

AGRESIÓN SEXUAL. CONTINUIDAD DELICTIVA. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

Palabras clave: agresión sexual, continuidad delictiva, allanamiento de morada, concurso real de delitos.

ENUNCIADO

Luis, desde el año 1992, empezó a realizar tocamientos libidinosos a su sobrina Elisa, menor de edad. Hechos que se fueron repitiendo a lo largo de los años, en distintos lugares y momentos, desde el indicado hasta el año 2003.

En el año 2002, y en una de las ocasiones, Luis se introducía en la vivienda forzando la cerradura. La sucesión de los actos punibles individualizados a lo largo del tiempo se realizaban previa intimidación y violencia del agresor, y con el temor fundado de las amenazas proferidas contra la menor.

La sentencia dictada en su día por la Audiencia condena por delito continuado de agresión sexual y aplicando la pena por los criterios del principio de consunción, en virtud del cual, el precepto general (el de la agresión sexual) absorbe el especial (allanamiento de morada), pues se entiende que la entrada en el domicilio es absorbida por las agresiones sexuales, al estar en relación de medio a fin.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Es admisible la aplicación de la continuidad delictiva en este caso?
2. ¿Se puede aplicar la consunción a la agresión sexual y al allanamiento de morada?

3. En función de cuál sea la respuesta a la pregunta anterior, ¿cómo y en base a qué criterios se individualizará la pena por todos los delitos cometidos?

SOLUCIÓN

1. Para contestar a esta pregunta nos tenemos que hacer otra: ¿son discernibles actos diferenciados de agresión sexual en el tiempo, con individualidad propia, en los que, aun manteniéndose el mismo sujeto activo y pasivo de la acción, el dolo se pudiera considerar renovado? La pregunta en sí misma es la respuesta al problema, que iremos viendo mientras se desarrolla.

El delito continuado es admisible, en principio, en las agresiones sexuales y en los ataques a bienes eminentemente personales, como es el caso. El delito continuado se caracteriza por una pluralidad de hechos delictivos, antológicamente diferenciables. Se caracteriza, también, por un planteamiento único de acción, o lo que es lo mismo, identidad de resolución criminal y de propósito; lo considerado por la doctrina como aprovechamiento de «idéntica ocasión». En consecuencia, cuando Luis realiza la pluralidad de actos libidinosos a lo largo del tiempo, saber si hay identidad de razón, de propósito criminal, o dolo continuado que no renovado, es fundamental.

La identidad de sujetos es imprescindible. Se da en el caso. Y la relación espacio-tiempo también. ¿Hasta dónde el transcurrir del tiempo romperá la continuidad delictiva?

Se manejan criterios que eliminan la posibilidad de continuidad delictiva cuando los actos están perfectamente diferenciados.

En fin, el artículo 74 sí permite la continuidad cuando de delitos contra el patrimonio se trata. Ahora bien, la excepción de los delitos contra bienes eminentemente personales es una excepción, por lo que como tal ha de ser vista la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual.

En el caso tan solo se ilustra de la siguiente manera:

«Luis, desde el año 1992, empezó a realizar tocamientos libidinosos a su sobrina Elisa, menor de edad. Hechos que se fueron repitiendo a lo largo de los años, en distintos lugares y momentos, desde el indicado hasta el año 2003.

En el año 2002, y en una de las ocasiones, Luis se introducía en la vivienda forzando la cerradura. La sucesión de los actos punibles individualizados a lo largo del tiempo se realizaban previa intimidación y violencia del agresor, y con el temor fundado de las amenazas proferidas contra la menor.»

En su consecuencia, y partiendo de las premisas apuntadas, sugerimos la siguiente solución:

Si las acciones realizadas en el tiempo se consideran aisladamente, no cabe hablar de continuidad delictiva. Ahora bien, las razones de política criminal, de técnica jurídica y de justicia material, han aconsejado, desde la reforma de 1983 del Código Penal, apreciar la continuidad delictiva cuando a la pluralidad de acciones en el tiempo se le añade el idéntico plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión, siempre que se infrinjan los mismos o semejantes preceptos, según su naturaleza jurídica. La conexidad temporal será esencial, como requisito determinante de la respuesta, pues el lapso del tiempo, si excesivo, produce la desconexión entre las acciones y, por consiguiente la falta de relación entre ellas y el dolo unitario de Luis.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, aparte de reconocer, dada la redacción del precepto penal (art. 74), la posibilidad de continuidad delictiva en este tipo de delitos, sí se manifiesta claramente restrictiva, porque el ataque debe ser en el marco de la única relación sexual duradera en el tiempo, no cuando de varias relaciones sexuales se tratare, pues se entiende que, aun siendo el mismo el sujeto pasivo, hay delitos diferentes en cada agresión, porque las acciones son distintas.

En conclusión: cuando se individualicen los actos (y nos sirve de criterio la temporalidad) y cuando haya otros datos que la permitan esa determinación de la acción o acciones (por ejemplo, el uso de intimidación o violencia encada uno de los actos), no habrá continuidad delictiva y, en el caso presente, habrá tantos delitos como agresiones sexuales se hayan cometido.

2. La respuesta a la pregunta anterior conlleva, necesariamente, resolver si se aplica la consunción entre las agresiones sexuales cometidas y el allanamiento de morada, pues, en principio, parece que se puede sostener que el precepto general absorbe el especial (la agresión sexual absorbería el allanamiento, medio para cometer el delito principal), artículo 8.º del Código Penal. Luis ha cometido los delitos de agresión en un domicilio, cuya cerradura ha forzado para entrar. Puede pensarse que el domicilio es el lugar donde tiene efecto el delito principal y, por ello, el allanamiento es absorbido por la acción principal.

El *nom bis in idem* proscribire la dualidad de sanciones. El artículo 25.1 de la Constitución impide que por la identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto pasivo de la conducta criminal, se pueda condenar dos veces. Claro está que «cuando los dos hechos delictivos (allanamiento y agresión sexual) encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuridicidad del suceso, nos hallamos ante el concurso de normas del artículo 8.º del Código Penal, concretamente en la regla 3.ª que recoge el criterio de absorción» (STS de 31 de marzo de 2003). Pero, si bien es cierto lo anterior, no lo es menos que los hechos cometidos tiene dos partes injustas: una la libertad sexual y otra el allanamiento de morada, y no infringe el principio indicado la doble sanción, porque es doble sanción de injustos distintos; hay un doble desvalor de la conducta.

El ataque a la libertad sexual es diferente al del ataque al domicilio, como diferente el bien jurídico protegido. No cabe la progresión típica de la consunción, que se daría cuando el desvalor de una conducta alcanzara a la otra, o cuando el precepto amplio contempla parte del otro. No es el caso.

No cabe, en consecuencia, aplicar el principio de consunción. Habrá que individualizar la pena con arreglo a los criterios del concurso real de normas, lo cual nos lleva a resolver la última de las cuestiones.

3. Rechazada la consunción, solo tenemos que deducir el tipo de concurso que se produce. Cuando hablamos de un único comportamiento que lesiona diferentes preceptos incompatibles entre sí (agresión sexual y allanamiento), nos estamos refiriendo al concurso de delitos, en su modalidad pluriofensiva, lo que da lugar, a su vez, al concurso de leyes o conflicto aparente de las mismas. Para la resolución de este concurso de delitos se acude, en trance de individualización de la pena, a la especialidad (ley especial deroga la general) o a la gravedad o subsidiariedad (art. 68 CP), o a la alterneratividad. Ahora bien, en este caso, lo que tenemos son dos conductas distintas (allanar y agredir sexualmente), autónomas e independientes, razón por la que individualizaremos la pena con base en los criterios del concurso real de delitos (arts. 73 y 75); o, de observarse una relación de medio a fin, con el concurso ideal de delitos (art. 77).

Es cierto, por tanto, que en el caso se ha cometido la agresión sexual y el allanamiento y que este es medio necesario para perpetrar aquel. Son dos conductas diferentes que afectan a dos preceptos independientes. Se individualizará la pena con arreglo a lo dispuesto en el concurso ideal de delitos, penando separadamente los hechos, al ser la solución más favorable para el reo.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8.º, 68, 73, 74, 75 y 77.
- SSTC 2/1981, 66/1981, 154/1990, 204/1996 y 221/1997.
- SSTS de 7 de febrero de 1987, 18 de mayo de 1990, 15 de marzo y 30 de julio de 1996, 12 de enero, 16 de febrero, 20 de marzo, 22 de abril, 6 de octubre y 9 de diciembre de 1998, 9 y 19 de junio y 17 de noviembre de 2000, 30 de mayo y 2 de octubre de 2001, 31 de marzo de 2003, 21 de septiembre de 2004 y 11 de octubre y 26 de diciembre de 2006.