

C. DERECHO PENAL	AGRESIÓN SEXUAL. VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN. CONTINUIDAD DELICTIVA. INCOMPARECENCIA DE LA MENOR VÍCTIMA A DECLARAR COMO TESTIGO EN EL JUICIO ORAL	Núm. 119/2004
------------------	---	------------------

**Casto PÁRAMO DE SANTIAGO**

*Fiscal*

• **ENUNCIADO:**

*En el mes de octubre del año 2000, RM, se introdujo en el dormitorio de HB, de 11 años, y tras conminarle a guardar silencio, y agarrarle los brazos la penetró vaginalmente. El hecho se repetía semanalmente, y para facilitar colocó cerrojos en la habitación de la menor, hija de su pareja que desconocía lo sucedido. Para vencer la resistencia de HB la decía que haría daño a su madre o a su hermano o que mandaría a alguien para que le golpeará o violara, o bien le ataba las manos a la cama, la encerraba en su habitación, de donde en ocasiones no podía salir en semanas, o le prometía levantarle algún castigo o comprarle algo. Los hechos tenían lugar, normalmente durante la noche, si bien, en ocasiones, aprovechando que no había nadie en casa, realizaba tales hechos de día. Transcurridos varios meses finalizaron los hechos por el conocimiento que de los mismos tuvo un familiar de la menor ante las sospechas que generaba el comportamiento de la menor y de RM. El acusado había sido condenado con anterioridad, en 1999, por delito de agresión sexual. La madre padecía un cuadro médico que la obligada a tomar medicación que le provocaba somnolencia. Tras la correspondiente instrucción se celebró el juicio oral al que no concurrió la menor, que declaró sobre los hechos ocurridos durante la instrucción y en presencia del letrado del agresor, pero sí los familiares que conocieron los hechos así como el que descubrió los hechos; asimismo, se ratificaron los peritos en la inexistencia de fabulación en la menor y en la veracidad de sus afirmaciones, y en los aspectos médicos legales en relación con las secuelas físicas y psíquicas de la misma. El denunciado negó los hechos.*

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Cuestiones sustantivas: calificación jurídica de los hechos.
2. Cuestiones procesales: consideraciones a la incomparecencia del menor víctima en el juicio oral.
3. Conclusión.

• **SOLUCIÓN:**

1. Constituye elemento integrante del delito de agresión sexual el empleo de «violencia o intimidación», tal como recoge el artículo 178 del Código Penal (CP). Debemos preguntarnos qué es violencia a los efectos de este artículo. En este sentido el Tribunal Supremo (TS) ha declarado que la violencia del tipo del artículo 178 es aquella que impide al sujeto pasivo actuar conforme a su propia autodeterminación, y para ello bastará cualquier tipo de actuación que provenga del sujeto acti-

vo del delito que ya coarte ya limite o anule la libre decisión de la persona en relación con el acto sexual que quiere imponer, y para ello habrá de acudir a aquellas circunstancias del caso concreto que revelen la voluntad opuesta a la relación sexual, valorando tanto la resistencia de la víctima como los medios utilizados para vencerla.

En el presente caso se realizaban una serie de actos que sin duda suponían una intimidación para una niña de corta edad, máxime si tenemos en cuenta el cuadro médico de la madre a la que no podía acudir, tales como hacer daño a su madre, a su hermano, permitir la comisión de algún hecho que atentara contra la menor, castigos, encerrarla en la habitación. De esta serie de actos se deduce claramente la existencia de actos que obligaban a la menor a una relación sexual no consentida mediante amenazas que causaban un temor racional y fundado de causar un mal inminente y grave a ella o a su madre o hermano. Por tanto no se utilizó fuerza física directa sobre la menor para realizar el acto contra su libertad sexual, pero sí se utilizó fuerza o intimidación, que vencían la resistencia de HB. Además sería de apreciar la circunstancia de agravación específica recogida en el artículo 180.1.3.º, que tiene lugar cuando la víctima sea menor de 13 años, cuando fue agredida sexualmente por primera vez.

A la vista del supuesto cabe preguntarse si podría aplicarse el delito continuado a que se refiere el artículo 74 del CP. En este sentido el citado precepto sustantivo dice en su apartado tercero que quedan exceptuadas de lo establecido en los párrafos anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones... contra la libertad sexual, en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para apreciar o no la continuidad delictiva.

En este aspecto de la doctrina del TS se puede destacar:

- Que en principio en los delitos de agresión sexual, debe partirse de la imposibilidad de aplicar la continuidad delictiva, considerando que cada agresión constituye una ofensa personal que merece una pena individualizada (SSTS de 4 de octubre de 1993 y 22 de septiembre de 1995).

- No obstante en el marco de una misma ocasión, con circunstancias de tiempo y lugar parecidas, la producción de varias agresiones sexuales bajo una misma situación de violencia o intimidación, se aprecia la comisión de un único delito, individualizando la pena de acuerdo con su gravedad (STS de 16 de diciembre de 1991).

- Sin perjuicio de la excepcionalidad que supone su apreciación, admite la continuidad delictiva en los casos en que existe una relación sexual duradera, que obedezca a un dolo único o suponga el aprovechamiento de ocasiones semejantes por parte del sujeto activo, y afectando al mismo sujeto pasivo, concurriendo con la imposibilidad de concretar las ocasiones en que se cometieron (SSTS de 25 de mayo de 1998 y 22 de enero de 1999).

En el caso que se estudia parece adecuado aplicar la continuidad delictiva ya que nos hallamos ante una situación de ataque mediante agresión sexual contra el mismo sujeto pasivo, la menor de 11 años, en el marco de una relación sexual de cierta duración, durante un período de tiempo más o menos largo, mantenida en el tiempo, con unidad de propósito y aprovechando similares ocasiones por parte del sujeto activo, y sin la posibilidad de concretar las ocasiones en que tuvieron lugar, ya que fueron durante varios meses.

2. Desde el punto de vista procesal, sería interesante mencionar la necesidad de que la menor, perjudicada por los hechos, testificara en el plenario, así como que lo hicieran aquellas personas que tuvieron conocimiento de los hechos de manera indirecta, sin embargo el testigo directo, víctima de los hechos no compareció, sí declaró en la instrucción, pero no en el plenario, momento en el que se debe desarrollar la prueba, con la excepción de la preconstituida y anticipada. No obstante, se podría

introducir su testimonio sumarial mediante la lectura de su declaración, a través del artículo 730, y servir todo ello de base para una sentencia condenatoria, máxime si tenemos en cuenta la presencia de testigos de referencia, cuya declaración debe valorarse a esos efectos, y lo manifestado por los informes periciales, elementos corroboradores, tanto de la existencia de los hechos a través de los aspectos físicos y biológicos, como de la credibilidad y situación psíquica de la menor, lo que abundaría, en el interés de la menor en considerar su situación como compatible con la que previene el artículo 417.3, en tanto no ser obligada a declarar a la vista de ser considerada como incapaz física o moralmente, y con ello facilitar la imposibilidad de no someterle nuevamente a preguntas relacionadas con los hechos, lo que podría perjudicar su situación psíquica y ahondar en el trauma ocasionado por los hechos. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (SSTS de 12 de julio de 1996 y 1 de julio de 2002) siempre que se haga compatible el derecho del acusado a un proceso con todas las garantías, aplicando preceptos de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (arts. 2.º y 17, entre otros), y de esa manera utilizar los testigos de referencia, a que se refiere el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como prueba válida para enervar la presunción de inocencia, siempre que existan datos corroboradores, como las versiones coincidentes y lo manifestado por los peritos que exploraron y evacuaron el informe sobre la situación de la menor, así como los realizados por los forenses sobre los aspectos físicos y biológicos. En conclusión sería posible una sentencia condenatoria, aunque no compareciera al juicio oral la menor víctima, mediante la utilización de los testigos de referencia y los informes periciales acreditativos de datos objetivos corroboradores, sin perjuicio de introducir sus manifestaciones mediante la lectura de su declaración realizada durante la tramitación de la causa, por la vía del artículo 730.

3. Los hechos no pueden ser considerados en ningún caso como delito de abuso sexual, ya que resulta palmaria la existencia de violencia o intimidación de los artículos 178 y 179 del Código. Diferente calificación exigiría la no concurrencia de tales elementos, lo que a la vista de lo comentado sería inatendible. Debería aplicar la agravación específica que prevé el artículo 180.1.3.º, al encontrarnos con una menor de trece años como sujeto pasivo de las agresiones. Por supuesto y siguiendo la doctrina jurisprudencial habría de considerar la existencia de continuidad delictiva. También debería agravarse la pena ante la existencia de una condena por el mismo delito, aplicando la agravante de reincidencia. La base de una sentencia condenatoria sería la convicción formada por la prueba testifical de referencia así como por los informes periciales, de acuerdo con lo indicado más arriba, por lo que la incomparecencia de la víctima agredida sexualmente no impediría la condena al contar con testimonios referenciales y las corroboraciones necesarias.

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

- **Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 417.3 y 730.**
- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 178, 179 y 180.1.3.º.**
- **Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del Menor), arts. 2.º y 17.**
- **SSTS de 16 de diciembre de 1991, 4 de octubre de 1993, 22 de septiembre de 1995, 12 de julio de 1996, 25 de mayo de 1998, 22 de enero de 1999 y 1 de julio de 2002.**