctrina a

esto aunque cada acto individualmente considerado realice por sí solo el tipo de ilicitud y fundamente ya de esta manera el hecho punible". Bacigalupo, *op.cit.*, p. 279, citando a Schmidhauser, *Strafrecht*, citado. En cualquier caso, se exigiría una cierta continuidad y una vinculación interna de los diferentes actos entre sí, sin que pueda confundirse con la necesidad de un dolo general. Bacigalupo, *op.cit.*, p. 280.

Para otro sector de la doctrina, debe decidirse con arreglo únicamente al sentido de los tipos legales en cada caso vulnerado. Jescheck, *op.cit.*, p. 997. Mir Puig prefiere hablar de unidad de hecho, en cuanto que el tipo puede describir "varias acciones", sin que ellos suponga que no existe una "unidad típica", *op. cit.*, p. 722.

(97) Entre otros, Antón Oneca, *Derecho Penal*, p. 456; Jescheck, *op.cit.*, p. 1014.

(98) Covo Del Rosal y Vives Antón, *op.cit.*, p. 594.

(99) Bacigalupo, *op.cit.*, p. 285.

(100) Cobo Del Rosal y Vives Antón, *op.cit.*, p. 594.

(96) El problema de la unidad de hecho o unidad de acción representa uno de los principales problemas en este ámbito. Un sector de la doctrina, partiendo de una "concepción natural de la vida", acuden al punto de vista de la sociedad, según los usos normales. Este criterio de la "unidad natural de la acción", cuando "se dé una conexión temporal y espacial estrecha entre una serie de acciones u omisiones que fundamenten una vinculación de significado de tal naturaleza que también para la valoración jurídica sólo pueda aceptarse un único hecho punible, y

negar el denominado concurso homogéneo ¹⁰¹ como modalidad del ideal ¹⁰².

En el empleo de la fuerza o intimidación, para conseguir que alguien acceda a tener acceso carnal con un tercero mediante precio, es decir, a prostituirse, el hecho es único, con independencia de que pueda fraccionarse. Constituye una sola manifestación de voluntad ¹⁰³, aunque pueda valorarse en dos tipos diferentes.

Los términos del artículo 452 bis a) 2.º no obstaculizan esta solución. En dicho precepto se dice: "2.º El que por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad, u otro medio coactivo determine, a persona mayor de dieciocho años, a satisfacer deseos sexuales de otra". Podría pensarse que esa satisfacción no implica necesariamente el ejercicio de la prostitución, pero una interpretación sistemática del precepto obliga a la conclusión contraria. El Capítulo VI del Título IX se refiere a los "Delitos relativos a la prostitución" y, aunque las rúbricas empleadas por la

ley no deben ser elemento determinante en la interpretación, el contenido de los preceptos que integran este capítulo hace necesario que el empleo de los citados medios sea, no sólo para satisfacer los deseos sexuales de otro, sino para el ejercicio de la prostitución. En el mismo artículo, en el número 1.º, se regula la cooperación, protección o reclutamiento para el ejercicio de la prostitución; en el número 3.º, la retención, en contra de su voluntad, para la prostitución o cualquier tráfico inmoral. También el resto de los artículos de este capítulo se exige que las diferentes conductas estén relacionadas con la prostitución.

Si, por el contrario, la fuerza o intimidación no tuviera como finalidad última el dedicar a la víctima a la prostitución, sólo existiría el delito de violación, aun cuando fuera para satisfacer los deseos sexuales de un tercero.

Solo con esta interpretación se explica la existencia del artículo 429, 1.º y del 542 bis a) 2.º en el Código penal: estableciendo entre ambos, como elemento diferenciador, el propósito último del sujeto activo. De esta forma, la aplicación conjunta de ambos preceptos en estos casos vendría a suponer una mayor sanción para el que prolonga el ataque a la libertad sexual de la víctima ¹⁰⁴.

⁽¹⁰¹⁾ Mir Puig, *op.cit.*, p. 130; Cobo Del Rosal y Vives Antón, *op.cit.*, p. 536; Silva Sánchez, *La Ley*, 30 de septiembre de 1988, p. 2, nota 23. En contra, Sanz Morán, *El concurso de delitos*, 1986, p. 147 y ss.

⁽¹⁰²⁾ La admite Jescheck, *op.cit.*, p. 1013, excepto entre delitos con bienes jurídicos altamente personales, del Estado o la comunidad, o derechos patrimoniales.

⁽¹⁰³⁾ En este sentido, Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, II, 1972, p. 315: "Si la pluralidad de resultados, y consiguientemente de fines, no multiplica el número de hechos, no cabrá sino entender el hecho como la actuación o manifestación de la voluntad en el exterior, susceptible de integrar el presupuesto de un tipo penal; el que aquél pueda integrar más de uno, no obsta a la existencia de un solo hecho". En igual sentido Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1993, p. 408: "Habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal".

⁽¹⁰⁴⁾ Sería conveniente, en una futura reforma de estos delitos relativos a la prostitución, prescindir del requisito de la edad. El artículo 452 bis b), 2.º, sólo parcialmente recoge los supuestos del anterior precepto: "El que para satisfacer los deseos sexuales de un tercero facilitare medios o ejerciere cualquier género de inducción en el ánimo de menores de dieciocho años, aun contando con su voluntad". Es cierto que en este artículo la existencia de consentimiento por parte de la víctima es irrelevante a efectos penales en línea con todo el Título. Pero para considerar incluida la fuerza, intimidación etc..., es necesario admitir esos medios como modalidades de la inducción. La admiten Cobo Del Rosal y Vives Antón, *op.*

El problema concursal se presentará cuando el agresor utilice la violencia, no para la realización de un acto aislado, sino para conseguir que la víctima "accepte"

cit., p. 580; Jescheck, *op.cit.*, p. 957, considera admisible cualquier medio "en la medida que supongan un influjo psíquico". Parece descartar la posibilidad de la violencia Mir Puig, *op.cit.*, p. 429 y 431: "El influjo psíquico podrá consistir en un consejo, una solicitud, una provocación etc., siempre que posean la suficiente intensidad para que aparezca como adecuada y pueda fundar la imputación objetiva". En cualquier caso, y en relación de poder apreciar el concurso con una violación en autoría mediata, el problema es diferente al planteado por la Sentencia de 2 de noviembre de 1994. En el artículo 452 bis b), 2.º, se habla de inducir a un menor de dieciocho años, lo cual supone, si interpretamos este término de acuerdo con lo establecido en el artículo 14, 2.º, del Código Penal, que el "autor" del hecho es el propio menor, por lo que sería prácticamente imposible apreciar el concurso entre ambos artículos. Con independencia de la mayor protección que deba otorgarse al menor en este ámbito, ello no deber llevar a un diferente tratamiento legislativo en determinados casos, como el que nos ocupa. Es preferible añadir al 452 bis a), 2.º, la previsión de la irrelevancia del consentimiento del menor de dieciocho años en estos casos, o bien, como disposición general aplicable a todo el capítulo, con independencia de regular otros supuestos en los que la conducta sólo sería típica cuando la víctima fuera un menor de esa edad. El Proyecto de Código Penal de 1994, en su artículo 180 sanciona el empleo de la coacción o del abuso de una situación de necesidad, para conseguir que alguien se dedique a la prostitución elevando en el número 3 la pena, si se trata de menores de dieciocho años. Con este texto desaparece el empleo de fuerza o violencia física, como supuesto típico en estos casos. Caso de entrar en vigor el texto, la interpretación propuesta deberá obligatoriamente variar, no siendo posible apreciar el concurso en estos casos.

prostituirse; supondría así un plus de lesividad: el mismo hecho, el empleo de la violencia, da lugar a varios delitos (artículo 71 del Código Penal).

El artículo 188 del nuevo Código Penal establece: "1. El que determine, coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Incurrirán, además, en la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaleciendo de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público. 3. Si aquellas conductas se ejercieren sobre persona menor de edad o incapaz, se impondrá la pena superior en grado".

El precepto recoge, en parte, el contenido del vigente artículo 452 bis a), 2.º y 3.º. Desaparece la mención expresa del empleo de la violencia como medio de prostituir o mantener en tal situación a la persona, pero la redacción del precepto, todavía en vigor, induce a pensar que el número de modalidades típicas continúa inalterable. En el referido artículo del Código actual se dice: "Por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo...". Por tanto, los expresados lo son a modo de ejemplo, pero no como únicas modalidades posibles en este delito. El artículo 188 del Código de 1995 exige que el empleo de los medios "determine" a otro a prostituirse mantenerse en dicha situación, pudiéndose conseguir coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad. Coactivamente podría, pues, englobar tanto el empleo de la violencia como la intimidación o amenaza; es decir, cualquier medio adecuado e idóneo, objetivamente, para conseguir el constreñimiento de la voluntad del sujeto pasivo, obligándole a realizar aquello que no quiere.

Interpretado así, la solución sería igual a la propugnada para el Código en vigor ¹⁰⁵.

6. El delito de robo con violación

El artículo 501, 2.º, del Código Penal regula, como delito complejo, el robo con violación: "La misma pena (reclusión mayor) se impondrá cuando el robo fuere acompañado de violación o de alguna de las lesiones previstas en el artículo 418". Para Quintano Ripollés ¹⁰⁶, mas que en un problema técnico, la ley está pensando en un determinado tipo de autor, que une al móvil característico de los delitos patrimoniales, el ánimo lujurioso ¹⁰⁷. Posiblemente, de todos los supuestos comprendidos en el artículo 501, sea en éste donde resulta más difícil establecer la relación de ambos delitos, así como la agravación de la pena que, para la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994, estará fundamentada en "una manifestación cualificada de menosprecio a la víctima, que va más allá de la mera suma del

agravio de cada delito particular y que, por ello, incrementa en forma notable la gravedad del hecho, justificando la pena impuesta a estos hechos, al menos en relación a los marcos penales que conforman el derecho vigente" ¹⁰⁸. Con todo, para un sector doctrinal no existe ninguna justificación criminológica ¹⁰⁹. Para Bajo Fernández, no puede ignorarse la gravedad que supone el doble ataque de violentar la libertad sexual y desposeer a la víctima, a lo que, según el autor citado, habría que añadir "una extraña frecuencia de comisión conjunta" ¹¹⁰, que para Díaz Palos supondrían un plus de antijuricidad ¹¹¹. A pesar de lo anterior, para Bajo Fernández, aunque de acuerdo en la severidad de la pena y en su regulación conjunta, es criticable su tratamiento como delito complejo, ya que no responde a las características de esta figura. Las acciones de robo y la violación tienen, en este artículo 501, 2.º, existencia independiente, sobre todo cuando no se trata de una violación mediante la fuerza o intimidación ¹¹². Por ello, deben exigirse todos los elementos de los

(105) El artículo 77 del Código de 1995 establece: "1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado."

(106) Quintano Riollés, *Curso de Derecho Penal*, II, Madrid, 1963, 437 y ss.

(107) En el mismo sentido, Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9.ª ed., Valencia, 1993, p. 253. Para este autor, difícilmente puede considerarse como un delito complejo, ya que la violación no puede conceptuarse como medio para cometer el robo o evitar su descubrimiento.

(108) Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 65/86.

(109) Gómez Benítez, "Delitos contra el Patrimonio en el Anteproyecto de Código Penal de 1983 (Hurtos, robos, estafas e insolvencias punibles", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 6, 1983, p. 339.

(110) Bajo Fernández, *Manual*, II, p. 82.

(111) Díaz Palos, "Infracciones contra el patrimonio", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, p. 60.

(112) Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 82. Para Torio López, "La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio", en *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, Santiago de Compostela 1981, p. 472, el delito complejo tiene sentido cuando la acción violenta pertenece simultáneamente a dos campos valorativos diferentes. En el mismo sentido, Ruiz Antón, "Los robos con violencia o intimidación en las personas; los robos con fuerza en las cosas: nuevos módulos para

dos tipos: los de la violación, que puede no ir acompañada de fuerza o intimidación, y los previstos en el artículo 500, la violencia o intimidación "distinta de la propia violación"¹¹³.

El Código, a diferencia de los otros números del artículo 500, no requiere que la violación se produzca con motivo u ocasión del robo, sino que éste fuera "acompañado". Posiblemente por las razones dichas anteriormente. Ello ha planteado, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, el problema de delimitar cuándo debe aplicarse el "delito complejo", o, por el contrario, apreciar un concurso real entre el robo y la violación. Generalmente se ha considerado que basta con una conexión espacial y temporal entre ambas infracciones¹¹⁴, aunque algunos autores exigen un inicial propósito de robar, con independencia del orden en que se ejecuten ambos delitos¹¹⁵, "lo determinante en el plano subjetivo ha de ser el atentado patrimonial, no debiendo apreciarse el art. 501. 2 si lo que el sujeto pretendía era violar y con ocasión de ello roba"¹¹⁶. En similar sentido se manifestó la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1988: "Siempre que en el curso de un ataque violento o intimidatorio contra la propiedad surge, como un añadido, el ataque a la libertad

sexual que integra el delito de violación, de tal manera que es preciso, para que el delito complejo surja y constituya la unidad tipificada en el art. 501.2 CP, que el ánimo o tendencia inicial del agente sea el apoderamiento de lo ajeno, con lo que se excluyen los supuestos en los que la idea de robar aparece después de consumada la violación..."¹¹⁷. En conclusión, para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, el delito de robo acompañado de violación requiere para su aplicación: una conexión temporal, con independencia del orden de ejecución, y un inicial propósito de atentar contra el patrimonio, este último determinante para poder aplicar el mencionado artículo, aunque el propósito de atentar contra la libertad sexual debe surgir en el curso del acontecimiento; si es con posterioridad al robo, se excluiría, para un sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el delito de robo con violación¹¹⁸. Caso de no cumplirse los anteriores requisitos, los hechos constituirían un concurso real de delitos.

De la opinión mayoritaria discrepa la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994, según la cual "desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos es indudablemente indiferente el orden en el que se produzca el ataque de los mismos. Desde la perspectiva de la reprochabilidad es evidente que tampoco se requiere un orden determinado de surgimiento de los impulsos que dieron lugar a cada delito".

Los problemas surgidos en torno a la interpretación de este artículo arrancan,

determinar la pena", en *Comentarios a la Legislación Penal*, V. 2, p. 1095.

(113) Bajo Fernández, *op.cit.* p. cit.

(114) Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 253; Ruiz Antón, *op.cit.*; González Rus, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, II, dirigido por Cobo Del Rosal, Madrid, 1992, p. 89; López Barja de Quiroga, *Manual de Derecho Penal*, II, Madrid, 1991, p. 172; Gimbernat Ordeig, "El comportamiento típico en el robo con homicidio", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1964, p. 439, cit. 54. También para la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es necesaria esta conexión temporal, así las de 24 de julio de 1984, 27 de febrero de 1981 y 29 de marzo de 1988.

(115) Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 82 y 83.

(116) González Rus, *op.cit.*, p. 89.

(117) El mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1984, 11 de marzo de 1986 y 8 de abril de 1987.

(118) Así, entre otras, las sentencias de 19 de febrero de 1985, 30 de noviembre de 1985, 11 de marzo de 1986, 25 de marzo de 1986, 29 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1990 y 24 de septiembre de 1991.

tanto de la escasa relación de los dos tipos a diferencia de lo que ocurre con los otros contenidos en el artículo 501, como de la gravedad que supone la pena del delito complejo, frente a la que sería aplicable caso de considerarlo como un concurso real de delitos. No parecen existir, como ha señalado un sector de la doctrina, razones criminológicas que justifique esta agravación de la pena, tampoco la mayor o menor frecuencia comisiva puede justificar un trato más severo, ni significar un plus de antijuricidad, el doble ataque a dos bienes jurídicos diferentes tampoco es argumento, puesto que constituye el supuesto normal del concurso real de delitos heterogéneos. Realmente, es difícil encontrar una razón que justifique esta agravación. Es cierto, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994, que el doble ataque de bienes jurídicos y la doble reprochabilidad se da cualquiera que sea el orden en el que se produce ¹¹⁹.

Con todo, y a pesar de la argumentación de la sentencia de 22 de noviembre de 1994, no resulta fácil justificar la existencia de esta figura, ni el trato que se la otorga. Es cierto que representa un mayor menosprecio de la víctima, pero lo mismo podría decirse de una violación seguida de la muerte del sujeto pasivo, y no existe ningún delito complejo para regularla. Es también cierto que revisten una mayor gravedad cuando se dan unidos en el tiempo y sobre el mismo sujeto pasivo, rebasando la agravación prevista en el artículo 69 del Código Penal. Con todo,

sería preferible que desapareciera esta figura, solucionándolo por las reglas generales sobre el concurso, aun cuando fuera admisible una agravación mayor de la pena en estos casos, en la línea del Proyecto de Código Penal de 1994 ¹²⁰. Postura adoptada por el Código Penal de 1995, en su artículo 242, donde se incrimina la mera utilización de la violencia o intimidación para apropiarse de la cosa mueble ajena, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por los actos de violencia física que realizare, suprimiendo los actuales delitos complejos ¹²¹.

(120) En el artículo 135 se establece: "1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase, si fueren constitutivos de delito.

2. La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevarse, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

3. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y a las demás circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo."

(121) Artículo 242 del Código de 1995: "1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

2. La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevarse, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

3. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y

(119) La sentencia citada argumenta que, también, "a los ojos de la víctima es completamente indiferente el orden de los hechos típicos que reúne el art. 501, e. CP: su sufrimiento es siempre el mismo". Aunque el sufrimiento, dolor o perjuicio de la víctima deba tomarse en cuenta, no creemos que pueda ser determinante para la calificación penal. Es distinto decir que la lesión a los bienes jurídicos es idéntica.

Ahora bien, dejando a salvo las críticas formuladas a este tipo, con la actual regulación legal, nada obstaculiza la interpretación propuesta por la sentencia citada anteriormente. Lo único que requiere el artículo 501, 2.º, es que los hechos se produzcan con continuidad, siendo indiferente el orden de ejecución, y que exista el propósito de atentar contra el patrimonio, pero éste puede surgir previamente, en el transcurso de la acción, o una vez consumada la violación, en cualquier caso, se producirá el doble

ataque y el doble reproche, y el robo irá "acompañado" de la violación, tal como requiere el artículo citado. Lleva razón, en este punto, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, al señalar que el cambio de términos legales, debe trascender a la interpretación del texto, pero por acompañado, puede entenderse, sólo, una unidad temporal de ambos delitos. Por otra parte, tampoco se entiende, el motivo de un diferente tratamiento penal, dependiendo del propósito inicial del agresor.

valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena

inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo."