

PENAL

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL:  
AGRESIÓN SEXUAL O ABUSO SEXUAL  
(CASO PRÁCTICO)

Núm.  
113/2006

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO

*Fiscal*

### ***ENUNCIADO***

---

Con ocasión de encontrarse CD al cuidado de la menor EF, de 13 años de edad, aprovechando la ausencia de sus padres, y dada la relación de parentesco, ya que era tío de la menor a cuyo cuidado quedaban ella y sus hermanos, en fechas que no han podido ser determinadas, con ánimo lascivo y libidinoso, procedió durante un período de un año, aproximadamente, a realizarle tocamientos en sus partes íntimas, en primer lugar por encima de la ropa y posteriormente, tras despojarla de la vestimenta sobre su cuerpo desnudo, para en ocasiones, proceder a eyacular sobre ella, hechos que se realizaban en la vivienda donde vivía la menor o bien trasladándole a lugares próximos en el vehículo propiedad de CD. Para conseguir sus fines y evitar la resistencia de la menor, le hacía ver que si no accedía a realizar dichos actos se los haría a la hermana de EF que contaba con cuatro años de edad. Tras un año de soportar dichos actos y de estar sometida a una fuerte presión, decidió contar los hechos a su madre que los denunció. Como consecuencia de tales hechos la menor necesitó tratamiento psicológico continuado para superar el cuadro creado por los hechos sufridos.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Calificación jurídica.
2. Delito continuado: cosa juzgada y penalidad.

### ***SOLUCIÓN***

---

Resulta fundamental a los efectos de calificar los hechos expuestos en el texto del caso práctico, incuestionablemente atentatorios contra la libertad sexual, considerar la existencia o no de inti-

midación en el comportamiento de CD, pues la presencia o no de tal circunstancia modificaría la calificación jurídica de los mismos, ya que podrían encajar tanto en el delito de agresión sexual, cuyo tipo básico, exige la presencia de violencia o intimidación [art. 178 del Código Penal (CP)], como en el delito de abuso sexual, que como elemento esencial para su existencia exige la ausencia de violencia o intimidación, así como la de consentimiento. Otro dato relevante a los efectos de la calificación jurídica de los hechos lo constituye la edad de la persona agredida, en la medida que tiene trece años de edad, y la edad mencionada constituye un elemento que puede agravar la pena en la medida en que podría suponer, o mejor dicho supondría, la concurrencia de tipos agravados. Debe mencionarse otro elemento: el relativo al parentesco ya que CD es tío de la menor.

Respecto de la edad, consta como dato para resolver el caso, la edad de 13 años de EF, y a esos efectos debemos mencionar que el artículo 181.1.3.º del CP, agrava la responsabilidad en los casos de que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de la edad y en todo caso cuando sea menor de trece años, de donde se desprende que la especialidad agravatoria resulta existente sólo cuando la edad, en todo caso, sea inferior a los trece años, pero no es posible exigirla cuando sea mayor de dicha edad, por el hecho de la cercanía o proximidad con dicho límite, sino que en tales casos será algún otro elemento del que pueda extraerse la especial vulneración a que se refiere el precepto, que incuestionablemente también puede ser la edad unida a la relación de parentesco existente.

La relación de parentesco, unida a la edad de la menor, hace que la protección que se despliega frente a extraños no tengan lugar, ya que el vínculo refuerza la confianza, lo que hacía a la víctima especialmente vulnerable, al aprovecharse el tío de la ausencia de los padres que confiaban en él. No obstante el prevalimiento derivado de la relación de parentesco debe acreditarse, pues por sí solo o en unión de otros elementos, pueden revelar una situación que hacía a la víctima especialmente vulnerable a los ataques, y se desprende del caso que eran los padres los que dejaban a sus hijos con su tío cuando tenían que ausentarse, asumiendo labores de cuidado que correspondiendo a los padres estos no podían realizar, aprovechando tal situación, para defraudar la confianza que en él se depositó y la posición de garante de esa responsabilidad que asumía. Por tanto, EF tenía trece años y sabía que se quedaba al cuidado de su tío por encargo de sus padres, cuando debían ausentarse, es decir depositaban en él la confianza necesaria para el cuidado de sus sobrinos, de lo que se deduce que la víctima se encontraba en una situación de especial vulnerabilidad, lo que determinaría la aplicación de la citada circunstancia del subtipo agravado del artículo 181.1.3.º mencionado.

Elemento esencial para la calificación es determinar la existencia o no de intimidación, y para considerar concurrente tal circunstancia, hay que recordar que CD para conseguir sus fines y evitar la resistencia de la menor, le hacía ver que si no accedía a realizar dichos actos se los haría a su hermana que contaba con cuatro años de edad. La intimidación es una circunstancia que vicia la voluntad de la persona, de manera que, ante tal hecho la capacidad de decidir quedara disminuida o bien anulada, en un hecho atentatorio contra la libertad e indemnidad sexuales, le impide adecuadamente oponerse en defensa del bien jurídico atacado. En este sentido debe mencionarse que si bien por violencia, elemento de la agresión sexual, se ha entendido el empleo de fuerza fisi-

ca, que supone un acometimiento material que implica la existencia de agresión más o menos violenta mediante empujones, golpes, desgarros, en cuanto fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad obstativa de la víctima, por intimidación, por la naturaleza psíquica que tiene supone necesariamente algún medio de amenaza o amedrentamiento de un mal racional y fundado que, como aquélla, requiere la consecución del fin de evitar la autoprotección, la autodeterminación, idoneidad que dependerá siempre de las circunstancias del caso concreto, y por tanto hay que tener en cuenta todos los elementos y circunstancias de cualquier tipo que se relacionan con el hecho y no sólo la conducta del autor. En función de todas ellas se logrará vencer la voluntad del perjudicado, víctima del hecho, elemento objetivo de la intimidación, que desde luego ha de acompañarse con el elemento subjetivo que está referido, lógicamente, a las circunstancias personales de aquélla. La idoneidad no depende de la naturaleza irresistible o no, de suerte que no tendrá relevancia su resistente oposición con peligro de bienes jurídicos personales, vida o integridad física, sino que en todo caso dependerá de las circunstancias que integren en su conjunto el hecho. Es necesario que el autor se conduzca al logro de su ilícito fin conociendo el debilitamiento de la negativa de la víctima ante la intimidación, que le genera el temor racional y fundado a experimentar un daño en su persona o en las personas de su familia, y que le impide actuar para combatir la agresión de que es objeto.

Del texto propuesto se desprende la evidente amenaza de dirigirse CD contra una hermana menor de cuatro años, sin capacidad de oposición a las acciones que haría CD, por lo que resulta palmaria la actitud amenazante, debiendo tenerse en consideración la edad de la víctima, trece años, y los comportamientos que el autor haría a la hermana pequeña de ésta, y la representación del ataque que aquélla sufriría, para acceder a los propósitos exteriorizados por CD con el fin de evitar tales actos en la persona de su hermana, que EF consideraba posibles desde su propia perspectiva, pues no nos encontramos ante unas expresiones sólo formalmente amenazantes, e imposibles de llevar a cabo, sino que, al contrario, al encontrarse al cuidado también de ella, no tenía razones que le hicieran pensar, que no se realizaran efectivamente tales actos. Por tanto debe considerarse concurrente la intimidación, lo que permite ya considerar el hecho como agresión sexual.

La segunda cuestión que se plantea es la posibilidad de aplicar el delito continuado, y sus consecuencia en la penalidad.

No es fácil aplicar la continuidad delictiva en estos delitos, pues resultando posible, si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 74.3 del CP ya que aunque inicialmente exceptúa de tal posibilidad las ofensas a bienes eminentemente personales, sin embargo acogiendo una excepción a la mencionada excepción, la permite en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, si bien supeditándolo a que afecte a un mismo sujeto pasivo, y debiendo atenderse a la naturaleza del hecho y la del precepto infringido para apreciar o no la mencionada continuidad delictiva, y en este sentido el propio Tribunal Supremo (TS) ha mantenido tal aplicación a los ataques reiterados dirigidos contra la misma persona víctima, es decir, el mismo sujeto pasivo, realizados en el mismo marco temporal y espacial, en ejecución de un plan preconcebido y aprovechando idéntica ocasión (art. 74.1 del CP), y ello aunque haya mediado separación temporal, de forma que las agresiones

constituyan un mismo proceso con múltiples acciones que presenten unidad objetiva y subjetiva, sin poder entenderlas desconectadas completamente entre sí unas de las otras. En aplicación de esta doctrina parece evidente a la luz del texto del caso propuesto que existe identidad de sujeto pasivo, los actos contra la libertad sexual se dirigen siempre contra EF, que los sufre durante un año en los supuestos en que su tío queda al cuidado de ella y de sus hermanos, es decir, CD de manera previa urde un plan y ejecuta una acción dirigida a satisfacer sus deseos sexuales siempre que la menor queda a su cuidado, desarrollándose siempre en el mismo marco temporal y espacial, es decir, en ausencia de los padres y en la vivienda o sus proximidades. Parece oportuna la aplicación de la continuidad delictiva y ello aunque se desconozcan las fechas exactas de cada acto dirigido contra la menor, debiendo quedar incluidos todos los actos en dicho complejo delictivo, de modo que en ningún caso podrá, posteriormente, perseguirse penalmente cualquier hecho de manera aislada y desvinculada de esa continuidad delictiva, alcanzando la cosa juzgada a todos los actos abarcados por el período temporal al que se limitan, de forma que conocida la fecha exacta de una actuación contra EF y realizada por CD y referida al período del año al que se refieren los hechos, no podría perseguirse ese hecho concreto por estar comprendido en la calificación realizada, pues provocaría en caso contrario una vulneración del *principio bis in idem* prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

De todas las consideraciones expuestas, puede finalmente concluirse que los hechos del caso práctico propuesto serían constitutivos de un delito contra la libertad e indemnidad sexual de los artículos 178, 180.1.3.<sup>a</sup> y 74 del CP.

Desde otra perspectiva pueden analizarse cuestiones de índole que, básicamente, incidirían en consideraciones de orden probatorio, que afectando a la presunción de inocencia tiene suma trascendencia, y me refiero con ello a que la posible prueba de cargo se sustente en la declaración de la víctima. De acuerdo con la doctrina del TS, la declaración de la víctima ha de estar rodeada de ciertos requisitos necesarios para su consideración de prueba de cargo, así la persistencia en la declaración, que no debe entenderse como veracidad, pero sin duda la declaración inculpativa de la víctima de manera continuada, insistiendo en lo ya declarado, sin perjuicio de que existan diferencias de matiz o detalle, permitirá comprobar la existencia de móviles que pudieran motivar una declaración alejada de la verdad, como enemistad, odio, venganza, todo ello deberá comprobarse por el Tribunal, que deberá razonar los motivos que le conducen a creer lo declarado por la víctima, y además deben existir elementos que corroboren la mencionada declaración, pudiendo considerarse como tales las periciales que se practicarán, o las declaraciones de la madre, o las de otros testigos o peritos que incidieran en hechos relevantes a esos efectos, y que el órgano judicial valoraría. Ausencia de incredulidad subjetiva por carecer de datos que revelen móviles que priven a la declaración de certidumbre, existencia de datos o elementos que confirmen o avalen la declaración de la víctima que inculpa de manera reiterada al acusado, de forma prolongada y plural, sin contradicciones o ambigüedades, son elementos por tanto esenciales para atribuir a la declaración de la persona que recibe el atentado contra su libertad e indemnidad sexuales cuando no es posible atender a otros elementos probatorios, es decir cuando es la única prueba existente frente a la posición del acusado que por supuesto podría resaltar las contradicciones como medio para acreditar la falta de veracidad. En el caso expuesto existen datos como informes psicológicos,

o la denuncia de la madre, que en su caso podrían valorarse como elementos corroboradores de lo declarado por EF, que permitiría considerar su declaración como prueba de cargo capaz de destruir la presunción de inocencia.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 178, 180.1.3 y 181.1.
- SSTs de 27 de abril y 8 de noviembre de 1994, 23 de febrero de 2001 y 23 de septiembre y 3 de octubre de 2002.