

**C. DERECHO
PENAL**

**ABUSO SEXUAL. DELITO CONTINUADO.
PROGRESIÓN DELICTIVA. COMISIÓN
POR OMISIÓN**

**Núm.
31/2001**

Fernando BURGOS PAVÓN

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

A Enrique C., legalmente separado de su cónyuge, le fue reconocido el derecho a tener en su compañía a la única hija tenida por ambos, Marta C., nacida el 2 de mayo de 1986, durante fines de semana alternos. A su madre Marta H. se le atribuyó la patria potestad. Enrique ejercía el derecho en el domicilio donde convivía con Manuela L., su nueva compañera sentimental. En fecha no exactamente determinada del mes de junio de 1996, estando Enrique y Manuela, en la casa en que habitualmente vivían, con la niña, Enrique indicó a su hija que se tumbara sobre la cama, donde le quitó la ropa, a lo que accedió la niña por temor a sufrir represalias de su propio padre, penetrándola vaginalmente. Tales hechos ocurrieron en presencia de Manuela quien los observó de manera impasible y sin evitar tal acción, si bien no tuvo intención alguna activa en dichos hechos. También durante 1996, en fecha no determinada con exactitud del mes de julio, habiendo acudido Enrique y Manuela a recoger a la menor en un coche conducido por el primero, durante el trayecto ordenó a la niña que se bajara los pantalones, lo que ésta hizo ante la mirada de Manuela, introduciéndole Enrique los dedos en la vagina. Llegados al domicilio común de ambos adultos, Enrique colocó a su hija sobre la mesa, penetrándola vaginalmente, todo ello ante la presencia pasiva de Manuela que no hizo nada por impedir tal acción.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

- El delito continuado y la progresión delictiva en los delitos contra la libertad sexual.
- Comisión por omisión de guardador de hecho. Lo es la compañera sentimental (relación estable análoga al matrimonio) de quien es guardador de derecho de sus hijos. El guardador de hecho como garante del menor.

• **SOLUCIÓN:**

A)

Los hechos son constitutivos de dos delitos de abusos sexuales de los artículos 181.1 y 2 y 182.1 y 2 del Código Penal (CP). Uno está constituido por los hechos ocurridos el mes de junio y el otro se refiere a los ocurridos el mes de julio.

En primer lugar, los tres hechos del supuesto no pueden ser unificados, a efectos de su penalización en un solo delito continuado de abusos sexuales. El artículo 74.3 del CP exceptúa de la aplicación de las reglas penológicas establecidas para el delito continuado los delitos que constituyen ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las infracciones contra el honor y la libertad sexual, disponiendo que en estos casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para

aplicar o no la continuidad delictiva. Con carácter general, el Tribunal Supremo (TS) ha rechazado la existencia de la continuidad en los delitos contra la libertad sexual, considerando que cada vez que se atenta contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, hay un delito diferente que se renueva en cada acción concreta. Si bien es cierto que recientemente la jurisprudencia admite excepciones a esta regla general, no se deja de insistir por el TS en la necesidad de aplicar restrictivamente las reglas penológicas del artículo 74 y de individualizar la calificación jurídica siempre que los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles. No es suficiente, para aplicar la continuidad delictiva a una pluralidad de infracciones contra la libertad sexual, que el autor obre en ejecución de un plan preconcebido u aprovechando idéntica ocasión. Es preciso que los atentados no puedan ser fácilmente discernidos en su estructura y alcance. No ocurre así con los hechos del caso relatados en primer y tercer lugar, puesto que cada uno de ellos, aun no constando la fecha exacta en que tuvieron lugar, se inició y desarrolló de forma distinta. Ahora bien, si no pueden ser unificados en un *continuum* los dos delitos de abusos sexuales con acceso carnal cometidos activamente, sí lo pueden ser el delito relatado en segundo lugar y el que inmediatamente le siguió, constitutivos, respectivamente, de abusos sexuales sin acceso carnal y con él, y ello no porque se trate de un supuesto de continuidad delictiva sino porque reproducen la categoría jurisprudencial de realización progresiva del tipo. Existe la modalidad comisiva de progresión delictiva, que técnicamente permite apreciar un solo hecho, cuando se aproxima a la realización del tipo que es objeto de su propósito mediante acciones que ya son punibles, o cuando la ejecución se divide en episodios que son, cada uno de ellos, penalmente típicos. En estos casos hay un solo hecho y, en consecuencia, un delito unitario porque uno solo es el contexto situacional y una sola la motivación del autor.

B)

De ambos delitos es responsable en concepto de autor Enrique y como cómplice Manuela. Manuela es cómplice bajo la forma de comisión por omisión.

Existe la comisión por omisión cuando:

1. Se ha producido un resultado propio de un delito de comisión.
2. Se ha omitido una acción que se encuentra en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 exigiendo que la no evitación del resultado equivalga a su causación. Ahora bien, la comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría material, con la cooperación necesaria o con la complicidad, siendo distinta la relación de causalidad hipotética en cada caso. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable.
3. El omitente está calificado para ser autor del tipo activo de que se trate.
4. El omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
5. La omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

El requisito 1 se da, la penetración de la menor.

El requisito 2 también se da, pero ante la falta de certeza de que la oposición de Manuela a la conducta de Enrique habría impedido la comisión de los hechos, sí debe considerarse que Manuela podría haber dificultado de algún modo apreciable la realización del resultado o, dicho de otro modo, la omisión ha facilitado apreciablemente la penetración.

El requisito 3 concurre, pues Manuela podía ser responsable de los mismos hechos, por ejemplo, en concepto de cooperadora necesaria.

El requisito 4 no se puede descartar, pues nada hace pensar que la mujer no estuviera en condiciones de realizar, si hubiera querido, alguna acción, al menos obstaculizadora (quizás también impeditiva) del ataque a la menor. Si esa posibilidad hubiera sido llegar a impedir la acción, su responsabilidad, vía comisión por omisión, hubiera sido como coautora.

Respecto del requisito 5, el artículo 11 condiciona la realización del tipo de comisión por omisión a que quien omite la conducta susceptible de evitar o dificultar el resultado infrinja, con su omisión, un especial deber jurídico de actuar (por imposición legal, por asunción contractual o por generación de un riesgo). En el caso, la patria potestad la ejercía la madre, pero al padre se le reconoció el derecho de tener a su hija durante fines de semana alternos, lo que supone que adquiriría su guarda de derecho mientras la tenía en su compañía y, como esta convivencia discontinua se producía en el hogar que había formado con su nueva compañera, significaba que la niña ingresaba temporalmente en un núcleo familiar de hecho integrado por dos personas; la que de ellas no tenía la guarda de derecho, esto es, Manuela, debía asumir inevitablemente la guarda de hecho en los casos en que su titular no ejerciera la que le incumbía. Esto hubiera sin duda ocurrido, tratándose de una menor, si el padre se hubiera ausentado por cualquier motivo uno de los fines de semana que la tenía consigo. Con mayor razón tendrá Manuela que asumir la guarda de hecho si el guardador de derecho, con el que convivía, no sólo descuidaba sus deberes de protección sino que se constituía en principal amenaza y agresor de un bien jurídico de la ofendida tan preciado y vulnerable como su libertad sexual. En virtud de esa guarda de hecho de la que Manuela no podía sustraerse, tenía la obligación legal de actuar para impedir que su compañero abusase de su hija. Y esto es así porque la ley hace nacer derechos y obligaciones de situaciones de hecho. Un ejemplo de ello es la regulación legal de la guarda de hecho que se hace en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil y en los artículos 153 y 192 del CP. No cabe la menor duda del establecimiento de deberes y derechos por el 303. Con ello se revela el deseo legal de evitar que un menor o incapaz quede en algún momento absolutamente desprotegido imponiendo obligaciones derivadas de situaciones de hecho (en este caso del 303 de la guarda de hecho) para cuyo nacimiento no se precisan formalidades ni mandatos expresos de ninguna clase.

C)

La participación de Manuela en los delitos de abusos sexuales (como complicidad omisiva) impide la estimación de la comisión del delito del artículo 450 del CP.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Código Penal, arts. 11, 74, 181 y 182.**
- **Código Civil, arts. 303, 304 y 306.**
- **Sentencias de 2 de febrero de 1998 y 26 de junio de 1999 sobre continuidad delictiva en delitos contra la libertad sexual y 24 de septiembre de 1999 sobre progresión delictiva.**