

# Los delitos de agresiones y abusos sexuales

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS  
Universidad de Córdoba

## OBSERVACIONES GENERALES SOBRE EL TÍTULO VIII

### Relativas al contenido

Las modificaciones que se producen en la regulación de los delitos sexuales son formalmente de las más significativas y profundas que introduce el Código, que (salvo en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual) rompe con los precedentes legales anteriores. La prueba más simbólica de esa ruptura (aunque, a mi juicio, no la más significativa) probablemente sea la desaparición como tal del delito y del término violación, sin duda uno de los más emblemáticos en la realidad criminológica y social, evidencia de que estamos ante una regulación con pretensiones de novedad que, sin embargo, plantea, como veremos, inesperados problemas interpretativos.

Salvo en aspectos concretos, lo que desde luego no puede decirse de la nueva regulación es que venga a limitar sustancialmente la intervención penal en el ámbito sexual. De hecho, la gran novedad despenalizadora es la tan solicitada desaparición del rapto y la de algunos delitos relativos a la prostitución. Como contrapartida, se incrementan

sustancialmente los tipos agravados y, excepto en la reducción de la protección que en ciertos casos se prestaba a menores e incapaces, las penas vienen a ser equivalentes a las anteriores. El mantenimiento, con otro nombre, del estupro fraudulento y de las agresiones sexuales equiparadas al mismo es muestra más que reveladora de que las modificaciones son menos sustanciales de lo que pudiera parecer en principio. En realidad, lo que se ha hecho es profundizar en los criterios político-criminales que desde 1989 han estado en la base de la regulación penal de los comportamientos sexuales. Lo más destacable, sin duda, es el propósito de relativizar el papel del acceso carnal (entendido como relación heterosexual por vía vaginal y con sujeto pasivo mujer) dentro de la configuración de las distintas modalidades delictivas, que, de ser el eje en torno al que venían construyéndose, pasa a convertirse, junto a otros comportamientos asimilados al mismo, en un argumento para agravar los respectivos tipos básicos, que se construyen directamente sobre el atentado a la libertad sexual, considerada el bien jurídico protegido.

La protección se establece distinguiendo cinco grandes grupos de conductas. Las agresiones sexuales (Cap. I), para acoger a los comportamientos más graves, que se producen

(1) La sistemática original del P94 empezaba la regulación de los delitos contra la libertad sexual por los abusos sexuales, y continuaba con las agresiones sexuales. El contenido del Título fue relativamente debatido en el trámite parlamentario, que desechó una enmienda partidaria de mantener la regulación de las agresiones y los abusos sexuales en los términos del anterior Código, particularmente en lo relativo a la violación y al estupro. Especialmente debatida fue la conveniencia de mantener el término violación, mayoritariamente apoyada por los grupos parlamentarios, en base a su profunda raíz social y legal, pero que la ponencia no acepto por entender que ello significaría mantener la concepción de la sexualidad que precisamente quería revisarse: la asociada a la relación heterosexual por vía vaginal y con sujeto pasivo mujer.

con violencia o intimidación. Los abusos sexuales (Cap. II), en donde se incluyen los actos sexuales no violentos, pero no consentidos o con consentimiento viciado, considerando como tales siempre los que se producen con menores de doce años y personas privadas de sentido o enajenadas. Tanto en las agresiones como en los abusos sexuales las penas varían según que la conducta consista o no en el acceso carnal, penetración anal o bucal o introducción de objetos. El acoso sexual (Cap. III), de nueva creación y formulado en términos cuyo acierto resulta, por lo menos, discutible, para acoger la solicitud de favores sexuales por quienes tienen una posición de preeminencia respecto de la víctima. Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (Cap. IV) conservan su núcleo central, aunque se despenalizan los comportamientos realizados ante mayores sin su consentimiento. Los delitos relativos a la prostitución (Cap. V) se ven sustancialmente simplificados, manteniéndose dentro de las disposiciones comunes (Cap. VI) tanto la necesidad de denuncia como la ineficacia del perdón y las agravaciones habituales para familiares y guardadores de hecho o de derecho<sup>(1)</sup>. Las frecuentes referencias al «culpable de» no son sino extemporáneos alardes literarios que no entrañan alusión alguna a tipos criminológicos de autor.

### Relativas al bien jurídico protegido

Tanto en la rúbrica como en los distintos preceptos se afirma tajantemente que el bien jurídico protegido en estos delitos es la libertad sexual. Esto basta en punto de que algunos tipos básicos, de una forma dudosamente respetuosa con el principio de taxatividad, formulan sus conductas simplemente como atentar contra la libertad sexual con violencia o intimidación (art. 178) o como atentar contra la libertad sexual sin violencia o intimidación (art. 181). Y puesto que el Código pone tanto énfasis en ello, habrá que creerlo; sobre todo porque tal como ha definido ciertos delitos éstos serían inaplicables si resultara que no es ese el bien jurídico protegido.

El problema es que, por más que se empee el legislador, la libertad sexual no es el interés tutelado en los delitos referidos a menores e incapaces: sencillamente porque cuando se niega eficacia al consentimiento del sujeto, como se hace en todo caso respecto de ellos, se está correlativamente negando la posibilidad de autodeterminarse sexualmente, pues, decida lo que decida el sujeto, quien mantenga relaciones sexuales con él, quien realice ante él actos de exhibición obscena, quien le facilite material pornográfico o induzca, favorezca o facilite su decisión de dedicarse a la prostitución o a espectáculos exhibicionistas o pornográficos, comete un delito, aunque el comportamiento se produzca con el consentimiento o incluso a petición del menor o incapaz. La voluntad del sujeto pasivo sobre lo que quiere o no hacer en el ámbito sexual resulta, pues, en estos casos, legalmente irrelevante. Y si la libertad sexual no es otra cosa que la posibilidad de decidir autónoma y libremente sobre el propio comportamiento sexual, en definitiva, la autodeterminación sexual, no puede ser algo que se niega a estos sujetos lo que se está protegiendo. En realidad (como he puesto de manifiesto en otras ocasiones y se detallará al estudiar cada figura delictiva), en supuestos de esta naturaleza lo que fundamenta la protección penal es la *indemnidad sexual* de ciertos sujetos que, por razón de edad o de imposibilidad permanente o circunstancial de decidir, merecen una especial tutela en materia sexual. Por eso que hubiera sido mucho más acertado (y más adecuado al principio de legalidad) no utilizar el bien jurídico como referencia central en torno a los que se definen los tipos básicos, y, en todo caso, incluir en la rúbrica la referencia a la indemnidad sexual. Como consecuencia, para evitar que una interpretación estricta hiciera inaplicables los respectivos delitos en relación a los sujetos en los que tal libertad sexual no puede ser lo lesionado, no queda otra posibilidad que la de entender que la referencia está siendo utilizada en el (inexacto e inapropiado) sentido amplio defendido por algún sector doctrinal, haciéndola comprensiva tanto de la libertad sexual propiamente dicha como de la indemnidad sexual.

## LAS AGRESIONES SEXUALES

El tipo básico de las agresiones sexuales se contiene en el art. 178, que castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años a «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación». La reconsideración legal producida en estos delitos -que rompe con los precedentes legales anteriores, contruidos en torno al delito de violación como figura central, y a las agresiones sexuales, como figura subsidiaria-, tenía como propósito declarado el de aminorar el protagonismo del acceso carnal dentro de la lógica interna de las distintas modalidades delictivas. Pero, además, aunque tal vez no se pretendiera -de hecho, ello nunca fue objeto de comentario alguno en el debate parlamentario<sup>(2)</sup>-, modifica sustancialmente las bases sobre las que tradicionalmente se asentaba el tratamiento de menores e incapaces, y obliga a revisar alguno de los aspectos del papel de la fuerza y la intimidación, y de la correlativa resistencia, en el delito de agresiones sexuales. Todo ello con la conclusión de que si no se corrigen por vía interpretativa las consecuencias a las que conduce una interpretación ajustada de la nueva normativa pueden provocarse resultados absurdos. Veamos por qué.

### Concepto de agresión sexual

La agresión sexual es el más grave de los que el Código llama delitos contra la libertad sexual. Consiste en atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación. Puesto que la libertad sexual no es otra cosa que la facultad de decidir libremente en materia sexual, o lo que es lo mismo, la autodeterminación sexual, el delito se integra por todos aquellos comportamientos que, acompañados de violencia o intimidación, vienen a negarla. Como consecuencia, el delito de agresión sexual no es igual a comportamiento sexual violento, ni tampoco igual a comportamien-

to sexual no querido, sino que resulta equivalente a relación sexual *no consentida y violenta*. Y ello porque sólo puede hablarse de atentado a la libertad sexual allí donde se contradice o se desconoce la decisión del sujeto. Siendo así, donde medie el consentimiento válido no podrá hablarse de tal, de manera que la presencia del mismo destipifica el hecho, aunque la relación sexual se produzca con violencia o intimidación; por eso, los comportamientos sádicos o sado-masoquistas consentidos por el sujeto pasivo no constituyen agresión sexual. Del mismo modo, tampoco la integra el mero rechazo de una relación sexual, que, aún no querida, se realiza al fin sin coacción física o psíquica alguna; casos en los que podría integrarse, a lo sumo, un delito de abusos sexuales del art. 181. Igual que podría discutirse si configura el delito la relación sexual querida, pero en la que se rechaza la utilización de la violencia o la intimidación o una cierta forma de la misma.

Que el delito de agresión sexual es, pues, el comportamiento sexual no consentido y violento, y las conclusiones que de ello se derivan, únicamente podría ser cuestionado si se entendiera que siempre que concurra la violencia o la intimidación hay un delito de agresiones sexuales, aunque el sujeto consenta; o lo que es lo mismo: que siempre que hay un comportamiento sexual acompañado de violencia o intimidación no puede hablarse de consentimiento válido, aunque el sujeto pasivo haya aceptado uno y otras. Ello, sin embargo, resulta de todo punto inaceptable. De una parte, porque difícilmente puede hablarse de atentado contra la libertad sexual (que es lo que el tipo reclama) en lo que el sujeto acepta libremente; de otra, porque, concebido así el delito, se produciría una inadmisibles injerencia del Derecho penal, que vendría a restringir la libertad sexual de las personas adultas y capaces, que verían limitados los comportamientos sexuales que pueden consentir y realizar. Tampoco cabe presumir que siempre que está presente la violencia o la intimidación falta el consentimiento de

(2) El debate parlamentario se centró básicamente en el mantenimiento del término violación, la pena que debía corresponder a las agresiones sexuales, y en particular la correspondiente a las agresiones sexuales más graves, para las que acabó prosperando el límite comparativo que supone la pena del homicidio.

(3) Salvo en las intervenciones del Grupo Popular, que mantenía la conveniencia de volver a la regulación del Código anterior, en el debate parlamentario (aún dentro de una gran confusión y bastante huérfano, por cierto, de argumentos técnicos) parecía darse por sentado que la relación con menores de doce años sería constitutiva del delito de agresión sexual, incluso agravada por razón de edad (art. 180.3<sup>o</sup>). Sólo el representante del Grupo Popular insistió en varias ocasiones en que conforme a la nueva regulación la protección de los menores de doce años era inferior que la que prestaba el Código anterior. Entendía que ahora la relación sexual con los mismos integraría los abusos sexuales, y que sólo si mediaba violencia o intimidación entrarían en juego las agresiones sexuales. No advirtió tampoco, sin embargo, que el problema real no es ese: el problema es que, puesto que nada se dice en contra, no se rechaza la posibilidad de que un menor de doce años pueda consentir un delito de agresiones sexuales.

quien la sufre o que la ley no le reconozca eficacia alguna en materia sexual. Aunque ello puede ser cierto respecto de la intimidación, pues si el sujeto acepta el comportamiento sexual la amenaza de un mal no pasaría de ser un simulacro de coacción moral, incapaz de integrar el concepto, no ocurre lo mismo con la violencia, que puede ser real y efectiva aún cuando el sujeto acepte tanto el maltrato físico como el comportamiento sexual al que acompaña. Que el consentimiento de quien sufre la violencia física no tenga reconocido en el delito de lesiones más que un efecto atenuante (art. 155), no permite deducir sino que la concurrencia del mismo no impediría la eventual apreciación de un delito de lesiones, si llegara a producirse un menoscabo típico de la salud o integridad del sujeto. Lo que resulta perfectamente lógico, porque el bien jurídico protegido allí no se considera en principio disponible por el legislador penal -lo que resulta ciertamente discutible-, mientras que el que aquí se tutela, la libertad sexual, por definición ha de serlo si no se quiere que pierda todo su sentido.

### El consentimiento de menores e incapaces en el delito de agresiones sexuales

Las consecuencias inmediatas que se derivan de este entendimiento de las agresiones sexuales son dos. La primera que, puesto que sujeto pasivo del delito puede ser cualquiera («otra persona»), cualesquiera que sean su sexo, edad o condiciones, viene a reconocerse, inicialmente, que los menores o incapaces serían sujetos pasivos de un delito de agresión sexual sólo en la medida en que no consientan el hecho. Prueba de ello es que la especial vulnerabilidad del sujeto por razón de edad o de enfermedad sólo se contempla en el art. 180.3<sup>o</sup> como una causa de agravación. Esto es: que, puesto que legalmente nada se dice en contra, a efectos del delito de agresión sexual (recuérdese: comportamiento sexual no querido y violento) no se descarta la posibilidad de que menores e incapaces pueden decidir en materia sexual, y que, si consien-

ten la relación, ésta no será delito aunque la acompañe la fuerza o la intimidación. Ello supondría tener que valorar caso por caso si el sujeto tenía la capacidad suficiente para prestar un consentimiento eficaz, acudiendo para ello a los requisitos generales del consentimiento como concepto jurídico. En principio, pues, la regulación legal de las agresiones sexuales no descarta que pueda consentir (destipificando el hecho) un menor o quien sufra alteraciones psíquicas permanentes o transitorias, de manera que la aparición o no del delito dependería de qué interpretación se mantenga respecto de los requisitos de capacidad precisos para consentir; cuestión doctrinalmente polémica, como muestran las distintas posturas mantenidas en relación a otros delitos. Y este punto de partida, que puede discutirse, es sostenible<sup>(3)</sup>.

Pero lo que no es sostenible es la incoherencia, resultando una absoluta contradicción que se acepte inicialmente la posibilidad de que no se integre el delito de agresiones sexuales (el más grave), respecto de menores e incapaces que consientan, y que, sin embargo, esa eventualidad se rechace de plano respecto de los abusos sexuales (lo menos grave), que en relación a estas personas son en todo caso constitutivos de delito. Y es que el art. 181, al regular los abusos sexuales, que se producen cuando el atentado sexual tiene lugar sin violencia o intimidación, niega de principio cualquier eficacia al consentimiento de tales personas, que será ineficaz en todo caso y con independencia de las circunstancias concretas del caso y del sujeto (art. 181.2). Lo que suscita una paradoja y una consecuencia absurdas. La paradoja (incomprensible) es que no se reconoce nunca a menores y a personas con alteraciones psíquicas capacidad para consentir comportamientos no violentos, pero sí se acepta tácitamente esa posibilidad en los violentos. La consecuencia (inaceptable) es que en los comportamientos sexuales acompañados de violencia o intimidación y consentidos por menores o incapaces pueden decidir por agresiones sexuales habría que añadir

la imposibilidad de aplicar los abusos, puesto que, por mandato legal expreso del art. 181, éstos son los que se producen «sin violencia o intimidación», característica típica negativa que faltaría en estos casos. La única forma de solventar tan disparatada conclusión es entender que tampoco en las agresiones sexuales es eficaz el consentimiento de los menores o incapaces, aunque implícitamente se deduzca lo contrario. Es decir, que la libertad sexual es un derecho que no pueden ejercer. Lo que supone reconocer, como ya se dijo, que no es la libertad sexual en sentido propio el bien jurídico protegido en estos casos. El problema, entonces, lo plantearía la formulación típica, por haber definido el delito como atentado a lo que ciertos sujetos no tienen.

En resumen: se han revisado completamente los presupuestos de la regulación de estos comportamientos, probablemente (entre otras razones) para no tener que reconocer que hay sujetos respecto de los que la protección es absoluta porque en ellos no resulta operativo construir las figuras legales sobre la idea de que se lesiona su libertad sexual (lo que supondría tener que aceptar la eficacia de su consentimiento), para llegar a tener que aceptar como ineludible este punto de partida; eso sí, por vía interpretativa y para resolver lo que de otra forma sería un auténtico sinsentido. Por tanto, la conclusión final es la siguiente: los actos sexuales no violentos con menores de doce años, sujetos que sufran trastornos mentales de cuya situación se abusa, o personas que estén privadas de sentido, integra como mínimo siempre un delito de abusos sexuales (art. 181); si el hecho se realiza con violencia o intimidación, se producirán unas agresiones sexuales, aunque el sujeto consienta (art. 178). De esta forma, resulta impracticable la pretensión que parecía buscar el legislador de establecer una radical diferencia entre los comportamientos realizados contra la voluntad del sujeto pasivo (agresiones sexuales) y los que se producen sin ella (abusos sexuales).

### **La violencia, la intimidación y la resistencia del sujeto pasivo**

Sólo hay agresión sexual si el comportamiento sexual se produce con violencia o intimidación. El papel que pueden jugar una y otra en el delito es doble: o el de medio a través del que se vence la voluntad contraria del sujeto pasivo, de forma que entre la coacción y el acto sexual hay una relación causal que hace a ésta consecuencia de la primera o, si la voluntad contraria consta, el de simple acompañamiento del atentado sexual. Y es que donde esté acreditada la falta de consentimiento de la víctima, aunque seguirá siendo precisa la violencia o la intimidación, éstas no tienen el sentido finalista de dirigirse a vencer la voluntad contraria del sujeto pasivo, sino que cumplen un mero, pero necesario, papel de acompañamiento a la relación sexual.

En todo caso, el comportamiento sexual en cuanto tal no puede considerarse la violencia que necesita el delito, sino que uno y otro son elementos separados y autónomos del mismo. Así lo resalta la prosa legal, que define a las agresiones sexuales como un atentado sexual «con» violencia o intimidación, lo que convierte a ambas en un componente añadido a la propia relación sexual en sí.

Esta circunstancia hace atípicas por agresión sexual, a mi juicio, las relaciones con persona incapacitada para resistir, tanto si es por imposibilidad derivada de las condiciones del sujeto pasivo (persona parapléjica) como si lo es por el comportamiento previo de un tercero no partícipe en el hecho (víctima atada), dado que en supuestos de este tipo no concurre la violencia o intimidación que requiere el delito. El criterio mantenido por algún sector doctrinal, partidario de que basta la explotación de la fuerza ajena, no parece corresponderse bien con la letra de la ley, que sanciona a «El que atentatare ... con violencia o intimidación»; o lo que es lo mismo: exigiendo que el autor del atentado sexual sea el que actúe también la vio-

lencia o la intimidación. Si falta el consentimiento, tales comportamientos integrarán a lo sumo un delito de abusos sexuales del art. 181.

«Violencia» es la fuerza física aplicada directamente sobre el sujeto pasivo; el maltrato de obra que se utiliza para imponerle un comportamiento sexual no deseado, o que, si consta la falta de consentimiento, acompaña a la relación sexual. «Intimidación», es la amenaza de un mal posible, incluíble para el sujeto, dependiente de la voluntad del que amenaza, y que constriñe efectivamente la voluntad de la víctima; su papel es el mismo que el de la violencia. Para la integración del delito basta con que concurra una u otra, aunque lo normal en la práctica es que vayan unidas y que la aplicación de la fuerza genere efectos intimidativos sobre el sujeto que la sufre. No es preciso tampoco que se extiendan a lo largo de todo el proceso ejecutivo, bastando con que sea previas o coetáneas al inicio de la relación sexual. Legalmente no se exige ni para una ni para otra que hayan de tener una cierta entidad, por lo que, en principio, podría integrar el delito cualquier forma de coacción física o psíquica, cualquiera que sea su gravedad e importancia: sujetar levemente por los brazos, empujar, amenazas livianas, etc. (aunque sobre ello habremos de volver después).

También la resistencia del sujeto pasivo sigue siendo en ciertos casos uno de los elementos implícitos del delito. Y es que la resistencia sería un elemento innecesario si agresión sexual fuera simplemente igual a comportamiento sexual no querido o a relación carnal con violencia o intimidación; pero no lo es, porque agresión sexual es, como se ha visto, comportamiento sexual no consentido y violento. Por tanto, sigue habiendo casos en los que la violencia y la intimidación tienen un sentido instrumental: cuando tales procedimientos son el medio que se utiliza para vencer la voluntad contraria del sujeto pasivo, que, ése sí, constituye siempre el núcleo central de la figura. Como consecuencia, donde no resulte acreditada la falta de consentimiento del sujeto pasivo, la medida y la forma en que éste se opo-

ne a la relación sexual violenta seguirá siendo un elemento esencial para conocer si estamos o no ante un comportamiento que se realiza contra su voluntad y, por tanto, ante una agresión sexual. No será un elemento determinante, en cambio, donde conste claramente la voluntad contraria del sujeto; aunque seguirá siendo precisa la violencia o la intimidación, que ya no tienen, sin embargo, el sentido finalista de dirigirse a vencer la voluntad contraria del sujeto pasivo, sino que cumplen un mero, pero necesario, papel de acompañamiento a la relación sexual.

Otra cosa es que un elemento implícito del delito como es la resistencia no deba adquirir un protagonismo superior al de los explícitos (la falta de consentimiento y la violencia o intimidación), convirtiéndola en el pivote central de la interpretación y aplicación de la figura legal. Ni ello debe ser así ahora, ni tenía por qué haberlo sido antes, porque la resistencia sólo debe ser un elemento a considerar cuando no conste por otros medios, derivables incluso de las circunstancias en que se produce el hecho (tiempo, lugar, relación entre los sujetos, etc.), que el sujeto pasivo no consiente la relación sexual. Y desde esa perspectiva debe ser analizada, ahora y antes, su forma e intensidad, exigiéndola únicamente en estos casos, y reclamando tan sólo la que resulte precisa para acreditar la inequívoca voluntad contraria de la víctima.

#### **El comportamiento sexual constitutivo del delito**

El art. 178 deja sin aclarar qué tipo de comportamientos pueden integrar el atentado a la libertad sexual que se sanciona, a los que tampoco se les exige gravedad objetiva alguna. La fórmula legal «atentare contra la libertad sexual de otra persona» permite acoger los supuestos más dispares, cualquiera que sea su entidad y trascendencia; desde el *pellizco erótico* hasta el *beso robado*, pasando por la omisión, que literalmente tampoco queda excluida. Es más, las diferencias de penas establecidas entre este artículo 178 (uno a cuatro años de prisión) y el siguiente, que castiga las agresiones que consistan en acceso car-

nal, introducción de objetos o penetración anal o bucal (de seis a doce años), apoya la idea de que quieren acogerse en el tipo básico incluso los comportamientos de escasa relevancia. Como sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona, pueden resultar típicas todo tipo de relaciones sexuales: hombre-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre, mujer-mujer. Tampoco queda claro si el atentado sexual precisa contacto corporal entre los sujetos implicados. Aparte de que se trate de un comportamiento de naturaleza sexual, pues, poco más cabe deducir de la fórmula legal, nada respetuosa de la taxatividad. Por eso que sea necesario proponer criterios interpretativos que suplan la parquedad de la fórmula legal.

#### **Criterios correctivos necesarios para la interpretación del delito de agresiones sexuales**

En la hipótesis extrema, combinando todas las posibilidades que el art. 178 deja abiertas, y puesto que no se exige gravedad para nada, una interpretación simplemente literal tendría que apreciar el delito de agresiones sexuales en quien hace oír a otro un relato erótico con la amenaza de comunicar a sus padres que sale con un joven que les disgusta; comportamiento que debería ser castigado, en el mejor de los casos, ¡con un año de prisión! Y esto en un Código que dice respetar la intervención mínima y restringir la aplicación de las penas de prisión sólo a los comportamientos más graves.

No queda más remedio, pues, que entender que no es esto lo que el legislador pretendía, por lo que se hace obligada una interpretación restrictiva que reconduzca la desmesura típica a una cierta razonabilidad. A mi juicio, ello significa:

1. Exigir tanto para la violencia como para la intimidación una cierta gravedad; en todo caso la suficiente para constreñir la voluntad de la víctima (en los términos que se han expuesto en torno a la resistencia) o para haberla constreñido, si ello hubiera sido preciso; sólo así podrá hablarse

con cierta propiedad de «agresión sexual». Así se deriva, además, del art. 180.1ª, que si agrava la pena cuando la violencia o la intimidación sean «particularmente» degradantes o vejatorias, es porque la necesaria para el delito ha de serlo en todo caso. El mismo fundamento de la agravante 5.ª del art. 180, que eleva la pena cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o lesiones graves, revelaría la necesidad de que la violencia y la intimidación necesarias para el delito tengan una cierta intensidad.

En lo que se refiere en particular a la intimidación, ha de requerirse que la amenaza fuera por sí capaz de integrar un delito del art. 169, que limita los males posibles a la causación de los que constituyen delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio o el orden socio-económico. En concreto, la amenaza de causar al sujeto pasivo un mal relacionado con sus legítimas expectativas en el ámbito en el que eventualmente pueda tener relación con el sujeto activo no integrará nunca la intimidación, puesto que la existencia expresa del delito de acoso sexual (art. 184) evidencia que tales amenazas se considera por el propio legislador que no tienen la entidad suficiente para conformar la intimidación que precisan las agresiones sexuales. Y es que, si no fuera así, el acoso sexual habría venido en realidad a tipificar expresamente tentativas de agresión sexual, sancionándolas, paradójicamente, con menor pena, lo que resulta contradictorio con los propósitos político-criminales que se pretendían con la incorporación de esa figura delictiva.

2. Que, como corresponde al propio sentido del término, los «atentados» castigados han de tener también una cierta gravedad objetiva, excluyendo actos de importancia menor. En este sentido, ni el simple beso, ni el rozamiento circunstancial ni comportamientos similares tienen trascen-

dencia suficiente para integrar el delito. Entenderlo de otra forma, considerando delito cualquier comportamiento, por muy sexual que sea la intención con la que el sujeto lo realiza, significaría instalar el delito en un inadmisibles plano subjetivo, que concebiría la lesión del bien jurídico más en términos de tendencia que de efectiva afectación. Los actos de escasa relevancia deben ser tratados como una falta del art. 620.2; en su caso, en concurso con el delito o falta de lesiones que corresponda, si la violencia o la intimidación empleada hubiera provocado algún resultado lesivo de la salud o integridad de las personas.

3. Que sólo se castigan los atentados que comporten contacto corporal, aunque sea en el sentido más amplio: sujeto activo sobre el sujeto pasivo o al revés, sujeto pasivo sobre un tercero, o viceversa. Los casos en que se obliga al sujeto pasivo a realizar un comportamiento sexual sobre sí mismo también integran el delito de agresión sexual, puesto que concurre el elemento de instrumentalización sexual del cuerpo de la víctima con medios violentos que se encuentra en el fondo de estos delitos. No, en cambio, el simple exhibir ante menores o incapaces los actos que el sujeto activo realice sobre sí mismo o con un tercero, que sólo deben resultar punibles cuando se realicen ante menores o incapaces, en los términos del art. 185; ello, sin perjuicio de la eventual aplicación de las coacciones o de las amenazas. Del mismo modo, en las hipótesis del art. 185 en las que se obliga a otro a ejecutar actos de exhibición obscena ante menores o incapaces, si ello se hace con violencia o intimidación, se producirá un concurso de delitos entre el art. 185 y las agresiones sexuales del art. 178. Así lo exige la relación con los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (art. 185) y la utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189.1).

que castigan comportamientos que no entrañan contacto corporal entre la víctima y el sujeto activo. El propio sentido del art. 179, que agrava ciertas conductas que presuponen el contacto corporal, reafirmaría también el criterio. Lo importante es, pues, que la conducta incida material y efectivamente sobre el cuerpo de la víctima y no sólo sobre su voluntad. No es preciso, empero, que ello se traduzca necesariamente en tocamientos o contactos de una parte corporal del sujeto activo con otra del pasivo, como muestra el hecho de que se agrave la pena cuando se produce la «introducción de objetos» (art. 179), que aún suponiendo una incidencia corporal en la víctima no comporta la correlativa intervención directa del cuerpo del sujeto activo o de un tercero.

4. Por la misma razón, tampoco integran el delito los casos en que se impide a otros con violencia o intimidación la realización de comportamientos sexuales. Conforme a una interpretación estricta de la letra del art. 178, sin embargo, supuestos de este tipo no tendrían por qué quedar excluidos del delito de agresiones sexuales, puesto que también en ellos puede considerarse que se atenta contra la libertad sexual de los sujetos, en la medida en que se les impide el ejercicio de su decisión sexual. La razón de que tales casos no constituyan agresiones sexuales no es, como se ha pretendido, que el sentido de las agravaciones del art. 180 no se corresponden con supuestos de este tipo, sino, como ya se ha puesto de manifiesto, que el delito de agresiones sexuales requiere algún contacto corporal de naturaleza sexual sobre el sujeto pasivo, lo que no ocurre en estos casos; supuestos de este tipo podrán dar lugar, en su caso, a las amenazas o a las coacciones.

5. Que no cabe la comisión por omisión, porque se requiere que la violencia o la intimidación la actúe, por sí, con otros o por medio de otros, el autor



del atentado sexual. El propio sentido de los términos atentado y agresión no se corresponde con la posibilidad de responsabilidad por omisión.

#### **Dolo, formas de aparición y concursos**

El dolo debe comprender el conocimiento de la falta de consentimiento del sujeto pasivo. Estamos ante un delito de simple actividad cuya consumación se alcanza con la realización del comportamiento de naturaleza sexual. La tentativa se producirá tanto si no llegan a completarse los actos de violencia o intimidación como cuando, realizados éstos, no se ejecuta completamente el comportamiento sexual. Es posible tanto la coautoría como la autoría mediata. Dado que la conducta típica se integra tanto por el ejercicio de la violencia o intimidación como por el comportamiento sexual en sí, puede ser coautor quien se limita a ejercer la coacción física o psíquica, sin realizar acto sexual alguno. La aceptación de la autoría mediata no ofrece dificultades si se considera que la nueva estructura típica ha diluido el carácter de delito de propia mano que podía asignarse (parcialmente) a la violación; como ya se ha dicho, el contacto corporal necesario para la integración del delito no tiene por qué producirse directamente entre autor y víctima, lo que elimina cualquier obstáculo para la admisión de la misma.

No están excluidas del delito ningún tipo de relaciones, por lo que no hay inconvenientes que impidan la apreciación del delito entre cónyuges, que no podrán invocar el ejercicio de un derecho. Deberá apreciarse el concurso de delitos que corresponda cuando como consecuencia de la violencia, la intimidación o el acto sexual se produjeran resultados lesivos para la vida, la salud o el patrimonio; deben considerarse consumidas por el delito, sin embargo, las lesiones constitutivas de falta (art. 617.1) y los simples maltratos de obra (art. 617.2). Con las amenazas y coacciones se plantea un concurso de normas, en el que, si concurre la dimensión sexual, es ley preferente el delito de agresiones sexuales.

#### **Agresiones sexuales agravadas en razón de la gravedad del comportamiento sexual**

El art. 179 agrava la pena (prisión de seis a doce años) «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal». Los elementos del delito son los del art. 178, que quedan expuestos, del que es una modalidad agravada. La única diferencia viene dada por el contenido de la agresión, que debe consistir necesariamente en el acceso carnal, la introducción de objetos o la penetración bucal o anal. Se explica por ello la gran diferencia de pena que se establece con el tipo básico.

Dada la interpretación propuesta para los menores de doce años y personas privadas de sentido o que sufran alteraciones mentales (vid. supra II.2), los comportamientos que aquí se castigan coinciden con el delito de violación del Código anterior, con la única diferencia de que se asimila al mismo la introducción de objetos, que antes se trataba como comportamiento de menor gravedad. La desaparición del término violación, sin duda de gran tradición cultural, criminológica y legal, pretendía romper con la idea que la asocia a la relación heterosexual por vía vaginal y en la que sujeto sólo puede ser la mujer, lo que en los debates parlamentarios se consideraba una rémora en la interpretación de los preceptos y una invitación a posiciones jurisprudenciales retrógradas. Personalmente no creo que sea este el aspecto más significativo de la nueva regulación, aunque no veo por qué el evitar esa identificación conceptual -idea que comparto- hubiera impedido necesariamente mantener el término. Desde luego, lo que sí me parece un simplismo es la idea de que prescindiendo de esa referencia se dificultan interpretaciones jurisprudenciales indeseables; que, por otra parte, justo es reconocerlo, fueron excepcionales.

Debe señalarse, sin embargo, que constituye un acierto de la nueva regulación el haber separado del concepto

de acceso carnal las que ahora, con mayor rigor, se denominan penetraciones bucales o anales, y que, por más que puedan considerarse de una gravedad equiparable o incluso superior al mismo, conceptualmente no pueden ser consideradas como modalidades del mismo. El «acceso carnal» queda reducido así a las relaciones heterosexuales que consistan en la penetración del pene en la vagina de la mujer; en realidad, el equivalente de la violación en sentido estricto. Produciéndose ello, resulta indiferente que sujeto activo sea una mujer o un hombre; las elucubraciones en torno a si es posible o no que el hombre se vea forzado a realizar un acceso no querido corresponden más a la literatura galante que al comentario de este artículo, que, con acierto, no excluye tal posibilidad. Las resistencias que encontró en un cierto sector doctrinal la aceptación de la que se denominará *violación inversa*, en la que sujeto activo es la mujer y pasivo el varón, infundadas ya entonces, carecen ahora de sentido alguno. La idea en otro momento utilizada de que el concepto de acceso carnal implica acceder, y que ello sólo puede hacerlo el varón, que sería, por tanto, el único sujeto activo posible, sólo tienen sentido desde una concepción *masculinista* de la sexualidad, que no se corresponde en absoluto con la identificación de la libertad sexual como bien jurídico protegido. Entre otras razones, porque ello supondría considerar atípicas las agresiones en las que el hombre resulta obligado a tener acceso carnal con una mujer, que si no pudieran considerarse acceso carnal tampoco cabrían en la penetración anal o bucal o en la introducción de objetos. Con el absurdo, además, de que sería posible aceptar que la mujer es sujeto activo en las introducciones de objetos, por ejemplo, y no en el acceso carnal. Las relaciones homosexuales entre hombres no integran el acceso carnal, sino que deberán incluirse dentro de la referencia a penetraciones por vía anal o bucal.

Para la consumación no se requiere, en ninguno de estos casos, la eyaculación; basta con que el pene se introduzca, siquiera sea mínimamente, en la ca-

vidad vaginal, anal o bucal del sujeto pasivo. Por asimilación a la penetración anal, que sólo es posible con el órgano genital masculino en estado de erección, también debe exigirse lo mismo para la penetración bucal. La tentativa se producirá tanto si no llegan a completarse los actos de violencia o intimidación como cuando, realizados éstos, no se ejecuta completamente el comportamiento de naturaleza sexual. En todo caso, debe tenerse presente que si se hubieran producido tocamientos podrá aplicarse el tipo básico del art. 178 en grado de consumación, que será de aplicación preferente si determinara la imposición de una pena superior.

En la «introducción de objetos», considerada antes como un supuesto de menor gravedad que los anteriores, no queda claro si se incluye sólo la equiparable al acceso carnal, la asimilable a la penetración bucal o anal, junto a la que se cita, o la que se produzca en cualquiera de esas cavidades. La prosa legal parece querer conectarla al acceso carnal, lo que supondría considerar típicas únicamente las que se produjeran en la vagina de la mujer. Los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales, sin embargo, abogan por la interpretación amplia, por lo que como tal habrá de considerarse la penetración realizada en la cavidad vaginal, anal o bucal del sujeto pasivo con cualquier cosa o instrumento que cumpla una función equivalente a la del pene. Cuando se trate de introducción bucal, deberá estarse especialmente atento al significado último del hecho, para evitar considerar como agresiones sexuales lo que pueden ser vejaciones o malos tratos puramente físicos. A mi juicio, deberá requerirse en todo caso algún contacto corporal de naturaleza sexual, previo, simultáneo o posterior a la introducción. Ni antes, y mucho menos ahora, pueden incluirse aquí los supuestos de inseminación artificial no consentida, que deben llevarse al art. 162.

#### En razón de la concurrencia de determinadas circunstancias

Las penas de los artículos anteriores se ven sustancialmente agravadas cuan-

do concurra alguna de las circunstancias que se detallan en el art. 18<sup>b</sup>). Las penas que se señalan varían según que el comportamiento base integre unas agresiones sexuales del art. 178 (prisión de cuatro a diez años) o del art. 179 (prisión de doce a quince años). Si concurren dos o más, las penas se impondrán en su mitad superior, sin que rijan, por tanto, las reglas del art. 66. Ello supone la posibilidad de llegar a imponer como máximo la pena de quince años de prisión, que es el límite superior dispuesto para el homicidio.

La primera agravación requiere que la violencia o la intimidación «no el acto sexual en sí» tengan un carácter particularmente degradante o vejatorio<sup>(4)</sup>. Que no se refiera al acto de naturaleza sexual resulta lógico si se considera que el art. 179 ha agravado ya los supuestos que pueden considerarse más graves. El término «particularmente» salva la objeción de que cualquier atentado sexual es agravante y vejatorio, por lo que se requiere una violencia acreditativa de una especial intención de humillar o ultrajar a la víctima, mortificándola más allá de lo que es propio de este tipo de agresiones. No se comprende la utilización de una violencia excesiva o especialmente grave, eventualmente incluíble en la circunstancia 5<sup>a</sup>, sino la que incrementa los contenidos de explotación y desprecio personal que son consustanciales al delito. La referencia a «ejercidas» no limita las posibilidades de aplicar la agravación a las agresiones sexuales consumadas, sino que resulta compatible con la tentativa, en la medida en que el uso de la violencia o intimidación constituyen el mínimo ejecutivo preciso para que pueda surgir la responsabilidad criminal.

La actuación en grupo, frecuente en las violaciones, además de dar lugar a la coautoría de los intervinientes en tantas agresiones sexuales como en conjunto se hayan cometido, determina también la agravación de la pena de todas y cada una de ellas. Se requieren tres o más personas, cualquiera que sea su sexo, y una actuación conjunta, lo que supone agravar ciertos supuestos de codelin-

cuencia<sup>(6)</sup>. La referencia a la comisión del hecho permite incluir tanto los casos en que los componentes del grupo sean todos coautores como cuando intervienen también cómplices. La razón de la agravación, próxima a la del art. 22.2<sup>a</sup>, de inclusión acertada, y frecuente en el derecho comparado, es clara: la pluralidad de personas aumenta los componentes violentos e intimidativos del hecho, asegura la comisión del delito y reduce drásticamente las posibilidades de defensa de la víctima.

Semejante es la razón de ser de la circunstancia 3<sup>a</sup>, que contempla también casos de especial indefensión del sujeto pasivo: «Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación.» No cualquiera, sin embargo, sino los que se deban a una especial vulnerabilidad, que los hace presa fácil de sujetos desaprensivos. En realidad, el fundamento último de esta circunstancia es semejante a la de abuso de superioridad, y en términos semejantes a ella debe ser interpretada. La razón de edad es capaz de comprender tanto las avanzadas como las cortas, siempre en relación con la de la del autor, el estado físico recíproco, etc; en todo caso, parece que deberá apreciarse cuando el sujeto sea menor de doce años. La referencia a la enfermedad, alude tanto a alteraciones físicas que impidan o reduzcan significativamente las posibilidades de defensa, como psíquicas, por ejemplo en los casos de trastorno o debilidad mental. La razón de «situación» (tan frecuentemente utilizada por el Código), es capaz de acoger cualquier hipótesis que determine el mismo efecto: gran desproporción de fuerzas, privación de sentido, etc. No creo que pueda incluirse, sin embargo, los casos de agresión por dos sujetos, pues ello sería burlar el propósito legal, que sólo quiere agravar los delitos en los que los atacantes son tres o más. Tampoco caben los supuestos de aprovechamiento por el autor de la indefensión de la víctima (persona parapléjica, atada por un tercero, etc.) en los que el atentado sexual se produzca sin violencia o intimidación, puesto que tales casos, como

(4) En el Senado se rechazó una enmienda que proponía la supresión del artículo, por entender que las circunstancias genéricas de agravación podrían producir el mismo efecto agravante.

(5) En el P94, la circunstancia 1<sup>a</sup> aludía a la especial gravedad de la fuerza, atendiendo a su carácter vejatorio o degradante. En el debate parlamentario se discutió si la especial gravedad debía apreciarse en el acto sexual o en la violencia, siendo por vía de enmienda como se le dio la redacción actual, que pone el énfasis en la segunda.

(6) Respecto de la circunstancia 2<sup>a</sup> se rechazó una enmienda que pretendía reducir a dos el número de sujetos necesarios para aplicarla.

ya se dijo, no integran el delito de agresiones sexuales.

El prevalimiento de las relaciones de parentesco supone, igualmente, aprovecharse de unas circunstancias en las que es mayor la indefensión del sujeto pasivo, sobre todo psicológica. La agravación concurre cuando el sujeto activo es ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima, comprendiendo también, por tanto, las relaciones descendiente-ascendiente. En todo caso, es preciso que concurren los elementos del art. 178 o 179, por lo que el vínculo parental no puede servir para sustituir la necesaria violencia o intimidación, que deben ser apreciables como en cualquier otro delito. No obstante, la naturaleza del supuesto se corresponde más con los casos en que medie la intimidación que con aquellos en que se use la violencia. Tampoco es bastante con que la relación exista, sino que se necesita prevalerse de ella; esto es: su utilización consciente por parte del autor para ver facilitada la comisión del delito. Entre los vínculos parentales que se mencionan no se incluye el matrimonio, lo que en ningún caso puede servir para deducir que no caben las agresiones sexuales dentro del mismo. El delito sigue siendo contra la libertad sexual, y la agravación se fundamenta en el ascendiente que el autor puede tener sobre la víctima; no se toman en cuenta, por tanto, consideraciones basadas en la preservación de las relaciones familiares o en la punición del incesto, que no forman parte del especial reproche propio de la agravación. Prueba de ello es que se incluyen también las relaciones de adopción y los afines en los mismos grados.

Para la apreciación de la circunstancia 5ª no basta la utilización de cualquier medio peligroso: es preciso que lo sean porque su uso hace surgir o aumenta el riesgo de producir la muerte o lesiones graves al sujeto pasivo (arts. 149 y 150). La referencia genérica a «medios» permite incluir también el uso de "procedimientos" de la misma y especial peligrosidad. El que se excluya de la agra-

vación otro tipo de lesiones menos graves ha de servir para evitar la apreciación automática y exigir una cierta peligrosidad objetiva en el objeto o en el procedimiento utilizado. De esa naturaleza son sin duda las armas, de fuego o blancas, y los objetos contundentes como barras de hierro, cadenas, palos, etc. No basta con el que sujeto los lleve consigo, sino que deben ser utilizados como medio de la violencia o la intimidación («haga uso»), pues sólo en ese caso pueden producir el riesgo requerido por la circunstancia. Así se deduce, además, de la advertencia final de que la agravación opera sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por la muerte o lesiones causadas; previsión, innecesario es advertirlo, que aunque referida a los resultados que se produzcan con el uso de tales instrumentos no excluye la apreciación del correspondiente concurso de delitos cuando la causa sea otra.

## LOS ABUSOS SEXUALES

Abuso sexual es cualquier acto no querido que atente contra la libertad sexual de otra persona, realizado sin violencia y sin intimidación (art. 181). Dentro de los mismos se distinguen dos grandes categorías: los que se realizan sin consentimiento, tipificados en el apartado 1; y los que se producen con consentimiento viciado, bien porque se obtiene prevaliéndose de una situación de superioridad, apartado 3, o por mediar engaño, en los términos del art. 183. No consentidos se consideran siempre los realizados con menores de doce años y con personas privadas de sentido o abusando de su trastorno mental, que se castigan, además, más gravemente (apartado 2).

### Tipo básico

No se define aquí tampoco qué tipo de actos son capaces de integrar la conducta típica. No obstante, la estructura paralela que se establece con las agresiones sexuales a la hora de diferenciar entre los comportamientos susceptibles de conformar la conducta, tratando separadamente los que consisten en cual-

quier acto y los que se traduzcan en un acceso carnal, en la introducción de objetos o en la penetración bucal o anal (art. 182, párr. 1º), permite deducir que los actos sancionados son, en cuanto a su gravedad objetiva, los mismos que en el art. 178 (vid. supra). Y es que la diferencia entre las agresiones y los abusos sexuales no se encuentra en la naturaleza del acto impuesto, sino en la forma en que se atenta contra la voluntad del sujeto pasivo, que allí tiene que ser de una forma violenta que aquí queda expresamente excluida. Como consecuencia, lo que queda dicho para el art. 178 sobre los actos capaces de integrar el delito puede darse por reproducido aquí: es preciso que haya contacto corporal entre los sujetos, en el sentido amplio que se expuso y es preciso, del mismo modo, que el comportamiento sexual tenga una cierta entidad objetiva. Otro tanto puede decirse respecto de los sujetos, que pueden ser del mismo o de distinto sexo y de cualquier edad (vid. supra).

En este apartado primero, si media consentimiento no hay delito alguno; por eso se trata de un atentado contra la libertad sexual. Para que se integre el abuso sexual basta con que esté acreditado que el sujeto no acepta el comportamiento sexual: es suficiente, pues, con que el sujeto pasivo diga claramente: *¡no!* Como no puede haber ni violencia ni intimidación, la resistencia no tiene aquí papel alguno, de forma que lo que parece castigarse como abusos sexuales son los comportamientos no queridos y no violentos que el sujeto pasivo se limita a soportar pasivamente. Ello abre grandes posibilidades al error sobre la presencia de consentimiento, cuya presencia, tanto si es vencible como invencible, determinará la impunidad del hecho, dado que no está castigada la forma imprudente de comisión (vid. art. 14)<sup>7)</sup>. Aquí deben tipificarse los atentados sexuales con persona imposibilitada para resistir (vid. com. art. 178).

El consentimiento ha de ser válido y prestado por persona capaz. No lo es el que otorgan los sujetos a los que se refiere el apartado 2. Tampoco lo es plena-

mente el que se obtiene prevaleándose el sujeto de una situación de superioridad y el que es consecuencia del engaño, que darán lugar, respectivamente, a la aplicación de los delitos del art. 181.3 y 183. No obstante, cuando el sujeto sea incapaz deberá aplicarse el art. 181.1, aunque concurra, además, el prevalimiento, puesto que tiene señalada mayor pena que éste, y la misma que el abuso mediante engaño, con la diferencia que supone la limitación de edad establecida en los abusos fraudulentos del art. 183.

### **Abusos sexuales con menores de doce años, personas privadas de sentido o abusando de su trastorno mental**

En todo caso, habrá abuso sexual cuando se trate de menores de doce años, de personas privadas de sentido o de personas con trastorno mental, circunstancia de la que abusa el autor (art. 181.2). Aunque consientan hay delito, lo que significa, con toda evidencia al menos respecto de los dos primeros supuestos, que no se les reconoce capacidad alguna para autodeterminarse sexualmente. O lo que es lo mismo: que son sujetos a los que no se les reconoce la posibilidad de ejercitar la libertad sexual; en un caso por una presunción *iuris et de iure*, fundamentada en la inmadurez del sujeto debida a su corta edad; en otro, por la situación en que se encuentra la víctima; luego no es ésta, sino la *indemnidad sexual*, el bien protegido.

Los abusos cometidos con estas personas se ven especialmente agravados respecto de todos los demás casos (prisión de seis meses a dos años). Ello supone establecer una diferenciación entre los menores de doce años, las personas privadas de sentido y las que sufran trastorno mental, cuyos abusos sexuales integrarán en todo caso este apartado 2, y los sujetos simplemente incapaces que, en cuanto que no pueden prestar un consentimiento válido, deberán incluirse en el apartado 1, menos severo.

La minoría de edad de doce años se establece en términos físicos, cronoló-

(7) En los debates parlamentarios se consideró que no era preciso incluir un supuesto expreso que castigara la comisión imprudente, por que la cuestión quedaba resuelta con la aplicación de los principios generales sobre el error (?).

gicos, y no mentales. La privación de sentido hace referencia a situaciones de abolición transitoria de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. Aunque el sentido estricto de la «privación» equivale a la anulación plena de las facultades mentales del sujeto, no se requiere la carencia absoluta de las mismas; basta el déficit equivalente a la incapacidad para valorar y decidir con conocimiento y libertad, sin que baste la simple aminoración o aturdimiento de las mismas. Los medios capaces de provocar ese efecto pueden ir desde la embriaguez profunda, la intoxicación plena por drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o la narcosis, hasta la inconsciencia, pasando por otros más controvertidos como el sueño fisiológico, la hipnosis y los llamados afrodisíacos; en todo caso, más que la causa, importa el efecto, que debe ser el señalado. Es indiferente que haya sido el sujeto activo el que haya provocado el estado del sujeto pasivo o que se limite a aprovechar la situación creada por un tercero o por la propia víctima. Resulta sorprendente, sin embargo, que no se requiera aquí el abuso de la situación, lo que hace que puedan ser considerados constitutivos de delito todos los actos de naturaleza sexual realizados entre cónyuges o personas ligadas por relación análoga, si alguno de ellos se encuentra en la situación legalmente descrita; como ello es absurdo, debe considerarse que las relaciones de este tipo que se desarrollen sin abuso de la situación están cubiertas por el consentimiento tácito.

El desarrollo eventual de la lesión de nominación con la que se alude a las alteraciones mentales permanentes y patológicas tradicionalmente llamadas «privación de razón», primero, y «enajenación», después. El cambio parece en este caso más terminológico que sustancial, pues deberán incluirse aquí las anomalías o alteraciones psíquicas que impidan al sujeto conocer la significación del comportamiento sexual y las consecuencias que del mismo pueden derivarse, en términos semejantes a los que precisa la eximente 1ª del art. 20.

En este último caso, el acto sexual sólo será delito, sin embargo, cuando se realice «abusando» de la incapacidad del sujeto. La razón de ser de la exigencia no puede estar más justificada: cuando se introdujo, ya en el Código anterior, con ella se pretendió evitar que la protección penal se convirtiera de hecho en la negación del derecho a la sexualidad de los enajenados, lo que se producía inevitablemente al considerar delito cualquier relación sexual con los mismos. La excepción legal, sin embargo, no desvirtúa la conclusión de que sigue sin reconocerse capacidad de autodeterminación sexual a estos sujetos, puesto que lo que decide la existencia o inexistencia de delito no es su voluntad, sino las circunstancias, las condiciones de cada caso y la actitud del sujeto activo.

El abuso requerido no puede considerarse equivalente a conocimiento y conciencia de la situación mental del sujeto, lo que (salvo supuestos de error) concurrirá en toda persona que mantenga una relación con otra que se halle en esas circunstancias; entre otras razones porque precisamente eso es lo que requiere el dolo propio del delito. El abuso necesario tiene que ser, pues, algo distinto del simple dolo: el conocimiento de la alteración mental del sujeto pasivo y el convencimiento, por lo menos eventual, de que, conforme a la experiencia y al patrón de comportamiento sexual ordinario, si la persona no se encontrara en esa situación no consentiría la relación sexual. De esta forma, al final serán las circunstancias de cada caso las que decidan si tal abuso existió o no; por ejemplo, en el consentimiento y enajenación del hecho por los cuidadores, familiares o guardadores del enfermo, relaciones entre los sujetos, lugar, tiempo y forma de la relación, actitud posterior, etc.

#### Abusos sexuales de prevalimiento

El art. 181.3 considera también constitutivos de abuso sexual los casos en los que hay un consentimiento viciado, como consecuencia de la situación de superioridad en que se encuentra el sujeto activo respecto del pasivo: «Cuan-

do 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.»

La diferencia con los casos anteriores es clara: allí no hay consentimiento; aquí sí, aunque inválido. El Código habla de «situación de superioridad», lo que es distinto de “relación” de superioridad. Como consecuencia, no es preciso que exista entre sujeto activo y sujeto pasivo una relación de jerarquía, que convierta al segundo en subordinado del primero, sino que basta con que el autor se encuentre en una posición que le otorga un cierto control, una preeminencia o una ascendencia que se traduce en una cierta indefensión, dependencia o inferioridad del sujeto pasivo. Es indiferente el origen de la misma, que puede traer causa de relaciones laborales, profesionales, educativas, familiares, económicas, etc. No es bastante la relación de superioridad, cualquiera que sea su naturaleza, sino que el sujeto debe aprovecharse de ella para obtener el consentimiento. Más aún: el precepto insiste en que la superioridad debe ser «manifiesta», evidente, y que su utilización por el autor debe coartar efectivamente la libertad de la víctima.

Los abusos sexuales de prevalimiento del art. 181.3 aparecen directamente relacionados con el delito de acoso sexual, del que interesa diferenciarlos. Como en éstos, hay en el acoso sexual una situación de superioridad de la que se prevale el autor para obtener una relación sexual del sujeto pasivo, lo que podría configurar a todos los supuestos de acoso sexual como una tentativa de abusos de prevalimiento, especial y más gravemente castigada. Sin embargo, el acoso sexual es más que un prevalimiento, puesto que el mismo ha de materializarse en una amenaza, y menos que los abusos, puesto que su consumación no precisa que llegue a producirse la relación sexual. En todo caso, el delito de acoso sexual es ley especial sobre la tentativa de abusos de prevalimiento.

La pena de este delito (multa de seis a doce meses) es inferior a la señalada en el apartado 1 al tipo básico (multa de doce a veinticuatro meses). Si se tiene en cuenta que el contenido y gravedad del comportamiento sexual ha de ser el mismo en un caso y en otro, ello resulta discutible, pues se tratan aquí supuestos de prevalimiento que incrementan el desvalor de acción del hecho. La diferencia parece que debe encontrarse en que el legislador reconoce alguna incidencia al consentimiento del sujeto pasivo, que, aún viciado e inválido, hace menos reprochable el hecho respecto de aquéllos otros en los que el mismo no existe. Ello es coherente con la diferencia de pena establecida en el art. 182, que referido a los abusos que consistan en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal, diferencia también entre una situación y otra, considerando más graves los casos en que falta el consentimiento y menos aquéllos en los que hay prevalimiento de una situación de superioridad.

Lo que no se comprende es la valoración de gravedad recíproca que se hace entre el prevalimiento y el engaño, incurriendo el Código en una contradicción valorativa inexplicable. En efecto, de la relación entre el art. 181.3 (prevalimiento: multa de seis a doce meses) y 183 párr. 1º (engaño: multa de doce a veinticuatro meses) se deduce que se considera más grave el abuso mediante engaño que el que se produce con prevalimiento; o lo que es lo mismo, que es más grave el engaño que el prevalimiento. Sin embargo, cuando el comportamiento sexual consista en acceso carnal y asimilados, la pena señalada al realizado con prevalimiento (art. 182, párr. 1º: prisión de uno a seis años) es superior al mismo hecho realizado con engaño (art. 183, párr. 2º: prisión de seis meses a tres años). O lo que es lo mismo: que, frente al criterio seguido antes, el mismo comportamiento sexual es más grave cuando se realiza con prevalimiento que cuando se lleva a cabo con engaño. Lo que resulta todavía más inexplicable si se tiene en cuenta que en el art. 183 los límites de edad dispuestos

(8) Por vía de enmienda se añadió al caso 1.º la referencia a los descendientes y la necesidad de prevalimiento de la relación, que no figuraba en el P94. Igualmente, se extendió a todas las categorías que en el mismo se mencionan la referencia a «por naturaleza o adopción», que sólo regía para los ascendientes.

hacen el hecho más grave. Ello pone de manifiesto la ligereza con que se han fijado las penas en el Código, circunstancia que se repite con más frecuencia de la que sería deseable.

## ABUSOS SEXUALES AGRAVADOS

### En razón del comportamiento sexual

«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.» (art. 182, párr. 1.º).

Los conceptos de «acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal» coinciden con los del art. 179, ya comentados (vid. supra). Cuando el acto sexual consista en alguno de ellos, las penas aplicables varían según que se trate de los abusos del art. 181.1 y 2 (prisión de cuatro a diez años) o los del art. 181.3 (uno a seis años). A diferencia de lo que se hace en el art. 181, que sanciona más gravemente los abusos producidos sobre menores de doce años y personas privadas de sentido o abusando de su trastorno, se señala aquí la misma pena a todos los abusos sin consentimiento, sin que se entienda bien por qué cuando el delito no consista en acceso carnal el abuso realizado con esas personas resulta más grave y por qué no lo es si el acto sexual consiste en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal.

La agravación de pena es más que notable, pues supone un salto que, en la hipótesis extrema, puede suponer ir de la multa de doce meses prevista en el art. 181.1 a la prisión de diez años de este párr. 1.º del art. 182. Incluso en relación a los mínimos (multa de doce meses a prisión de cuatro años) el marco penal resulta excesivo, resultando más que cuestionable desde la perspectiva del principio de legalidad, cuyo res-

peto auténtico se corresponde mal con el establecimiento de márgenes de pena tan desmesurados. La superior gravedad que se reconoce aquí al acceso carnal y comportamientos asimilados resulta incluso superior a la previsión semejante establecida en el art. 179 para las agresiones sexuales.

### En razón de la concurrencia de determinadas circunstancias

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior: 1.º) Cuando el delito se cometa, prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, de la víctima. 2.º) Cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación.

Las circunstancias de agravación previstas sólo operan cuando los abusos hayan consistido en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal. El efecto agravador que suponen se traduce en la imposición de la pena en su mitad superior. Su contenido coincide con el de las recogidas en el art. 180.3.º y 4.º, cuyo análisis puede darse por reproducido aquí (vid. supra).

Únicamente debe advertirse que en la de prevalimiento de la relación de parentesco (caso 1.º) no se menciona a los afines. La referencia a «por naturaleza o adopción», rige para todas las categorías mencionadas(8). Respecto del caso 2.º, deben excluirse los supuestos que han servido ya para fundamentar la figura delictiva, como ocurre con los menores de doce años, las personas privadas de sentido, quienes sufran un trastorno mental y quienes se encuentren en una situación de inferioridad manifiesta. Proceder de otra forma supondría valorar dos veces el mismo elemento de hecho: una para integrar el delito, otra para agravarlo, con violación flagrante del *non bis in idem*. Como nada se dice, la pena deberá imponerse en su mitad superior aunque concurren simultáneamente las dos circunstancias.



Sobre las inconsecuencias en el señalamiento de la pena, valga también lo dicho para el art. 181.3.

### Abuso sexual fraudulento

El art. 183 castiga con la pena de multa de doce a veinticuatro meses al que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis. La pena se verá agravada (prisión de seis meses a tres años) «Cuando el abuso consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal»<sup>(9)</sup>.

En esta figura, que podría llamarse de abuso sexual fraudulento -y cuya justificación político-criminal es, en los tiempos actuales, más que discutible-, establece el Código por primera vez la protección dentro de concretos límites de edad. A mi juicio, hubiera bastado con tratar el engaño grave, único a tomar eventualmente en cuenta, como una situación más de prevalimiento del art. 181.3; y es que si el engaño debe tener alguna relevancia ha de ser porque se traduzca en una posición de ventaja sobre el sujeto pasivo. Para tratar estos supuestos, por tanto, hubiera bastado con incluir la referencia al engaño grave dentro del art. 181.3.

Estamos ante casos en los que el sujeto consiente el acto sexual, pero, por mediar el engaño, el consentimiento resulta inválido. Aún así, el Código le reconoce alguna eficacia a la ausencia de la víctima, como muestra el hecho de que diferencie entre los casos de abuso sexual sin consentimiento (art. 181.1 y 2), que castiga más gravemente, y los abusos sexuales con consentimiento viciado (art. 181.3 y este art. 183). La eficacia invali-

dante del consentimiento reconocida al engaño es, además, limitada. Prueba de ello es que el sujeto pasivo ha de ser mayor de doce años (si fuera menor se integrarían unos abusos no consentidos del art. 181.2) y menor de dieciséis, lo que coloca a la figura en el ámbito de los delitos que toman en cuenta la presunta inmadurez del menor y la conveniencia de preservar, sin manipulaciones ajenas, su proceso de formación.

«Engaño» es cualquier ardid, fraude, argucia, simulación u ocultamiento de la realidad capaz de provocar un error en el destinatario del mismo, como consecuencia del cual queda viciado el conocimiento o el acto de voluntad que da lugar al consentimiento. Expresamente no se requiere que el engaño sea grave; sin embargo, tanto doctrina como jurisprudencia venían exigiendo respecto del anterior estupro fraudulento que fuera grave, eficaz e idóneo, sin que haya razón para que esa posición varíe. De hecho, los casos aceptados por la jurisprudencia en relación a la hipótesis legal semejante del Código derogado (abusos equiparados al estupro) acababan limitándose básicamente a la ocultación del estado civil de casado y a la promesa de matrimonio ficticia.

Respecto de la naturaleza de los actos capaces de integrar el abuso sexual, valga lo dicho para el art. 181 y 178. Como en los casos anteriores, la pena se ve agravada si la relación consiste en el acceso carnal y actos legalmente asimilados, cuyo estudio ya se ha hecho. El absurdo en que se incurre al señalar la pena en relación con los abusos de prevalimiento, y la contradictoria valoración de uno y otro, también fueron comentados.

(9) En el P94 la agravación del párr. 2º mencionaba únicamente al acceso carnal. La referencia a la introducción de objetos o penetración bucal o anal se introdujo por enmienda.