



Universidad de Valladolid



FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER ACCESO A LA ABOGACÍA

**DICTÁMEN SOBRE EL DELITO DE
AGRESIÓN SEXUAL (especial
referencia al incapaz como sujeto
pasivo)**

Presentado por:

MARIANA SOLEDAD MARTÍN SOSA

Tutelado por:

ALEJANDRO LUIS DE PABLO SERRANO

Valladolid, 18 de enero de 2021

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS	4
I INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL DICTÁMEN.....	5
II ANTECEDENTES DE HECHO-----	7
II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO APLICABLES AL CASO EN CUESTIÓN.....	8
2.1 Delito contra la libertad e indemnidad sexual-----	8
2.1.1 Breve análisis del bien jurídico protegido	8
2.1.2 Delimitación de los elementos del tipo objetivo y subjetivo que conforman este ilícito penal.....	10
2.1.3 Concurrencia de subtipos agravados del art. 180 del Código Penal.....	14
2.1.4 Breve referencia al consentimiento de la víctima y a la resistencia opuesta.....	17
2.1.5 Delimitación del concepto de agresión sexual y su diferencia con el abuso sexual	19
2.2 Delito contra la integridad moral.....	20
2.3 Delito de detención ilegal.....	22
2.4 Delito de lesiones	26
2.5 Penas a imponer por los delitos que se le imputan al acusado	32
III PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL: ESCRITO DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL.....	34
CONCLUSIONES.....	41
RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA.....	43
RELACION DE LA DOCTRINA CITADA.....	46

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

RD: Real Decreto

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

INTRODUCCION Y OBJETO DEL DICTÁMEN

A lo largo de esta exposición se intentará arrojar luz sobre el supuesto de hecho que se nos presenta analizándolo desde el punto de vista de un abogado, en este caso en representación de la víctima, y procediendo a argumentar, siempre acudiendo a la ley, a la doctrina y jurisprudencia dominante, las razones por las que el acusado debe, a juicio de esta parte, ser juzgado por los delitos que mas adelante analizaremos y deberá hacer frente a las consecuencias jurídicas que se deriven de los mismos.

Evidentemente no podemos obviar el hecho de que en derecho no hay nada absoluto y que todo puede variar inexorablemente atendiendo a las circunstancias específicas y concretas de unos hechos determinados, así como a otras innumerables variables jurídicas, procesales entre otras, externas a los mismos. Es por ello que esta parte intentará, mediante el presente dictamen exponer el punto de vista y el análisis de esta cuestión desde la perspectiva de un abogado cuya principal y evidente pretensión es, tras recibir el encargo del cliente (en este caso víctima del delito que se juzga), desplegar de manera efectiva todos los medios e instrumentos legales necesarios para lograr una efectiva defensa de sus intereses y en consecuencia, una sentencia condenatoria para el acusado.

Tal y como he adelantado, la exposición del caso que se me presenta y el análisis que realizaré del mismo, así como de los argumentos que utilizaré para lograr la mejor defensa de los intereses de mi representado se hará mediante un dictamen, a través del cual se darán respuesta a las cuestiones jurídicas que se nos presentan con el supuesto de hecho en cuestión.

Daré comienzo a esta exposición con una ordenada y detallada descripción de los hechos objetos de litigio, narrados de manera cronológica, dejando constancia de los datos relevantes y decisivos a tener en cuenta por esta parte y sobre todo, por el tribunal para la toma de la decisión final respectiva.

Seguidamente, se procederá a intentar dar respuesta a cada una de las cuestiones que se nos presenten a lo largo de la narración de los hechos probados, incluyendo en dicha argumentación de manera concisa, aunque no demasiado extensa toda la normativa, doctrina y jurisprudencia que, a juicio de esta parte sea pertinente aportar en orden a lograr una mejor defensa de los intereses y pretensiones de mi mandante.

Por otro lado, consideramos que resultará muy conveniente tratar en este apartado cuestiones que, aun estando fuera del objeto propio y específico del dictamen pueden resultar interesantes e incluso oportunas y necesarias a los fines de lograr comprender ciertos extremos o aspectos de los hechos y circunstancias a analizar y conseguir así obtener una visión más amplia del caso en cuestión.

Finalmente, daremos paso a las conclusiones en las que se realizará un breve resumen de los argumentos jurídicos utilizados y aplicados en la defensa del caso que se nos presenta, así como de las consecuencias jurídicas que, a nuestro entender y en aplicación de los alegatos presentados, deberían ser aplicadas por este tribunal. Es de destacar que, dada la naturaleza de este apartado no haremos más que una breve exposición final ya que llegados a este punto no aportaremos nueva información.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO:

Se consideran probados los siguientes hechos:

PRIMERO: Que sobre las 4.00 horas del día 3 de noviembre de 2018, Miguel entabló conversación en el Pub Cónsul de Sevilla con Ildefonso, discapacitado psíquico, con una minusvalía reconocida del 65 %, que resulta notoria, marchando ambos al domicilio de Miguel, accediendo Ildefonso a subir a la vivienda, para conversar y tomar algo.

SEGUNDO: Que, una vez en la casa, sobre las 5.00 horas del 3 de noviembre, Miguel tomó un cuchillo de la cocina que colocó en el cuello de la víctima, conminándole a que se desnudase, y una vez desnudo, Miguel tocó su cuerpo.

TERCERO: Miguel inició después una penetración anal, eyaculando sobre la espalda de la víctima.

CUARTO: Inmediatamente después, tras atarlo con una sábana y cubrirle la cabeza, llevó a Ildefonso a otra habitación, lo tiró sobre la cama y lo ató. Postrado sobre la cama, Ildefonso sufre los golpes de Miguel que le ataca con un perchero metálico de grandes dimensiones y peso, impactando sobre su cabeza y su rostro. A consecuencia de los hechos Ildefonso perdió la visión del ojo izquierdo y tres piezas dentales. Acto seguido, Miguel abandona la casa, cerrando la puerta.

QUINTO: Cuando regresa al domicilio, sobre las 13.00 horas, aproximadamente, del mismo día, Miguel devolvió la ropa a la víctima, la soltó y le dijo que se fuera.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO APLICABLES AL **CASO EN CUESTIÓN**

En este apartado, en primer lugar, se procederá a realizar una enumeración y análisis de los distintos delitos, que, a juicio de esta parte, han sido cometidos con la comisión de los hechos probados y arriba descritos, sin perjuicio de los posibles concursos de delitos y normas que en su caso existan y a los que haré referencia con posterioridad y en el momento oportuno.

Los hechos anteriormente narrados son constitutivos, a juicio de esta parte, de los siguientes delitos:

2.1 En primer lugar, estamos ante un **DELITO CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL**, específicamente, ante el supuesto tipificado en nuestro Código Penal de **AGRESIÓN SEXUAL**, tipificado en su art. 179 ya que Dº Miguel ha llevado a cabo una conducta que atenta contra la indemnidad sexual de otra persona, en este caso de Dº Ildefonso, utilizando violencia e intimidación. Además, se ha de tener en cuenta que, en este caso en concreto, dicha agresión sexual ha consistido también en un acceso carnal por vía anal, lo que hace procedente la aplicación del tipo cualificado del art. 179 del código penal.

Asimismo, tal y como analizaremos más adelante de manera pormenorizada, serán de aplicación las circunstancias establecidas en el art. 180. 1 3ª y 5ª así como el 180.2 del código penal.

2.1.1 Breve análisis del Bien jurídico protegido

En primer lugar, esta parte entiende que es preciso realizar un inciso para analizar y determinar cuál es el bien jurídico protegido en este caso, para poder así, establecer con exactitud todos los elementos condicionantes que nos han llevado a calificar esta conducta como agresión sexual.

La corriente doctrinal actual mayoritaria, habiendo descartado por completo como objeto de protección la honestidad¹ y la moral sexual² por su carácter impreciso, fluctuante y claramente cuestionable, coincide en entender que el bien jurídico protegido en un supuesto de estas características sería la Libertad sexual, entendida como la libre disposición de la persona de sus propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en el social. Es decir, se trata de la facultad de disponer del propio cuerpo o del ejercicio de la libertad sexual en libertad.

Sin embargo, tras la reforma introducida por la L.O 11/1999, la rúbrica del Título VIII alude a la Indemnidad sexual, haciendo referencia a los casos de atentado contra la libertad sexual de menores e incapaces. Tal y como explica MUÑOZ CONDE³ “[...] *Más que la libertad del menor o de la persona con discapacidad, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso de la persona con discapacidad, evitar que sea utilizada como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales[...]*”.

La indemnidad sexual o intangibilidad sexual son conceptos procedentes de la doctrina italiana, que fueron acogidos en la doctrina española entre finales de los años 70 y principios de los 80 y hace referencia al derecho de los menores y personas con discapacidad especialmente necesitadas de protección a no ser molestados y a no sufrir daño en el terreno sexual. En este sentido, este concepto se introduce para diferenciarse del de libertad sexual, ya que esta alude a la capacidad de autodeterminación sexual, y los menores e incapaces carecen, por definición de esta capacidad, por lo que en el caso de **agresiones sexuales contra menores e incapaces** no podrá hablarse de libertad sexual, pues, tal y como expresa Monge Fernández,⁴ “[...] *difícilmente se puede proteger aquello de lo que se carece*”.

¹ En el CP 1944/1973 se hablaba de honestidad, pero no se precisaba el bien jurídico protegido. Muchos autores criticaban el concepto de honestidad y su función de bien jurídico protegido, entre ellos, destaca la de Gimbernat, quien entendía que los delitos contra la honestidad se cometen por acciones deshonestas e inmorales y en lo que coinciden todos esos delitos es en que “una acción deshonesto produce la lesión del bien jurídico de que se trate”

²Otra corriente doctrinal sostuvo que el bien jurídico protegido tenía que estar representado por la moral sexual, definida por Muñoz Conde como “aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites el instinto sexual de las personas”. Sin embargo, para Monge Fernández, la concepción de moral sexual como bien jurídico protegido es peligrosa para la seguridad jurídica, debido al carácter fluctuante de la moral social. Además, al ser un concepto impreciso, permite que el juez haga valer sus propias concepciones personales conforme a la moral sexual dominante.¹¹ En definitiva, considerar la moral sexual como objeto protegido podría ser cuestionable desde la perspectiva del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que “...exige que el Derecho penal tenga por función principal la protección de uno o varios bienes jurídicos frente a conductas que los lesionen o pongan en peligro.

³ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, Pág.204

⁴ MONGE FERNÁNDEZ, A. “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales n° 15*, 2010, pp.88 .

La razón por la que en este caso no se habla de la libertad sexual propiamente dicha, sino de indemnidad sexual deriva del hecho de que los menores y determinadas personas con discapacidad especialmente necesitadas de protección son más vulnerables en cuanto a su capacidad de consentimiento, el cual se puede ver fácilmente viciado, lo que no significa que no puedan prestar su consentimiento para mantener una relación sexual, dependiendo del grado de discapacidad o de la edad de la víctima, sino que carecen o tienen limitada su capacidad para decidir libremente en este ámbito.

Podríamos decir que el consentimiento que emite una persona con discapacidad puede llegar a ser más complejo de dilucidar, ya que muchas de ellas pueden ser capaces de tomar ciertas decisiones relacionadas con ciertos aspectos de su vida de manera plena y eficaz y sin embargo no estar en condiciones de decidir sobre otras cuestiones relaciones con esferas distintas de las anteriores.

Lógicamente, hemos hecho esta referencia a la indemnidad sexual ya que, tal y como consta en los hechos probados, mi mandante es una persona con una discapacidad intelectual o psíquica reconocida del 65 %, que resulta notoria, por lo que difícilmente puede deducirse que entiende de manera plena y eficaz cuestiones relacionadas con la sexualidad y mucho menos la amplitud de sus consecuencias.

Entiende esta parte que es necesario realizar en este sentido un análisis del consentimiento y la resistencia opuesta por D^o Ildefonso, en orden a demostrar de manera clara y concisa la falta de consentimiento de mi cliente, análisis que se hará más adelante.

2.1.2 Delimitación de los elementos del tipo objetivo y subjetivo que conforman este ilícito penal:

En relación con los sujetos del delito, como ya sabemos, en este tipo de delitos el sujeto activo puede serlo cualquiera que realice la acción típica, es decir, la autoría del delito no está limitada a una persona de un determinado sexo. Sin embargo, en cuanto al sujeto pasivo para los casos de agresión sexual, en virtud del art. 180.1.3 la pena podrá ser mayor cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, circunstancia que, tal y como hemos visto, se da en el caso que nos ocupa.

Una vez hechas las aclaraciones anteriores, nos adentraremos ahora en los elementos que se requieren y que esta parte considera que concurren en este caso que nos ocupa y que nos permite calificar estos hechos como una agresión sexual con acceso carnal por vía anal.

Como sabemos, el tipo básico de este delito se establece en el art. 178 CP, en el que se exige la concurrencia de tres elementos, a saber:

- Una acción positiva que atente contra la libertad sexual de otra persona. Este término, «atentado contra la libertad sexual», según MUÑOZ CONDE ⁵, “[...] exige un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo [...]”. En relación con el calificativo de sexual existe sin embargo cierta problemática en cuanto a su interpretación, aunque se entiende por lo general que hace referencia a todo acto en el que intervengan los órganos genitales, tanto más si su fin implica penetración. El problema se presenta cuando los actos no tienen este carácter tan claramente sexual, razón por la cual, un sector doctrinal recurre al elemento subjetivo del ánimo lúbrico o lascivo, es decir, que lo importante es que ese comportamiento tenga un ánimo libidinoso, introduciéndose así, por lo tanto, un elemento subjetivo o intencional, que es la finalidad lasciva del acto, donde el agresor tiene que actuar con la finalidad de obtener una satisfacción sexual. Este tipo requiere un acto sexual que se transforma en agresión porque el sujeto pasivo no presta su consentimiento.
- Se requiere dolo, entendido como la realización voluntaria de una acción violenta o intimidatoria para conseguir un contacto corporal con conocimiento de su significado sexual, sin requerir de ningún otro elemento subjetivo mas como el ánimo lascivo. El sujeto activo debe querer sólo agredir sexualmente.

Pese a las diversas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, sobre si debía concurrir la tendencia lasciva como un elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo parece que la tendencia mayoritaria en la actualidad es, tal y como explica Monge Fernández *“la finalidad de involucrar a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad, con independencia de cuál sea el ánimo, la tendencia, o la finalidad específica perseguidas por el autor, pues lo relevante debe ser únicamente el atentado a la libertad sexual de la víctima, de ahí que solo*

⁵ MUÑOZ CONDE, F *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.206

se exija un dolo genérico, resultando antijurídica la conducta por la mera concurrencia de los elementos objetivos requeridos en el tipo legal”

- Empleo de violencia⁶ o intimidación⁷, lo que lo diferencia de los abusos sexuales. Dicha violencia o intimidación han de ser eficaces para inhibir cualquier atisbo de resistencia que pueda emplear la víctima en el momento en el que el agresor realiza el acto atentatorio contra la libertad sexual⁸. Es aquí donde, más claramente se muestra la voluntad contraria del sujeto pasivo y, por tanto, donde se protege en su sentido más estricto como libertad de decisión en esta esfera. La violencia o intimidación puede ser ejercida de cualquier manera en la víctima, es decir, no existe una lista cerrada con determinadas conductas. Si bien, dicha violencia o intimidación debe ser suficiente para anular la libertad sexual de la víctima.

De esta manera, *“La violencia consiste en la aplicación de fuerza física sobre el cuerpo de la propia víctima. En este sentido, el término violencia equivale a acometimiento, imposición material, uso de la fuerza física u otra semejante que vale para vencer la voluntad de la víctima y que, por tanto, haga inútil la negativa a realizar el acto sexual”*⁹. La violencia, lógicamente, ha de ponderarse atendiendo al conjunto de circunstancias que rodean al hecho, a los sujetos (edad, fuerza), al lugar donde se comete el hecho, la ocasión y el entorno, entre otros.

Asimismo, tal y como explica ORTS BERENGUER¹⁰ *“[...] y en cuanto a la resistencia de la víctima —que no es elemento del tipo, pero se recurre a ella como hecho indiciario—, se ha convenido desde siempre en que no precisa ser desesperada; es bastante con que sea real, verdadera, que exteriorice de forma inequívoca la voluntad opuesta al contacto sexual y no desaparece porque la víctima acepte lo inevitable para evitar males mayores”*.

⁶ **Violencia** equivale a acometimiento, imposición material, uso de la fuerza física u otra semejante que vale para vencer la voluntad de la víctima y que, por tanto, haga inútil la negativa a realizar el acto sexual.

⁷ El concepto **intimidación** se basa en la "vis compulsiva", en virtud de la cual el sujeto pasivo cede a la actividad sexual para evitar un mal mayor sobre su persona o bienes o sobre los de un tercero con el que tenga una relación íntima o estrecha que le provoque ceder ante ese comportamiento (hijos, ascendientes, cónyuge, entre otros).

⁸ La STS 953/2016, de 15 de diciembre entiende que “ [...] No es necesario que el mal con el que se amenace sea grave , pero sí que sea creíble y real, y que sea de tal envergadura que haga por sí mismo que la víctima ceda al acto sexual [...] ”

⁹ WOLTERS KLUWER. Guías jurídicas: Las agresiones sexuales.

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDU2MTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAwxBXHzUAAAA=WKE

¹⁰ ORTS BERENGUER, E. *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016. p.179.

En relación con la intimidación, GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA¹¹ considera que *“La intimidación consiste en la amenaza de un mal que constriñe la voluntad del sujeto pasivo. Supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza o amedrentamiento, uso de violencia compulsiva o violencia psíquica, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente o grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos, perturbando la facultad volitiva de la víctima”*.

Sin embargo, como mantiene la jurisprudencia, la intimidación ha de revestir las características de suficiencia y entidad bastante para vencer la resistencia del sujeto pasivo sin que precise ser absoluta ni irresistible, pues se mide por su eficacia, no por su cantidad y ha de estar causalmente unida al acceso carnal (STS 485/2002 de 11 de febrero). Es imprescindible que el sujeto esté intimidado y convencido de que ese mal con que se amenaza puede hacerse real en cualquier momento. Y es en ese momento, cuando la víctima está convencida de que la amenaza es real, cuando existe la intimidación.

En este sentido, MUÑOZ CONDE¹² entiende que *“[...] Ciertamente la gravedad del mal con que se amenaza debe medirse de forma objetiva y debe tener, además, un carácter de inmediatez en su realización que prácticamente no le deje a la persona intimidada otra salida que aceptar realizar lo que se le pide, pero esto no significa que puedan dejarse a un lado las circunstancias en que se encuentra la víctima de la intimidación. En realidad, en este tipo de delitos no se pueden desatender las circunstancias personales de quien tiene que adoptar una determinada decisión a consecuencia de una acción contra ella dirigida. Así, por ejemplo, en las coacciones no es lo mismo coaccionar a un niño que a un boxeador profesional [...]”*

En cuanto a la gravedad, para Gimbernat, debe reunir los siguientes requisitos: “a) tratarse de un mal constitutivo de delito, b) que el delito cuya realización se amenaza esté sancionado con una pena igual o superior a la violación y c) que en caso de tener una pena menor constituya un ataque contra la integridad corporal”.

-

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la jurisprudencia entiende que el delito se comete, consumándose la acción, cuando se dan consecutivamente los siguientes elementos: empleo

¹¹ 11 GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Trivium, Tomo II, Madrid, 1999, p. 2166.
¹² 12 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, Pág.209

de violencia o intimidación, acción dolosa de tocamiento o similar, con un contenido sexual, en este caso, esta parte entiende que ha existido agresión sexual.

Sin embargo, ya hemos visto como en este caso, mi mandante fue sometido a una penetración anal por parte del acusado, por lo que entendemos que estamos ante una agresión cualificada recogida en el art. 179 CP, cuyo tipo exige que concurren los mismos elementos del tipo básico antes descritos y además que exista acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de estas vías.

2.1.3 Concurrencia de subtipos agravados del art. 180 del Código Penal

En este caso en concreto concurren, además, según el entender de esta parte, al menos dos de los subtipos agravados del art. 180.1 del Código Penal, a saber:

- La víctima en este supuesto es una **persona especialmente vulnerable** por razón de su discapacidad. Dicha vulnerabilidad se refiere a la facilidad con la que alguien puede ser atacado y lesionado, por lo que no depende de la fuerza del atacante, sino del estado de la víctima.
El culpable lógicamente, tal y como sostiene GONZÁLEZ CUSSAC¹³, “[...] *habrá de ser consciente de la situación del sujeto pasivo y de la correlativa superioridad que ello le reporta, lo que a la postre, implica la explotación de la vulnerabilidad de la víctima para materializar la agresión sexual [...]*”. En este caso, concurren los requisitos de agravación de especial vulnerabilidad de la víctima del art. 180.1.3 ya que hay una situación típica de agresión en la que el acusado, con el ánimo de satisfacer sus deseos sexuales y doblegar la voluntad de la víctima le exhibe un arma, prevaliéndose así de la discapacidad física que padece mi mandante.
- El autor ha hecho **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 del CP, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por las lesiones causadas.

¹³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Derecho Penal Parte especial*, Tirant lo Blanch Valencia, 2016, Pág. 186

En este sentido, es importante citar una sentencia del alto tribunal (STS 96/2006, de 7 de febrero) para justificar la aplicación de esta agravante en este caso en concreto. Como hemos dicho, se entiende por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que no es suficiente con la mera exhibición o utilización intimidatoria inicial del arma sin más ya que se podría confundir con la intimidación precisa para vencer la resistencia de la víctima, en orden a alcanzar los objetivos lascivos. Por ello, la STS 96/2006, de 7 de febrero antes mencionada, entiende que “[...] *Si se quiere ser rigurosos con el principio de proporcionalidad y prohibición de non bis in ídem, la cualificación del art. 180.5 CP 1995 debe reservarse para los supuestos en que el arma se usa contra una zona vital del cuerpo de la víctima, aunque no se materialice la agresión, evidenciando más ostensiblemente el propósito agresivo del autor y sintiendo el ofendido más de cerca el peligro que sobre él se cierne*”.

En el caso de autos, el acusado tomó un cuchillo de la cocina y lo colocó en el cuello de mi mandante, entendiéndose que el cuello constituye una parte vital del cuerpo, por lo que claramente se entiende, a juicio de esta parte, que es plenamente aplicable esta circunstancia agravante.

Lo que es más discutible en este supuesto, razón por la que se descarta su aplicación por esta parte, aunque resulta interesante hacer mención a ella, es la aplicación del agravante del art. 180.1. 1ª *“Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”*.

Se hace referencia a la posibilidad de aplicación de esta circunstancia agravante ya que consideramos que el hecho de eyacular sobre la espalda de la víctima atenta contra la dignidad de mi representado y se realiza con el ánimo de humillar aún más si cabe a la víctima.

La doctrina y jurisprudencia consideran que se está haciendo referencia con este agravante a los actos que se caracterizan por atentar desmesuradamente contra los valores más íntimos de la víctima, realizando daños innecesarios para conseguir su objetivo.

La SAP de Barcelona 234/2009, de 3 julio ha definido esta conducta como *“la violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo”*, lo que significa que en la conducta básica del agresor hay un plus de

antijuridicidad, donde el objetivo es menospreciar o humillar más, aún si cabe, la dignidad de la víctima (es un ataque innecesario para la comisión del delito).

Cabe añadir en este sentido, lo expresado por la SAP de Madrid 540/2008, de 16 de diciembre, cuando dice que “ [...] *que si bien toda agresión sexual que se realice por la fuerza o con intimidación, necesariamente supone un grado de brutalidad y determina vejación, menosprecio y humillación para el sujeto pasivo del hecho, el trato degradante supone realizar acciones con el fin de humillar, deshonrar, despreciar o envilecer a alguien, afectando a su dignidad humana, revelando con la conducta un especial y cualificado salvajismo o brutalidad, una particular crueldad innecesaria y gratuita que integraría una especial vejación o degradación para la dignidad personal de la víctima agraviada, siempre que ese especial salvajismo y brutalidad refleje un grado tan elevado de perversión del sujeto que justifique una exasperación de la pena*”.

Sin embargo, esta agravación no puede ser aplicado en todos los supuestos y así lo explica la STS 530/2001, de 28 de marzo al proclamar que “[...] *la agravación del art. 180.1.ª no se refiere a los actos sexuales realizados, ya de por sí humillantes, vejatorios y degradantes, como decíamos, sino a la violencia o intimidación empleada en su ejecución* » y [...] *sólo será apreciable cuando la violencia o intimidación superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, cuando, tal como se dice en el mismo artículo, revistan un carácter «particularmente» degradante y vejatorio. Tal ocurrirá cuando se aprecie, al lado de la conducta descrita en el tipo de los arts. 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos, o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual*».

En este sentido, la SAP 138/2008, de 2 julio 2008 en un supuesto en el que desestima la aplicación de este tipo, señala que «*no significa que la agresión cometida no tenga carácter humillante o vejatorio, pues éste es consustancial a cualquier agresión sexual, sino tan sólo que la humillación provocada no merece un aumento de pena en atención a la «particular» intensidad de la misma que debe valorarse teniendo en cuenta no sólo la afección subjetiva que pueda haber provocado en la víctima, sino en especial el plus de gravedad objetiva que presenta la conducta respecto de la propia del tipo básico, es decir, respecto de la que pueda contener cualquier agresión sexual con penetración*».

Un aspecto importante de la aplicación de este apartado es que éste absorbe la conducta del art.173.1 CP, relativo a los delitos contra la integridad moral, es decir no es posible la aplicación conjunta de los arts.180.1.1 y 173.1, ya que el art.177 CP expresa que cuando se produzcan atentados contra la integridad moral juntamente con la agresión sexual se

castigarán los hechos separadamente, excepto cuando aquel se “halle especialmente castigado por la ley”.

En este sentido se pronuncia también MUÑOZ CONDE ¹⁴ al entender que “[...] *No cabe, sin embargo, el concurso entre la cualificación 1ª (carácter particularmente degradante o vejatorio) y el delito contrala integridad moral del art. 173.1 pues, como ya se vio en el capítulo VII, el delito contra la integridad moral supone ya de por sí una degradación o un trato vejatorio, que es lo que constituye la esencia de esta cualificación de la agresión sexual [...]*”

Por lo tanto, conforme a lo establecido por la jurisprudencia y teniendo en cuenta que la acción de eyacular sobre la espalda de la víctima no parece adecuarse a los requisitos de brutalidad, salvajismo y animalidad que se requiere para su aplicación, y que, además, se entiende que formaba parte del acto principal de agresión sexual, pudiendo decir incluso que *formaban parte de la ejecución del tipo objetivo, y era connatural a este tipo objetivo*, esta parte entiende que no procede su imputación a este caso concreto.

2.1.4 Breve referencia al consentimiento de la víctima y a la resistencia opuesta.

Es importante, a juicio de esta parte, realizar una breve pero concisa aclaración en relación con la falta de consentimiento de mi representado y la resistencia que se opuso por su parte.

Como sabemos, Dº Ildefonso es una persona con una discapacidad intelectual reconocida del 65 %, razón por la cual, tal y como hemos explicado anteriormente, difícilmente puede deducirse que entendía de manera plena y eficaz cuestiones relacionadas con la sexualidad y mucho menos la amplitud de sus consecuencias, lo que apoyaría ya desde una primera aproximación, la concurrencia del requisito de la ausencia de consentimiento de mi representado, requisito que, como sabemos, es indispensable que concurra para que exista agresión sexual.

En relación con esta cuestión, se ha venido entendiendo por GONZALEZ RUZ ¹⁵ que “[...] *la oposición de la víctima es la manifestación de su voluntad contraria al comportamiento sexual, y que exige*

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, Pág.213

¹⁵ GONZÁLEZ RUS, J. “¡No!, Y Basta (a propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”, en GARCÍA VVALDÉS, C (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 2029

la utilización de la fuerza como medio necesario para cometer el delito, convirtiéndose así la resistencia en “un parámetro empleado para medir la fuerza suficiente que precisa el delito, pues se puede decir que la fuerza utilizada sería la suficiente en concordancia a la resistencia que hubiera puesto la víctima. Por tanto, la resistencia de la víctima se concibe como el rechazo material y efectivo del atentado sexual, como expresión externa contraria al acceso carnal”.

Si nos atenemos al caso que nos ocupa, es de destacar que incluso con independencia de la discapacidad psíquica de mi cliente, esta parte entiende que, teniendo en cuenta que el acusado hizo uso de un cuchillo, el cual fue puesto en el cuello de D^o Ildefonso, que está además reconocido por la jurisprudencia como un órgano vital, se puede decir con toda seguridad que mi representado no tuvo posibilidad de oponer resistencia alguna a la situación en la que estaba inmerso, ya que eso podría suponerle poner en un grave riesgo un bien jurídico superior al de la indemnidad sexual que no era otro que su vida.

Tal y como ya ha manifestado en diversas ocasiones el alto tribunal, la resistencia no es un requisito del tipo de la agresión sexual, explicándose la STS 604/2004, de 15 de diciembre que “[...] Lo que califica la agresión sexual del artículo 179 del Código Penal no es la mayor o menor resistencia, sino la falta de consentimiento para el contacto sexual mediante penetración anal, bucal o vaginal, que se obtiene mediante la violencia o el miedo”.

Asimismo, la AP Tarragona se expresaba en el mismo sentido, al entender que “El delito de violación, comprendido en el art. 429 CP 1973, supone, según una reiterada jurisprudencia, un ataque a la libre disposición de la autodeterminación sexual, a la libertad y dignidad de la persona, constituyendo la conducta típica la acción violenta o intimidante dirigida a lograr el acceso carnal con la víctima, si bien tales ataques no han de ser irresistibles, sino idóneos en la ocasión concreta para conseguir el fin propuesto, bastando que la intimidación sea eficaz y suficiente para doblegar la voluntad de la mujer, no requiriéndose por parte de ésta que se produzca resistencia, elemento que no forma parte del tipo penal, como ha puesto de relieve el TS, no excluyéndose la existencia del delito por la pasividad de la víctima cuando la resistencia aparece inútil o el temor la inhibe”.

En este sentido, la STS 5/2007, de 19 de enero manifiesta que “No puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso”¹⁶.

¹⁶ Véase en este sentido, STS 981/2005, de 18 de julio y STS 1359/1999, de 2 de octubre.

Vemos, por lo tanto, cómo en el caso de que haya un temor fundado, un racional convencimiento de la inutilidad de su empleo o de que oponiéndose a la agresión se corre el riesgo de un mal superior puede prescindirse de la resistencia. Este es lo que sucede en el caso que nos ocupa ya que mi mandante, sabiendo que era absurdo resistirse y que en caso de hacerlo pondría en riesgo su vida, decidió soportar (que no consentir) las agresiones a las que fue sometido.

2.1.5 Delimitación del concepto de agresión sexual y su diferencia con el abuso sexual

Haremos en este caso un breve inciso para diferenciar el delito cometido en este caso, del de abuso sexual tipificado en el art.181 C.P.

Es evidente, y considero que este tribunal no tendrá duda alguna de que se ha producido una agresión sexual cualificada por la penetración anal cometido por D^o Miguel sobre mi representado y no un abuso sexual, ya que, como dice MUÑOZ CONDE ¹⁷ *“la diferencia fundamental con las agresiones sexuales es la no concurrencia de violencia o intimidación en los abusos como medios de ataque a la libertad sexual, pero tienen en común con aquéllas que se trata de un ataque a la libertad sexual no consentido o con consentimiento viciado”*

Entendemos que en este caso no cabe la menor duda de que no hubo consentimiento por parte de D^o Ildefonso ya que, por un lado, estamos ante una persona que padece de una discapacidad intelectual importante y notoria cuyas capacidades de comprender, discernir y sobre todo de consentir están muy mermadas, y por otro la mera utilización de un elemento peligroso como el cuchillo para conminarle a que se desnudase y a facilitar la penetración hace imposible la alegación de la concurrencia del mismo y demuestran la concurrencia de violencia e intimidación en la comisión del delito.

2.2 Por otro lado, esta parte entiende que podría considerarse también que se ha cometido un **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL** de mi mandante tipificado en el art. 173.1 de nuestro C.P ya que, entre otras cosas, se produce un trato vejatorio y humillante al eyacular el ahora acusado, sobre la espalda de la víctima.

¹⁷ MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 199.

En este sentido, como sabemos, según lo establecido en el art. 173.1 CP, en este delito de carácter genérico se tipifican como ilícitos aquellos comportamientos que suponen un atentado contra la integridad física que tengan un efecto inmediato sobre su esfera corporal y que además supongan la sumisión de la víctima a ciertas condiciones que conlleven una humillación grave. Es un tipo residual que se aplica cuando la conducta no es subsumible en otro tipo delictivo o que, aun siéndolo, dicho tipo no es suficiente para castigar el aspecto denigrante de dicha conducta.

Asimismo, veíamos como tampoco sería posible la aplicación conjunta de los arts.180.1.1 y 173.1, ya que el art.177 CP expresa que *“Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquel ya se halle especialmente castigado por la ley¹⁸”*.

De este art. 177 CP se deduce por lo tanto que, en el caso del delito de agresión sexual, el mismo se halla especialmente penado por la ley al establecer la circunstancia agravante del art. 180.1 CP. En este sentido surge el problema entonces de determinar cuándo se puede aplicar esta figura, si debe aplicarse como delito autónomo o aplicar para cada delito la agravante de ensañamiento.

Esto se analizó en la STS 2101/2001, de 14 de noviembre en la que se había producido una agresión sexual y el agresor además había orinado sobre la víctima y le había pasado un pañal con heces por la cara. Se discutió en este caso, si junto a la agresión sexual debía añadirse un delito contra la integridad moral o si, por el contrario, lo procedente era castigar el delito de agresión sexual con la agravante de ensañamiento, optándose finalmente por esta última opción argumentando que la doctrina ha tenido dificultades en caracterizar la conducta típica constitutiva del presupuesto de hecho de la pena prevista en el art. 173 CP: se han propuesto interpretaciones que no logran una adecuada diferenciación conceptual entre la integridad moral y la libertad, o que demuestran una superposición de la integridad moral con el honor. De esta manera, se entendió por este tribunal que *“[...] Por tal motivo cuando las conductas que estamos considerando dan lugar a un aumento de la gravedad del hecho y esta gravedad puede ser perfectamente captada por alguna circunstancia agravante, en particular por la del artículo 22.5 del Código Penal, (aumento*

¹⁸ Diversos autores insisten en que los tribunales podrían vulnerar el principio de “non bis in ídem” en el caso de aplicar un concurso entre un delito de los mencionados en el art. 177 con el agravante del 22.5 CP y el trato degradante del 173.1

deliberado e inhumano del sufrimiento infligido a la víctima), el delito del artículo 173 del Código Penal no será aplicable y el mayor desvalor de la acción deberá encontrar expresión en la individualización de la pena”.

En este sentido, Barquín Sanz entiende que, en primer lugar, los tribunales tendrían que ver si el delito que se ha cometido puede castigar el atentado contra la integridad moral (como ocurría con el asesinato y las lesiones), en el caso contrario sí sería aplicable el concurso entre ese delito y el delito de trato degradante del art. 173.1 CP, siempre que se dieran los requisitos para este último.

Consecuentemente, el ámbito de aplicación del artículo 173 del Código Penal quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una **duración notoria y persistente**, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan, a través de las agravantes ordinarias¹⁹.

En conclusión, teniendo en cuenta

- Que este delito de agresión sexual *se halla especialmente castigado por la ley*, al establecerse una agravante (que se entiende como ensañamiento) en el art. 180.1 CP y que tal y como hemos expresado en un apartado anterior no es de aplicación al caso concreto que nos ocupa ya que no es de la suficiente entidad y no cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia en este sentido, entendiéndose además que dicho acto vejatorio y denigrante formaba parte de la ejecución de la agresión sexual en sí misma;
- Que, en atención a lo expresado en el art. 177 CP se deduce que tampoco sería aplicable el art. 173 Código penal (delito contra la integridad moral) ya que este solo sería aplicable si el “delito principal”, en este caso la agresión, no se hallara especialmente castigado por la ley, cosa que en este caso en concreto sí que ocurre²⁰,

Esta parte entiende que no cabe alegar ni solicitar el castigo por esta conducta ya que no se adecúa a ninguno de los tipos penales establecidos para tal fin.

¹⁹ BARQUÍN SÁNZ, J., “Sobre el delito de grave trato degradante del art. 173 CP. Comentario de la STS (2ª) 2101/2001, de 14 de noviembre”, *Revista Electrónica Penal y Criminología*. 2002, pág. 5 .

²⁰ La jurisprudencia ha dado solución a esta cuestión en base a la interpretación del art. 177 CP. Destacaríamos la STS 2101/2001 de 14 de noviembre, que entiende que no sería aplicable el art. 173 CP en el caso de que el delito “principal” ya contenga la circunstancia agravante del 22.5 CP, de este modo “el mayor desvalor de la acción deberá encontrar expresión en la individualización de la pena”.

2.3 Por otro lado, esta parte considera además que se debe condenar al ahora acusado por un **DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL**, ya que D^o Ildefonso, tal y como consta en los hechos probados, con posterioridad a la violación sufrida, fue atado a una cama, cubierto con una sábana, y sometido múltiples golpes por parte de D^o Miguel, entendiéndose de esta manera que se dan todos los elementos del tipo regulados en el art.163 C.P.

Pero, además, esta parte entiende que sería de aplicación en este caso en concreto el art. 165 del código penal ya que esta detención ilegal tiene como sujeto pasivo a un incapaz, agravándose por la tanto la pena en estos supuestos. Entendemos además que se cumple lo que, según la doctrina, entre ellos, CORCOY BIDASOLO²¹ requiere en este sentido y es que “[...] *para aplicar el subtipo agravado es necesario que el autor conozca la especial condición de la víctima* [...]”.

Haciendo un repaso de la posición de la jurisprudencia en este sentido, podríamos establecer y entender que son elementos necesarios para que se pueda imputar este tipo penal a una determinada persona los siguientes:

1.- En primer lugar, debe concurrir el **requisito objetivo de «encerrar» o «detener» a una persona privándola de la libertad.**

2.- También debe darse **el elemento subjetivo de dolo o voluntad del sujeto agente de privar a su víctima de la libertad.** Por ello el delito de detención ilegal exige ánimo de privar de la facultad deambulatoria a una persona durante cierto tiempo; exige que se actúe «intencionada y dolosamente , con plena conciencia, absoluta y segura de que la detención que realiza es ilegal (STS 135/2003 de 4 de febrero), bien entendido que de una parte el delito de detención ilegal se trata de una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o encierro tuviera lugar, de ahí que en principio el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyecta el delito es indiferente, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio y el ánimo del autor orientado a causarla (SSTS 307/2000 de 22 de febrero, 574/2000 de 31 de marzo, 14/2001 de 16 de enero, 400/2003 de 28 de octubre, 1424/2004 de 1 de diciembre, 601/2005 de 10 de mayo), y de otra, en cuanto al dolo específico, el elemento subjetivo de este delito no requiere que el

²¹ CORCOY BIDASOLO, M. *Manual de Derecho Penal. Parte especial.* Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.138

autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio a la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de libertad deambulatoria de otra persona, consecuentemente, comprobada la existencia del dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo, y por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo, siendo irrelevantes los móviles, pues el tipo no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas (SSTS 1267/2003 de 8 de octubre, 1075/2001 de 1 de junio), si bien resulta obvio que la detención ha de practicarse «contra o sin la voluntad de la víctima», porque si ésta ha accedido a acompañar al agente por su propia voluntad, por ejemplo para aclarar unos hechos, no hay tipicidad penal (STS 1310/2001 de 21 de julio)». de este tipo penal.

Si bien, tal y como explica la reiterada jurisprudencia, la realidad de cualquier agresión sexual supone y exige la privación de la capacidad ambulatoria de la víctima, y lógicamente, en este caso no puede ser valorada posteriormente para dar vida a otro delito como el de detención ilegal, esta parte entiende que en este supuesto, “[...] *los hechos probados relatan una retención personal innecesaria para consumar las agresiones sexuales enjuiciadas, por lo que ese plus de privación de libertad integra y da vida al delito de detención ilegal como ataque autónomo al bien jurídico de la libertad, sin riesgo de incidir el principio ne bis in idem*”.

En el mismo sentido se manifiesta la STS 722/2005, de 6 de junio al entender que “[...] *En el tiempo que transcurrió desde las 22,30 horas hasta las 3,30 del siguiente día, se produjo una privación de la libertad ambulatoria de la víctima, coincidiendo con el tiempo de la primera de las 2 agresiones sexuales, a la que se impidió salir de la habitación donde se hallaban por haberse cerrado la puerta con llave desde el interior -elemento objetivo de la detención ilegal-, guardándose los agresores para que ella no pudiera salir -elemento subjetivo-. Esas 5 horas en que tuvieron encerrada a la joven, son un tiempo excesivo, de modo que no cabe hablar de absorción o consunción de este delito en el más grave de agresión sexual*”.

Por lo tanto, cabe en este caso analizar la procedencia o no de la imputación de este delito de manera autónoma al acusado, ya que según nuestro alto tribunal “[...] la mera retención necesaria para realizar la agresión sexual quedará absorbida en esta)”

El alto tribunal viene considerando, entre otras, en su STS 1424/2005, de 5 de diciembre, que: *«La autonomía del delito de detención ilegal supone que la privación del derecho fundamental a la libertad tenga una existencia sustantiva y propia, con independencia de la propia retención derivada de la agresión sexual. Por ello, cuando el tiempo y circunstancia de la detención exceden con mucho del que era preciso para la comisión de la violación, la detención adquiere una entidad propia e independiente del delito*

anterior y ha de ser penada por separado, máxime si la detención tuviera por objeto otros fines distintos del de atentar contra la libertad sexual”.

En este sentido lo entiende también gran parte de la doctrina, entre ellos, ORTS BERENGUER²² cuando dice que “[...] Con la detención ilegal previa al ataque a la libertad sexual, habrá una relación de medio a fin. Pero también puede darse un concurso real, si tras el ataque sexual se prolonga la privación de libertad ambulatoria” [...].

En lo que atañe al concurso del delito de detención ilegal con otros delitos la jurisprudencia ha expresado en diversas sentencias, entre otras, en la STS 995/2017 de 12 de enero, resumiendo la doctrina al respecto que caben tres hipótesis: a) Absorción de la privación de libertad por el comportamiento que da lugar al otro delito como si se tratase de un concurso de leyes; b) estimación de que existe un concurso de delitos del tipo previsto en el artículo 77.1 del Código Penal²³ y, c) finalmente, que existe un concurso de delitos a penar separadamente.

Es importante en este punto aclarar además cuáles son los criterios funcionales establecidos por la jurisprudencia para diferenciar uno y otro caso, para justificar la posterior petición que hará esta parte en relación con este apartado. Es de destacar que la jurisprudencia ha venido siendo vacilante al respecto ya que hay una discusión principalmente entre los casos en los que concurren concurso real o concurso medial de delitos.

Diversos autores, entre los que se encuentra CORCOY BIDASOLO²⁴ consideran que “[...] la clave para establecer el tipo de concurso aplicable es determinar “si el ataque a la libertad de movimientos adquiere una entidad propia e independiente de los actos contra la libertad sexual y el patrimonio, habiéndose producido una multiplicidad delictiva que caracteriza un concurso real [...]”.

Adelantamos que esta parte entiende que, efectivamente en el caso que nos ocupa estamos ante un concurso real de delitos, sin embargo, intentaremos arrojar algo más de luz al respecto.

En primer lugar, tomando como referencia la STS 282/2008, de 22 de mayo, se establecen como pautas diferenciadoras para determinar la existencia de uno u otro supuesto : “[...] a)

²² ORTS BERENGUER, E. *Derecho Penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, Pág.182

²³ “Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra”

²⁴ CORCOY BIDASOLO, M. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.135

A la duración de la privación de libertad que, si no rebasa un mínimo, es absorbida en el otro delito, lo que ocurre en casos de privaciones fugaces o instantáneas, que no serán pues penadas, y también de un límite máximo, que permite diferenciar la calificación de un concurso medial frente a un concurso real; b) no exigencia distinta de la que supone el dolo, como expresión del conocimiento y voluntad de privar a otra persona de dicha libertad ambulatoria, fuera de casos de un especial elemento subjetivo de desprecio a la víctima; c) que la funcionalidad de la privación de libertad pueda tildarse de necesaria sin lo cual no habrá concurso medial de tal suerte que no basta la instrumentalidad de la privación de libertad, procurada a tal fin por el autor, si la sustracción no lo exigía de manera necesaria (STS 590/2004, de 6 de mayo), y d) la gravedad de la privación de libertad excluirá el concurso medial dando lugar al real cuando aquella gravedad es excesiva, en particular por prolongarse en el tiempo de manera gratuita (STS 71/2007, de 5 de febrero).

Sin embargo, en otra línea, la STS 676/2015, de 10 de noviembre entre otras,²⁵ al plantear situaciones concursales y establecer los supuestos que se pueden dar, aporta unos argumentos algo distintos a los anteriores al exponer que “[...]En general, se pueden establecer los siguientes supuestos: **1º Concurso real.** - Cuando la detención no constituye el medio comisivo para la ejecución de otros delitos. En este caso, nos encontramos ante un concurso real de delitos, y por tanto cada delito mantiene su propia autonomía y sustantividad, sancionándose separadamente. Son casos en los que la privación de libertad puede coincidir temporalmente con el delito principal, pero no está relacionado con él, no es medio instrumental para la ejecución de éste, o incluso puede aparecer la detención con posterioridad a la ejecución de aquél, generalmente para facilitar la impunidad del mismo, excediendo notoriamente la duración de la detención del tiempo necesario para el acto depredatorio o de agresión sexual. **2º Concurso medial.**- Una detención ilegal, arbitrada e instrumentalizada como medio para perpetrar una agresión sexual, u otro delito, pero cuya duración excede del estrictamente necesario para ejecutar el acto, es decir del indispensable para retener a la víctima mientras la agresión se consuma, constituye un concurso medial o instrumental, también llamado por la doctrina concurso ideal impropio (art 77 3º CP), que debe dar lugar a una condena conjunta, y no a una condena separada de ambos delitos. Condena que, en cualquier caso, debe ser superior a la que correspondería al delito principal o más grave, dado que la sanción por el delito principal no cubre toda la culpabilidad ni la antijuridicidad del hecho. **3º Concurso de normas.** - Cuando la privación de libertad coincide temporalmente y exactamente con el tiempo necesario e imprescindible para cometer el delito principal. Son los casos en los que el tiempo de detención coincide con el acto depredatorio patrimonial, o el ataque a la libertad sexual. En estos supuestos, el desvalor de la acción de detener queda absorbido e integrado en el

²⁵ Véase también SSTS 878/2009, de 7 de septiembre, 887/2013, de 27 de noviembre.

desvalor del acto depredatorio o agresivo, por lo que solo se sancionaría el delito principal, ya sea la agresión sexual o el robo”.

Finaliza diciendo que *“Nos encontramos en consecuencia ante un concurso medial o instrumental, pues la detención fue el medio utilizado para poder realizar seguidamente la agresión, y no tenía sentido ni finalidad sin ella. La Sala sentenciadora la califica como concurso real, porque estima que no está clara la intención inicial del acusado, pues al principio se dirigió con el coche hacia la casa de la víctima. Pero el concurso real solo es aplicable a casos en los que la privación de libertad puede coincidir temporalmente con el delito principal, pero no está relacionado con él ni es medio instrumental para la ejecución de éste”.*

Sabemos en el caso que nos ocupa que, aunque la privación de libertad fue necesaria e ineludible en un primer momento para poder llevar a cabo el acto de agresión sexual, la detención ilegal de mi mandante se prolonga varias horas después de cometido el delito principal de agresión sexual, para la consecución de un fin distinto a la misma que era provocar unas lesiones en D^o Ildefonso, adquiriendo así la detención, tal y como exige la jurisprudencia, *“una entidad propia e independiente del delito principal”* y no pudiendo por lo tanto, hablar de absorción o consunción de este delito en el más grave de agresión sexual (descartando así el concurso aparente de normas o de leyes), ni entender que se ha producido un concurso medial si se tiene en cuenta la gravedad de la privación de dicha libertad por haberse prolongado en el tiempo con posterioridad a dicha violación.

Por todo ello, esta parte se inclina por entender que existe un concurso real entre el delito de agresión sexual y el de detención ilegal.

2.4 Finalmente, esta parte entiende, además, que se ha cometido por el acusado un **DELITO DE LESIONES** tipificado en el art.148.3 Código penal, ya que las lesiones previstas en el art. 147 se ven agravadas por ser la víctima una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Sin embargo, yendo más allá, entendemos que por ser este un delito de mayor entidad como consecuencia de la pérdida de la visión del ojo izquierdo por parte de mi mandante además de la destrucción de tres piezas dentales, esta parte entiende que será de aplicación el art. 149 del articulado.

Analicemos, por lo tanto, más a fondo la concurrencia de este delito, según los elementos que exige este tipo penal.

Como sabemos, la acción consiste en la conducta que por acción u omisión y en su forma dolosa o imprudente, se dirige a causar un daño. Tal y como explica GONZALEZ CUSSAC ²⁶ “[...] *La característica fundamental del tipo básico, y lo que lo diferencia de los supuestos más leves, es la necesidad de que la lesión requiera objetivamente para su sanidad además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico*”. El precepto aclara que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considera tratamiento.

En este caso, se considera probado que, con posterioridad a la agresión sexual cometida, de manera premeditada y dolosa se procedió a propinar por parte del acusado unos golpes a mi representado con un perchero metálico de grandes dimensiones y peso que impactan contra su cabeza y su rostro, provocándole a D^o Ildefonso la pérdida de la visión del ojo izquierdo y de tres piezas dentales, menoscabando de esta manera su integridad física, psíquica y la salud del sujeto pasivo. Cabe alegar que como consecuencia de las lesiones ocasionadas a D^o Ildefonso, éste tuvo que someterse a un tratamiento de curación y hospitalización durante 21 días, así como posteriormente, someterse a un procedimiento de implantología y arreglo dental costoso, de los cuales hablaremos más adelante. Se ha encargado por esta acusación la elaboración de un Informe pericial por un médico forense especializado en el que se explica el alcance de las lesiones provocadas a D^o Ildefonso.

Por lo tanto, vemos cómo se dan todos los elementos del tipo básico de esta infracción penal que viene determinado en el art. 147 CP y es el punto de partida para el análisis de este tipo delictivo. Por otra parte, también podemos apreciar que concurren las circunstancias establecidas en el art. 148.1^a y 148.3^a CP (utilización de armas e instrumentos peligrosos y víctima incapaz), pese a lo cual, esta parte considera que finalmente será de aplicación, por las razones que explicaremos más adelante, el art. 149.1 de dicho texto legal al ser un precepto más específico y que se adapta más claramente a las circunstancias del hecho que nos ocupa (pérdida de visión de un ojo) y ser un artículo de aplicación obligatoria por el tribunal, a diferencia de las del art. 148 CP cuya utilización es meramente potestativa.

Por lo tanto, vemos cómo en el art. 149 se regula un tipo muy cualificado del delito de lesiones cuando, como consecuencia de esa agresión se produzca la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica.

²⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Derecho Penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, Pág. 77

Pero ¿Qué se entiende por la jurisprudencia como pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal o de un sentido?

- De lo estipulado en este art. 149.1 CP se deduce que estamos ante supuestos especialmente graves en los que las lesiones causadas llegan a alcanzar la magnitud de irrecuperables, razón por la cual, dichas conductas han sido tipificadas con un mayor reproche punitivo.
- En cuanto a qué se entiende por órgano principal, considera la doctrina y la jurisprudencia que es aquel que ostenta una autonomía funcional. En lo que respecta a pérdida o inutilización de un sentido en relación con este caso en concreto, la jurisprudencia viene considerando que no se exige la pérdida total del mismo, sino que es suficiente con que dicho sentido resulte inservible para la víctima. Es doctrina y jurisprudencia pacífica y unánime la que entienden que el ojo es un órgano principal, entre ellas, la STS 4190/2017, de 23 de noviembre ²⁷ en la que se explica que “[...] *el ojo se presenta en el cuerpo humano por partida doble, "porque aún duales tienen su funcionalidad propia e independiente de su par, como los ojos, los oídos y pulmones. Otros, por la relevancia e importancia de sus funciones, como en el supuesto de los riñones, en los que la pérdida de uno supone una merma importante de la funcionalidad de los órganos que lo componen" (STS 1856/2000, de 29 de noviembre); y en el mismo sentido STS 824/2005, de 24 de junio; STS 1495/2005, de 7 de diciembre; STS 217/2006, de 20 de febrero; STS119/2009, de 3 de febrero; STS 61/2013, de 7 de febrero; ó STS 723/2014, de 30 de octubre. Es sabido que visión binocular en relieve (estereopsis), que propicia ambos ojos conjuntamente, es clave para múltiples actividades de la vida diaria, como trabajos de precisión, una conducción segura o prácticas deportivas que exijan cálculo de distancias, apreciar la tecnología 3D, etc.*”

Asimismo, en relación al concepto de inutilidad, esta sentencia entiende que la reiterada doctrina de esta Sala ha establecido que la pérdida de un ojo, aunque fuese parcial, pero de tal dimensión que afectase sensiblemente la agudeza visual, constituye un delito de lesiones con pérdida de miembro principal. Así, recuerda la STS 61/2013, de 7 de febrero, que *"en relación a los ojos, la privación de un ojo equivale a pérdida*

²⁷ “Desde esos parámetros, de manera pacífica y unánime, la doctrina de esta Sala ha calificado el ojo como un órgano principal (STS 1728/2001, de 3 de octubre, y en idéntico sentido las SSTS 605/2017, de 5 de septiembre; 464/2016, de 31 de mayo; 614/2015, de 21 de octubre; 479/2013, de 2 de junio; 834/2013, de 31 de octubre; 1014/2011, de 10 de octubre; 1141/2010, de 22 de diciembre; 168/2008, de 29 de abril; 2/2007, de 16 de enero; 715/2007, de 18 de septiembre; 3 de marzo de 2005; 841/2004, de 29 de junio; 481/2002, de 15 de marzo; 402/2002, de 8 de marzo; etc.

de la visión del mismo, equiparándose a dicha secuela los supuestos de notable disminución de su potencia visual, habiendo declarado -por todas, STS 217/2006 de 20 de febrero - que la pérdida del ojo es equiparable a quedar impedido de él, con lo que se identifican la pérdida anatómica y funcional que no debe entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial".

Es importante hacer referencia a lo que en este sentido ha expresado GONZÁLEZ CUSSAC²⁸ entendiendo que *“para apreciar cualquiera de los tipos cualificados por el resultado se requiere que el dolo lo abarque; en caso contrario, nos encontramos ante un supuesto a resolver a través del correspondiente concurso ideal, como ya vimos que sucede en el homicidio preterintencional. Es menester rechazar cualquier interpretación que conduzca a una responsabilidad objetiva” [...].* No cabe la menor duda a esta parte que el aquí acusado sabía en todo momento lo que hacía, y era pleno conocedor de las consecuencias que para la integridad física de mi mandante podían tener los golpes que le estaba propinando.

Pues bien, una vez dilucidada la cuestión de si se entendía o no aplicable el tipo cualificado del art. 149.1, pasemos ahora a valorar si se puede imputar al acusado un delito de lesiones de manera independiente y no subsumido en el delito propiamente dicha de agresión sexual.

En relación a esta cuestión, la doctrina y la jurisprudencia, entre ellas la STS 826/2004, de 21 de abril entienden que el delito de violación requiere el empleo de violencia, pero no exige la acusación de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual. Añade además que [...] *“La violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo, leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado. Pero cuando se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la resistencia de la víctima, pero con entidad sustancial autónoma, procede sancionar ambas acciones por separado, ya que el desvalor del resultado realmente producido supera el desvalor del delito más grave.”*

Otras sentencias, entre las que se encuentra la SAP Palma de Mallorca 31/2016, de 31 de marzo de 2016 entienden que *“[...] Para contemplar penalmente todo el desvalor del hecho puede ser*

²⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Derecho Penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, Pág.85

necesario aplicar ambos delitos, en relación de concurso. Cuando las lesiones consisten en las indispensables u ordinarias para el forzamiento sexual y son su consecuencia necesaria, sin desmesura ni desproporción, consustanciales con el forzamiento, como pueden ser rozaduras o equimosis en zonas vaginales, o leves hematomas en los muslos, o brazos, se deben estimar integradas en la propia agresión, de acuerdo con el principio de consunción del art. 8-2º CP, sin perjuicio de su reparación económica. Cuando las lesiones causadas son de mayor entidad, se producen en otras zonas del cuerpo y han sido producidas por el responsable de los hechos para vencer la resistencia de la víctima, ha de entenderse que se ha cometido también un ilícito penal de lesiones, en concurso medial con la agresión sexual. Cuando estas lesiones de mayor entidad, en otras zonas del cuerpo, se causan a la víctima con posterioridad a doblegar su voluntad contraria a la relación sexual, siendo innecesaria esa ulterior violencia física para vencer su resistencia, se habrá cometido también un ilícito penal de lesiones, en concurso real con la agresión sexual.”

En este mismo sentido, la STS 687/2017, de 19 de octubre de 2017 expresa que “*la absorción del delito de lesiones en el tipo de agresión sexual depende de la naturaleza de las mismas, atendiendo para ello a que se consideren como una consecuencia normal del yacimiento forzado de la víctima o como una conducta con independencia y con sustantividad propias debido al exceso de violencia ejercida. Esta Sala admitió en la sentencia 886/2005, de 5 de julio, siguiendo la doctrina de otras anteriores (SSTS 2047/2002, de 10 de diciembre, 1305/2003, de 6 de noviembre, y 1259/2004, de 2 de noviembre), el concurso entre el delito de agresión sexual y el delito de lesiones cuando el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física, siendo consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra su libertad sexual, excede de la correspondiente al concreto hecho de la agresión por no ser indispensable para la comisión del delito contra la libertad sexual; pero consideró que la violación consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento. Y la STS 768/2012, de 11 de octubre, estableció que la diferenciación entre la violencia necesaria, absorbida en el delito de agresión, y la violencia excesiva, superadora de lo instrumentalmente preciso para su ejecución y por ello mismo sancionable de forma diferenciada, no puede establecerse con relación exclusivamente limitada al elemento típico del acto sexual de que se trate, sino también al vencimiento de la voluntad contraria mediante la fuerza necesaria, es decir, instrumentalmente imprescindible para doblegar la oposición de la víctima. De modo que en la medida en que esa violencia se mantenga en los límites de esa necesidad instrumental, el desvalor de su ejercicio quedará absorbido en la antijuridicidad del delito de agresión sexual, y en cambio se penará con independencia cuando supere esos límites por exceder lo necesario para la agresión sexual.”*

En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina, entre ellos Orts Berenguer ²⁹ al decir que “[...] Si se efectúa cualquiera de las conductas previstas en los arts. 178 y 179 con violencia, pueden ocasionarse unas lesiones al ofendido que, en la medida en que se trate de las inevitables, podríamos decir, en un supuesto de esa especie, quedan embebidas en la agresión sexual. Cuando las lesiones, por el contrario, sobrepasen la sutil línea de lo necesario, nada se opone a la estimación de un concurso de infracciones [...]”.

Por lo tanto, en virtud de lo prescrito por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, esta parte entiende que, teniendo en cuenta que estas lesiones fueron de una mayor entidad, se causaron en otras zonas del cuerpo, distintas de las propias sobre las que se ejerce la agresión sexual (en este caso sobre la cabeza y rostro de mi mandante) y principalmente en atención a que fueron provocadas a D^o Ildefonso con posterioridad a la comisión de la agresión sexual, siendo por lo tanto innecesaria esa violencia para vencer la resistencia de mi cliente y sin la finalidad de perpetrar nuevamente esa violación sino con el mero ánimo de hacer daño y herir a mi representado, este delito de lesiones debe ser considerado como autónomo del de agresión sexual, y debe entenderse por lo tanto que se ha cometido un ilícito penal de lesiones, en concurso real con la agresión sexual.

Por otro lado, en cuanto a las lesiones psíquicas, el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003 examina las secuelas psíquicas de la agresión sexual y ante la posibilidad de un concurso ideal de delitos contra la libertad sexual y de lesiones, acuerda: «Las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil». así lo ha reconocido la jurisprudencia en numerosas sentencias, entendiéndose que este tipo de afección psicológica se considera consustancial al delito sexual, y, por lo tanto, suficientemente sancionado con la pena prevista para el mismo (SAP de Madrid. 82/2008 de 22 mayo).

Para finalizar se ha creído pertinente por esta parte hacer notar a este tribunal la concurrencia, en relación con este delito de lesiones, de la circunstancia agravante establecida en el art. 22. 1^a del CP y ello porque mi mandante se encontraba en una posición de verdadera vulnerabilidad al estar atado a la cama, sin posibilidad alguna de defenderse, asegurándose de

²⁹ ORTS BERENGUER, E. *Derecho Penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, Pág.183

esta manera el acusado la ejecución de sus actos sin riesgo alguno para su persona. Es por ello, que en virtud de lo establecido en el art. 66.3 CP, al concurrir una circunstancia agravante, se aplicará la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

2.5 Penas a imponer por los delitos que se le imputan al acusado

En primer lugar, procederemos a enumerar las penas que se prevén en nuestro ordenamiento jurídico para cada uno de los delitos que se le imputan al ahora acusado, para posteriormente solicitar las penas que correspondan en función de los concursos de delitos que concurren en su caso y teniendo en cuenta además el criterio de acumulación de las penas aplicables en este procedimiento.

- A) Pues bien, comenzando por el **Delito de agresión sexual**, tal y como hemos dicho, será de aplicación lo establecido en el art.179 de código penal, con las circunstancias agravantes del art. 180.1. 3º y 5ª, por lo que, de acuerdo a lo especificado en el art. 180.2, al concurrir dos o mas de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que las penas previstas son de doce a quince años de prisión, su mitad superior será la que vaya desde los 13 años y 6 meses más 1 día hasta los 15 años.

Esta parte solicitará en el escrito de acusación que mas adelante presentaremos, la pena máxima de prisión de 15 años, atendiendo a la gravedad y a las circunstancias especiales del caso que nos ocupa.

- B) En segundo lugar, por el **Delito de detención Ilegal**, se aplicaría el art 163 con la circunstancia agravante del art. 165 del código penal, es decir, podría llegar a imponerse una pena de prisión de 4 a 6 años en su mitad superior, siendo la mitad superior la que va desde los **5 años y 1 día a los 6 años de prisión**.

Se solicitará por esta acusación la pena de 5 años y un día, no llegando a solicitar la máxima en atención a la duración de la detención ilegal en cuestión.

- C) Finalmente, por el **Delito de lesiones** se deberá imponer, según lo previsto en el art.149.1 del Código penal una pena de prisión de seis a doce años. Atendiendo a la concurrencia de la circunstancia agravante del art. 22.1 del CP y en relación con lo prescrito en el art. 66.3 del código penal se aplicará la pena en su mitad superior. Es decir, la que iría desde los 9 años más 1 día a los 12 años.

Se solicitará por esta parte la pena máxima de 12 años ya que se entiende que la alevosía con la que fueron realizados tales actos merece un especial y cualificado reproche y castigo por parte de este tribunal.

Es importante aclarar aquí que, teniendo en cuenta que en la enumeración de los delitos que concurren a juicio de esta parte hemos concluido que existe un concurso real entre el delito de agresión sexual, detención ilegal y lesiones ya que se ha entendido que nos encontramos ante un sujeto que ha realizado una pluralidad de acciones cometiendo con cada una de ellas un delito. Se procede entonces a aplicar la regla de acumulación contenida en el art. 73 del Código penal según la cual, *“Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones penales para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza o efectos de las mismas. En caso de que el cumplimiento simultáneo no fuera posible se seguirá el orden de la respectiva gravedad de las penas para su cumplimiento sucesivo”.* (art. 75 CP).

Así las cosas, y tomando en consideración además lo establecido en el art.76.1 del C.P que establece que “[...] el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años”, la pena que esta parte entiende que debe cumplirse por el acusado en este procedimiento es de 20 años, ya que la pena más grave que se solicita es la de 15 años por un delito de agresión sexual , el triple de la misma daría lugar a una pena de prisión de 45 años, y no hay constancia de que concurren ninguna excepción a este límite máximo de 20 años establecido en este mismo precepto legal.

III PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL: ESCRITO DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL

A continuación, procederé a redactar el escrito de calificación provisional que se presentará por esta parte mediante el cual se solicitará la apertura del juicio oral.

Dicho escrito se realizará cumpliendo con las condiciones estipuladas en el art. 649 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, además de los requisitos expresados en el art. 650 de dicho texto legal.

Tal y como se desprende de estos preceptos legales, una vez que ese mande abrir el juicio oral, el letrado de la administración de justicia comunicará la causa al fiscal o al acusador privado, para que en el trámite de 5 días califiquen por escrito los hechos.

El contenido del art.650 de la LeCrim determina claramente el contenido del escrito de acusación, a saber:

1.- Hechos punibles que resulten del sumario: Ya se ha detallado en los apartados anteriores.

2.- La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan: Ya se ha detallado en los apartados anteriores.

3.- Participación que en ellos hubieran tenido el procesado o procesados, si fueran varios: En este sentido, MUÑOZ CONDE ³⁰expresa que “[...] *la realización de la violencia o de la intimidación por un tercero, distinto al que realiza el contacto sexual en el tipo básico, o, en el tipo cualificado del art. 179, la acción de acceder carnalmente o de introducir objetos (sujetando a la víctima forzándola o intimidándola para que otro la acceda carnalmente, o conduciéndola en contra de su voluntad al lugar donde otro consuma el acceso carnal, cfr. STS 803/1999, de 24 de mayo: caso «niñas de Alcacer»), constituirá coautoría que, además, daría lugar a la aplicación del tipo cualificado del art. 180.1.2ª (salvo en los casos de concurso real de violaciones por intercambio de papeles, véase infra, concursos[...]*”.

³⁰ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Pág. 214

En este caso que nos ocupa, el procesado, D^o Miguel es la única persona que ha intervenido en la comisión de este delito, y lo ha hecho en concepto de autor.

4.- Los hechos que resultaren del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal. En conexión con este punto, cabe alegar, que esta parte entiende que procede la aplicación de la circunstancia agravante del art.22.1^a (ejecutar el hecho con alevosía) en relación con el delito de lesiones que se enjuician en este procedimiento.

Ello se solicitará ya que consideramos que no incurrimos en bis in ídem, al no contemplar ni entender absorbido por el tipo de delito aquí aplicado (art. 149.1 C. P) dicha circunstancia modificativa agravante de la responsabilidad penal, cumpliendo así con lo prescrito en el art.67 CP.

5.- Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito: Ya se ha detallado en los apartados anteriores.

El acusador privado en su caso, y el Ministerio Fiscal cuando sostenga la acción civil, expresarán, además:

- 1º La cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida.
- 2º La persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad.

Con respecto a este punto, esta parte considera de importancia hacer un breve comentario, aunque no nos extenderemos en ello más de lo estrictamente necesario ya que esta materia no forma parte del objeto de este dictamen y daría lugar a extensas explicaciones que no proceden en este acto.

Los daños o perjuicios causados deben ser probados en el proceso y reflejados en la sentencia. Ello significa que solo las infracciones penales que causen daños o perjuicios generan la obligación civil de reparar o indemnizar por los mismos. así se desprende de lo estipulado en el art. 109 CP (*“La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta, obliga a*

reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”) y 116 del mismo texto legal (“*Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta, lo es también civilmente, si del hecho se derivaren daños o perjuicios [...]*”)

El baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación es el documento mediante el cual se valora el daño corporal permitiendo fijar una indemnización por lesiones (accidentes deportivos, laborales, responsabilidad penal por lesiones, e incluso en las lesiones consecutivas a negligencias médicas), aplicándose con carácter orientativo.

Como sabemos, dicho baremo tiene en cuenta circunstancias personales, familiares, sociales y económicas, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y de la capacidad para obtener ganancias (lucro cesante).

Mi mandante, como consecuencia de las graves lesiones sufridas durante el ataque propinado por Dº Miguel en el día de autos, sufrió la pérdida de la visión de uno de sus ojos, así como la rotura y pérdida de tres de sus piezas dentales. Asimismo, estuvo 21 días hospitalizado y requirió de un seguimiento médico, además de tener que someterse a costosos tratamientos bucodentales y de implantología para sustituir los dientes dañados y extraídos.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, en aplicación de dicha ley y en atención a las condiciones específicas de mi mandante esta parte considera procedente solicitar la cantidad de 50.000 euros en concepto de indemnización civil por los perjuicios causados por los delitos cometidos.

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 5 DE SEVILLA

Dº MARIO ABEL MARTÍN ESTRADA, Procurador del Ilustre colegio de procuradores de Sevilla, actuando en representación del acusador particular **Dº ILDEFONSO PÉREZ GARCÍA**, mayor de edad, Vecino de Sevilla, y titular del D.N.I número 12345678-A, actuando bajo la dirección técnica de **Dª MARIANA SOLEDAD MARTÍN SOSA**, Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, según tengo debidamente acreditado en el **Procedimiento Ordinario 458/2019**, que se sigue en este Juzgado a instancia de mi

representado contra **D. MIGUEL ESTEBAN LÓPEZ**, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en derecho, **DIGO**:

Que atendiendo a lo dispuesto en el art. 648 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím en adelante), mediante el presente escrito solicito la apertura de juicio oral y formulo en tiempo y forma **ESCRITO DE ACUSACIÓN Y DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL** por la vía del art. 650 LECrím, contra D. Miguel, con base en las siguientes:

CONCLUSIONES PROVISIONALES

PRIMERA: Que sobre las 4.00 horas del día 3 de noviembre de 2018, Dº Miguel entabló conversación en el Pub Cónsul de Sevilla con Ildefonso, discapacitado psíquico, con una minusvalía reconocida del 65 %, que resulta notoria, marchando ambos al domicilio de Miguel, accediendo Ildefonso a subir a la vivienda, para conversar y tomar algo. Se adjunta como **DOCUMENTO Nº 1** Certificado de discapacidad emitido por el Organismo autorizado al efecto.

Que, una vez en la casa, sobre las 5.00 horas del 3 de noviembre, Miguel tomó un cuchillo de la cocina que colocó en el cuello de la víctima, conminándole a que se desnudase, y una vez desnudo, Miguel tocó su cuerpo.

Seguidamente, el acusado inició después una penetración anal, eyaculando sobre la espalda de la víctima.

Inmediatamente después, tras atarlo con una sábana y cubrirle la cabeza, llevó a Ildefonso a otra habitación, lo tiró sobre la cama y lo ató. Postrado sobre la cama, Ildefonso sufre los golpes de Miguel que le ataca con un perchero metálico de grandes dimensiones y peso, impactando sobre su cabeza y su rostro. A consecuencia de los hechos Ildefonso perdió la visión del ojo izquierdo y tres piezas dentales. Acto seguido, Miguel abandona la casa, cerrando la puerta.

Cuando regresa al domicilio, sobre las 13.00 horas, aproximadamente, del mismo día, Miguel devolvió la ropa a la víctima, la soltó y le dijo que se fuera.

Como consecuencia de las lesiones sufridas, mi mandante estuvo 21 días hospitalizado, teniendo que llevar a cabo posteriormente un largo tratamiento de recuperación, sesiones de implantología dental, con los consiguientes gastos que todo eso conlleva. Asimismo, sufre de unas secuelas importantes que le impiden llevar una vida con normalidad como lo hacía hasta el día de los hechos. Se adjunta como **DOCUMENTO N° 2** Informe pericial encargado por esta parte.

SEGUNDA: Tales hechos son constitutivos de tres delitos:

- 1| **Un Delito de agresión sexual**, previsto y penado en el art.179 de código penal, concurriendo las circunstancias agravantes del art. 180.1. 3ª y 5ª.
- 2| Un delito de **Delito de detención ilegal**, previsto y penado en el art 163 concurriendo la circunstancia agravante del art. 165 del código penal.
- 3) Un **Delito de lesiones** previsto y penado en el art.149.1 del Código penal.

TERCERA: El acusado D. Miguel es responsable de los delitos mencionados en concepto de autor.

CUARTA: Concorre en el acusado la circunstancia agravante modificativa de la responsabilidad penal prevista en el art. 22.1 del código penal en relación con el delito de lesiones previsto y penado en el art. 149.1 del mismo texto legal.

QUINTA: Procede imponer al acusado las siguientes penas:

- 1.- Por el delito de agresión sexual previsto en el art. 179 del código penal con las agravantes del art. 180.1. 3ª y 5ª, la pena de 15 años de prisión.

2.- Por el delito de Detención ilegal, previsto en el art. 163 del código penal con la circunstancia agravante del art. 165 del mismo texto legal, la pena de prisión de 5 años y 1 día.

3.- Por el delito de lesiones del art. 149.1 del código penal y aplicando la circunstancia agravante del art.22.1 en relación con el art. 66.3 del mismo texto legal, la pena de prisión de 12 años de prisión.

SEXTA. - Las costas deberán ser satisfechas por el acusado.

SÉPTIMA. - El acusado indemnizará a D^a Amalia, por los días que tardó en curar de las lesiones y por los daños morales ocasionados, en la cantidad 50.000 euros, con aplicación de lo dispuesto en el art. 576 LEC.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado el presente escrito, se sirva admitirlo y tenga por formulado **ESCRITO DE ACUSACIÓN PARTICULAR Y DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL**, con las conclusiones provisionales que en el mismo se articulan, y, previos los trámites legalmente establecidos, se acuerde dar traslado a la defensa de D. Miguel y por cumplido el trámite de calificación, para que en su día se dicte sentencia condenatoria con expresa imposición de costas al acusado.

Es de Justicia que pido en Sevilla, a 13 de enero de 2021

OTROSÍ DIGO: Que, para el juicio oral, intereso la práctica de los siguientes **MEDIOS DE PRUEBA:**

1| **Interrogatorio** del acusado.

2| **Testifical:** declaración de los testigos que se mencionan a continuación y que deberán ser citados judicialmente:

D^a Mercedes Salgado Martín, persona a la que mi mandante pidió ayuda al ser dejado en libertad por el acusado.

3| **Pericial**, a cuyo fin deberá ser citado a través de la oficina judicial el perito D. Carlos Carrero Gallego, autor del dictamen pericial, para que se ratifique en el juicio oral.

4| **Documental**: por lectura de todo lo actuado hasta el momento de la vista oral.

Por todo lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que declare pertinentes las pruebas interesadas y acuerde su práctica.

Es Justicia que reitero en el lugar y fecha "ut supra" indicados.

Abogado

Procurador

CONCLUSIONES

Para dar por finalizado este dictamen a continuación se procederá por esta parte a aclarar y resaltar los puntos más importantes que a nuestro entender apuntalan y sostienen nuestra posición y que es conveniente destacar a fin de que sean tenidos en cuenta por este tribunal a la hora de adoptar la resolución que estimen oportuna, que esperamos de respuesta a nuestras peticiones.

En primer lugar, entendemos que ha quedado probado por esta parte que se ha cometido por el acusado un delito de agresión sexual del art. 179 del CP, con agravantes por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima en atención a su discapacidad (180.1. 3ª) y por la utilización de un arma o medio peligrosos susceptible de producir la muerte como es el cuchillo (180.1 5ª).

Asimismo, se entiende que se ha producido una detención ilegal, tipificado en el art. 163 CP que tiene carácter autónomo y no ha sido absorbido por el delito principal de agresión sexual, ya que a pesar de que dicha detención en un principio fue necesaria para la comisión del delito de violación, el encierro involuntario se prorrogó varias horas más y con un ánimo y fin distinto al del delito sexual, que no era otro que el de golpear y provocar serias lesiones a mi mandante. Esta parte ha considerado además que estamos ante un tipo agravado de dicho delito, concretamente el estipulado en el art. 165 del CP al ser el sujeto pasivo una persona incapaz.

Finalmente, también apreciamos que concurre un delito de lesiones tipificado en el art. 149.1 del CP por haber causado Dº Miguel a mi representado la pérdida en la visión de uno de sus ojos como consecuencia de los golpes propinados. En este caso, entendemos que concurren la circunstancia agravante del art. 22.1 dicho texto legal por haber cometido los actos con alevosía y considerar que no están ya consumidos por el tipo penal aplicado del art.149.1, y no incurriendo por lo tanto en bis in idem.

Así las cosas, se ha determinado por esta parte que existe un concurso real de delitos entre la agresión sexual, la detención ilegal y las lesiones provocadas por el acusado ya que así se

desprende de las circunstancias que ya han sido suficientemente aclaradas y expuestas a lo largo de este trabajo, razón por la cual, según se entiende por esta acusación, el juez deberá acumular las penas que se impongan a cada uno de los delitos imputados, atendiendo como es lógico, a las reglas de acumulación de penas previstas en el art.76.1 del Código Penal.

Por otro lado, como consecuencia de los daños y perjuicios causados por las lesiones sufridas por D° Ildfonso se ha procedido a solicitar por esta parte la correspondiente indemnización en concepto de responsabilidad civil, realizando la valoración de las mismas en atención al baremo legalmente establecido.

En ultima instancia, se ha redactado y expuesto el escrito de acusación pertinente que será presentado ante el órgano competente y en el que se solicitará la apertura del juicio oral, haciendo mención principalmente a la persona contra la que se dirige la acusación, los hechos por los que se le acusa, los delitos que se entienden cometidos, y la solicitud de las penas a imponer, entre otros datos.

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL SUPREMO

STS 22 de diciembre de 1997

STS 307/2000 de 22 de febrero

STS 574/2000 de 31 de marzo

STS 1856/2000, de 29 de noviembre

STS 14/2001 de 16 de enero

STS 530/2001, de 28 de marzo

STS 1075/2001 de 1 de junio

STS 485/2002 de 11 de febrero

STS 2047/2002, de 10 de diciembre,

STS 135/2003 de 4 de febrero

STS 1267/2003 de 8 de octubre

STS 400/2003 de 28 de octubre

STS 1305/2003, de 6 de noviembre

STS 826/2004 de 21 de abril

STS 590/2004, de 6 de mayo

STS 1259/2004, de 2 de noviembre

STS 1424/2004 de 1 de diciembre

STS 601/2005 de 10 de mayo

STS 824/2005, de 24 de junio

STS 886/2005, de 5 de julio

STS 1495/2005, de 7 de diciembre

STS 217/2006, de 20 de febrero

STS 5/2007 de 19 de enero

STS 71/2007, de 5 de febrero

STS nº 282/2008 de 22 de mayo

STS 119/2009, de 3 de febrero

STS 878/2009 de 7 de septiembre

STS 768/2012, de 11 de octubre

STS 61/2013, de 7 de febrero

STS 887/2013, de 27 de noviembre

STS 411/2014, de 26 de mayo

STS 723/2014, de 30 de octubre

STS 676/2015, de 10 de noviembre

STS 953/2016, de 15 de diciembre

STS 995/2017 de 12 de enero

STS 4190/2017, de 23 de noviembre

STS 344/2019, de 4 de julio,

Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Madrid. 82/2008 de 22 mayo

SAP de Barcelona 138/2008, de 2 julio 2008

SAP de Madrid 540/2008 de 16 de diciembre

SAP de Barcelona 234/2009 de 3 julio

RELACION DE LA DOCTRINA CITADA

BARQUIN SÁNZ, J, “Sobre el delito de grave trato degradante del art. 173 CP. Comentario de la STS 2101/2001, de 14 de noviembre”, *Revista Electrónica Penal y Criminología*. 2002.

CORCOY BIDASOLO, M. *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Tomo 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Derecho Penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GONZÁLEZ RUS, J. “¡No!, Y Basta (a propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”, GARCÍA VVALDÉS, C (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Trivium, Tomo II, Madrid, 1999.

MONGE FERNÁNDEZ, A. “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales n° 15*, 2010.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ORTS BERENGUER, E. *Derecho Penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.