

EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES EN EL CODIGO PENAL DE 1995.

JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ¹

INTRODUCCION

Dentro de las múltiples innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre, del Código Penal, (en adelante, CP), destaca, sin lugar a dudas, la regulación de los llamados "delitos contra la libertad sexual", denominación que sirve de rúbrica al Título VIII de su Libro II, que aparece integrado por los artículos 178 a 194, distribuidos a lo largo de seis capítulos.

Se aparta el legislador con esta nueva regulación, no ya de toda una tradición en el modo de afrontar los llamados históricamente "delicta carnis" o delitos sexuales, sino de las más recientes reformas acometidas en dicha materia, especialmente la última de todas ellas operada por la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de Junio, reformadora del CP de 1973.

En efecto, como se expondrá en las líneas que siguen, llama la atención, por su novedad, el contenido del Título VIII del vigente texto, donde, en una primera y rápida aproximación, no se encuentran las formas tradicionales de la delincuencia sexual (violación, estupro, raptó), nomen iuris de figuras que desaparecen, con la aparición de otras nuevas - algunas objeto de severa crítica- en un intento de "avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva" y de adaptar la norma penal a las transformaciones que ha experimentado la sociedad, según expresa la Exposición de Motivos del nuevo texto.

Es propósito de este trabajo resaltar las líneas generales de la nueva regulación, sin ánimo de exhaustividad y con la sola intención de destacar las notas más sobresalientes frente al texto previgente, centrándonos en la nueva figura de las agresiones sexuales, como tipo paradigmático de los ataques a la libertad sexual, a la que acompañan, en el Título VIII los delitos de abusos sexuales, el llamado "acoso sexual" -polémica figura, que planteará problemas de aplicación práctica-, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual del capítulo IV -apenas retocados en el nuevo Código-, y los delitos relativos a la prostitución, integrantes del capítulo V (donde desaparece la llamada corrupción de menores, tal como señala la STS 16.09.96, afirmando que "queda eliminada cualquier actividad delictiva que tenga que ver con la corrupción"; permanece la prostitución, como especie dentro del género corrupción, pero se suprime en el nuevo texto cualquier referencia a ésta última, produciéndose una peligrosa zona de impunidad.)

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Partiendo de la idea, apuntada por el legislador de 1989, de que las rúbricas de los Títulos del CP han de expresar el bien jurídico protegido en los distintos preceptos que las integran -lo

¹ Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Celanova (Orense)

que presenta indudables ventajas interpretativas-, el nuevo CP no introduce innovación alguna con respecto a la citada ley reformadora, continuando con la denominación de "libertad sexual" como expresión del bien jurídico tutelado, lo que ya motivó en su momento la acogida favorable por parte de la mayoría de la doctrina, si bien con alguna significada excepción.

Se apartó, de esta forma, la nueva regulación, de la denominación tradicional de "delitos contra la honestidad", procedente del CP de 1848, que hacía referencia a concepciones, afortunadamente superadas, sobre la "ordenada vida sexual", recato o buen comportamiento sexual, en definitiva patentando la confusión entre Moral y Derecho, con el lastre de una hipócrita visión de la llamada moral sexual, a la que acompañaba el criterio de la minusvaloración de la mujer, a la que consideró como mero sujeto pasivo o acompañante en la relación sexual. Según afirma la Exposición de Motivos del actual Código: "bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agresión...". Por otra parte, el término "honestidad" impedía la tutela de personas que "moraban en lo deshonesto", como las prostitutas, que quedaban fuera del círculo de los sujetos pasivos de estos delitos en tanto que no portadoras del equívoco valor "honestidad", y al propio tiempo, según recuerda MARCHENA GOMEZ, se impedía hablar de deshonestidad en el seno de la relación matrimonial, siendo, por tanto, imposible considerar a la esposa sujeto pasivo de atentados sexuales cometidos por su cónyuge.

Unánime, pues, el rechazo a la anterior denominación (no desechada, por lo demás, por todos los ordenamientos), debe precisarse el alcance del concepto de "libertad sexual" como objeto de protección por la norma penal. Dicho concepto aparece integrado, al menos, por dos elementos, (DE VEGA RUIZ, ORTS BERENGUER): un aspecto positivo o "dinámico-positivo", integrado por la facultad de disponer del propio cuerpo, de las propias potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular como frente a los demás; y un aspecto negativo o estático, consistente en el derecho de la persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual por otra persona, se trata del derecho a repeler todo ataque sexual.

Enlaza la libertad sexual con los más altos valores de que es portador el ser humano: la libertad y la dignidad personal, el libre desarrollo de la personalidad (QUERALT, citado por ORTS), valores, todos ellos, de alcance constitucional.

Como afirma DE VEGA RUIZ, en aras al principio informador del Derecho Punitivo cual es el de intervención mínima, el CP castiga la "sexualidad reprobable", concluyendo con el irrefutable aserto de que "en el sexo y en la pareja vale todo cuanto los dos acuerden, y no vale nada que sólo uno de ellos rechace".

Todo lo hasta ahora expuesto puede matizarse en el sentido de que en determinados tipos aparecen, no obstante, otros bienes jurídicos como objeto de protección. Tal sucede en los casos en los que se tutela a incapaces o a menores, no portadores de una plena libertad sexual, debiendo buscarse en la indemnidad o libre desarrollo de la personalidad el objeto de protección por la norma penal, (ORTS, RUS CARMONA), lo que, dicho sea de paso, en el supuesto de incapaces tal afirmación se presta a todo tipo de matizaciones.

LAS AGRESIONES SEXUALES

Se inicia el Título VIII con la más grave figura de cuantas atentan contra la libertad sexual, a la que se dedican los artículos 178 a 180. Define CONDE PUMPIDO la agresión sexual como "actos libidinosos contra personas de uno u otro sexo", caracterizándose las figuras de agresiones sexuales al amparo del texto anterior por la presencia de dos elementos: uno de carácter positivo, consistente en la tendencia de la acción, guiada por el ánimo de atentar contra la sexualidad ajena, y otro de carácter negativo, definiéndose por exclusión, pues no podían constituir ni violación ni estupro, ya tipificados expresamente en el Código.

En el vigente CP, pueden distinguirse diversas figuras delictivas, amparadas por la rúbrica

común de "agresiones sexuales": un tipo básico de agresión sexual (art.178), una modalidad agravada por el "modus delinquendi" (art.179), y una serie de subtipos agravados de las dos anteriores modalidades, en el art.180.

A) Tipo básico de agresión sexual.

ART. 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."

La protección del bien jurídico de la libertad sexual cobra aquí la mayor amplitud, hasta el punto de que la conducta básica aparece configurada en términos tan laxos como "atentar contra la libertad sexual", modalidad pluriforme que abarca una multiplicidad de actos, tantos cuantos sean susceptibles de agredir la sexualidad del sujeto pasivo. Se trata de un precepto capaz de acoger la totalidad de las conductas que menoscaben el bien jurídico de la libertad sexual, de ahí la importancia que presenta, una vez más, su exacta delimitación.

No es, ciertamente, el tipo transcrito un modelo de precisión en la tarea legislativa, debiendo ser la jurisprudencia la que llegue a llenar el concepto del núcleo rector del tipo -"atentar"- (será, parece evidente decirlo, el criterio hermenéutico de la "realidad social del tiempo" en que deba aplicarse la norma -art.3 del Código Civil- un factor determinante en su aplicación.)

En una elemental tarea de delimitación del concepto, podrán excluirse, por el límite inferior, todas aquellas conductas informadas por un ánimo lúbrico pero integradas en comportamientos socialmente admitidos, que, a lo más, pudieran dar lugar a una falta de vejación leve del art.620.2 del CP, como forma residual, aplicable a cuantas conductas impliquen un ataque a la libertad, en cualquiera de sus formas. Piénsese, no obstante, que determinados actos, en principio de carácter leve, podrán hacer surgir el nuevo tipo de acoso sexual, del art.184. En su límite superior, aparecerá subsimida la conducta en cualquiera de los subtipos agravados de los arts. 179 y 180.

Son, por lo tanto, elementos integrantes de esta infracción: a) un ataque contra la libertad sexual de otra persona, y b) la presencia de violencia o intimidación, notas que la diferencian de la figura más leve de abuso sexual. Sobre la dificultad de lograr un concepto objetivo de "lo sexual", por lo demás necesario si se quiere huir de apreciaciones meramente subjetivas, se manifiesta el prof. MUÑOZ CONDE, entendiéndolo por tal "todo acto en el que intervengan los órganos genitales, tanto más si su fin implica penetración", exigiendo, además de este elemento objetivo, una cierta trascendencia o gravedad en el acto, siempre, como anteriormente se dijo, "en la línea de los usos y costumbres del lugar."

Sujeto activo del delito podrá serlo cualquiera, hombre o mujer, al igual que sucede con el sujeto pasivo en esta modalidad delictiva (ya quedó sentada la posibilidad de que lo sean las prostitutas o el cónyuge del agresor o agresora). Como afirma ORTS BERENGUER, no podrá serlo el cadáver, debiéndose encuadrar tal conducta en el actual art. 526.

La acción típica puede, se repite, abarcar múltiples formas, siendo lo habitual el consistir en un contacto físico, corporal, generalmente en las partes íntimas de la víctima, o bien en obligar a ésta a realizar tocamientos en los órganos genitales del agresor. Sostiene, en cambio, MARCHENA GOMEZ que la conducta también abarca supuestos en los que la víctima "es obligada a ejecutar cualquier acción sobre sí misma que satisfaga el impulso erótico del agresor....La libertad sexual puede ser vilipendiada tanto obligando a soportar el contacto físico ajeno como imponiendo la lasciva presencia de quien se erige en testigo de las acciones sexuales a que se compele a la víctima.". En criterio seguido por la Fiscalía General del Estado (Circular 2 / 1990), el concepto de agresión sexual supone, frente al abuso sexual, un acto más contundente, con un contenido de actividad más agresivo, lo que excluiría ciertos comportamientos como la mera contemplación o "voyeurismo", o la obligada contemplación a la víctima de actos masturbatorios. En cualquier caso, es claro, lo que caracteriza la agresión sexual en el nuevo texto es la presencia de "violencia o intimidación" (con la supresión del tradicional término "fuerza", que empleaba el art.429.1 del texto previgente, lo que no parece presentar trascendencia alguna).

Por "violencia" debe entenderse la fuerza física, no tanto en el sentido de "vis absoluta", que

anularía la voluntad de la víctima, exigiendo para vencerla un comportamiento con tintes heroicos, sino que deberá acudir a las circunstancias del caso concreto, tanto de la propia víctima -mayor o menor pusilanidad, capacidad de reacción ...-, como del lugar -vgr. convicción de la inutilidad de la resistencia, imposibilidad de recibir ayuda, etc. -, pero siempre con una suficiente entidad objetiva, (valga aquí toda la doctrina construida bajo el viejo texto).

El concepto de "intimidación" tampoco ofrece especialidad notable respecto a la legislación derogada, debiéndose emplear en su exégesis un elemento mixto, objetivo-subjetivo. Intimidar es amenazar, siendo indiferente que dicha amenaza sea de un mal a la propia víctima o a otra persona vinculada a ella, siempre que la amenaza ofrezca visos de seriedad y que presente alguna entidad, suficiente para llegar a alcanzar su fin de atentar contra el bien jurídico de la libertad sexual. En criterio de MUÑOZ CONDE, "no se trata de que sea el sujeto pasivo quien determine con su personal sentimiento valorativo cuándo la intimidación puede ser suficiente para considerar el acceso carnal como violación, sino de que el juzgador tenga en cuenta las circunstancias que, siendo conocidas por el violador, han llevado al acceso carnal."

Respecto del tipo subjetivo ha de decirse que el tipo de agresión sexual es esencialmente doloso, no requiriendo la presencia de elemento subjetivo del injusto específico, pues parece evidente que así lo precisa el carácter tendencial de la violencia o de la intimidación. Desaparecen, por lo demás, los problemas que algunos autores planteaban respecto de la posibilidad de la comisión culposa en la violación con fuerza, admitida en alguna antigua sentencia, pero superada por la nueva tipificación expresa de las conductas imprudentes, recuperada en el vigente texto.

En lo atinente al iter criminis, cabrá hablar de tentativa en los supuestos en que el sujeto comienza a desarrollar la violencia o la intimidación pero, por causas ajenas a su voluntad, no se llega a alcanzar el fin de la agresión sexual (art.16 CP), vgr. en casos de resistencia de la víctima o por presencia de terceros. No parece posible el desistimiento en esta figura básica, aunque sí en las modalidades agravadas.

B) Modalidad cualificada

ART. 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."

Como es conocido, el CP anterior, tras la reforma de 1989, caracterizaba el delito de violación por el acceso carnal por las vías vaginal, anal o bucal. Apartándose totalmente de la anterior regulación, el vigente texto diferencia el acceso carnal de la penetración bucal o anal, añadiendo la introducción de objetos, que en el anterior CP constituía una agravación de las agresiones sexuales violentas, subsidiarias de la violación (art.430, CP de 1973). Por "acceso carnal" ha de entenderse "ayuntamiento carnal", cópula, o coito vaginal heterosexual, no siendo ahora preciso buscar un concepto amplio, capaz de abarcar otras modalidades, que hoy se singularizan con la expresa tipificación de la "penetración anal o bucal".

Permanecen, en cambio, todos los problemas en la determinación de los sujetos activo y pasivo del delito. En la modalidad de acceso carnal podrán ser sujetos activos tanto el hombre como la mujer. Según ORTS BERENGUER, lo mismo delinque el hombre que vence el rechazo de la mujer, -o de otro hombre-, a través de violencia o de intimidación, que la mujer que en iguales circunstancias yace con un hombre. Para MUÑOZ CONDE la cuestión es más de carácter valorativo, preguntándose si debe tener la misma gravedad la conducta cometida por un varón. La cuestión queda resuelta si se sigue un criterio estricto de acceso carnal como coito heterosexual. En el caso de ataque sexual de mujer a hombre la cuestión es más compleja, pues parece difícil pensar en la posible imposición violenta o por intimidación del acceso carnal. La precitada Circular de la Fiscalía General del Estado se muestra decididamente partidaria de la posibilidad del sujeto activo femenino, a pesar de reconocer la dificultad práctica, dada la exigencia de erección en el varón para poder lograr la penetración, pese a lo cual afirma que "la literatura erótica contiene ejemplos de esa imposición de relaciones sexuales forzadas al varón y de uso de medios mecánicos o químicos para lograr la erección...", a lo que añade el argumento de que "hay

que romper con el estereotipo tradicional de que la mujer es la protagonista inactiva de la relación sexual, en la que toda iniciativa corresponde al varón, manteniendo también en esto la igualdad de sexos."

Sujeto activo en la modalidad de penetración anal o bucal ha de serlo sólo el hombre, entendiéndose la penetración como la introducción del miembro genital masculino en cualquiera de las cavidades típicas del sujeto pasivo, que, es claro, podrá serlo el varón o la mujer.

El momento de la consumación delictiva plantea problemas diferentes en cada una de las tres formas típicas. Así, en el supuesto del acceso carnal se volverán a plantear todas las dudas acerca de si basta la *coniunctio membrorum* o bien es exigible, en mayor o menor medida, la *inmissio penis*, no siendo preciso que se alcance la eyacuación o, en su caso, la desfloración. Personalmente estimo acertado el criterio seguido por la sentencia del Tribunal Supremo de 29.09.92 (ponente Sr. BACIGALUPO), cuando afirma que "en un sentido puramente literal es indudable que hay penetración una vez que el pene ya ha superado el umbral del *labium majus*... no hay ninguna razón idiomática que imponga afirmar que la cavidad genital femenina comienza en la vagina, toda vez que desde el punto de vista puramente físico tal cavidad comienza en el *labium majus*, por tanto a partir de éste ya habrá penetración y, naturalmente, acceso carnal... cuando se accede con el órgano sexual masculino al ámbito del órgano femenino que delimita el *labium majus*, pues en ese momento ya se ha penetrado en una zona interior del cuerpo de la mujer, extraordinariamente reservada e íntima, con lo que la lesión del bien jurídico protegido es ya completa."

En el supuesto de la introducción de objetos, se requiere, obviamente, dicha introducción, en mayor o menor medida, en las cavidades típicas. Objetos que, dicho sea de paso, han de ser de carácter material (no siéndolo, por ejemplo, los dedos), exigiéndose, igualmente, una tendencia o contexto sexual. Dígase también, respecto de esta modalidad, que el objeto ha de introducirlo el sujeto activo del delito, de propia mano; si, por el contrario, obliga a la víctima a introducirse, se estará en presencia del tipo básico.

En lo que hace a la penetración bucal, algunos autores se muestran partidarios de exigir eyacuación para la perfección del delito, siguiendo el argumento práctico de la imposibilidad probatoria de la consumación en otro caso. No parece exigirlo así el texto legal. La dificultad probatoria es algo que ordinariamente acompaña a todo delito sexual, como casi a diario se encarga de recordar la jurisprudencia y nos enseña la práctica.

En cuanto a la posibilidad del concurso de delitos, habrá que estar a la normativa general contenida en los arts. 75 a 77, admitiendo supuestos de concurso ideal o real. En supuestos de detención ilegal habrá de tenerse en cuenta la supresión en el nuevo CP del delito de rapto. Problemas de mayor enjundia presenta la posibilidad de la continuidad delictiva.

C) Tipos cualificados

ART. 180: "Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del art. 178, y de doce a quince años para las del art.179, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias:

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

Se fundamenta la agravación en el hecho de que la conducta atentatoria contra la libertad sexual no precisa de tales actos para alcanzar su fin. Surge, por tanto, cuando además se pisotea, humilla o mancilla la dignidad del ofendido, "porque la penetración vaginal no tiene por qué pasar necesariamente por tales aberraciones." (STS 16.05.94)

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

No será preciso que todos los componentes del grupo realicen el acto de trascendencia sexual,

bastando con que participen en la fuerza o en la intimidación, reforzando la ventaja del que los ejecuta de propia mano, lo que inevitablemente conlleva una mayor debilidad de la víctima. Excluirá la agravante de abuso de superioridad (art. 22.2 CP).

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

Ha de tenerse presente que se está ante un subtipo agravado de la agresión sexual, por lo que se precisa de violencia o de intimidación, también frente a estos sujetos especialmente vulnerables. Comprende a cuantas personas se encuentren en una posición de mayor indefensión frente al agresor, por causa de su edad (niños, ancianos), enfermedad (física o psíquica), o, en general, por su situación, derivándose, además, una mayor facilidad para la comisión del delito, lo que agrava el reproche de culpabilidad.

"4ª.- Cuando el delito se cometa prevaliéndose de su situación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima."

Será exigible en este supuesto, además de la relación de parentesco -en todo caso en la línea recta, y hasta los hermanos en la colateral, con extensión a los afines y adoptivos-, la presencia adicional del elemento del prevalimiento, posición que origina "una menor libertad del consentimiento de la víctima, al faltar las condiciones de igualdad que son substrato de la necesaria libertad para la entrega voluntaria al acto carnal" (STS 30.10.82). El parentesco ha de ser aprovechado como elemento de mayor facilidad para la comisión del delito.

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

El fundamento de la agravación se encuentra en el mayor peligro para otros bienes jurídicos de especial valor o trascendencia, y que pueden ser fácilmente lesionados en ataques de esta naturaleza. Resulta evidente que basta el uso, -incluso meramente intimidatorio-, no precisando la causación de resultado alguno, que, caso de producirse, se castigará siguiendo las reglas del concurso.

Finaliza el precepto comentado con una agravación de segundo grado, del siguiente tenor:

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

BIBLIOGRAFÍA

COMENTARIOS AL CODIGO PENAL DE 1995. TOMAS S. VIVES ANTON. Ed. Tirant lo Blanch 1996.
"DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL", MUÑOZ CONDE Y GARCIA ARAN, 2ª Edición revisada. Tirant lo Blanch, 1996.
"LA VIOLACION EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA", JOSE AUGUSTO DE VEGA RUIZ. Ed. Cóllex, 1991.
"DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL", ORTS BERENGUER. Ed. Tirant lo Blanch, 1995.
"LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN LA REFORMA DEL CP 3/89". MARCHENA GOMEZ.
"ABUSOS SEXUALES". HERNANDEZ GALLEGU. En "Congreso sobre el nuevo CP", C.G.P.J., 1996.
"CODIGO PENAL DE 1995", MOYNA MENGUEZ, y otros. COLEX, 1996.
