



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.619>

E VALORACIÓN PENAL DE LAS AGRESIONES SEXUALES EN EL MATRIMONIO Y RELACIONES AFINES

CRIMINAL ASSESSMENT OF SEXUAL ASSAULTS IN MARRIAGE AND KIN RELATIONSHIPS

LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN DEL ROSAL¹

CUNEF Universidad

Recibido: 10/10/2021 Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

La posibilidad de admitir la existencia de una agresión sexual cuando el sujeto activo y pasivo están casados entre sí no ha sido siempre aceptada de forma unánime. En este sentido, no ayudaba la antigua rúbrica existente en nuestro Código penal de los delitos contra la honestidad, pues el yacimiento matrimonial, en ningún caso, podía ser considerado deshonesto. Este planteamiento no es posible mantenerlo en la actualidad, dado que el bien jurídico protegido -la libertad sexual- alberga, entre sus manifestaciones, el derecho de decidir el sí o el no, el cómo, el cuándo, dónde y con quién quiere realizarse cualquier actividad de aquella naturaleza. De ahí que sea de sumo interés abordar la llamada circunstancia mixta de parentesco por cuanto que afecta a la medición de la pena;

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Licenciada en Criminología por la Universidad Camilo José Cela de Madrid. Es Profesora de Derecho Penal en CUNEF y de Asesoría Penal y Proceso Penal en el Máster Universitario de Acceso a la Profesión de Abogado (MUAPA) de CUNEF. Además de su labor docente e investigadora, es Abogada del Ilustre Colegio de Madrid, actuando en casos de toda índole penal.

agravando o atenuando la responsabilidad penal, según el caso, a tenor de la relación de la víctima con su agresor.

Palabras clave: Parentesco, agresión sexual, circunstancia mixta, violación, matrimonio, relación de análoga afectividad.

ABSTRACT

The possibility of admitting the existence of a sexual assault when the active and passive subjects are married to each other, it has not always been accepted unanimously. In this sense, the old rubric existing in our Penal Code of crimes against honesty did not help, since the marriage site, in no case, could be considered dishonest. This approach cannot be maintained at present, given that the protected legal asset -sexual freedom-houses, among its manifestations, the right to decide yes or no, how, when, where and with whom you want to carry out any activity of that nature. Hence it is of great interest to address the so-called mixed kinship circumstance as it affects the measurement of the penalty; aggravating or attenuating criminal responsibility, depending on the case, based on the victim's relationship with her aggressor.

Keywords: Kinship, sexual assault, mixed circumstance, rape, marriage, relationship of analogous affectivity.

Sumario: 1. Introducción. 2. La circunstancia mixta de parentesco. 2.1. Alcance de la circunstancia prevista en el artículo 23 del Código penal. 2.1.1. En cuanto a la medición de la pena. 2.1.2. Relaciones de parentesco contempladas. 2.2. Algunas observaciones. 3. Las agresiones sexuales. 3.1. La incidencia de dicha circunstancia en los delitos de agresión sexual entre personas unidas por dicho vínculo afectivo. 3.1.1. Delitos de agresión sexual. 3.1.2. Agresor y víctima. 3.1.3. La pena en tales delitos en función de la circunstancia de referencia. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos sociales que más ha evolucionado en los últimos años es la forma en que se conciben las relaciones interpersonales y grupales en el seno de la familia, así como en las relaciones del círculo próximo.

Ésta se plasma en los artículos de la Constitución que se ocupan de la familia –artículo 39²- y provoca un proceso de reforma de las normas. Basta recordar la enorme trascendencia en la historia jurídica de España que supuso la Ley del divorcio 30/1981, de 7 de julio, de modificación del Código civil en materia de matrimonio, nulidad, separación y divorcio³.

Décadas atrás, la vida española se declinaba en masculino. La mujer, educada para ser sacrificada y sumisa, cosía y cocinaba a la sombra del hombre, amo y señor de todas las cosas (incluida ella).

Así, sentenciaba el padre claretiano Santiago Navarro: “La esposa no tiene derecho alguno sobre su cuerpo; al casarse, entregó ese derecho a su marido y éste es el único que puede hacer uso de ese derecho...”⁴.

Por su parte, el Dr. Clavero Núñez, médico eminente y divulgador muy leído, escribía en 1946⁵: “Es un imperdonable error la negación al esposo del débito conyugal. La mujer no debe, bajo ningún pretexto, negar a su marido lo que le pertenece”⁶.

La mujer era, pues, súbdita del hombre. Los malos tratos a mujeres, a veces con el irreparable resultado de la muerte son hoy, en buena medida, trágica herencia de aquel tiempo en que la mujer era una cosa, y el hombre, su dueño⁷.

2 Constitución Española (CE): Boletín Oficial del Estado, n.º. 311, de 24 de diciembre de 1978. Art. 39 CE: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

3 Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado, n.º. 172, de 20 de julio de 1981.

4 Santiago Navarro Cea, *Problemas médico-morales* (Madrid: Cocusa, 1963).

5 Se trata de una obra que recogía, como así decía su autor: “Un texto de formación prenupcial. Un conserjero para los casados en su vida conyugal. Un guía para la mujer en sus trances de maternidad”.

6 Dr. A. Clavero Núñez, *Antes de que te cases* (Valencia: 1946).

7 Como ya decíamos en otra de nuestras colaboraciones: “La mujer, por su parte, en la senda de su liberación y de la actualización de sus pretensiones de igualdad, ha partido siempre, por esta misma razón, de posiciones de inferioridad y de debilidad ancladas en un modelo social de convivencia artificial que nadie permitía cambiar y que la tenían sometida al silencio y de ahí, a una *cifra*

En este sentido, y en relación a las agresiones sexuales, se afirma que:

“Constituyen un delito contra la libertad sexual y quiebran el sentimiento básico de seguridad de la víctima. Sin embargo, durante siglos, la violación ha sido considerada, más que un delito contra la mujer, un delito contra la propiedad privada del hombre o un delito contra el honor. Por ello, en el ámbito del matrimonio, el sometimiento sexual por la fuerza de la esposa al marido no ha sido considerado un delito de violación hasta hace pocos años”⁸.

Se trata, sin lugar a dudas, de un tipo de delito especialmente violento, no solo en cuanto al ataque físico se refiere, sino también en cuanto al daño psicológico y las secuelas que serán padecidas de por vida. Además,

“Es una epidemia que se ensaña con las mujeres de forma especialmente persistente y violenta. Y, a tenor de los datos revelados esta semana, se vive normalmente en silencio. Una de cada cinco mujeres de Estados Unidos dice haber sido víctima de agresión sexual por lo menos una vez en su vida. Se trata del 18,3% de la población femenina. Son, en total, 22 millones de mujeres que viven con un estigma, acalladas en un país de 312 millones de habitantes. En la mayoría de ocasiones, quien les arremete es un familiar o un conocido. Muchas de ellas, la inmensa mayoría, no llegan a denunciar al agresor por el miedo a las represalias o al qué dirán”⁹.

En este sentido,

“La resistencia a la denuncia de este tipo de delitos deriva de la existencia de ciertos temores. La víctima puede sentirse avergonzada o tener miedo a no ser creída acerca de la falta de consentimiento de la relación sexual o a que se

negra posiblemente creciente”. Leyre Sáenz de Pipaón del Rosal, “De la represión penal de la violencia de género y su estimación criminológica”, en *Expresiones de fenomenología criminal y su etiología*, Javier Sáenz de Pipaón y Mengs (Madrid: ACPA, S.L., 2005), 26.

⁸ Enrique Echeburúa Odriozola y Paz de Corral, “Agresiones sexuales contra mujeres”, en *Manual de Victimología*, coord. por Enrique Baca Baldomero, Enrique Echeburúa Odriozola y Josep María Tamarit Sumalla (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 149.

⁹ David Alandete, “La violación como epidemia silenciosa”, *Diario El País, Vida&Artes*, 16 de diciembre de 2011, 36-37.

atribuya la denuncia a motivos espurios (venganza, celos, embarazo o, simplemente, despecho)”¹⁰.

Todo ello no dejará de tener su importancia en el desarrollo de nuestro tema, para lo cual, empezaremos haciendo una referencia al artículo 23 del Código penal¹¹, el cual nos parece de sumo interés por cuanto que afecta a la medición de la pena; agravando o atenuando la responsabilidad penal, según el caso, a tenor de la relación de la víctima con su agresor.

Se trata de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que afecta -como decimos- a la medición de la pena y cuya apreciación -por parte de nuestros Tribunales- no es de obligado cumplimiento.

La denominación de mixta implica que dicha circunstancia podrá utilizarse, según los casos, para moderar la pena (como atenuante), o bien, para agravarla (como una agravante), teniéndose en cuenta el vínculo afectivo entre el ofensor (sujeto activo) y la víctima del delito (sujeto pasivo). Así,

“Esta es la única circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de carácter personal y mixto, esto es, con una naturaleza ambivalente, ya que puede surtir tanto efectos atenuatorios como agravatorios de la responsabilidad criminal. De acuerdo con el tenor legal, la existencia de una relación conyugal o análoga a esta, presente o pasada, entre el responsable del delito y la víctima, o que esta sea ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o adopción del autor del hecho, o de su cónyuge o conviviente, puede operar para agravar o atenuar la pena, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito cometido”¹².

10 Echeburúa y de Corral, “Agresiones...”, 150.

11 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP): Boletín Oficial del Estado, nº. 281, de 24 de noviembre de 1995. Art. 23 CP: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

12 Fernando Molina Fernández, *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2021* (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), 570.

2. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

2.1. ALCANCE DE LA CIRCUNSTANCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 23 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 23 del Código penal establece la que, en la doctrina y en la práctica, se conoce como *circunstancia mixta de parentesco*, ya que cometer o participar en un delito siendo pariente próximo de la víctima por consanguinidad o afinidad, en los grados que indica este precepto; o, incluso, mantener con la víctima una análoga relación de afectividad a la conyugal de forma estable, puede, indistintamente, agravar o atenuar la responsabilidad penal, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito.

La circunstancia mixta de parentesco pone de manifiesto que el Derecho penal es parte del nuevo desarrollo de la institución familiar en el Derecho español.

Así, se han producido cambios tan importantes para la circunstancia mixta de parentesco como la equiparación de todos los hijos (matrimoniales o extramatrimoniales), o la inclusión en el ámbito de aplicación de la circunstancia de la relación de análoga afectividad en la reforma del Código penal de 1983¹³.

“La reforma de 1983 introdujo la ‘análoga relación de afectividad’ junto con la condición de ser el agraviado cónyuge del culpable, extendiendo los efectos de la circunstancia a las situaciones de convivencia estable ‘análogas’ al

13 Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Boletín Oficial del Estado n.º. 152, de 27 de junio de 1983. En la Exposición de Motivos, en relación a la circunstancia modificativa que estamos tratando, se recogía lo siguiente: “La circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 y con ella, la regulación del encubrimiento en el artículo 18, se modifica a fin de adaptar su fórmula como se hace en otros preceptos a los cambios legales producidos en la conceptualización de la filiación. Además, se acoge en ambos preceptos la realidad de la existencia de situaciones de afectividad iguales o inferiores a las emanadas del parentesco; coincidiendo así plenamente con la razón de ser de estas normas, no hay motivo para limitar los efectos jurídicos penales de las relaciones afectivas”.

matrimonio. La LO 11/2003, de 29 de septiembre¹⁴, reformó este artículo 23 del CP para incluir al cónyuge o pareja de hecho ya separados¹⁵.

Otras características inherentes a la circunstancia mixta de parentesco que suscitan problemas y dudas técnicas son:

- Aquellas que derivan de la naturaleza del vínculo entre autor, víctima y otros partícipes.

- Las que tienen que ver con la ambigüedad de los efectos que dicho vínculo puede tener para el Derecho penal y, más en concreto, en la valoración de cuáles deben ser las consecuencias de determinados delitos.

Así pues, a dificultad del parentesco –como figura jurídico penal- radica en la multiplicidad de sus funciones.

El legislador parece haber eludido la decisión sobre cuándo un hecho es más o menos grave en función de ese vínculo familiar entre los sujetos del delito.

Por lo que, siguiendo a Huerta Tocildo, debe evitarse que:

“El juzgador penal se vea convertido en legislador, con los consiguientes riesgos de decisionismo y arbitrariedad que ello entraña, y conseguirse, al propio tiempo, un grado de previsibilidad suficiente para satisfacer la exigencia de la seguridad jurídica”¹⁶.

Por otro lado, la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código penal, pertenece a la categoría de las circunstancias personales y subjetivas –no afecta al hecho en sí, sino a las especiales relaciones entre ofendido y ofensor-. Lo decisivo en la indagación del significado correspondiente al parentesco vendrá dado por el caso particular.

14 Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Boletín Oficial del Estado n.º 234, de 30 de septiembre de 2003.

15 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019), 470.

16 Susana Huerta Tocildo, *Sobre el contenido de la antijuricidad* (Madrid: Tecnos, 1984).

“No se aprecian criterios unánimes para establecer las situaciones en que el parentesco puede atenuar o agravar, aunque existe la tendencia jurisprudencial - con excepciones- a considerar que el parentesco agrava en los delitos contra las personas¹⁷ y atenúa en delitos contra la propiedad¹⁸.

Por otra parte, tampoco es exigible que la relación de parentesco conlleve el mantenimiento de vínculos afectivos, aunque si tales vínculos son inexistentes, la circunstancia puede ser simplemente irrelevante: obsérvese que el Código establece que el parentesco ‘puede’ atenuar o agravar, luego no hay inconveniente en que no produzca ninguno de los dos efectos”¹⁹.

2.1.1. En cuanto a la medición de la pena

El sistema español de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tiene una gran importancia en el método de determinación de la pena.

Con la creación y consolidación de un catálogo de circunstancias genéricas de modificación de la responsabilidad penal²⁰ se pretendió, ya en origen, servir al principio de proporcionalidad, propio de nuestro sistema penal.

17 Vida, integridad física y moral, libertad, libertad e indemnidad sexual.

18 “Tal práctica no se basa en una regla legal. Más bien, en este caso, se adhiere a la vía que sigue la excusa absolutoria entre parientes si cometen delitos patrimoniales en ciertas condiciones (CP art.268)”. Molina, *Memento...*, 570-571. Así, se dispone en el art. 268 CP: “1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito”. En este artículo, “se recoge la tradicional excusa absolutoria entre parientes en los delitos contra la propiedad, en los que no concurra ni violencia ni intimidación, y disponiendo también la inaplicación de la excusa cuando concurra o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”. Molina, *Memento...*, 1278.

19 Muñoz y García, *Derecho...*, 470.

20 “Como considera acertadamente Cocurullo, la historia de las circunstancias modificativas va unida íntimamente a la propia del Derecho penal, puesto que desde antiguo advierte un esfuerzo por adecuar, cuanto más posible la pena a la gravedad del hecho. Avala esta afirmación el estudio, por ejemplo, del más antiguo de los Códigos orientales conocidos, el de Hammurabi, donde los atentados contra las personas contenían una variada casuística de situaciones y correspondientes penas. Igualmente, la legislación penal de la India antigua otorga trascendencia a los motivos que impulsan a delinquir, y el Derecho hebreo reservaba a los jueces la facultad de modular la pena a través de

“El principal argumento para apoyarlo parte de la consideración del principio de proporcionalidad de las penas, propio del Derecho penal democrático. Efectivamente, si los marcos penales genéricos deben ser proporcionados a la gravedad del delito en abstracto, también debe serlo la pena concreta que se imponga dentro de dicho marco.

Y si tal decisión se adopta en base a las circunstancias atenuantes y agravantes es porque éstas contemplan situaciones que modifican la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor, obteniéndose con ello la proporcionalidad en concreto. En definitiva, se trata de circunstancias que modifican la pena porque suponen modificaciones de la responsabilidad criminal”²¹.

De manera que su aplicación, afecta a la extensión de la pena.

“Los efectos generales de las circunstancias modificativas se recogen en el artículo 66.1 del Código penal, por el que se establecen diversas reglas que se estudian en el ámbito de la determinación de la pena. Se trata de un complejo sistema de reglas que, en general, conducen a aplicar la mitad inferior o superior de la pena, o bien penas superiores o inferiores, según las circunstancias que concurran”²².

No existe consenso sobre un fundamento común a las circunstancias modificativas. En cuanto a la circunstancia que estamos estudiando, lo decisivo en la indagación del significado correspondiente al parentesco vendrá dado por el caso particular.

Por otro lado, aunque se den los requisitos objetivo y subjetivo, la circunstancia mixta de parentesco puede también resultar inoperante. De modo que la llamada circunstancia mixta o ambivalente puede:

- apreciarse como agravante.
- apreciarse como atenuante.

circunstancias que, como tales, no quedaban recogidas en el Derecho escrito”. Emilio Cortés Bechiarrelli, *Arrebato u obcecación* (Madrid: Marcial Pons, 1997), 19-20.

²¹ Muñoz y García, *Derecho...*, 454.

²² Muñoz y García, *Derecho...*, 457.

- no aplicarse en ningún sentido.

Bueno será traer a colación que,

“El Tribunal Supremo niega virtualidad a la circunstancia y, por tanto, a la apreciación de cualquier efecto, atenuante o agravante, si se concluye que la relación parental no ha operado como un motivo o circunstancia de suficiente y adecuada entidad”²³.

2.2.2. Relaciones de parentesco contempladas

El parentesco por consanguinidad no presenta problemas de entendimiento. Puede ser en línea recta ascendente (padres, abuelos), en línea recta descendente (hijos, nietos), o en línea colateral (hermanos, tíos -hermanos del padre o de la madre-, etc.).

“Las diversas reformas en la redacción de la circunstancia, alguna de las cuales ha incidido en el ámbito de operatividad de la misma, han supuesto que se incluyan junto al matrimonio las relaciones de afectividad análogas de carácter ‘estable’, incluso las preexistentes y ya rotas al realizarse el hecho”²⁴.

También se incluyen dentro del radio de acción del artículo 23 los cuñados, que son hermanos por afinidad.

El sintagma por adopción ofrece dudas sobre si se refiere sólo a los hermanos (por adopción), o también a los padres y a los hijos adoptivos, pero no tendría sentido que la circunstancia se aplicara de forma colateral y no en línea recta ascendente o descendente. De modo que la circunstancia mixta de parentesco habrá de aplicarse también a los delitos cometidos entre sí por padres e hijos adoptivos. “Los hermanos naturales o por adopción pueden serlo tanto de los mismos progenitores, como por tener un solo progenitor común”²⁵.

²³ Molina, *Memento...*, 570.

²⁴ Molina, *Memento...*, 570.

²⁵ Molina, *Memento...*, 574.

La introducción en el texto normativo de la relación de análoga afectividad (1983) se lleva a cabo estableciendo una equivalencia. Esta vez se tratarán con idéntico valor las relaciones matrimoniales (es decir, aquellas que tienen un vínculo jurídico establecido) y aquellas parejas que vivan como matrimonio, pero no hayan querido establecer ese vínculo jurídico.

“En el concepto de ‘personas ligadas de un modo estable por análoga relación de afectividad a la del matrimonio’, entiende la jurisprudencia que no cabe incluir de modo automático todo tipo de relaciones de noviazgo, sino únicamente aquellas relaciones sentimentales en las que concurra o haya concurrido un componente de compromiso de vida en común dotado de cierta estabilidad, que suele manifestarse por un inicio de convivencia, mostrando la realidad social que muchas relaciones de noviazgo, más o menos fugaces, carecen de las características necesarias para ser consideradas como relaciones de afectividad análogas a la marital a los efectos de la aplicación de la agravante de parentesco (AP Madrid 12-3-18): así, en un caso de violación por parte del ex novio, se considera improcedente extender con carácter general a las relaciones ordinarias de noviazgo, de escasa duración y sin convivencia, la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, porque constituiría una aplicación analógica de la norma, en contra del reo, prohibida por el principio de legalidad (TS 10-2-16)”²⁶.

El requisito de hallarse ligados por análoga relación de afectividad a la conyugal, de forma estable, quedará sometido a las reglas generales de la prueba (confesión, documentos, testigos, peritos, indicios, etc.), cuya carga incumbirá a la acusación si postula que se aplique la circunstancia del artículo 23 como agravante, estando protegido el acusado, mientras tanto, por la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

Por otro lado, en el concepto de relación de análoga afectividad caben, igualmente, las relaciones de pareja homosexuales. Es decir, cualquier tipo de pareja sentimental entre personas adultas es equivalente al vínculo matrimonial

²⁶ Molina, *Memento...*, 572.

establecido legalmente. Con respecto a esta cuestión tiene un papel esencial el concepto de afectividad.

“La relación conyugal puede ser tanto heterosexual como homosexual -en virtud de la Ley 13/2005, de reforma del Código Civil²⁷, que reconoció el matrimonio entre personas de igual sexo en los mismos términos que el matrimonio heterosexual (TS 6-3-12)- subsistente cuando se realiza el hecho delictivo o bien, desde la modificación introducida por LO 11/2003, ya cesada o rota. De acuerdo con tal reforma del texto legal, ahora es posible aplicar esta circunstancia, aunque cuando se cometa el delito el ofensor y la víctima estén separados de hecho o legalmente, o el matrimonio se haya disuelto o haya sido declarado nulo”²⁸.

Uno de los conceptos básicos que doctrina y, especialmente, jurisprudencia emplearon para llevar a cabo la analogía entre lo que es una relación afectiva matrimonial y una relación de análoga afectividad es el de permanencia. Es decir, se exige de la relación de pareja análoga que demuestre una vocación de perdurar en el tiempo.

En su evolución jurisprudencial, el requisito de permanencia se transforma en la constatación de la estabilidad de la relación sin ahondar tanto en el problema de prolongación temporal. De hecho, la estabilidad se concibe como un límite objetivo a la relación de afectividad.

El cambio de comprobar la estabilidad en lugar de la permanencia, para probar la analogía entre el matrimonio y la relación análoga implica un cambio conceptual importante. Esto es así porque el concepto de permanencia se refería a la convivencia que perdura en el tiempo, mientras que el de estabilidad cambia de parámetro. La estabilidad no consiste en que dos sujetos vivan en un mismo domicilio de forma continuada durante un tiempo suficiente, sino en que, exista un proyecto común duradero.

²⁷ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Boletín Oficial del Estado n.º 157, de 2 de julio.

²⁸ Molina, *Memento...*, 571.

“Así, partiendo de la necesidad de analizar la nota de estabilidad caso a caso y en atención a las circunstancias concretas, se enumeran como datos que denotan estabilidad de la relación; compartir domicilio, llevar una vida en común, o la dependencia económica que tenía la víctima respecto de su agresor (TS 6-3-12)”²⁹.

2.2. ALGUNAS OBSERVACIONES

Existen una serie de elementos o indicios que pueden ser de ayuda para pronunciarse sobre la justificación del parentesco. Así, la incorporación del parentesco al Código penal tuvo una funcionalidad criminológica dirigida a evitar los crímenes pasionales³⁰, es decir, quería potenciarse la vertiente educacional y preventiva de la norma.

“La jurisprudencia mantiene, en general, su tradicional posición considerando que la base de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad radica en la mayor o menor culpabilidad (reprochabilidad) que merece el comportamiento delictivo en atención al hecho de que este se produzca teniendo como sujeto pasivo a uno de los parientes que la ley contempla”³¹.

Interesa destacar que esta relación especial entre autor y víctima puede adscribirse a una tipología y marco jurídico concreto, como el de la familia. Puede argumentarse que la necesidad de que el Derecho penal tenga en cuenta este vínculo en la medición de la pena radica en el elemento fáctico de que el marco familiar puede generar mayor indefensión frente al delito y que, precisamente ese factor afectivo, pueda aumentar la predisposición victimal³².

29 Molina, *Memento...*, 572.

30 “Estados con gran carga afectiva, con características de emociones y sentimientos que, debido a su intensidad, influyen sobre el pensamiento lógico y razonador originando una nebulosa, nublándolo, siendo origen de conductas irreflexivas, dominadas por la idea básica del estado pasional. Nuestro Código Penal considera el ‘estado pasional’ como una posible causa de atenuación de la responsabilidad del individuo en los actos ilícitos que lleva a cabo”. Juan José Carrasco Gómez y José Manuel Maza Martín, *Manual de Psiquiatría Legal y Forense* (Madrid: La Ley, 2003), 116.

31 Molina, *Memento...*, 574.

32 “Dos son los principales enfoques clasificatorios: la contribución o coadyuvancia activa de la víctima al delito, y la proclividad, propensión o vulnerabilidad de la víctima. Fattah acoge

Ahora bien, esa posible mayor predisposición victimal en el ámbito familiar no puede ser compensada por la creación de deberes de autotutela de la víctima ya que, precisamente, la innecesaria de mantener barreras de desconfianza frente a los otros miembros de la familia, forma parte esencial del parentesco como tal relación humana.

La concepción familiar de parentesco debe ser interpretada a la luz de los principios constitucionales. De esta manera, se daría cabida jurídico – penal a uno de los ámbitos de desarrollo de la personalidad y dignidad humana (artículo 10 Constitución³³). No prever que el parentesco (en un marco más genérico, la familia) puede ser un protagonista del Derecho penal, sería ignorar la realidad de que, ocasionalmente, existen vínculos especiales entre la pareja penal y que puede hacerse uso de éstos para llevar a cabo un delito.

El criterio del uso-abuso que de la relación familiar se haga puede servir para discernir cuándo será necesario atenuar o agravar.

Como agravante, tendría que ver con el grupo de agravantes que recogen el abuso de confianza; la relación de parentesco acostumbra a generar un marco de intimidad entre los sujetos donde rige la confianza en la relación y conocimiento mutuo; cuando el autor utilice ese marco que las relaciones familiares o parentales generan para cometer delito, podría afirmarse que el autor abusa de ese conocimiento íntimo que tiene de su víctima.

igualmente el criterio convencional de la distribución gradual de responsabilidad según comportamiento de la víctima (Fattah, 1967). Así, distinguirá cinco categorías generales: *Víctima no participante*, *víctima latente o predispuesta*, que experimenta una fuerte propensión a ser victimizada por factores de origen biopsicológico, social o psiquiátrico, *víctima provocativa* o precipitadora, *Víctima participante, con actitud facilitadora, y víctima falsa*, de carácter simulatorio”. Myriam Herrera Moreno, “Victimación. Aspectos generales”, en *Manual de Victimología*, coord. por, Enrique Baca Baldomero, Enrique Echeburúa Odriozola, Josep M^a Tamarit Sumalla (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 81-83

33 Art.10 CE: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Por el contrario, el efecto atenuante podría argumentarse desde el razonamiento de que esa cualidad familiar del autor amortigua la gravedad de los efectos del delito para la víctima. Este factor atenuante se explicaría, especialmente, en aquellos casos en los que interviene la voluntad de la víctima (consintiendo o permitiendo).

“Por otra parte, la jurisprudencia entiende que no siempre el parentesco es expresión de una mayor o menor culpabilidad, estimándolo irrelevante no sólo cuando la víctima haya provocado la comisión del delito, sino también cuando la relación entre agresor y ofendido se encuentre rota por ausencia, si no de la afectividad sí al menos de intereses comunes más o menos intensos, existiendo enemistad, intereses contrapuestos o cualquier otra razón origen del distanciamiento entre los sujetos activo y pasivo del delito”³⁴.

3. LAS AGRESIONES SEXUALES

3.1 LA INCIDENCIA DE DICHA CIRCUNSTANCIA EN LOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL ENTRE PERSONAS UNIDAS POR DICHO VÍNCULO AFECTIVO

3.1.1 *Delitos de agresión sexual*

Ya en el Derecho Romano se diferenciaban tres grandes grupos de delitos de índole sexual:

- aquellos que atentaban contra la libertad sexual, como la violación;
- aquellos que infringen la moralidad sexual o concepto de la sociedad sobre los límites de las relaciones sexuales entre seres humanos, como el estupro o fornicación;
- una última categoría de delitos de naturaleza sexual que aparece integrada por aquellos delitos que atentaban contra la ordenación familiar, en donde pueden ser destacados la bigamia y el adulterio.

34 José María Luzón Cuesta, “Parentesco”, en *Enciclopedia Penal Básica*, dir. por Diego Manuel Luzón Peña (Granada: Comares, 2002), 976.

El legislador histórico vino sancionando comportamientos que, desde una determinada concepción de la moral sexual del momento, se consideraban contrarios a los principios y valores sentidos por la mayoría.

Precisamente, en atención a los profundos cambios producidos en torno a lo que deba entenderse por moral sexual, se explican las reiteradas reformas experimentadas en cuanto a la sanción de conductas tenidas ahora por irrelevantes penalmente.

“En pocos ámbitos del Derecho penal el legislador se ha mostrado más atento a los cambios de mentalidad y costumbres sociales como en este de la sexualidad. Las reformas, iniciadas con la Ley 22/1978 de supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento³⁵, culminaron en el Código precedente con la introducida por la Ley 3/1989, de 21 de junio³⁶, que supuso dar un giro copernicano a una tradición punitiva anclada en una moral decimonónica y desigualitaria”³⁷.

Se trataba de tutelar la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo a la luz de los valores que alumbró la Constitución de 1978 (artículo 17³⁸), todo ello en detrimento del concepto de moral sexual dominante. Es la libertad para decidir sobre la propia sexualidad³⁹.

35 Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento. Boletín Oficial del Estado n.º 128, de 30 de mayo de 1978.

36 Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Boletín Oficial del Estado n.º 148, de 22 de junio de 1989. Preámbulo: “La necesidad de una reforma de los llamados delitos ‘contra la honestidad’ del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad. Una primera modificación se impone: respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión ‘honestidad’ por ‘libertad sexual’, ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado. La modificación introducida en el Capítulo Primero del Título IX del Libro II, supone incluir en el delito de violación, además del coito vaginal el rectal y bucal; asimismo con la nueva redacción los sujetos pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres. De esa forma se pretende que el tipo penal responda a la realidad de la dinámica delictiva actual”.

37 Carmen Lamarca Pérez, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. En *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Carmen Lamarca Pérez, Avelina Alonso de Escamilla, Esteban Mestre Delgado y Alicia Rodríguez Núñez, coord. por Carmen Lamarca Pérez (Madrid: Dykinson, 6ª ed., 2021), 181.

38 Art. 17 CE: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

39 “En todo caso, pues, y frente a otros criterios, siempre es la libertad de la persona, en el mundo del sexo, la que se ve restringida en cualquier manifestación tipificada delictualmente en este área. La libertad, como el don más preciado después de la vida, ampliamente recogida y amparada en la

“De esta reforma proceden la equiparación de los sujetos activo y pasivo del delito, la admisión de que el acceso carnal puede realizarse tanto por vía vaginal como anal o bucal, el reconocimiento de que la introducción de objetos constituye una agresión sexual y, en especial, a la nueva rúbrica de ‘Delitos contra la libertad sexual’ frente a la de ‘Delitos contra la honestidad’⁴⁰.

Esta reformulación del bien jurídico en los delitos sexuales ya determinó en la Reforma del Antiguo Código penal de 9 de junio de 1988⁴¹ la derogación del viejo delito de escándalo público y la correlativa introducción del artículo 431 del antiguo Código penal⁴² relativo a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual⁴³.

Efectivamente, la reforma de 1989 introdujo el rótulo “Delitos contra la libertad sexual” y alumbró una redefinición del delito de violación, de la que derivaron consecuencias positivas e indiscutidas, como -por ejemplo- la no admisión de oasis de honestidad que -tradicionalmente- negaron la admisión del delito de violación en el ámbito matrimonial o cuando el sujeto pasivo del delito sexual ejercía la prostitución.

Constitución Española. La libertad sexual que ahora se protege, no como la facultad subjetiva de la persona para ejercer la libertad sexual que ya posee, sino el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad”. José Augusto de Vega Ruiz, “Enfermedad mental y libertad sexual en la L.O. 3/89 de 21 de junio. Especial consideración al delito de violación. Acoso sexual”. En *Psiquiatría legal y forense*, vol. II. dir. por Santiago Delgado Bueno; coord. por Enrique Esbec Rodríguez, Francisco Rodríguez Pulido y José Luis González de Rivera y Revuelta (Madrid: Colex, 1994), 96.

40 Lamarca, “Delitos...”, 181.

41 Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre modificación de los artículos 431 y 432 y derogación de los artículos 239, 566.5º, 567.1º y 3º y 577.1º del Código Penal: Boletín Oficial del Estado, nº. 140, de 11 de junio de 1988.

42 Art. 431 CP: “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores de dieciséis años o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de treinta mil a trescientas mil pesetas. Se impondrá la pena de multa de treinta mil a trescientas mil pesetas al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro las acciones previstas en el párrafo anterior ante mayores de dieciséis años sin su consentimiento. Para proceder por el delito previsto en este párrafo será precisa denuncia de la persona agraviada”.

43 “Esta ley sustituyó los antiguos ‘delitos de escándalo público’ por los ‘delitos de exhibicionismo y provocación sexual’, respondiendo al principio de *ultima ratio* y al carácter fragmentario del Derecho penal, así como al principio de legalidad. La reforma eliminó algunos conceptos de valoración difusa, como ‘pudor’, ‘buenas costumbres’, ‘moral’ o ‘decencia’, que hacían referencia a la ‘moral sexual’ como objeto de protección, y en su lugar, restringió las figuras orientándolas a la protección de la libertad sexual, como bien jurídico de naturaleza personal”. Javier De Vicente Remesal y Marta García Mosquera, “Exhibicionismo y provocación sexual”, en *Enciclopedia Penal Básica*, dir. por Diego Manuel Luzón Peña (Granada: Comares, 2002), 694.

El legislador de 1995 se propuso proteger la manifestación de la libertad individual, al margen de consideraciones éticas o morales propias de cualquier creencia religiosa, e incluso de valoraciones sociales acerca de lo que deba entenderse como sexualmente correcto, si bien este propósito no se llegara a alcanzar en todos los casos por la dificultad de hallar un concepto neutro de la normalidad sexual⁴⁴.

El actual Título VIII (artículos 178 a 194) ha sido reformado por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril⁴⁵, bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”; que en el Código de 1995 y desde la reforma operada por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, se denominó “Delitos contra la libertad sexual”.

Las agresiones sexuales, en concreto, están tipificadas en los artículos 178, 179 y 180 del Código penal⁴⁶.

-Tipo Básico del artículo 178 Código penal:

“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.

La conducta típica consiste en la realización de actos atentatorios contra la libertad sexual ajena, realizados mediante violencia (“*vis física*”) o intimidación

44 “El sentido legislativo de la violación sexual dentro del matrimonio se graficó también en la doctrina que reconocía la irrelevancia penal de la agresión sexual ocurrida dentro del matrimonio, con una sola excepción marcada por la ‘normalidad’ del acto sexual: si la violación suponía la realización del acto sexual contra la mujer dentro de los ámbitos de la normalidad social, la misma permanecía impune, en tanto que si la misma implicaba una perversión de la *normalidad* (por ejemplo, el acto contra natura), se justificaba la reacción penal”. Luis Miguel Reyna Alfaro, “Género, violencia y Derecho penal sexual”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, dir. por Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos y Eugenio Raúl Zaffaroni; edit. por José Luis Guzmán Dálbora y Alfonso Serrano Maíllo (Madrid: Dykinson, 2006), 1024.

45 Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: Boletín Oficial del Estado n.º. 104, de 1 de mayo de 1999.

46 “Las agresiones sexuales se hallan previstas en los artículos 178 y ss. del CP donde se sanciona a quien atentare contra la libertad sexual de una persona utilizando violencia o intimidación. El delito se estructura en un tipo básico (art.178), un tipo cualificado de violación cuando la conducta consista en acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos (art.179) y una serie de agravaciones específicas que aumentan la pena en ambos supuestos (art.180)”. Lamarca, “Delitos...”, 183.

(“*vis compulsiva*”). En cuanto a su objeto, podrá consistir en cualquier acto que no esté encaminado al acceso carnal o la introducción de objetos.

La conducta consistirá, normalmente, en contacto físico o corporal entre el sujeto activo y la víctima, que se ve compelida a realizar un acto de naturaleza sexual en contra de su voluntad, pero tampoco se excluyen las actuaciones sin contacto corporal directo (tocamientos forzados sobre el propio cuerpo), que - por consiguiente- atentan contra la libre determinación de la sexualidad.

Los sujetos activo y pasivo son indiferenciados. Pueden serlo tanto el hombre como la mujer en cualquiera de las hipótesis imaginables de relación: hombre-mujer; hombre-hombre; mujer-hombre o mujer-mujer. Caben tanto las relaciones heterosexuales como las homosexuales.

Sobre el aspecto subjetivo, “es necesario un elemento subjetivo del injusto caracterizado por la finalidad lúbrica que persigue el sujeto activo, el *animus libidinoso*”⁴⁷.

En cuanto a la consumación y forma imperfecta de ejecución, es delito de mera actividad que se consuma con la puesta en práctica de los actos, violentos o intimidatorios, encaminados a atentar contra la libertad sexual de la víctima, aunque el autor no obtenga la satisfacción de su designio.

“El delito se consuma con la realización de los actos que el sujeto lleva a cabo sobre el cuerpo de la víctima con fines libidinosos. No es necesario que el sujeto consiga la satisfacción lúbrica o deseo sexual que perseguía. Es posible la tentativa, imaginable cuando el sujeto activo inicia el contacto con el cuerpo de la víctima, pero no consigue realizar los contactos que pretendía por impedirsele el sujeto pasivo con su resistencia o incluso por la intervención de terceros”⁴⁸.

47 Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, Alfonso Serrano Gómez, Alfonso Serrano Maíllo, María Dolores Serrano Tárrega y Carlos Vázquez González (Madrid: Dykinson, 6^a ed., 2021), 164.

48 Serrano y Serrano, “Delitos...”, 165.

Sobre las posibles situaciones concursales, las agresiones absorben (artículo 8.3^a⁴⁹) las conductas coactivas o amenazadoras que deban considerarse inherentes a la situación típica (hecho acompañante típico), si bien cuando el resultado desborde aquella situación (homicidios, lesiones, detenciones ilegales, allanamientos de morada), en tales casos, se sancionarán como concurso ideal de delitos⁵⁰.

Las agresiones sexuales del tipo básico que se expone quedan absorbidas en el caso de que, mediante progresión en el delito, se lleguen a realizar las agresiones cualificadas del artículo 180, que veremos más adelante, debiendo considerarse los actos del tipo básico como medio o elemento integrante del agravado.

-Tipos cualificados, artículo 179 Código penal:

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a 12 años”.

El vocablo violación, eliminado por la redacción originaria del artículo 179 del Código penal de 1995, ha sido recuperado por la ya citada reforma operada en el Título VIII por la Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril.

“Por violación, según lo previsto en el art.179, hemos de entender el acceso carnal, tanto por vía vaginal como anal o bucal, así como la introducción de objetos por las dos primeras vías, modalidad esta última a la que ahora se añade la

49 Art. 8 CP: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.^a El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2.^a El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3.^a El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4.^a En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

50 “Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal”. Muñoz y García, “Derecho...”, 441-442.

introducción de miembros corporales por las mismas vías, según lo previsto por LO 15/2003⁵¹, de 25 de noviembre”⁵².

La conducta típica coincide con la requerida por el tipo básico, en cuanto concierne al despliegue de vías de hecho consistentes en violencia o intimidación ejercidas sobre el sujeto pasivo, diferenciándose de aquel en que ahora el comportamiento tiene por objeto, alternativamente, el acceso carnal en sentido propio, es decir, el producido por vía vaginal o por asimilación que tiene lugar en los casos de acceso por vía anal o bucal; o bien la introducción de objetos por las vías a que el tipo se refiere.

Por acceso carnal debe entenderse no solo el coito vaginal propio de las relaciones heterosexuales, sino también -tras la reforma de 1999- el obtenido por las vías anal y bucal, con lo que el legislador retoma, en este particular, el sentido de la reforma de 1989.

“En cuanto a la ‘introducción de objetos’ el texto se limita a hacer referencia a objetos, sin especificar lo que a efectos de este delito se entienden por tales. Si se tiene en cuenta que objeto equivale a cosa, las posibilidades son inagotables, con lo que una vez más la inseguridad jurídica es patente”⁵³.

La determinación del sujeto activo y pasivo estará en función de la modalidad típica que se considere. En el acceso carnal consistente en el coito vaginal la relación es la heterosexual entre hombre y mujer, en la que sujeto activo es el varón, aunque -en teoría- no puede excluirse la autoría de la mujer que se hace penetrar por un varón, mediante violencia o intimidación.

Las conductas de acceso carnal por cualquiera de las otras vías, y aún con mayor fundamento en las de introducción de objetos, pueden ser realizadas -en principio- por personas de uno u otro sexo, y recaer sobre personas, asimismo, indiferenciadas en su condición masculina o femenina. En los supuestos de

51 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado n.º 283, de 26 de noviembre de 2003.

52 Lamarca, “Delitos...”, 183.

53 Serrano y Serrano, “Delitos...”, 166.

participación delictiva⁵⁴; el hecho de -por ejemplo- sujetar a la víctima, se podría calificar de cooperación necesaria⁵⁵. También podría darse la participación omisiva desde la posición de garante⁵⁶, dejando de hacer -por ejemplo- lo que resultaría exigible en el caso concreto. En el aspecto subjetivo, el delito es doloso⁵⁷, exigiéndose dolo directo, con exclusión del dolo eventual y de la imprudencia⁵⁸, que resultan incompatibles con la formulación del tipo.

En cuanto a la consumación y forma ejecutiva imperfecta, es básicamente delito de actividad que no requiere la producción de resultado alguno (existencia de relaciones plenas ni menos aún provocación de embarazo). Para la consumación, basta con el mero contacto de los órganos genitales o *coniunctio membrorum*.

54 Art.28 CP: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

55 “En ella el partícipe realiza una aportación al hecho muy importante, pero sin llegar a tener el dominio del hecho. La aportación del cooperador necesario ha de ser una conducta que presente cierta peligrosidad *ex ante* al incrementar de forma relevante las posibilidades de realización del delito por parte del autor, pero además esa conducta ha de contribuir causalmente de forma eficaz a la realización del mismo, haciéndolo posible en la manera en que era previsible”. Muñoz y García, “Derecho...”, 422.

56 “Sobre la base de los requisitos indicados hasta ahora y, en particular, del principio de solidaridad, pueden ser consideradas obligaciones de garantía tres tipos de obligaciones de actuar: A) Las obligaciones de protección de determinados bienes contra todas las fuentes del peligro. Presuponen un particular vínculo jurídico entre garante y titular del bien, en virtud del cual le viene confiada la tarea de tutela. B) Las obligaciones de control, de determinadas fuentes de peligro para proteger todos los bienes expuestos a ellas. C) Las obligaciones de impedir delitos de sujetos sometidos a los poderes jurídicos impeditivos del garante, que responde como partícipe en el delito no impedido”. Ferrando Mantovani, “La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal”, *Actas y Congresos. Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000 (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001), 497.

57 “En este sentido, por dolo entendemos aquel elemento subjetivo del tipo de los delitos dolosos que supone el conocimiento de los elementos objetivos del propio tipo y la voluntad de realización del mismo, en el dolo directo, o la consciencia de la alta probabilidad de su eventual realización, en el dolo eventual”. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y Susana Huerta Tocildo, *Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Tomo I (Madrid: Rafael Castellanos, 2ª edición, 1986), 135.

58 Art. 12 CP: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

En los casos de desistimiento voluntario (artículo 16.2⁵⁹), el hecho no será punible a través del artículo 179, pudiendo castigarse a través del tipo básico del artículo 178 si la conducta ya ejecutada fuera constitutiva de agresión sexual genérica. A efectos concursales, las agresiones sexuales genéricas del artículo 178, quedan absorbidas por las cualificadas, cuando estas últimas signifiquen una progresión en la misma línea delictiva.

Asimismo, los actos coactivos y amenazadores en que consista la intimidación, al igual que las privaciones de libertad durante la agresión, quedan comprendidas dentro de la conducta típica, en lo que resulte proporcionado al caso, así como las lesiones de mínima entidad (arañazos, magulladuras o contusiones) que deban considerarse inherentes a la violencia típica.

Los demás resultados lesivos o mortales, las detenciones ilegales, allanamiento de morada e incluso la transmisión maliciosa o imprudente de enfermedades contagiosas, se sancionarán en régimen de concurso ideal, antes definido.

-Agravaciones dispuestas en el artículo 180 Código penal:

“1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1^a Cuando la violencia o intimidación ejercida revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3^a Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

59 Art.16.2 CP: “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

4^a Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

5^a Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”.

Las agravaciones dispuestas que -a continuación- comentamos se refieren tanto a las agresiones sexuales genéricas del artículo 178, como a las cualificadas del artículo 179.

1^a El carácter degradante o vejatorio es concepto normativo sometido a la valoración judicial, y viene referido a la violencia o intimidación y no a los medios, modos o instrumentos utilizados, aunque -lógicamente- también podrá alcanzarse aquella conclusión a partir de la brutalidad o peligrosidad de éstos.

2^a Su fundamento se encuentra en la mayor facilidad que la aportación conjunta de la violencia o intimidación proveniente de dos o más personas, representa para la ejecución del hecho, con la correlativa disminución de la defensa posible por parte de la víctima.

3^a El concepto de vulnerabilidad adolece de notable indeterminación, por lo que la presente agravante específica así formulada puede ser causa de inseguridad jurídica, quedando sometida su apreciación a la práctica de los Tribunales, atendiendo a las circunstancias de la edad, enfermedad o situación de la víctima.

En todo caso, para que resulte apreciable la situación determinante de vulnerabilidad debe ser abarcada por el dolo del autor⁶⁰.

4^a La agravación por razón de parentesco revive el desaparecido delito de estupro-incesto. Se cuestiona la oportunidad de su incorporación al elenco de las agravaciones específicas, tanto por la existencia de la circunstancia mixta de parentesco a la que desplaza, como por la inclusión de los parientes por afinidad respecto de los que, habitualmente, no se da el dato relevante de la convivencia. El fundamento de la agravación radica, en cualquier caso, en la mayor facilidad que la relación parental depara al objeto de la comisión del delito y para obtener la impunidad.

5^a Las armas u otros medios peligrosos a que se refiere el artículo 180.1.5^a, han de usarse por el sujeto activo, no bastando con portarlas o aún exhibirlas, lo que de por sí constituiría intimidación. De otra manera, es decir, considerar que es suficiente el porte o la exhibición, daría lugar a un supuesto de doble incriminación de los mismos hechos, vulnerándose el principio de *non bis in idem*⁶¹.

3.1.2. Agresor y víctima

Así las cosas, el Estudio Encuesta Nacional sobre Parejas y Violencia Sexual, elaborado por el Centro para la Prevención y Control de Enfermedades del Gobierno⁶², asegura que “la forma más común de victimización por violación que experimentan las mujeres es la penetración forzada, que ha sufrido un 12,3% de la población femenina de Estados Unidos”.

60 “Habrà que pensar en personas desvalidas, con difícil situación económica, adicción a sustancias estupefacientes, padecer determinados problemas de personalidad, etc.”. Serrano y Serrano, “Delitos...”, 167.

61 “Por ‘uso’, la jurisprudencia entiende suficiente la simple exhibición. Tal uso puede consistir tanto en el medio a través del cual se ejerce la violencia o intimidación como en el objeto que se introduce por alguna de las vías típicas. Se puede violar el principio de *non bis idem*, pues se está valorando dos veces la intimidación, una en el tipo básico del art.178 y ahora en la circunstancia 5.^a del 180.1 para agravar la pena. En este caso el uso debe significar algo más que la mera exhibición, como por ejemplo conectar una pistola cargada en el cuerpo de la víctima, un cuchillo, etc.”. Serrano y Serrano, “Delitos...”, 167-168.

62 Alandete, “La violación...”, 36-37.

Añade el Estudio que, “más de la mitad, el 51,1% de las víctimas femeninas de violación, informan de que sus agresiones las han cometido sus parejas y un 40,8% asegura que las han perpetrado amigos o conocidos”. En relación a los hombres afectados, “el número de agresiones sexuales desciende hasta un 1,4%”.

Analizando la cuestión en España, encontramos que:

“Gran parte de las agresiones sexuales se cometen en el entorno de la víctima, la mayoría de las veces una mujer o una niña. El concepto de agresión sexual puede diferir entre países, advierte Eneko Barbería, médico forense y del Instituto de Medicina Legal de Cataluña. En España no existe ningún informe estatal con cifras de incidencia. No obstante, en una amplia encuesta hecha en 2010 por la Generalitat de Cataluña, el 2,9% de las mujeres aseguró haber sido violada en algún momento de su vida. Barbería traza el perfil de víctimas y agresores: la mayoría de los abusos no se cometen por parte de un desconocido, se dan en el ámbito de la víctima: un amigo, un vecino, incluso de un familiar. Muchas veces, además, las agresiones se producen dentro de la propia pareja”⁶³.

Tomás Aller, en su experiencia como coordinador de la Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, expone lo siguiente:

“En el caso de los menores las cosas van más allá. En el 80% de los casos, los niños víctimas de abusos tienen un vínculo emocional con el agresor. Lazo que el delincuente usa precisamente para lograr sus fines. Aller critica la falta de datos sobre este problema que, denuncia, aún permanece oculto en muchos hogares”⁶⁴.

Por su parte, Echeburúa y de Corral, nos brindan un análisis psicológico de la víctima en función de su relación con el agresor⁶⁵:

“Así, cuando el agresor es una persona desconocida –expone– el trastorno de estrés postraumático es la reacción emocional más habitual. La sensación de

63 María R. Sahuquillo, “Un familiar, amigo o conocido”, *Diario El País*, 16 de diciembre de 2011, 37.

64 María R. Sahuquillo, “Un familiar...”, 37.

65 Echeburúa y de Corral, “Agresiones...”, 160.

angustia y el miedo a morir contribuyen a mantener un elevado nivel de ansiedad mantenida y difusa, así como diferentes conductas de evitación. Asimismo, este tipo de agresión puede conllevar un desinterés de la víctima por sus actividades habituales y una pérdida de capacidad para disfrutar de la vida cotidiana.

Cuando el agresor es un conocido reciente, se superpone al trastorno de estrés postraumático la depresión, ligada al descenso de la autoestima, a la decepción por los hombres en general y a los autorreproches por no haber sabido evitar esa situación y haber confiado en un hombre que luego ha abusado de ella.

Cuando el agresor es una persona muy allegada (un tío, un entrenador, un profesor, etc.), las reacciones de ansiedad y de sobresalto son las más habituales. La víctima puede sentirse vulnerable y controlada por el agresor, tener temor a las amenazas y sentirse indefensa e impotente para salir de la situación, a sabiendas de que la agresión va a volver a repetirse”.

Por último –inferen Echeburúa y de Corral- que:

“Hay veces en que el agresor es la propia pareja o expareja, lo que suele ocurrir de forma reiterada habitualmente dentro de una situación general de maltrato o de manera más aislada en los procesos de separación o en las situaciones de infidelidad por parte de la mujer o de establecimiento por parte de ésta de una relación de pareja. La gravedad de estas alteraciones está en función de la reiteración más o menos prolongada de las agresiones sexuales”.

Entre los estudios realizados a víctimas de agresiones sexuales, destaca el estudio sociológico y psicológico realizado por Roig, Galiana Carmona y De Marianas Ribary (1996), citado por Carrasco Gómez y Maza Martín⁶⁶.

Estas son las conclusiones:

- La edad más frecuente de la víctima de agresión sexual es de 18 a 25 años, seguida del grupo de 13 a 17 y de 25 a 35.

66 Carrasco y Maza, *Manual...*, 1477.

- Las víctimas de agresiones sexuales que denuncian son, en su mayoría, solteras, de nivel de estudios bajos, medios y universitarios, de clase social baja y media y estudiantes y trabajadoras.
- Se considera que el riesgo de violación existe en la misma proporción en todas las clases sociales.
- En más de la mitad de los casos, la víctima conoce al agresor y pertenece a su círculo familiar, al barrio, grupo de conocidos, con quienes ha pasado algunas horas o conoce hace poco tiempo, profesores, jefes o personas con los que ha mantenido anteriormente relación afectiva.
- El lugar más frecuente de la agresión sexual es el domicilio del agresor, seguido del descampado/carretera, domicilio de la víctima, portal/ascensor, parque, coche, vía pública, lugar de trabajo del agresor, y el domicilio de ambos.
- Las reacciones inmediatas de la víctima ante la agresión fueron, con mayor frecuencia, defenderse, suplicar que se detenga, intentar huir, vencerle, entablar conversación, gritar o quedarse paralizada y no hacer nada.
- El estado de la víctima después de la agresión, fue: asustada, confusa, sin fuerzas, depresiva, contusionada, herida, sin ropa o con la ropa rota, culpable, vacía, o “normal”.

En este sentido, nos parece de interés subrayar que,

“El arquetipo de la agresión sexual perpetrada por un desconocido en un portal o un callejón oscuro no es el más frecuente, aunque sí sea el que se presente de forma más impúdica y torticera, culpabilizando a la víctima por imprudencia o provocación. La mayor parte de los acosos sexuales provienen del entorno próximo, donde la mujer no se siente expuesta al riesgo y actúa de forma confiada o desprevenida. La última macroencuesta sobre violencia contra la mujer del Ministerio de Igualdad, de 2019, indica que el 49% de los casos de violencia sexual proceden de amigos y conocidos, y el 21.6% del entorno familiar”⁶⁷.

67 Opinión, “Sexo pandillero”, Diario El País, 22 de octubre de 2021, 12.

Debemos tener en cuenta que estamos hablando de víctimas contra la libertad sexual, cuyo agresor -en muchos de los casos- es o ha sido parte de su círculo de confianza⁶⁸.

En este sentido, se hace necesaria una intervención inmediata y efectiva que facilite el restablecimiento y ayude -tanto a nivel físico como psicológico- a la persona que ha sufrido tal ataque atroz.

“Hacia esa deseable generalización se orienta la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual⁶⁹. Parte de la Ley de la constatación, confesada en su Exposición de Motivos, de que ‘el abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a las que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etc., producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito’⁷⁰.

Por su parte, las sentencias sobre violencia sexual dictadas por el Tribunal Supremo muestran -en cuanto a las víctimas se refiere- la especial vulnerabilidad de las mismas.

“Los menores, afectados en 7 de cada 10 casos estudiados por la Sala de lo Penal, según un estudio del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y difundido ayer. De ellos, el 68,4% eran niñas y 31,6% niños, mientras que en las cometidas contra adultos, el 97,7% de las víctimas son mujeres y en el 26,7% de los casos participaron dos o más agresores.

68 “El entorno familiar o amical, que desde un entendimiento lego parecería mostrar un mayor nivel de confiabilidad y seguridad, nos muestra, paradójicamente, una realidad completamente opuesta: la mayor cantidad de atentados contra la libertad e indemnidad sexuales se producen en dicho entorno”. Reyna, “Género...”, 1022.

69 Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado n.º 296, de 12 de diciembre de 1995.

70 Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Madrid: Civitas, 1996), 256.

Es la primera vez que el Consejo realiza un estudio de este tipo, a partir de las 94 sentencias -del total de 102- dictadas en 2020 que contienen información sobre los aspectos analizados. Su autor ha sido el exdelegado de Gobierno contra la violencia de género Miguel Lorente, médico forense y experto del Observatorio contra la violencia Doméstica y de Género del CGPJ.

En el caso de violencia sexual sobre adultos, se dictaron 30 sentencias con 44 víctimas. De ellas, 43 eran mujeres, una cifra que arroja una ratio de 1,5 mujeres víctimas por cada caso. El delito más habitual (6 de cada 10) fue la agresión sexual sobre una mujer adulta (60,3%); los abusos sexuales supusieron el 11,1% y el asesinato, el 3,2%.

El autor es, además, una persona conocida por la víctima, tanto en el 65,7% de los ataques sobre mujeres adultas como en el 75,3% de los cometidos sobre menores⁷¹.

3.1.3. La pena en tales delitos en función de la circunstancia de referencia

La posibilidad de admitir la existencia de esta clase de delitos cuando el sujeto activo y pasivo están casados entre sí no ha sido siempre aceptada de forma unánime. La rúbrica existente en el derogado Código penal, anterior a la reforma de la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, “Delitos contra la honestidad”, apoyaba, si cabe, tal tesis, pues el yacimiento matrimonial, en ningún caso, podía ser considerado deshonesto, y, de hecho, en aquel tiempo se optaba por la indicada solución excluyendo el delito sexual.

Este planteamiento no es posible mantenerlo en la actualidad: el bien jurídico protegido, la libertad sexual, alberga -entre sus manifestaciones- el derecho de decidir el sí o el no, el cómo, cuándo, dónde y con quién quiere realizarse cualquier actividad de aquella naturaleza. Se trata de un bien personalísimo que

71 Reyes Rincón, “Los menores son las víctimas en el 70% de los juicios de abusos”, Diario El País, 26 de noviembre de 2021, 29.

no es susceptible de ser excluido o vulnerado por una persona, y el propio precepto penal no excluye al cónyuge como sujeto pasivo del delito.

Si en el hecho concreto existió o no consentimiento no depende de que otras veces haya consentido. En todo caso, la libertad sexual resulta vulnerada con un solo hecho aislado en el que la víctima haya rechazado las relaciones sexuales.

Una mención especial requiere la admisibilidad y, en su caso, trascendencia, del error de prohibición⁷², es decir, si la creencia errónea de estar actuando con arreglo a derecho, sea en su modalidad vencible o invencible⁷³, es factible en el tipo básico de las agresiones sexuales.

En el supuesto de las agresiones sexuales interconyugales, el agente conoce el carácter sexual de la acción realizada, pero actúa erróneamente -de forma vencible o invencible- en la ilicitud de su conducta, frente a la oposición del sujeto pasivo y el empleo de violencia o intimidación para vencer dicha resistencia.

En la actualidad, el legislador español ha despejado toda duda respecto del problema de la idoneidad de la esposa del violador como sujeto pasivo del delito. En efecto, la opinión que pudo postular la tesis de la exclusión de la tipicidad, en estos casos, se basó en el epígrafe del Título IX del Libro II del Código penal anterior⁷⁴.

Así, se entendía, entonces, que la referencia a la honestidad, contenida en el antiguo texto, más que una referencia al bien jurídico implicaba la mención de la característica común de ser acciones deshonestas que atacan bienes jurídicos de distinta naturaleza. Desde este punto de vista, se debía deducir que, el

72 “El error supone una falsa representación de la realidad. Puede manifestarse tanto en un conocimiento equivocado, como en la ausencia de conocimiento. El principal efecto del error en la responsabilidad es que impide de manera plena o semiplena, dependiendo de su alcance, la imputación subjetiva al autor de aquellos aspectos de su actuación sobre los que recaiga”. Molina, *Memento...*, 328.

73 “El error es vencible cuando está en manos del autor superarlo y la ley le reprocha que no lo haga. El error es invencible cuando estaba fuera del alcance del autor el conocer correctamente la realidad, o bien le era posible desde un punto de vista fáctico, pero la ley no se lo exige”. Molina, *Memento...*, 329.

74 Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Boletín Oficial del Estado n.º 297, de 12 de diciembre de 1973. Título IX del Libro II: “De los delitos contra la honestidad”.

yacimiento matrimonial (violento) no podía ser nunca deshonesto. Se consideraba, pues, que -en tales casos- el hecho debía ser sancionado a través del delito de coacciones (artículo 496 Código penal⁷⁵).

Con la reforma del Código penal de 1989 antes citada (Ley Orgánica 3/1989), se introdujo una nueva designación en el epígrafe del Título IX del Libro II del Código, considerando -a partir de entonces- que los delitos allí contenidos atacan a la libertad sexual.

Así, implicaba una reforma de los alcances de las figuras penales contenidas bajo dicho epígrafe que recogía una opinión -claramente- en materia de delitos sexuales y eliminaba toda ambigüedad en relación al sujeto pasivo del delito, de acuerdo con el derecho de igualdad.

De esta manera, queda claro que lo único que se requiere para ser sujeto pasivo de una violación es ser una persona libre, con lo que desaparece -evidentemente- toda posibilidad de exclusión de ciertas personas que la anterior redacción legal permitía poner en duda como sujetos pasivos de este delito (por ejemplo; las prostitutas, la esposa del violador, etc.).

Asimismo, el Código penal no contiene una expresa limitación de su alcance en relación a ciertas personas, luego la violación de la propia esposa no está excluida del tipo penal contenido en la mencionada disposición, toda vez que el matrimonio no impone a la mujer una reducción de su libertad de decisión en materia sexual frente al marido.

A tal respecto, es digna de mención la sentencia del Tribunal Supremo (STS 254/2019, de 21 de mayo), que señala lo siguiente⁷⁶:

“Con los hechos declarados probados en donde se pretendía por el recurrente ejercitar un derecho de contenido sexual con su pareja, y una corolaria obligación de ésta de acceder a las pretensiones sexuales de él en cualquier momento

75 Art. 496 CP 1973: “El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas”.

76 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 254/2019, de 21 de mayo.

en que lo exigiera, se pretende por el agresor un reconocimiento de que el matrimonio lleva consigo el derecho de los cónyuges a tener acceso carnal con su pareja cuando de ellos quiera, pese a la negativa del otro; planteamiento que debe ser rechazado, por lo que la conducta ejercida con violencia del acceso sexual mediante golpes, o venciendo la voluntad de la víctima con intimidación, determina la comisión de un delito de agresión sexual. No puede admitirse bajo ningún concepto que el acceso carnal que perseguía el recurrente, porque entendía que ese día debía ceder su pareja a sus deseos sexuales, es una especie de débito conyugal, como obligación de la mujer y derecho del hombre, por lo que, si se ejercen actos de violencia para vencer esa voluntad con la clara negativa de la mujer al acceso carnal, como aquí ocurrió, y consta en el hecho probado, ese acto integra el tipo penal de los arts. 178 y 179 CP, y además, con la agravante de parentesco reconocida en la sentencia por la relación de pareja y convivencial”.

4. CONCLUSIONES

Primera. - Existen una serie de elementos o indicios que pueden ser de ayuda para pronunciarse sobre la justificación del parentesco. Así, la incorporación del mismo al Código penal tuvo una funcionalidad criminológica dirigida a evitar los crímenes pasionales, es decir, quería potenciarse la vertiente educativa y preventiva de la norma.

Segunda. - Interesa destacar que esta relación especial entre autor y víctima puede adscribirse a una tipología y marco jurídico concreto como el de la familia. Puede argumentarse que la necesidad de que el Derecho penal tenga en cuenta este vínculo en la medición de la pena radica en el elemento fáctico de que el marco familiar puede generar mayor indefensión frente al delito y que, justamente, ese factor afectivo, pueda aumentar la predisposición victimal.

Tercera. - Ahora bien, esa posible mayor predisposición victimal en el ámbito familiar no puede ser compensada por la creación de deberes de autotutela de la víctima ya que, precisamente, la innecesariedad de mantener barreras de

desconfianza frente a los otros miembros de la familia, forma parte esencial del parentesco como tal relación humana.

Cuarta. - El criterio del uso-abuso que de la relación familiar se haga puede servir para discernir cuándo será necesario atenuar o agravar el supuesto de hecho delictivo en concreto. Como agravante, tendría que ver con el grupo de agravantes genéricas que recogen el abuso de confianza; la relación de parentesco acostumbra a generar un marco de intimidad entre los sujetos donde rige la confianza en la relación y conocimiento mutuo; cuando el autor utilice ese marco que las relaciones familiares o parentales generan para cometer delito, podría afirmarse que el autor abusa de ese conocimiento íntimo que tiene de su víctima. Por el contrario, el efecto atenuante, podría argumentarse desde el razonamiento de que esa cualidad familiar del autor amortigua la gravedad de los efectos del delito para la víctima. Este efecto atenuante se explicaría, especialmente, en aquellos casos en los que interviene la voluntad de la víctima (consintiendo o permitiendo).

Quinta. - En la actualidad, el bien jurídico protegido en los delitos de agresión sexual –la libertad sexual- alberga, entre sus manifestaciones, el derecho de decidir el sí o el no, el cómo, el cuándo, dónde y con quién quiere realizarse cualquier actividad de aquella naturaleza. Se trata de un bien personalísimo que no es susceptible de ser excluido o vulnerado por otra persona, y así, que el propio precepto penal no excluye al cónyuge como sujeto pasivo del delito.

Sexta. - Si en el hecho concreto existió o no consentimiento no depende de que otras veces haya consentido. En todo caso, la libertad sexual resulta vulnerada con un solo hecho aislado en el que la víctima haya rechazado las relaciones sexuales.

Séptima. - En este sentido, hoy en día no cabe la menor duda de que se está transgrediendo la norma y violando la libertad de la persona que dice no, siendo una víctima clara de violación. Es uno de los tipos delictivos que merece mayor

reprobación penal y social⁷⁷, y de ahí que la penalidad establecida en nuestro Código penal sea tan elevada.

Octava. - El hecho de que una persona por nosotros conocida o cercana nos pueda atacar más fácilmente por la confianza que nos genera, suscita -cuanto menos- un mayor reproche a los hechos que pudieran cometerse, generando unas heridas más profundas y graves que las que pudiera causar un desconocido.

Novena. - Resulta sobrecogedor el daño que puede sufrir una persona agredida en una esfera tan íntima como su libertad sexual, máxime cuando el ataque proviene de una persona a la que le une un vínculo afectivo.

“Como el recorrido impredecible que sigue la hoja al caer del árbol, el rumbo de nuestra vida a menudo se altera por infortunios inesperados que quiebran nuestro equilibrio vital y nos convierten en víctimas. En estas circunstancias, la mejor ayuda que podemos recibir es la que incluye comprensión, apoyo, respeto y estímulo para recuperar cuanto antes la capacidad de forjar, nosotros mismos, nuestro destino”⁷⁸.

⁷⁷ “La agresión sexual en general y la violación en particular es probablemente uno de los delitos que más controversia suscita en la opinión pública y que más reacciones sociales contradictorias genera. Por una parte, es uno de los delitos que la gente califica como más grave. Se considera tan grave e incluso más que el homicidio o que el atentado terrorista. Se piensa que es el acto más horroroso que una persona puede sufrir y en el que la víctima, además de padecer el delito, queda indefensa ante un sistema de justicia que según los ciudadanos no castiga tan duramente como debería a los violadores. Por otra, diversos comentarios recogidos de la población a lo largo de nuestro trabajo después de leer o escuchar alguna noticia sobre violación y, sobre todo, los resultados y conclusiones de otros trabajos que hemos realizado reflejan que, al menos, en ciertas ocasiones, se cuestionan las conductas de las víctimas, no se les concede plena credibilidad, se las responsabiliza por lo que les ha sucedido o se resta gravedad a los hechos. Una aparente paradoja parece intuirse por tanto en la sociedad respecto al delito de violación”. Carmen Herrero Alonso, Eugenio Garrido Martín, Jaume Masip Pallejá y Diana Pérez Arechaederra, “Gravedad percibida de algunos delitos y probabilidad estimada de denunciarlos: el efecto de las características de la situación delictiva y el sexo”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, dir. por Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos y Eugenio Raúl Zaffaroni; edit. por José Luis Guzmán Dálbora y Alfonso Serrano Maíllo, (Madrid: Dykinson, 2006), 347-348.

⁷⁸ Luis Rojas Marcos, “¿Condenados a víctimas perpetuas?”, *Diario El País, Opinión*, 28 de julio de 2005, 13.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alandete, David. “La violación como epidemia silenciosa”. *Diario El País, Vida&Artes*, 16 de diciembre de 2011.
- Carrasco Gómez, Juan José y José Manuel Maza Martín. *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*. Madrid: La Ley, 2003.
- Clavero Núñez, José Antonio. *Antes de que te cases*. Valencia, 1946.
- Cortés Bechiarelli, Emilio. *Arrebato u obcecación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- De Vega Ruiz, José Augusto. “Enfermedad mental y libertad sexual en la L.O. 3/89 de 21 de junio. Especial consideración al delito de violación. Acoso sexual”. En *Psiquiatría legal y forense*, vol. II, dirigido por Santiago Delgado Bueno y coordinado por Enrique Esbec Rodríguez, Francisco Rodríguez Pulido y José Luis González de Rivera y Revuelta. 89-114. Madrid: Colex, 1994.
- De Vicente Remesal, Javier y Marta García Mosquera. “Exhibicionismo y provocación sexual”. En *Enciclopedia Penal Básica*, dirigido por Diego Manuel Luzón Peña. 694-696. Granada: Comares, 2002.
- Echeburúa Odriozola, Enrique y Paz de Corral, “Agresiones sexuales contra mujeres”. En *Manual de Victimología*, coordinado por Enrique Baca Baldomero, Enrique Echeburúa Odriozola y Josep M^a Tamarit Sumalla. 149-164. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Herrera Moreno, Myriam. “Victimación. Aspectos generales”. En *Manual de Victimología*, coordinado por Enrique Baca Baldomero, Enrique Echeburúa Odriozola y Josep M^a Tamarit Sumalla. 79-128. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Herrero Alonso, Carmen, Eugenio Garrido Martín, Jaume Masip Pallejá y Diana Pérez Arechaederra. “Gravedad percibida de algunos delitos y probabilidad estimada de denunciarlos: el efecto de las características de la situación y del sexo”. En *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, dirigido por Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos y Eugenio Raúl Zaffaroni; editado por José Luis Guzmán Dálbora y Alfonso Serrano Maíllo. 347-368. Madrid: Dykinson, 2006.
- Huerta Tocildo, Susana. *Sobre el contenido de la antijuricidad*. Madrid: Tecnos, 1984.
- Lamarca Pérez, Carmen. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. En *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Carmen Lamarca Pérez, Avelina Alonso de Escamilla, Esteban Mestre Delgado y Alicia Rodríguez Núñez; coordinado por Carmen Lamarca Pérez. 179-218. Madrid: Dykinson, 6^a ed., 2021.

- Luzón Cuesta, José María. “Parentesco”. En *Enciclopedia Penal Básica*, dirigido por Diego Manuel Luzón Peña. 975-977. Granada: Comares, 2002.
- Mantovani, Ferrando. “La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal”. *Actas y Congresos. Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. 483-498. Congreso Internacional. Facultad de Derecho de la UNED. Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.
- Mapelli Caffarena, Borja y Juan Terradillos Basoco. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Civitas, 1996.
- Molina Fernández, Fernando. *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2021*. Madrid: Francis Lefebvre, 2020.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Navarro Cea, Santiago. *Problemas médico-morales*. Madrid: Cocala, 1963.
- Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio y Susana Huerta Tocildo. *Derecho Penal Parte General Teoría Jurídica del Delito*, Tomo I. Madrid: Rafael Castellanos, 2ª edición, 1986.
- Opinión. “Sexo pandillero”. *Diario El País*, 22 de octubre de 2021.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. “Género, violencia y Derecho penal sexual”. En *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, dirigido por Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos y Eugenio Raúl Zaffaroni; editado por José Luis Guzmán Dálbora y Alfonso Serrano Maíllo. 1013-1032. Madrid: Dykinson, 2006.
- Rincón, Reyes. “Los menores son las víctimas en el 70% de los juicios de abusos”, *Diario El País*, 26 de noviembre de 2021.
- Rojas Marcos, Luis. “¿Condenados a víctimas perpetuas?”. *Diario El País, Opinión*, 28 de julio de 2005.
- Sáenz de Pipaón Del Rosal, Leyre. “De la represión penal de la violencia de género y su estimación criminológica”. En *Expresiones de fenomenología criminal y su etiología*, Sáenz de Pipaón y Mengs, Javier. 15-62. Madrid: ACPA, S.L., 2005.
- Sahuquillo, María R. “Un familiar, amigo o conocido”. *Diario El País*, 16 de diciembre de 2011.
- Serrano Gómez, Alfonso y Alfonso Serrano Maíllo. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”. En *Curso de Derecho Penal Parte Especial*. Alfonso Serrano Gómez,

Alfonso Serrano Maíllo, María Dolores Serrano Tárrega y Carlos Vázquez González.
6ª ed., 161-180. Madrid: Dykinson, 2021.

LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN DEL ROSAL
Área Derecho Penal
Facultad de Empresa, Economía y Derecho
CUNEF Universidad
leyre@saenzdepipaonabogados.es
<https://orcid.org/0000-0001-7848-3215>