

¿LAS AGRESIONES  
SEXUALES CUALIFICADAS COMO  
DELITO DE PROPIA MANO?  
REFLEXIONES EN TORNO A LA STS DE 6 JUNIO  
DE 2000, RJ 2000\5247

¿SEXUAL AGRESSIONS QUALIFIED  
AS CRIME OF ONE'S OWN HAND?  
REFLECTIONS AROUND THE DECISION  
OF JUNE 6, 2000, RJ 2000\5247

---

ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ\*

RESUMEN

En un dislate valorativo, el Tribunal Supremo español condena a la procesada como autora, en concepto de cooperadora necesaria, no por entender que el delito de violación del artículo 179 CP se estructure como un tipo de propia mano, sino por sostener un concepto de autor, en virtud del dominio del hecho y considerar que el cooperador necesario no tiene el dominio del hecho.

Palabras claves: *Agresiones sexuales: autoría, delito de propia mano, participación.*

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Profesor contratado LOU, Departamento de Derecho Penal y Procesal, Facultad de Derecho Universidad de Sevilla, España. Dirección postal: Campus Ramón y Cajal, c/ Enramadilla 18-20, Sevilla C.P. 41018, España. Correo electrónico: [monje@us.es](mailto:monje@us.es).

## ABSTRACT

In a wrongful adjudication, the Spanish Supreme Tribunal convicted the accused as author, in the category of necessary accessory, but not on his understanding that the crime of violation of article 179 CP is structured as a crime of one's *own hand*, but to hold a concept of authorship based on the control of the situation, and in that the necessary accessory does not have the control of the situation.

Key words: *Sexual aggressions: authorship, crimes of one's own hand, participation.*

## I. INTRODUCCIÓN

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó Sentencia, con fecha 24 de marzo de 1999 (ARP 1999, 431), que condenó a los coacusados como *autores* criminalmente responsables de un delito continuado de agresiones sexuales, al primero en concepto de *autor directo*, y a la segunda, en concepto de *cooperadora necesaria*. Contra dicha resolución los procesados recurrieron en casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, quien desestimó los motivos alegados, dictando segunda Sentencia, con fecha de 6 junio de 2000 (RJ 5247), confirmando la Sentencia de la Audiencia de instancia, entendiendo que si en algo hubiera errado la Audiencia Provincial hubiera sido en atribuir a la acusada su responsabilidad como cooperadora necesaria y no como autora directa. En síntesis, el Alto Tribunal condena a los dos procesados como coautores del delito de agresiones sexuales cualificadas.

## II. HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- "... Los procesados, Félix M.O. y Concepción M.Z., matrimonio, tienen dos hijos M<sup>a</sup> del Carmen y Juan, la primera, nacida el 29 de septiembre de 1984, y el segundo unos años menor que aquélla, teniendo su residencia en un cortijo aislado del término municipal de Monturque (Córdoba) en el que trabaja el cabeza de familia. La casa-cortijo consta de dos plantas: la baja, destinada a cocinar y otros habitáculos, y la alta en la que se ubican los dormitorios, tres en total, ninguno de los cuales tiene puerta, estando sustituida ésta por una cortina, y, separados unos de otros por tabiques de tal manera que para pasar al dormitorio de M<sup>a</sup> del Carmen es preciso hacerlo a través del de Juan. M<sup>a</sup> del Carmen M.M., actualmente de 14 años de edad, afecta de un cierto deterioro mental, es una niña inmadura, de bajo coeficiente intelectual, necesitada de apoyo escolar, un tanto fantasiosa hasta el punto de tener inclinación a interpretar en clave sexual las relaciones afectivas de su entorno con la intención de mejorar su imagen ante los demás; en la actualidad, tiene el himen totalmente desflorado como consecuencia de la realización de múltiples actos carnales completos, los cuales ante familiares, amigas y profesores, los narra unas veces con inhibición sentimental, mientras que en otras lo hace nerviosa y llorando. En el curso escolar 1995-1996, M<sup>a</sup> del Carmen y Juan M.M. fueron matriculados en un colegio sito en Lucena (Córdoba), viviendo durante el mismo en la residencia de éste de lunes a viernes, día en el que al terminar las clases marchaban al cortijo con los padres, donde aquélla decía que se aburría. En el mes de abril de 1995, dicha menor tuvo un incidente erótico con un compañero de colegio en los retretes del mismo, sin que se haya logrado acreditar el grado de incidencia al que se llegó, pero sí que tales hechos llegaron a conocimiento de los padres de la niña, y que se practicaron actuaciones

académicas, y, las propias del Derecho de Menores. A raíz de este episodio, dentro del mes y año citado, en la medianoche de un día del mismo, hallándose la menor acostada ya en su dormitorio, su madre –la procesada Concepción M.Z.–, y en connivencia con el padre –el también procesado Félix M.O.–, se presentó en la habitación de la menor, y contra la voluntad de ésta, que sospechaba un mal contra ella, la llevó hasta el cuarto del dormitorio, la desnudó, la tendió en la cama y la mantuvo sujeta por los brazos mientras el padre la penetraba vaginalmente con su pene, llevando a cabo un acto sexual completo, todo ello mientras la niña, a la sazón de 11 años de edad lloraba y gritaba sin que nadie acudiera a su auxilio. Estos hechos volvieron a ocurrir el domingo de esa misma semana, así como en todos los fines de semana desde esas fechas a la Navidad de 1996, con la sola diferencia de que la madre se limitaba a traerla desde su dormitorio al del matrimonio y la desnudaba en éste pese a la oposición que la menor ofrecía, pero ya no la sujetó más, sólo permanecía presente mientras duraba el acto carnal. En el mes de diciembre de 1996, en fecha no concretada, M<sup>a</sup> del Carmen M.M. le contó a unas primas suyas residentes en *Monturque* todo lo que le estaba pasando, y éstas, tras hacérselo saber a sus propios padres, intentaron en varias ocasiones que los fines de semana aquéllas los pasara en la casa de éstas; y un día de éstos, fueron al cortijo y echaron en cara a la madre de M<sup>a</sup> del Carmen este proceder contra la hija a lo que la procesada, llorando reconoció que todo era verdad, que no podía hacer nada, que no sabía que hacer y que su marido era antes que su hija, prometiéndoles que no volvería a suceder, expresiones éstas que en parecidos términos volvió a repetir el día 3 de enero de 1998 ante el Sr. Juez de Instrucción núm. 2 de Lucena, a presencia de su Letrada y a preguntas del Ministerio Fiscal. Como la citada menor relataba, también, estos hechos a sus compañeras de colegio y a sus profesores, éstos procedieron a llevar a cabo cuanto entendieron necesario dentro de sus competencias para que la menor fuera asistida médica y psicológicamente, comenzando por tratar de averiguar la realidad de cuanto aquélla decía, para, en su caso, que se tomaran las medidas adecuadas. Ante tal estado de cosas, las prácticas sexuales del padre y la hija cesaron, y, durante varios meses no se produjeron, hasta que en el mes de septiembre, aprovechando que la madre había llevado al médico a su hijo menor, Félix M. volvió a tener otro acceso carnal con M<sup>a</sup> del Carmen, su hija, y tales hechos volvieron a producirse durante finales de ese mes y el de septiembre, sin la concurrencia ni presencia de Concepción M., unas veces en el dormitorio bajo cuya cama Félix guardaba revistas pornográficas para recrearse en sus fotografías, otras en el dormitorio de la menor, otras sobre la mesa de la cocina, y en fin, una noche, fuera de la casa-cortijo sobre o contra una piedra de molino, en cuyas prácticas él la desnudaba, realizaba tocamientos por todo su cuerpo, la obligaba a tocarle sus genitales, y después llevaba a cabo el acto sexual completo, con introducción del pene en la vagina, si bien, eyaculaba fuera de ella. Félix M.O. durante las diligencias sumariales, sobre todo las periciales médicas ha mantenido la apariencia de ser un individuo normosómico, sencillo, humilde, sin pretensiones ni capacidad para sutilezas eróticas, así como con suficientes frenos inhibitorios sexuales. Concepción M.Z. es deficiente mental claramente apreciable a ojos de profano, padeciendo una minusvalía psíquica oscilante entre el 60 y el 80%, que se corresponde con una edad y capacidad mental propia de una niña de 6 a 10 años, todo ello a causa de padecer una oligofrenia encefalopática perinatal que no le impide discernir entre el bien y el mal, ni lo que está bien o mal hecho en cuanto a los hechos elementales de la vida, como los sexuales, y, las relaciones de ese tipo entre padres e hijos”.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: “Fallamos: Que debemos condenar como condenamos a Felix M.O., como *autor* criminalmente responsable de un delito continuado de Agresiones Sexuales sobre la persona de su hija menor de edad M<sup>a</sup> del Carmen M.M., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de trece años y seis meses de prisión; por el mismo delito, en calidad de *cooperadora necesaria*,

concurriendo la circunstancia atenuante núm1 del artículo 21 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), debemos condenar y condenamos a Concepción M.Z. como responsable criminalmente del mismo a la pena de tres años y cinco meses. Además, debemos condenar y condenamos a Félix M.O., como autor criminalmente responsable de un delito de Abusos Sexuales, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de ocho años de prisión: A ambos procesados se les condena, también, a la pena accesoria de Inhabilitación absoluta durante todo el tiempo de la condena, así como a que no puedan acudir al lugar en que resida la víctima durante cinco años, al pago de las costas procesales y a que indemnicen conjunta y solidariamente a la menor por el delito de Agresión Sexual, cinco millones de pesetas cada uno, y, Félix M.O., por el delito de Abusos Sexuales, otros cinco millones de pesetas. Se aprueba el Auto de Insolvencia dictado por el Juzgado Instructor. Y para el abono de la pena principal y responsabilidades subsidiarias les abonamos a los procesados el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa. Notifíquese esta resolución a las partes a las que se les instruirá de los recursos que contra la misma caben interponer, y una vez firme la sentencia comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes, así como al de la naturaleza de los condenados”.

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por los acusados Félix M.O. y Concepción M.Z., que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

### III. NUEVA LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA VIOLACIÓN COMO DELITO DE PROPIA MANO

La Sentencia objeto de análisis rompe la línea jurisprudencial mayoritariamente aceptada, que había venido considerando de manera casi unánime al delito de violación entre los de *propia mano*. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, en Sentencia de 24 de marzo de 1999 (ARP 1999, 431), condenó a los coacusados como *autores* criminalmente responsables de un delito continuado de agresiones sexuales, al primero en concepto de *autor directo*, y a la segunda, en concepto de *cooperadora*. No obstante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el correspondiente recurso de casación, desestimó los motivos alegados, confirmando la Sentencia de la Audiencia de instancia, y condenando a los dos procesados como *autores directos* del delito de agresiones sexuales, condenando a la madre que llevó a la víctima hasta el cuarto del dormitorio, la desnudó, la tendió en la cama y la mantuvo sujeta por los brazos mientras el padre la penetraba vaginalmente con su pene; y posteriormente, se limitó a traerla desde su dormitorio al del matrimonio y la desnudó en éste pese a la oposición que la menor ofrecía, pero ya no la sujetó más, sólo permanecía presente mientras duraba el acto carnal, como *autora directa*. ¿Significa esto que el Tribunal, aún a pesar de no pronunciarse expresamente, y de manera implícita, está reconociendo que el delito de violación se configura como uno de *propia mano*?

De la respuesta que se dé a esta cuestión depende la solución de determinados problemas dogmáticos como por ejemplo, los relativos a la posibilidad de autoría mediata, coautoría y de comisión por omisión. Si entendemos por *delitos de propia mano* aquellos en que la acción típica consiste en la realización de un acto corporal por el propio autor<sup>1</sup>, esto implica que en ellos, por

<sup>1</sup> Véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966, pp.242 y ss.;

dicha razón no son concebibles la autoría mediata<sup>2</sup>, la coautoría, así como tampoco la comisión por omisión.

#### IV. ¿LA VIOLACIÓN COMO DELITO DE *PROPIA MANO*?

1. Tradicionalmente, la doctrina mayoritaria había considerado el delito de violación entre los de *propia mano*, dada la redacción legal del antiguo artículo 429 CP que, tras la reforma de 1989, configuraba la conducta típica como el *tener acceso carnal con otra persona, por vía vaginal, anal o bucal*, concurriendo las circunstancias descritas en el citado precepto, esto es, cuando se usare la fuerza o la intimidación; cuando la persona se hallare privada de sentido o se abusare de su enajenación; o cuando fuere menor de doce años cumplidos.

La antigua redacción del artículo 429 ACP, anterior a 1989, describiendo la conducta típica con la expresión “*yacimiento*”, circunscribía el tipo a la realización del coito vaginal heterosexual, subsumiendo los restantes comportamientos en los delitos denominados “*abusos deshonestos*” (actuales “*agresiones sexuales*”). A fin de soslayar las dificultades de esta redacción, la reforma operada por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, sustituyó la expresión “*yacimiento*” por la de “*acceso carnal*”, abarcando esta conducta la acción de *yacer*, lo que supone la ampliación del sujeto pasivo, asimilando el varón a la mujer, incluyendo en la conducta típica el coito anal, homo y heterosexual. Estas consideraciones comportaban, necesariamente, la intervención del varón en dichas relaciones, dada la redacción típica, que implicaba la introducción del órgano genital masculino en alguna de las cavidades descritas, excluyéndose otras modalidades de acceso, por ejemplo, las digitales, así como la introducción de objetos, que se reconducían a las figuras de agresiones sexuales<sup>3</sup>.

Precisamente, la redacción típica del artículo 429 CP en el sentido expuesto conllevaba la consideración del delito de violación como uno de *propia mano*, pues la conducta típica sólo la podía cometer el varón, dado que la relación mantenida entre un hombre y una mujer, en la que éste introduce en su boca el pene *no erecto* de aquél, no permite sostener que ella, como sujeto activo acceda carnalmente al varón<sup>4</sup>.

En nuestro Derecho positivo, la *violación* se venía entendiendo como “*yacimiento con mujer*, traducible por coito vaginal heterosexual acompañado de fuerza o intimidación, con la víctima privada de razón o de sentido o menor de doce años. En cualquier caso, la violación presupone un sujeto activo, hombre, y un sujeto pasivo, mujer. No obstante, con la entrada en vigor de la mencionada LO 3/1989 se da una inflexión, ya anunciada, en virtud de la cual la violación pasa a ser algo distinto: el acceso carnal entre dos personas por vía vaginal, anal o bucal, con la concurrencia de las mismas circunstancias antedichas, con algún matiz diferencial (...) Así pues, bien puede afirmarse que la violación ha resultado desnaturalizada, ha mudado su esencia por mor de un proceso expansivo paulatino que discurre por dos cauces: los de la doble ampliación de los casos y de los

en opinión de CERESO MIR, “es sólo el que realiza personalmente la acción típica, pues sólo él puede realizar el desvalor ético-social de la conducta delictiva” (CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General. III, Teoría Jurídica del delito*, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 1998, p. 211); ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª edición, Berlin - New York, W. de Gruyter, 2000, pp. 335 y ss.; 352 y ss.; 399 ss.; 458 y ss.; 527 y ss. y 707 y ss. Esta categoría delictiva proviene de la doctrina alemana (véanse, por ejemplo, y en la actualidad ha sido criticada por la doctrina más moderna, cuestionando su fundamento; por ejemplo, MAQUEDA ABREU aboga por la eliminación de esta categoría de delitos, desde la perspectiva de la tesis del dominio del hecho (MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos de propia mano*, Madrid, Tecnos, 1992, pp.72 y ss.)

<sup>2</sup> En sentido contrario, OCTAVIO DE TOLEDO considera que sí cabe apreciar la figura de la autoría mediata, en los casos en que se utiliza a otro sujeto de modo instrumental, siendo aquél inimputable, o bien en casos de error o empleo de violencia física o moral (OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, “Razones y sinrazones para una reforma anunciada”, en *La Ley*, Nº4, 1997, p. 1144).

<sup>3</sup> Véase CARMONA SALGADO, Concepción, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 243-244.

<sup>4</sup> En este sentido, véase BAJO FERNÁNDEZ, Manuel, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, Ceura, 1987, *passim*.

quehaceres sexuales. A la violación entendida como el forzamiento de una mujer por un varón, sigue una concepción más laxa que va englobando la relación sexual habida con una menor de edad o con una privada de razón, hasta alcanzar en la actualidad al yacimiento en iguales circunstancias habido con un hombre. Y, correlativamente, un delito que basculaba sobre el coito vaginal heterosexual ha pasado a asentarse, además, sobre el anal y el bucal, hetero y homosexual (...)»<sup>5</sup>.

En la doctrina española, CARMONA SALGADO y GONZÁLEZ RUS incluyeron el delito de violación entre los *de propia mano sólo "a medias"*; al considerar que los tipos de fuerza e intimidación en la violación (referido al Código penal anterior) se podrían descomponer en dos fases. En primer lugar, el *yacimiento* (actual *acceso carnal*), considerando coautor principal a quien lo realiza corporalmente, y, en segundo lugar, la *fuerza* (actual *violencia*), o intimidación, que puede ejecutarla una persona distinta a la que realiza el yacimiento carnal en concepto de coautor material que "toma parte" en la ejecución del delito<sup>6</sup>.

De manera singular, DÍEZ RIPOLLÉS entendió que si bien, en principio consideró al delito de violación como de propia mano, posteriormente modifica su opinión, al detectar los inconvenientes de esta consideración, tomando los casos de las doctrinas alemana, austríaca, portuguesa e italiana, obligadas a introducir en sus nuevas regulaciones determinadas referencias típicas que posibilitaran sustraer estos preceptos del ámbito de los delitos de propia mano<sup>7</sup>.

2. La doctrina jurisprudencial había considerado que el ejercicio de la violencia propia del tipo de violación sólo daba lugar a una forma de cooperación, que era punible por lo tanto, únicamente a través del artículo 14.3º ACP (actual art. 28 b) CP). Esta consecuencia presuponía una necesaria accesoriedad respecto de la acción de otro que haya realizado el acceso carnal, aprovechándose dolosamente de la coacción ejercida sobre la víctima.

Conforme con estas consideraciones, no era posible admitir en el delito de violación la *coautoría*, ni tampoco la *autoría mediata*, toda vez que la autoría del delito de violación requería necesariamente el acceso carnal doloso de otro coautor. No obstante, tal criterio no ha sido seguido de forma estricta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por el contrario, la cuestión ha sido planteada más como una cuestión terminológica del artículo 14 ACP (actual art. 28 b), que como el fundamento material para atribuir a la violación el carácter de delito de propia mano que, en consecuencia, excluiría tanto la *coautoría* como la *autoría mediata*<sup>8</sup>. Claro ejemplo de este criterio son las SSTs de 14 abril 1987<sup>9</sup> y 7 de noviembre 1987<sup>10</sup>, entre otras. En la primera sentencia citada, se trataba de un caso en el que dos autores tuvieron alternativamente acceso carnal con la víctima mientras, también alternativamente, el otro ejercía sobre ella violencia, considerando el Tribunal que "es evidente que ambos fueron coautores de los dos atentados" (FJ 2), lo que demuestra que el ejercicio de la violencia sobre la víctima es suficiente para fundamentar la autoría en sentido estricto.

En la STS de 7 noviembre 1987 (RJ 1987/8474), se pone de manifiesto también que en el delito de violación la participación mediante el ejercicio de violencia sobre la víctima es suficiente para la autoría cuando se afirma que, en tales casos esta cooperación necesaria constituye autoría. Si el ejercicio de la violencia es suficiente para basar la coautoría, también debe serlo para la autoría

<sup>5</sup> Véase ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 59-60.

<sup>6</sup> CARMONA SALGADO, Concepción, *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 203, 204-205 y 257 y ss.; GONZÁLEZ RUS, Juan, *La violación en el Código Penal español*, Granada, Secretariado de Publicaciones de la U. de Granada, 1982, pp. 462 y ss. y 468)

<sup>7</sup> Véase DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, Bosch, 1985, pp. 101 y 103.

<sup>8</sup> Véase STS de 2 noviembre 1994 (RJ 1994\8386), FJ 3.

<sup>9</sup> RJ 1987/2568.

<sup>10</sup> RJ 1987/8474.

mediata, dado que tanto la coautoría como la autoría mediata presuponen, según sus reglas, que el coautor o autor mediato ostenten los requisitos de la autoría del tipo concreto cuando éste exige alguna cualificación específica. Es obvio que si se admite la coautoría del que sólo aplica la violencia es porque la autoría no requiere una ejecución de propia mano; de lo contrario la coautoría se debería excluir.

Por lo demás, por encima de cualquier consideración terminológica, la última sentencia citada deja claro que toda cooperación necesaria en el momento de la ejecución (por lo tanto, en el delito de violación el ejercicio de la violencia que permite el acceso carnal por parte de otro) constituye una manifestación del condominio del hecho y, consecuentemente, de la autoría en sentido estricto<sup>11</sup>.

## V. EL ARTÍCULO 179 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

1. El Código Penal de 1995 castiga en el artículo 179 CP la conducta de *acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías*, a diferencia de la regulación del Código de 1973, donde la violación quedaba circunscrita al coito vaginal heterosexual hasta que fue reformada en 1989, englobando también el anal y el bucal<sup>12</sup>. En efecto, como ya he expresado *supra*, el delito de violación ha experimentado una profunda transformación, a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

Si tradicionalmente se había interpretado el *acceso carnal* como “la penetración del órgano genital de un varón en la vagina, el ano o la boca de otra persona, mediando violencia o intimidación<sup>13</sup>, la nueva redacción otorgada al artículo 179 CP por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, ha interpretado el *acceso carnal* en un sentido más amplio. Una de las principales modificaciones de la citada reforma elimina la referencia expresa a la “penetración”, admitiendo que la modalidad de “*acceso carnal*” por vía vaginal, anal o bucal, pudiera ser realizada tanto por hombre como por mujer<sup>14</sup>. Conforme con ello, la imprecisa y ambigua expresión “*acceso carnal*” se puede entender como “relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se dé penetración, bastando pues, la práctica fricativa o ‘*coniunctio membrorum*’”<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Véase STS de 2 noviembre 1994 (RJ 1994\8386), FJ 3.

<sup>12</sup> Véase ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 96.

<sup>13</sup> ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *op. cit.*, p. 96: “A diferencia de lo que sucedía en el Código Penal de 1973, en el cual la violación quedaba circunscrita al coito vaginal heterosexual hasta que fue reformada en 1989 y pasó también a englobar el anal y el bucal, aspecto este último criticado por la doctrina”. Véase DIEZ RIPOLLES, José Luis, “Las últimas reformas en el Derecho penal sexual”, en *EPC XIV*, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1991, pp. 55-56; el mismo, pp. 41-44. Asimismo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, a quien le parece excesivo equiparar el desvalor de la penetración vaginal o anal, con la bucal, en “Anotaciones a la reforma del Código penal de 1989. Enfermedad mental y libertad sexual”, en *Cursos del Centro de Estudios Judiciales*, Nº3, Psiquiatría Forense, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1990, p. 158. CANCIO MELIÁ sostiene que “el acceso carnal comporta siempre la penetración del órgano sexual masculino... el tipo comporta como conductas agravadas sólo modalidades invasivas... (CANCIO MELIÁ, Manuel, “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual en el nuevo Código Penal español”, en *AD-Hoc Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV, Nº8, Buenos Aires, 1998, p. 204)”. PUERTA entiende el ‘acceso carnal’ como equivalente a ‘coito o penetración vaginal (PUERTA, Luis, “El delito de agresión sexual en el nuevo Código Penal”, en *Estudios Jurídicos*, Madrid, Ministerio Fiscal, 1997, p. 547)”. En la misma línea, GONZÁLEZ RUS considera que “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 (GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”, en *CPC*, Nº59, Madrid, 1996, p. 335)”. Asimismo, véase MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, “Delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995. Planteamiento general”, en *Estudios Jurídicos*, NºVII, Madrid, Ministerio Fiscal, 1997, p. 485. Comparten también esta opinión, respecto al antiguo artículo 429 ACP, BOIX, FRANCISCO *et al*, *La reforma penal de 1989*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p.148; asimismo ORTS BERENGUER, Enrique, *op. cit.*, p. 63.

<sup>14</sup> Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 210; 16ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, *passim*.

<sup>15</sup> Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.* (14ª edición), p. 210) y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte General*, 13ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 206.

Tales consideraciones conllevan consecuencias en el plano de la autoría y la participación, dado que admitiría como posible un sujeto activo mujer y un sujeto pasivo mujer en el delito de violación -como sucede en el supuesto de hecho de la Sentencia comentada- (“...su madre -la procesada Concepción M.Z.-, y en connivencia con el padre -el también procesado Félix M.O.-, se presentó en la habitación de la menor, y contra la voluntad de ésta, que sospechaba un mal contra ella, la llevó hasta el cuarto del dormitorio, la desnudó, la tendió en la cama y la mantuvo sujeta por los brazos mientras el padre la penetraba vaginalmente con su pene (...) la madre se limitaba a traerla desde su dormitorio al del matrimonio y la desnudaba en éste pese a la oposición que la menor ofrecía, pero ya no la sujetó más, sólo permanecía presente mientras duraba el acto carnal...”.) En este contexto, la doctrina se ha planteado la controvertida cuestión sobre la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo del delito contenido en el artículo 179 CP. Por ejemplo, si una mujer<sup>16</sup> -“A” intimida con un arma a otra mujer -“B”, mientras que “C” -varón-, la penetra vaginalmente, contra la voluntad de “B”, ¿de qué respondería “A”?

2. A este respecto, la doctrina se ha preguntado sobre la cuestión relativa a si el delito de violación es uno de *propia mano*<sup>17</sup>, con las consecuencias que ello implica. Para un sector de la misma, el delito de agresiones sexuales no<sup>18</sup> se configura como un delito de propia mano, admitiendo como posible la utilización instrumental de otro sujeto, y por tanto, de la autoría mediata<sup>19</sup>.

Una línea doctrinal minoritaria, representada por ORTS BERENGUER<sup>20</sup> sostiene un doble argumento que permitiría tanto incluir como excluir al delito de agresiones sexuales de los de propia mano. En primer lugar, la vaga redacción del precepto del tipo de agresión sexual, así como su independencia del delito de violación permiten excluir a las agresiones sexuales del catálogo de los delitos de propia mano. Por el contrario, tal afirmación conllevaría la desventaja de no poder calificar determinados hechos por el delito específico, sino por el genérico tipo de coacciones y, en consecuencia, de sancionarlos de acuerdo con su gravedad con la pena propia de las agresiones sexuales y no a través de la correspondiente a aquel otro delito.

A título de ejemplo, ORTS BERENGUER se refiere al caso en que un sujeto “A” constriñe la voluntad de otro “B” para que realice actos de manipulación sexual sobre un tercero “C”. En esta hipótesis, se da el elemento básico de las agresiones sexuales, el contacto corporal, aunque no directamente entre el sujeto que emplea la violencia o la intimidación “A” y la víctima “C”. ¿Cómo debería responder el sujeto “A”? ¿Como autor mediato? ¿Como inductor? ¿Como mero cooperador necesario?<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Véase la SAP Barcelona de 22 enero 2000 (ARP 2000\1369), donde se admite la *posibilidad* de que la mujer sea sujeto activo del delito de violación

<sup>17</sup> En esta línea se pronuncian ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *op. cit.*, p. 77; y OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, *op. cit.*, p. 1144.

<sup>18</sup> Véase CERESO MIR quien opina que los delitos de agresiones sexuales (artículos 178-180) no son delitos de propia mano, y concretamente el delito de violación, pues el empleo de violencia o intimidación puede realizarse mediante una persona a la que se utilice como instrumento (CERESO MIR, José, *op. cit.*, p. 219).

<sup>19</sup> Generalmente, “...la autoría mediata tendrá su base en la instrumentalización por vía de la imputabilidad del autor inmediato, del error o del empleo de la violencia física o moral... Obrará en autoría mediata quien utilice a un deficiente mental para cometer la agresión sexual. La falta de imputabilidad de este último impedirá que responda criminalmente de ella, pero sí le será objetiva y subjetivamente imputable a quien, desde el mismo momento de su actuación sobre el instrumento, ha comenzado a incurrir en responsabilidad penal. Sucederá lo propio cuando se emplee violencia física o moral, excepto en el primer caso, que el ‘instrumento’ no obre en absoluto, pues entonces será el que le mueva quien responda en *autoría inmediata*. Fuera de este supuesto, el ejecutor material puede beneficiarse de una causa de inexigibilidad como pueda ser la del *miedo insuperable*. En cambio..., en los casos en que el instrumento actúe dolosamente, en la medida en que la decisión en orden a la realización del hecho se deja en sus manos, incumple los requerimientos de la propia autoría mediata, pues actúa libremente, siendo encuadrable el proceder del impropio *hintermann* en el campo de la participación (inductor)” (ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *op. cit.*, pp. 77-78).

<sup>20</sup> Véase ORTS BERENGUER, Enrique, *op. cit.*, p. 168; cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *op. cit.*, p. 67. En particular, véase MAQUEDA ABREU, María Luisa, *op. cit.*, p. 72 y ss.

<sup>21</sup> En opinión de ORTS BERENGUER, si “C” está de acuerdo con la citada maniobra “A” sería su **cooperador necesario** (“C”

La doctrina ha venido incluyendo el delito de violación del artículo 179 CP entre los de *propia mano*, con el argumento de que sólo podía realizar el desvalor ético-social de la conducta delictiva el que realiza personalmente la acción típica; es decir, sólo puede realizar el tipo de violación el que directamente accede carnalmente a la víctima.

En esta línea, GIMBERNAT ha sostenido que “el Código Penal de 1995 se entromete nuevamente en una discusión científica abierta y en su artículo 28 toma posición descaradamente a favor de la primera tesis” (entendía que autor era el descrito en el artículo 14.1 del Antiguo Código Penal). “Sin embargo, y a pesar de todos esos esfuerzos partidistas del legislador del Código Penal de 1995, la situación no habrá cambiado en nada. Pues si ‘A’ sujeta por la fuerza a una mujer mientras ‘B’ yace con ella, por mucho que ‘A’ y ‘B’ hayan actuado conjuntamente y que ambos sean, por consiguiente y en el sentido del artículo 28 del Código penal de 1995, coautores, es evidente -por redundante- que sólo ha cumplido el tipo de “atentar con violencia contra la libertad sexual de otra persona mediante acceso carnal (artículo 178 en relación con el 179 del Código Penal de 1995) quien efectivamente ha “atentado contra la libertad sexual mediante acceso carnal...”<sup>22</sup>.

Así, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ considera que se trata de un *delito de propia mano*<sup>23</sup>, que sólo puede cometer el varón, pues a su entender, la relación mantenida entre un hombre y una mujer, en la que ésta introduce en su boca el pene no erecto de aquél no permite sostener que ella, como sujeto activo, acceda carnalmente al varón.

De otro lado, MUÑOZ CONDE sostiene que las conductas consistentes en *acceso carnal* son delitos de *propia mano*, en las que sólo puede ser autor en sentido estricto el que realiza la acción corporal descrita en el tipo, es decir, el acceso carnal. No obstante, dado que el tipo se construye a partir de una acción violenta o intimidatoria, la realización de la violencia o de la intimidación por un tercero, distinto al que realiza la acción de acceder carnalmente o de introducir objetos (sujetando a la víctima, forzándola o intimidándola para que otro la acceda carnalmente), constituirá *coautoría* o conduciéndola en contra de su voluntad al lugar donde otro consuma el acceso carnal que, además, daría lugar a la aplicación del tipo cualificado del artículo 180.1.2ª CP<sup>24</sup>.

3. En la jurisprudencia no existe una línea unánime, afirmando<sup>25</sup> implícitamente, en ocasiones, la naturaleza de la violación como *delito de propia mano* y negándola<sup>26</sup> en otras. Como representativa de esta segunda posición la STS de 2 noviembre 1994 (RJ 1994\8386), admite explícitamente que

---

sería el autor que se beneficiaría de la fuerza o la intimidación usada por “A” para llevar a cabo la acción querida). Por el contrario, si “C” no estuviera conforme con el contacto sexual o fuera inimputable o estuviera privado de sentido, parece razonable incriminar a “A” a título de autor mediato de un concurso ideal de infracciones, posiblemente, pues habría dos agresiones sexuales: las sufridas por “B” y por “C”, de las que, de manera respectiva, cada uno de ellos sería “autor” (instrumento de “A”) y víctima. En estas dos hipótesis resulta indistinto que los sujetos “B” y “C” se hagan mutuamente tocamientos íntimos o que sólo uno de ellos haga objeto de tocamientos al otro; en ambas hay agresión sexual (ORTS BERENGUER, Enrique, *op.cit.*, pp. 168-169).

<sup>22</sup> Prólogo al Código Penal, Madrid, Tecnos, 1996.

<sup>23</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Manuel, *op. cit.*, s/p.

<sup>24</sup> Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.* (14ª edición), pp. 212-213. Confróntese, en este sentido, la SAP Valencia de 5 septiembre 1997 (ARP 1997\1904), Casos Niñas de Alcácer.

<sup>25</sup> Véase las SSTS de 29 septiembre y 4 octubre 1988; 23 de enero, 28 de marzo y 3 de diciembre 1990, sancionando como *cooperador necesario* a quien interviene en una violación ejerciendo fuerza sobre la víctima y coadyuvando así a que el autor realice el acceso carnal sobre ella. Asimismo, véanse las SSAP Valladolid de 17 febrero 2003 (ARP 2003\265); SAP Almería de 22 septiembre 2003 (JUR 2003\243342). En esta línea, la STS 17 enero 2001 (TOL 27.617) castigó, asimismo, como *cooperador necesario*, “al que contribuye a coadyuvar el acceso carnal realizado por otro mediante la aportación de una actividad proyectada a doblegar la voluntad de resistencia de la víctima, y también los que en ejecución de un plan conjunto realizan una acción en cuyo desarrollo tiene lugar la violación, así como en caso de no existir un plan preordenado previo. Cuando varios individuos, con conciencia de la acción que se realiza, determinan con su presencia un efecto intimidatorio ambiental sobre la víctima de la violación materialmente ejecutada por otro agente, puesto que, en este último supuesto, la sola presencia del copartícipe concorde con la agresión sexual realizada por el otro sujeto, incrementa el clima de terror existente en cuanto ingrediente muy importante de un fuerte componente intimidatorio, acentuando el desamparo y desvalimiento de la víctima, con lo cual esa presencia constituye por sí sola cooperación eficaz e indispensable...” (FJ 9º). Véase, finalmente, SAP Castellón, 1 octubre 2004.

<sup>26</sup> Asimismo, véase la SAP de Ciudad Real de 10 mayo 1995 (ARP 1995\569).

el delito de violación no requiere una ejecución de propia mano. La citada sentencia dispone que en la doctrina española se suele considerar la violación como delito de propia mano, aunque no faltan los que admiten la posibilidad de la coautoría y de la autoría mediata, continúa diciendo “... es indudable que, reducido el problema a tales límites, a partir de la premisa sentada (sólo el varón podía tener acceso carnal) no se deriva en modo alguno que se deba excluir la coautoría, dado que la estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampoco la imposibilidad de la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia”.

4. En mi opinión, la cuestión de si el tipo que nos ocupa es o no uno *de propia mano* debe conectarse con el problema de la exigencia o no de un contacto corporal<sup>27</sup> entre los sujetos activo y pasivo del delito, en la realización de la conducta típica de agresión sexual. A mi juicio, el tipo de agresiones sexuales no exige un contacto corporal<sup>28</sup> entre los sujetos activo y pasivo del delito, sino sólo sobre la persona del sujeto pasivo, pudiendo calificar de agresiones sexuales aquellas conductas en que un sujeto obliga a otro, en contra de su voluntad a realizar manipulaciones de carácter sexual sobre su propio cuerpo o a soportar tales manipulaciones por la acción de un tercero, de esta afirmación se deriva por fuerza que el tipo contenido en los artículos 178 y 179 CP no puede ser de propia mano<sup>29</sup>. Por ejemplo, pienso en la hipótesis en que se constriñe al sujeto pasivo para que, en contra de su voluntad, realice tocamientos sobre su propio cuerpo.

Conforme con ello, teóricamente cabría apreciar la figura de la autoría mediata<sup>30</sup> en todos aquellos casos en que el autor utiliza a otro sujeto de modo instrumental, para involucrar a la víctima en un contexto sexual en contra de su voluntad, así como también cuando es la propia víctima la que es forzada o intimidada por el autor para la realización sobre sí misma de un acto sexual.

Al no tratarse de un delito de propia mano, cabe también la coautoría<sup>31</sup>, es decir, la realización conjunta del hecho por varios sujetos<sup>32</sup>. En el caso más problemático de que sea un sujeto el que aplique la violencia o la intimidación, y otro distinto el que realiza los actos materiales de carácter sexual, ambos son coautores.

El que realiza los actos materiales de carácter sexual (*mientras el padre la penetraba vaginalmente*

<sup>27</sup> En la doctrina, MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p.201 (14ª edición) considera que el término atentado contra la libertad sexual exige un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo, mientras que CARMONA SALGADO, Concepción, *op. cit.*, pp.75-80; 82-84) entiende lo contrario.

<sup>28</sup> Considero que, en un sentido material, es posible atacar y lesionar la libertad e indemnidad sexuales mediante acciones que no supongan un contacto físico entre el agresor y la víctima. Así, por ejemplo, sucederá en casos como el de obligar a la víctima a llevar a cabo actos de manipulación sexual sobre su propio cuerpo o bien a ejecutar actividades de dicha índole en la persona de un tercero, o a tolerarlas sobre su propio cuerpo por parte de dicho tercero. En este sentido se ha pronunciado un sector de la jurisprudencia, por ejemplo, las SSTS 5 de octubre 2001 (RJ 2001\9034); STS de 2 octubre 2001 (RJ 2001\8523); SSTS 7 de febrero 1976; 12 de junio 1990; 22 de abril 1991; 10 de mayo 1988; 18 de noviembre 1988; 6 de noviembre 1992; 22 de marzo 1991; 17 de marzo 1989; 30 octubre 1989.

<sup>29</sup> En este sentido, véase CARMONA SALGADO, quien opina que no parece sustentarse la tesis del delito de propia mano, dado que la amplia descripción legal de las agresiones sexuales no requiere que sea sujeto activo quien tenga necesariamente que realizar el acto lúbrico en cuestión, siendo suficiente con que sea quien atente contra la libertad sexual de la víctima, que no sólo puede lesionarse si dicho acto se ejecuta por aquél directa y personalmente en ella, sino también si se lleva a cabo por medio de otra persona a la que se utiliza como instrumento (CARMONA SALGADO, Concepción, *op. cit.*, p. 198).

<sup>30</sup> Un sector de la doctrina admite la autoría mediata (VIVES, Antón *et al*, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp.225 y ss.: “... no habiendo sido configurada la agresión sexual como de propia mano... nada impide que la infracción se ejecute por autoría mediata...”)

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, la SAP Málaga de 14 octubre de 2002 (JUR 2003\70619); STS de 16 octubre 2002 (RJ 2002\9577), entre otras.

<sup>32</sup> Si varios sujetos, entre los que existe un acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho, realizan cada una de ellas algún elemento del tipo, estamos ante la figura de la coautoría. El acuerdo de voluntades puede ser anterior o simultáneo, expreso o tácito. Si uno de los concertados se excede de lo acordado y comete otro delito diferente, no existe respecto al mismo coautoría). Véase CERREZO MIR, José, *op. cit.*, pp. 222 y 234.

con su pene, llevando cabo un acto sexual completo...) porque con ellos atenta contra la libertad sexual de la víctima con una violencia o intimidación que, si bien no proceden de él mismo, las aprovecha y se sirve de las mismas como medio de realización del atentado sexual. El que aplica la violencia o la intimidación (la madre –la procesada Concepción M.Z., y en connivencia con el padre –el también procesado Félix M.O., se presentó en la habitación de la menor, y contra la voluntad de ésta, que sospechaba un mal contra ella, la llevó hasta el cuarto del dormitorio, la desnudó, la tendió en la cama y la mantuvo sujeta por los brazos) es *coautor*, no sólo de acuerdo con la teoría objetivo-formal de *Beling*<sup>33</sup> en virtud de que realiza un acto periférico del tipo, sino también de acuerdo con la teoría del dominio del hecho<sup>34</sup>. No obstante, el que aplica la violencia o la intimidación sin realizar él mismo los actos materiales de carácter sexual, será en todo caso cooperador necesario o cómplice<sup>35</sup> con independencia de cuál sea el concepto de coautoría que se sostenga.

5. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, en Sentencia de 24 de marzo de 1999 (ARP 1999/431), condena a los dos procesados como coautores de un delito de agresiones sexuales, al primero en concepto de *autor directo*, y a la segunda, en concepto de *cooperadora necesaria*. La distinción entre autor y partícipe no obedece a la consideración o no de la violación como un delito de propia mano, sino al concepto de autor que se sostiene y que considera que el *cooperador necesario* no tiene el dominio del hecho.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Según la teoría de BELING, un acto sería ejecutivo si está comprendido en la acción descrita en el tipo. 'Para delimitar los actos preparatorios y ejecutivos habría que atender al verbo con el que se describe la acción. En algunos tipos penales hay, junto al núcleo central, una zona periférica, en la que se describen los modos o formas de realización de la acción, por ejemplo, en el delito de robo (art. 237) se dice que son reos del mismo "los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de una cosa mueble ajenas empleando violencia o intimidación en las personas". Si un acto está comprendido en la zona periférica sería ya ejecutivo, por ejemplo, el escalamiento, en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas', cita de CEREZO MIR, José, *op. cit.*, p.188. En sentido crítico, ALCÁCER GUIRAO rechaza que los actos comprendidos en la zona periférica (por ejemplo, el escalamiento en el robo con fuerza en las cosas o el empleo de violencia o intimidación en la violación) representen siempre un principio de ejecución. Éste será sólo el caso cuando entre el acto comprendido en la zona periférica y el que realiza el núcleo del tipo, que afecta directamente al bien jurídico e integra el centro desvalorativo de lo injusto se dé "una unidad de ataque no precisada de interrupción en fases o actos intermedios esenciales". Pretende llevar a cabo, pues, ALCÁCER una interpretación teleológica restrictiva del principio de ejecución; véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el concepto de la realización típica*, Madrid, Edisofer, 2001, pp. 83 y ss. Pero en el escalamiento o en la fractura de puerta o ventana, en el robo con fuerza en las cosas, el sujeto lleva a cabo una acción dirigida por su voluntad a la lesión del bien jurídico y dicha acción fundamenta lo injusto específico del robo con fuerza en las cosas (art. 238) en relación con el hurto (art. 234). En la violación, el empleo de la fuerza o la intimidación afecta ya directamente al bien jurídico protegido de la libertad sexual y fundamentan, además, lo injusto específico de las agresiones sexuales del artículo 179, en relación con las figuras delictivas paralelas de abusos sexuales (arts.182-183)

<sup>34</sup> Para ROXIN, el *autor* es la figura central en la realización de la conducta delictiva y distingue tres conceptos de autor, según la estructura de los correspondientes tipos delictivos. La mayor parte de los delitos dolosos son de dominio, en los que la figura central es el que tiene el dominio del hecho. En los delitos que suponen la infracción de un deber –delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, delitos imprudentes, delitos de comisión por omisión– autor es todo el que estaba sujeto a ese deber, cualquiera que hubiese sido su forma de contribución a la comisión del delito. Por último, en los delitos de propia mano, autor es sólo el que realiza personalmente la acción típica, pues sólo él puede realizar el desvalor ético-social de la conducta delictiva. Véase ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp.335 y ss.; 352 y ss.; 399 y ss.; 458 y ss.; 527 y ss. y 707 y ss.

<sup>35</sup> En realidad, como indica CEREZOP MIR la distinción entre cooperador necesario y cómplice es una tarea insoluble. Ya en la moderna Ciencia del Derecho penal se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de medir la eficacia causal de las diversas condiciones y que, aunque ello fuera posible, no será decisiva para determinar la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad. En la práctica, en nuestro país, una misma conducta es calificada en ocasiones como cooperación necesaria y otras veces como complicidad, según que, dadas las circunstancias del caso, represente una contribución más o menos importante a la comisión del delito. Véase CEREZO MIR, José, *op. cit.*, pp.246-247; MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, pp. 462-464. En el mismo sentido GRACIA MARTÍN ha criticado el mantenimiento de la figura de la cooperación necesaria, proponiendo su supresión, al suscitar una gran inseguridad jurídica. En su opinión, "...si se estima que a veces, pero no siempre, el cómplice merece la pena del autor, la solución ha de ser la de suprimir la cooperación necesaria y establecer una atenuación facultativa de la pena del cómplice" (GRACIA MARTÍN, Luis, "Política Criminal y Dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España (y II)", en *AP*, N°18, Madrid, 1994, pp.359-360).

<sup>36</sup> "... Y en lo relativo a Concepción M.Z. es lo cierto que, trazar el límite entre lo que es cooperación necesaria y no necesaria, ofrece a veces grandes dificultades, pues no siempre se revelan en la vida real claros casos en que la letra de la ley pueda hacer como de plantilla, razón por la cual, el criterio distintivo de aplicación, como constante jurisprudencia indica, debe encontrar base, en cada caso concreto, en el grado de eficacia de los actos realizados en relación con el resultado conseguido con la acción u omisión punible de que se trate. Así las cosas, en el delito continuado de Agresiones Sexuales... la connivencia primaria entre la procesada y su marido, su ida a la habitación de la menor con la finalidad de traerla a la cama del matrimonio a los efectos preconcebidos de someterla al acto carnal, su efectiva llevada a la misma pese a la

En las líneas que siguen, voy a ocuparme sucintamente de delimitar la figura del coautor de la del cooperador necesario, sosteniendo que el cooperador necesario es siempre partícipe<sup>37</sup>, y no autor<sup>38/39</sup>, pues no todas las intervenciones tienen la misma relevancia penal, al margen de que tengan prevista la misma pena.

*Prima facie*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, condena a la madre que *llevó hasta el cuarto a la menor, la desnudó, la tendió sobre la cama y la mantuvo sujeta por los brazos mientras el padre la penetraba vaginalmente* a la madre como responsable criminalmente en calidad de cooperadora necesaria, de un delito de agresiones sexuales. Posteriormente, el Tribunal Supremo, en el correspondiente recurso de casación, desestima los motivos alegados por los recurrentes y condena a la madre como autora directa, reprochando al juzgador de instancia que, en *si algo hubiera errado, hubiera sido en atribuir a la acusada su responsabilidad como cooperadora necesaria del artículo 28 b) y no como autora directa*<sup>40</sup>.

5. a) Es opinión mayoritariamente aceptada en la doctrina penal la que fundamenta la *coautoría* en el dominio conjunto del hecho<sup>41</sup>, entendido como un condominio del riesgo en un plano de igualdad, vinculado a la imputación recíproca de todas las contribuciones al hecho realizadas conjunta-

---

*oposición de la víctima, el desnudarla, el sujetarla por los brazos la primera de las veces mientras el padre la violaba, y, el actuar de la misma manera en las restantes ocasiones con la sola diferencia de su no sujeción pero sí presencia física intimidatoria, no puede sino calificarse como hechos y actos de tal efectividad y eficacia que sin ellos no se hubiese producido aquel hecho delictivo, razón por la cual, tal conducta debe entenderse inculpada en el apartado b) del art.28 y no en el art.29 del Código Penal...*" (SAP Córdoba de 24 marzo 1999, ARP 1999\431, FJ 2). En sentido contrario, la STS de 7 de noviembre 1987 (RJ 1987\8474) al considerar que toda cooperación necesaria constituye autoría, dado que toda cooperación necesaria en el momento de la ejecución constituye una manifestación del condominio del hecho y, consecuentemente, de la autoría en sentido estricto.

<sup>37</sup> En este sentido, véase BOLEA BARDÓN, quien también considera que el cooperador necesario es siempre partícipe (BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Barcelona Atelier, 2004, p. 28. En la doctrina española, asimismo, se ha mostrado a favor de la distinción cualitativa GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 261. Otro sector de la doctrina considera al *cooperador ya autor, ya partícipe*, confróntese, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Madrid, Akal, 1997, pp. 366 y 367, quien opina que los intervinientes que realizan un aporte sin el cual el hecho no hubiera podido cometerse (cooperadores necesarios) en la fase de ejecución son autores, mientras que si lo realizan en la fase preparativa son partícipes. Finalmente, una tercera opinión doctrinal considera al *cooperador necesario* siempre *autor*; y no partícipe, porque domina funcionalmente el hecho, aunque no realice actos ejecutivos de la acción típica, véase GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)", en *ADPCP* (1984), pp. 129 y s.

<sup>38</sup> Sobre el concepto de autor, véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *op. cit.*, pp.18 y ss.; 42 y ss.; 54 y ss.; 57-58; 88 y ss.; 92 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit.*, pp. 360 y ss.; CERESO MIR, José, *op. cit.*, pp. 206 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 323 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 453 y ss.; 708 ("la autoría es la realización directa del injusto típico", ya que la conducta del autor es la que directamente y con mayor urgencia quiere impedir la norma típica"); LÓPEZ PEREGRÍN, María, *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 29 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "La autoría conforme al Código Penal", en MORALES PRATS, Fermín y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Aranzadi, 2003, pp.575 y ss.

<sup>39</sup> En la doctrina alemana, véase BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1964, pp.390 y ss.; ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp.38 y ss.; ROXIN, Claus, *Dogmática penal y política criminal* (traducción y Edición a cargo de Manuel Abanto Vázquez), Lima, Idemsa, 1998, pp.347-366; JAKOBS, Günther, "La normativación del Derecho penal en el ejemplo de la participación" ("Die Normativierung des Strafrechts am Beispiel der Beteiligung"), traducción de Manuel Cancio Meliá, en *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2000, pp. 619-621.

<sup>40</sup> Fundamento Jurídico Noveno.

<sup>41</sup> En opinión de JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p.619 (n.39). Para el citado autor "la cuestión del *dominio del hecho* (...) no es otra cosa que la cuestión de la cantidad de intervención, es decir, en el caso de sujetos que intervienen en la fase previa, la cuestión de en qué medida determinan el marco de la ejecución, y, con ello, la ejecución misma, o, en el caso de los ejecutores, la cuestión acerca del margen de configuración que aún permite el marco. Por lo tanto, sólo hay un más o menos de dominio del hecho de los intervinientes, y no una clasificación de los intervinientes en función de que exista una intervención con dominio del hecho o una intervención sin dominio del hecho. Incluso el menor de los intervinientes tiene un dominio del hecho -aunque precisamente, sea pequeño-, (...) en la medida que en que su contribución siquiera determine en alguna medida el marco de la ejecución y con ello ésta misma -y de lo contrario no existe codelincuencia, sino sólo una tentativa de ésta" (p.630) Véanse las STS de 24 de junio 2002 (RJ 2002\8063): concepto de autoría conjunta: no es necesario que todos los coautores realicen el núcleo del delito, siendo suficiente que aporten esfuerzo al fin conjunto ideado. Asimismo, la SAP Sevilla (Sección 7ª), de 22 enero 2002 (JUR 2002\111130): dominio funcional del hecho.

mente y de mutuo acuerdo. O dicho con otras palabras, la realización de una contribución esencial necesariamente prestada en la fase ejecutiva conforme a lo mutuamente aceptado. Conforme con ello, para afirmar la coautoría, no basta un condominio negativo del riesgo<sup>42</sup>, entendido como la posibilidad de interrumpir el suceso, sino que es necesario dominar positivamente el hecho.

El principal inconveniente que plantea esta fórmula reside en determinar qué se entienda por *esencialidad del acto*. En opinión de ROXIN “*el concepto de ‘importancia esencial’ no tiene por sí solo ningún contenido aprensible. Únicamente tiene el sentido de facilitar al juez, con la ayuda de la idea material rectora de la dependencia condicionada funcionalmente, una solución que haga justicia a las particularidades del caso individual*”<sup>43</sup>. Conforme con ello, el dominio funcional se define como un concepto abierto, como criterio regulativo que no permite mayor concreción<sup>44</sup>. En los casos de realización conjunta del hecho -*coautoría*- el condominio objetivo y positivo del hecho se fundamenta en la división de las aportaciones esenciales, cuando varias acciones unidas determinan el acontecer típico, previo acuerdo<sup>45</sup> de las partes.

No obstante, cabe objetar a esta tesis, como ha destacado una parte de la doctrina, que amplía injustificadamente el concepto de *coautoría*, por lo que el criterio del dominio del hecho se muestra insuficiente para delimitar la categoría de la coautoría. De ahí que se hayan arbitrado otros criterios, que aportan un mayor grado de concreción y entienden la coautoría explicando que el hecho típico está en manos de “todo aquel que en la fase de ejecución le corresponde llevar a cabo, de acuerdo con el plan delictivo conjunto, una contribución independiente y esencial para la realización del tipo penal, cuya no prestación conduce al desbaratamiento del plan global”<sup>46</sup>.

En opinión de BOLEA BARDÓN, debe concretarse aún más el concepto de coautor, sobre todo en el caso concreto. Si se afirma que el coautor realiza una función esencial durante la ejecución del hecho con división del trabajo, en la práctica tendrá que decidirse quien o quienes entre los distintos intervinientes realizan esa función esencial, imprescindible e independiente dentro del marco del plan. Con este objetivo, se puede adelantar que la realización de *acciones típicamente ejecutivas* constituye coautoría, siempre que concurren los restantes presupuestos que la misma exige y los que pueda exigir el tipo para ser autor del delito.

Tradicionalmente, ha sido una opinión ampliamente extendida en la doctrina y jurisprudencia penales la que afirmaba que en el delito de violación, el que sujeta a la víctima para que otro tenga acceso carnal con ésta realizaba un acto típico descrito en el tipo y, por tanto, un acto de coautoría<sup>47</sup>.

5. b) Delimitada la figura de la coautoría, procede fijar los criterios elaborados por la doctrina y jurisprudencia penales para definir la *cooperación necesaria*.

<sup>42</sup> En la doctrina española, LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO proponen el criterio del “*dominio negativo del hecho*” que puede ser de utilidad para establecer las diferencias entre el “*coautor*”, que domina objetivamente el hecho y el “*cooperador necesario*” que sólo tiene ese dominio negativo que condiciona la realización del hecho; véase LUZÓN PEÑA, Diego, “La ‘determinación objetiva del hecho’. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, Nº42 (1989), pp. 889-913; véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *op. cit.*, pp.707 y ss.

<sup>43</sup> ROXIN, Claus, *Täterschaft...*, p. 284.

<sup>44</sup> Véanse en este sentido CEREZO MIR, José, en “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española”, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982. p.178. En la misma línea, véase GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *op. cit.*, pp.128 y ss.

<sup>45</sup> La doctrina del *acuerdo previo*, ‘variante’ de la teoría subjetiva, se inició a finales del siglo XIX, convirtiéndose en dominante desde la segunda década del siglo XX y aplicándose de forma casi exclusiva a partir de los años cuarenta. Véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *op. cit.*, pp.64 y ss.

<sup>46</sup> PÉREZ ALONSO, Esteban, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, Comares, 1998, p. 241.

<sup>47</sup> BOLEA BARDÓN, Carolina, *op. cit.*, p. 54. En esta línea, LÓPEZ PEREGRÍN considera que si el artículo 179CP castiga el acceso carnal con violencia, no se puede entender el delito sin poner en conexión ambas conductas (la de A -violencia- y B -acceso carnal-, siguiendo con un ejemplo), del mismo modo que no se puede entender un homicidio provocado por la suma de varias puñaladas causadas por otros tantos sujetos sin poner en conexión todas ellas (LÓPEZ PEREGRÍN, María, *op. cit.*, pp. 390-391).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido que es *cooperador necesario*, "el que contribuye a coadyuvar el acceso carnal realizado por otro mediante la aportación de una actividad proyectada a doblegar la voluntad de resistencia de la víctima, y también los que en ejecución de un plan conjunto realizan una acción en cuyo desarrollo tiene lugar la violación, así como, en caso de no existir un plan preordenado previo, cuando varios individuos, con conciencia de la acción que se realiza, determina con su presencia un efecto intimidatorio ambiental sobre la víctima de la violación materialmente ejecutada por otro agente, puesto que, en este último supuesto, la sola presencia del copartícipe<sup>48</sup> concorde con la agresión sexual realizada por el otro sujeto incrementa el clima de terror existente en cuanto ingrediente muy importante de un fuerte componente intimidatorio, acentuando el desamparo y desvalimiento de la víctima, con lo cual esa presencia constituye por sí sola cooperación eficaz e indispensable"<sup>49</sup>.

Al haber constatado la imposibilidad de encontrar una única fórmula que satisfaga plenamente la delimitación de la cooperación necesaria, conviene establecer los límites máximo y mínimo de tal figura. Respecto al límite máximo, la realización de actos típicos es exclusiva de la *autoría*, dado que la cooperación necesaria consiste en una acción u omisión no directamente típica. En el límite mínimo, hay que delimitar la cooperación necesaria de la *complicidad*, cuestión esta última mucho más controvertida.

Según el tenor literal del artículo 29 CP, "son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos". De la redacción legal se deduce que los *cómplices* son también partícipes del delito, distintos de los cooperadores necesarios, cuya cooperación en la ejecución del delito no es esencial, esto es, sin su intervención el delito sí se habría efectuado.

Si comparamos la definición de la cooperación necesaria y de la complicidad, la diferencia entre

<sup>48</sup> En sentido contrario, la jurisprudencia ha entendido en algunos pronunciamientos que no es cooperador necesario el que sólo presencia los hechos; en esta línea véanse las SAP Málaga de 14 octubre 2002 (JUR 2003\70619) (acompañante de los acusados que en un primer momento trata de impedir la agresión, quedando después apartado presenciando los hechos); STS de 20 octubre 1999 (RJ 1999\8924): el sujeto está de pie mirando, mientras otros coacusados realizaban agresión sexual; STS 2 julio 1998 (RJ 1998\5826)

<sup>49</sup> STS de 4 diciembre 2003 (RJ 2003\296): conductor que decide acudir a un lugar apartado para consumar el delito y que, junto al otro acusado desconocido, despojan a la víctima de sus ropas y la agreden sexualmente de manera alternativa: hechos que superan la mera participación a título de complicidad; STS de 21 noviembre 2003 (RJ 2003\8617): conductor del vehículo en que la víctima es introducida a la fuerza para transportarla a un descampado donde se consumó la violación, estando presente durante la misma realizando gestos expresivos de asentimiento y apoyo; SAP Almería de 22 septiembre 2003 (JUR 2003\243342), fundamento jurídico primero (el subrayado en negrillas es mío) En esta misma línea, véanse las SSTS de 6 junio 1994 (RJ 1994\4526); 19 febrero de 1996 (RJ 1996\918); 3 marzo 1997 (RJ 1997\1823); STS de 20 octubre 1999 (RJ 1999\8356): cooperador: sujetar a la víctima mientras el coacusado de común acuerdo la penetra vaginalmente; SAP Córdoba de 24 marzo 1999 (ARP 1999\431): cooperador: madre que lleva a su hija a la habitación del matrimonio, la desnuda y le sujeta los brazos mientras el padre la penetra; Sentencia de SAP Orense de 11 octubre 2000 (ARP 2000\2967): cooperador necesario: sujetar a la víctima mientras otro la penetra; STS de 6 junio 2000 (RJ 2000\5247): madre que ayuda a forzar a su hija a que tenga relaciones sexuales con su padre; ATS de 7 junio 2000 (RJ 2000\7467): autor del hecho cometido personalmente y cooperador necesario en el acto realizado por el otro coacusado; STS de 7 julio 2000 (RJ 2000\5673): crea la situación de riesgo y omite actos impeditivos de la agresión perpetrados por el coacusado; SAP Almería de 25 junio 2001 (JUR 2001\249503): cooperador: sujetar a la víctima esgrimiendo un cuchillo, mientras el otro coacusado la penetra vaginalmente; SAP Málaga de 21 junio 2001 (JUR 2001\249127): cooperador: ayudar a desnudar a la víctima, además de que su presencia intimida más a la misma, máxime si alentaba con sus frases a la otra persona a realizar los actos sexuales; STS 17 enero 2001 (RJ 2001\455): colaboración en retener a la víctima, atarla trasladarla al lugar, además de su presencia en el acceso carnal de otro coautor; SAP Zaragoza de 8 marzo 2002 (JUR 2002\118740): cooperador: sujetar a la víctima mientras otro la penetra; SAP Barcelona de 16 enero 2002 (JUR 2002\96685): cooperador necesario: colaborar en la retención de la víctima mientras otro miembro la intentaba penetrar; SAP Baleares de 12 diciembre 2003 (ARP 2003\325): cooperador: conducir su vehículo para transportar a la víctima al descampado donde se consumó la violación; SAP Castellón (JUR 2003\199040): cooperador: uno de los coacusados sujeta a la víctima y el otro la penetra vaginalmente; SAP Las Palmas de 20 marzo 2002 (ARP 2002\335): cooperador: sujetar a la víctima mientras otro la penetra; STS de 12 marzo 2002 (RJ 2002\5439): cooperador necesario: conducir vehículo para alejar a la víctima de su destino, estar presente en el acceso carnal de menor en actitud vigilante, intensificando la intimidación con su presencia y tocar la vagina de aquella mientras el menor la penetra bucalmente; SAP Almería 22 septiembre de 2003 (JUR 2003\243342): cooperador necesario: sujetar a la víctima, mientras otro la penetra; SAP Valladolid de 17 febrero 2003 (ARP 2003\265): autor del acto carnal por él realizado y cooperador necesario del que con su presencia ha favorecido. Asimismo, resulta muy ilustrativa la conocida SAP Valencia, de 5 septiembre 1997 (ARP 1997\1904), en el caso de las "Niñas de Alcácer", consideró al cooperador necesario como aquél sujeto que se incorpora a "un proyecto criminal, aceptando el 'pactum sceleris' y contribuyendo con su comportamiento causal al futuro desarrollo del delito (...), forma de participación adhesiva, que traslada al adherido la responsabilidad común que de la comisión delictiva se deriva", siendo notorio que la doctrina jurisprudencial establece como condición "sine qua non", la necesidad de la cooperación... (Fundamento jurídico quinto).

las dos figuras reside en la distinta intensidad en el grado de contribución al hecho principal, ya que ambas presentan como denominador común consistir en actos de auxilio o, como los denomina el propio Código penal de 1995, de "cooperación"<sup>50</sup>.

Con respecto a las diversas tesis<sup>51</sup> que se han elaborado tradicionalmente para concretar el alcance de la expresión "un acto sin el cual (el hecho) no se habría efectuado", el que actualmente resulta más adecuado pretende delimitar la cooperación necesaria desde la teoría de la imputación objetiva, en virtud del criterio del incremento sustancial del riesgo.

Ante la imposibilidad de encontrar una fórmula única para delimitar exactamente el ámbito de la cooperación necesaria, se propone una alternativa que pueda ofrecer una serie de indicios objetivos, desde el punto de vista del merecimiento de pena. Si el legislador penal incrimina con la pena del autor a quienes no realizan (mediata o inmediatamente) los actos típicos, aunque por contribuir con sus comportamientos a la producción del resultado de la realización típica por el autor, lesionan o ponen en peligro (mediatamente) el bien jurídico. Por consiguiente, es la medida del incremento del riesgo que suponen las aportaciones de cooperadores necesarios y cómplices la que diferencia ambas figuras, fundamentando tal distinción en criterios político-criminales del merecimiento de pena, siendo directamente proporcional "a mayor incremento del riesgo, mayor gravedad de la pena"<sup>52</sup>.

## VI. CONCLUSIÓN

En síntesis, la jurisprudencia más moderna considera discutible el fundamento de la categoría de los delitos de *propia mano*, pues la justificación de componer con ellos un grupo de delitos específicos es dudosa.

Los delitos de *propia mano* tienen su origen en la doctrina alemana, donde sí encuentran un sólido fundamento, al vincular a esta categoría la imposibilidad de admitir la *coautoría*, la *autoría mediata*, así como también la *comisión por omisión*. De ahí que, en la misma línea jurisprudencial, tampoco la doctrina penal haya aceptado aquella categoría -al menos en el supuesto de la violación- con todas las consecuencias que esta tesis implica.

Tradicionalmente, aunque un amplio sector de la doctrina consideró a la violación entre los delitos de *propia mano*, no faltaron quienes también admitieran en ellos la posibilidad de la *coautoría*, reduciendo así el concepto de *propia mano* simplemente a la cuestión de que el varón sería

<sup>50</sup> Véase LÓPEZ PEREGRÍN, María, *op. cit.*, p. 409. En primer lugar, se considera la cooperación necesaria como una forma de participación, que el legislador penal regula en el artículo 28 CP, junto a la inducción y la complicidad, *considerando también autores* "... los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado".

<sup>51</sup> La doctrina se centró históricamente en determinar el **grado de necesidad** de la aportación, con relación a la ejecución del hecho, que permitiera hablar de cooperación necesaria. Se discutió entonces si había que atender a la necesidad concreta (la aportación sería necesaria cuando, sin ella, el hecho principal no se hubiera realizado tal y como se realizó), o a la necesidad en abstracto (la aportación sería necesaria cuando, sin ella, el hecho principal no se habría podido realizar de ningún modo). Los postulados de esta tesis pronto serían criticados y superados por otras tesis. Entre todos ellos, destacan: a) El criterio de RODRÍGUEZ DEVESA: la cooperación necesaria como la insustituible (la cooperación necesaria es la insustituible, conductas o NO intercambiables. La crítica que se esgrime contra radica en considerar que no tiene en cuenta la posibilidad de intervención de otras personas ajenas al grupo, pues se recurre a cursos causales alternativos (RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte General*, 14ª edición, puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid, Dykinson, 1991, p. 817); b) El criterio de RODRÍGUEZ MOURULLO: la cooperación necesaria como la imprescindible (la cooperación necesaria es la imprescindible, lo que obliga a formular un juicio hipotético, porque es la propia ley la que impone averiguar si el hecho se habría realizado sin la aportación de que se trate. Puede criticarse que no consigue explicar satisfactoriamente como ha de realizarse dicho juicio (en CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Ariel, 1972, I, p. 875); c) La tesis de GIMBERNAT y el **criterio de la escasez** (El intento de evitar la formulación de juicios hipotéticos en la delimitación entre cooperación necesaria y complicidad llevó a GIMBERNAT a formular esta tesis. Según él, será cooperación necesaria, aquella que consista en una aportación **escasa**, difícil de obtener, siempre que haya sido causal para el resultado (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *op. cit.*, pp. 151 y ss.).

<sup>52</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, María, *op. cit.*, p. 437.

el único que podía realizar el acceso carnal, conforme a la redacción anterior a 1989. Reducido el problema a tales límites, a partir de la premisa sentada (sólo el varón podía tener acceso carnal) no se deriva en modo alguno que se deba excluir la *coautoría*, dado que la estructura del artículo 179 CP permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampoco la imposibilidad de la *autoría mediata*, pues la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia.

En resumen, en un dislate valorativo, el Tribunal Supremo condena a la procesada como *autora*, en concepto de *cooperadora necesaria*, no por entender que el delito de violación del artículo 179 CP se estructure como un tipo de *propia mano*, sino por sostener un concepto de autor, en virtud del dominio del hecho y considerar que el cooperador necesario no tiene el dominio del hecho.

En mi opinión, el fallo del Tribunal Supremo resulta criticable, dado que la conducta de la procesada, debe apreciarse de *cooperación necesaria* y no de *autoría*, al colaborar con el ejecutor directo, incrementando el riesgo con una aportación sin la cual el delito no se hubiera cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho). En el supuesto de hecho de la sentencia de instancia, la procesada realizó una aportación sin la cual el hecho no se hubiera podido realizar, dado que “..la procesada Concepción M.Z.-, y en connivencia con el padre -el también procesado Félix M.O.-, se presentó en la habitación de la menor, y contra la voluntad de ésta, que sospechaba un mal contra ella, la llevó hasta el cuarto del dormitorio, la desnudó, la tendió en la cama y la mantuvo sujeta por los brazos mientras el padre la penetraba vaginalmente con su pene (...) la madre se limitaba a traerla desde su dormitorio al del matrimonio y la desnudaba en éste pese a la oposición que la menor ofrecía, pero ya no la sujetó más, sólo permanecía presente mientras duraba el acto carnal...”.

En síntesis, el comportamiento de la procesada conduciendo a la víctima, desnudándola y sujetándola, mientras el otro procesado la accedía carnalmente, supone una contribución al hecho criminal con actos sin los cuáles el delito no hubiera podido realizarse, diferenciándose de la *autoría material y directa* en que aquélla no ejecutó el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por uno y otro en el contexto del concierto previo, por lo que debe calificarse de *cooperación necesaria*.

[Recibido el 31 de octubre y aprobado el 4 de diciembre de 2009]

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el concepto de la realización típica*, Madrid, Edisofer, 2001.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Madrid, Akal, 1997.
- BAJO FERNÁNDEZ, Manuel, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, Ceura, 1987.
- BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1964.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Enfermedad mental y libertad sexual”, en *Cur-*

- ...*del Centro de Estudios Judiciales*, Nº3, Psiquiatría Forense, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1990.
- BOIX, Francisco *et al*, *La reforma penal de 1989*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Barcelona Atelier, 2004.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual en el nuevo Código Penal español”, en *AD-Hoc Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV, Nº8, Buenos Aires, 1998.
- CARMONA SALGADO, Concepción, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Edersa, Madrid, 1993.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General. III, Teoría Jurídica del delito*, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 1998.
- “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española”, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982.
- CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Ariel, 1972.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, Bosch, 1985.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Las últimas reformas en el Derecho penal sexual”, en *EPC XIV*, Universidad Santiago de Compostela, 1991.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, en *ADPCP* (1984).
- GONZÁLEZ RUS, Juan, *La violación en el Código Penal español*, Granada, Secretariado de Publicaciones de la U. de Granada, 1982.
- GRACIA MARTIN, Luis, “Política Criminal y Dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España (y II)”, en *AP*, Nº18, Madrid, 1994.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- JAKOBS, Günther, “La normativación del Derecho penal en el ejemplo de la participación” (“Die Normativierung des Strafrechts am Beispiel der Beteiligung”), traducción de Manuel Cancio Meliá, en *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2000.
- LÓPEZ PEREGRÍN, María, *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, “Delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995. Planteamiento general”, en *Estudios Jurídicos*, NºVII, Madrid, Ministerio Fiscal, 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
  - *Derecho Penal. Parte General*, 13ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos de propia mano*, Madrid, Tecnos, 1992.
- OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, “Razones y sinrazones para una reforma anunciada”, en *La Ley*, Nº4, 1997.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “La autoría conforme al Código Penal”, en MO-

- RALES PRATS, Fermín y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Aranzadi, 2003.
- ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Madrid, Tecnos, 1990.
- PÉREZ ALONSO, Esteban, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, Comares, 1998.
- PUERTA, Luis, “El delito de agresión sexual en el nuevo Código Penal”, en *Estudios Jurídicos*, Madrid, Ministerio Fiscal, 1997.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte General*, 14ª edición, puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid, Dykinson, 1991.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª edición, Berlin - New York, W. de Gruyter, 2000.
- ROXIN, Claus, *Dogmática penal y política criminal* (traducción y edición a cargo de Manuel Abanto Vásquez), Lima, Idemsa, 1998.
- VIVES, Antón *et al*, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.