



La cualificación del número 1 del artículo 180 del Código Penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o la intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio

M.^a del Valle Sierra López

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Introducción. II. La agravación del n.º 1 del art. 180. 1. Supuestos especiales recogidos en el n.º 11 del artículo 180. III. La aplicación conjunta de la cualificación 1ª con las restantes del artículo 180.

I. Introducción

Con los nuevos delitos sexuales, muchos han sido los cambios¹ producidos en el Derecho penal se-

xual. Algunos han sido destacados por la doctrina², y a uno de ellos dedicamos nuestro interés: concretamente, a una de las cualificaciones contenidas en el artículo 180 del CP («Cuando la violencia o inti-

1 Hace menos de quince años el Derecho penal sexual español se encargaba de proteger la moral sexual imperante: así, por ejemplo, los antiguos delitos de estupro exigían requisitos como los de honestidad o virginidad. A ello se unía la labor jurisprudencial que, en gran parte de las ocasiones, intensificaba la confusión entre derecho y moral, realizando interpretaciones extensivas de algunos tipos o utilizando vocablos con una gran carga moralizadora (obsceno, pornográfico...). Aunque el periodo de transformación en el ámbito del Derecho penal sexual comienza mucho antes, en 1989 tiene lugar la promulgación de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal, que con mayor intensidad incidió en esta materia. A partir de aquí se abandona una regulación arcaica y moralizante para llevar a cabo una tipificación más acorde con el nuevo pensamiento social. De este modo, desaparece el término «honestidad» de la rúbrica del Título IX y se introduce «libertad sexual» como nuevo bien jurídico protegido. La reforma alcanzó también a la redacción de los tipos penales, y afectó especialmente al delito de violación, permitiendo ahora que sujetos pasivos sean tanto hombres como mujeres y que las conductas sexuales se refieran al acceso carnal por vía anal, vaginal y bucal. La sustitución de la expresión «privada de razón» por «se abusare de su enajenación», supuso que a partir de ahora se exija una actitud dolosa, en el sentido de abusar de la enajenación de la víctima en relación con su comprensión del alcance del acto sexual. Sin ánimo de llevar a cabo un análisis exhaustivo, múltiples fueron las reformas en esta materia: la sustitución de los términos «abusar deshonestamente» por los de «agresión sexual», la intervención directa del Ministerio Fiscal cuando el sujeto pasivo fuera menor o incapaz y el establecimiento del límite de edad entre la prostitución de mayores y de menores de edad en los dieciocho años, entre otras.

Especialmente significativa fue la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que, por lo que al bien jurídico se refiere, cambió la rúbrica del Título VIII, que pasó a denominarse «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». Esta reforma constituyó un indudable acierto, pues se hizo eco de las numerosas críticas llevadas a cabo por la doctrina respecto de considerar únicamente la «libertad sexual» el bien jurídico protegido en todo el título.

Finalmente destaca, en el ámbito social, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, que tuvo como principal objetivo regular las ayudas de carácter económico, así como establecer la asistencia debida a los perjudicados directos del delito; por lo que se refiere a los delitos sexuales, se regula un marco de ayuda psicológica y social a través de las Oficinas de asistencia a las víctimas.

Vid. MUÑOZ CONDE, F. / BERDUGO, I. / GARCÍA ARÁN, M.: *La reforma penal de 1989*, ed. Tecnos, Madrid, 1989; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 15.ª edición, 2004, pp. 205 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J.: «Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995» en CPC n.º 59, 1996, p. 324; ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B.: «Aspectos psicológicos y organizacionales de la Ley de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual», en AP 1997, pp. 79 y ss.

2 Sirvan de ejemplo las monografías de ORTS BERENGUER y SUÁREZ RODRÍGUEZ, entre otras. ORTS BERENGUER, E.: *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1995; SUÁREZ RODRÍGUEZ, C.: *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Pamplona, ed. Aranzadi, 1995.

midación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio...»), referida tanto al tipo básico (art. 178) como al tipo cualificado (art. 179). Dicho interés viene justificado por las dificultades que entraña la delimitación de los comportamientos susceptibles de englobarse en el citado precepto.

Pero antes de abordar la tarea anteriormente descrita, hemos de posicionarnos sobre una cuestión previa: como se sabe, las cualificaciones del artículo 180 van referidas a las conductas de agresión sexual. El artículo 178 castiga los atentados contra la libertad sexual que consistan en una agresión sexual³. Dichos atentados, entiendo, están referidos a conductas que supongan un contacto corporal entre sujetos activo y pasivo⁴. Por consiguiente, los supuestos en los que dicho contacto no se produzca, deben castigarse a través de los delitos de coacciones o amenazas, en su caso⁵. Tampoco está exenta de dificultades la interpretación del término «sexual», al cumplir éste una función selectiva de los comportamientos punibles. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina, desde un punto de vista objetivo, en el acto sexual deben intervenir órganos genitales. Ello ocurre por ejemplo, en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, pero no siempre parece sencillo afirmar si determinados actos deben poseer el calificativo de sexuales, sobre todo en los casos en los que no intervienen órganos genitales. Esto es lo que ocurre

con tocamientos en determinadas zonas del cuerpo o en los besos. Para calificar adecuadamente toda esta gama de conductas se suele acudir a un elemento subjetivo: el ánimo lúbrico o lascivo⁶, dejando con ello fuera determinados actos realizados en el ámbito sexual, pero realizados con otro ánimo. Sin embargo, está claro que vincular la calificación jurídica con un elemento subjetivo de difícil prueba supone asumir el riesgo de dejar fuera de los delitos sexuales conductas claramente atentatorias contra la libertad sexual, pero realizadas con un ánimo, por ejemplo, meramente injurioso. Como puede apreciarse, ninguno de los puntos de vista mencionados, objetivo y subjetivo, por sí solos son suficientes para una adecuada interpretación del término «sexual». Se hace necesario situar el comportamiento en un determinado contexto en el que cultural y socialmente pueda ser calificado como tal⁷. Obviamente, conforme al principio de intervención mínima, deben quedar al margen del Derecho penal determinados comportamientos que carecen de la suficiente trascendencia o gravedad como para poder formar parte de los tipos de agresión sexual. De esta opinión también es el Tribunal Supremo, que en numerosas sentencias expresa que no siempre será exigible un ánimo lúbrico en el sujeto activo, sino que puede ser sustituido por otros ánimos como el de venganza o el de menosprecio siempre que se produzcan en el terreno se-

3 La libertad, como uno de los bienes jurídicos más importantes junto con la vida o la integridad física (la salud), encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 17 de la CE. Dentro de la libertad ubicamos la libertad sexual entendida como «aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo». Las connotaciones que la sexualidad tiene confieren autonomía a la libertad sexual: así, los ataques violentos e intimidatorios podrían castigarse a través de delitos que protegen la libertad –coacciones o amenazas–. Pero, como decíamos, resulta difícil manejar un concepto de libertad sexual abstraído de elementos valorativos o culturales. Así, por ejemplo, socialmente se ha considerado que, en sí, los atentados a la libertad sexual suponen una humillación para el sujeto pasivo; esto explica que la agravación contenida en el número 1 del artículo 180 refiera el trato denigrante o vejatorio a la violencia o intimidación ejercidas. Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, p. 206; en parecidos términos, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*. Vol. II (Coord. Miguel Bajo Fernández), Madrid, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, p. 102; ORTS BERENGUER, E.: *Comentarios al Código penal de 1995* (Coord. Tomás S. Vives Antón), Vol. I, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1996, p. 905.

4 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, p. 212. Para este autor quedaría fuera del tipo supuestos como inducir u obligar a una persona a realizar contactos sexuales sobre sí misma o con un tercero. Siendo calificados estos supuestos como coacciones o amenazas, formas de coautoría o de participación en las agresiones sexuales de un tercero o autoría de un delito relativo a la prostitución.

5 Hacemos la salvedad de supuestos de autoría mediata en un atentado sexual y de participación en las agresiones sexuales de un tercero. Vid. por todos MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, p. 218.

En contra de esta posición, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: en *Compendio de Derecho penal*, Vol. II, p. 103; ORTS BERENGUER, E.: *Comentarios al Código penal de 1995*, p. 910; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Derecho penal sexual: acerca de algunos interrogantes que plantea la regulación de los delitos de agresiones sexuales», en *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos* (coord. Ana Cristina Rodríguez Yagüe / Silvia Valmaña Ochaíta), Cuenca, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2000, pp. 122 y 123.

6 Por ejemplo, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *Compendio de Derecho penal*, Vol. II, p. 104; MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal* (Coord. Quintero Olivares, G.), 4.ª edición, ed. Aranzadi, Navarra, 2004, p. 283.

En contra de admitir la presencia de este especial elemento subjetivo, CANCIO MELIÁ, M.: *Comentarios al Código Penal* (Director Gonzalo Rodríguez Mourullo) Madrid, ed. Civitas, 1997, p. 520.

7 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, p. 212.

8 Valgan sólo como ejemplo las SSTS 6 de febrero de 1995; 22 de mayo de 1995 y 21 de junio de 1995.

xual o en relación con él, esto es, aprovechando el significativo sexual del acto ejecutado⁸.

La alusión a las conductas recogidas en el artículo 179 me sirve para resaltar algunas cuestiones de la modalidad de introducción de objetos en la cavidad vaginal o anal⁹. En estos casos, las mayores dificultades se aprecian en la determinación de objetos que den lugar a esta modalidad de conducta¹⁰. Acertadamente se coincide en entender –conforme a una interpretación sistemática y teleológica del precepto– qué objeto debe ser aquel que, siendo sustitutivo del órgano genital masculino, responda al ánimo lúbrico del sujeto activo¹¹. Coincido con esta interpretación, pues tanto objetiva como subjetivamente, satisface las exigencias derivadas de los principios de legalidad y proporcionalidad del artículo 179. Por tanto, debemos entender incluidos en esta modalidad de conducta no sólo los objetos que tengan una clara función sexual, sino también aquellos otros que, pudiendo ser adecuados para una agresión física, hayan sido utilizados en el marco de una conducta que le confieran un carácter sexual al acto. En los supuestos en que sean empleados para una finalidad violenta, la calificación jurídica más correcta debe ser conforme a los delitos de lesiones. Ciertamente ésta es una interpretación que hace depender el contenido del precepto de lo que socialmente se considere más adecuado para el ejercicio de la sexualidad,

pero no se le puede negar que es la que más se ajusta a la finalidad perseguida con el precepto. Sólo esta interpretación parece adecuarse a las exigencias de una mínima intervención del Derecho penal y a una correcta protección de la libertad sexual.

Conforme a esta línea argumental, soy consciente de que esta interpretación incluye instrumentos no considerados «objetos» ni por la jurisprudencia ni por la Fiscalía General del Estado¹², pero de acuerdo con el alcance que se le quiere dar al precepto, las conductas que tienen que quedar en él contenidas deben ser agresiones sexuales graves (equiparables al acceso carnal vía vaginal, anal o bucal). Por tanto, no todo objeto adecuado para el ejercicio de la sexualidad debe dar lugar a la calificación del artículo 179, sino sólo aquel que, además, tenga entidad suficiente para poder apreciar la calificación. Por consiguiente, entiendo que la introducción de un dedo en la vagina, por ejemplo, no forma parte de la calificación, no por no ser posible su consideración de «objeto» (que sí la tendría conforme a la definición mantenida), sino por no tener entidad suficiente para dar entrada a la misma (entre otros, se vulneraría el principio de proporcionalidad).

Finalmente y conforme a los planteamientos hasta ahora defendidos, la introducción de objetos con la finalidad de vejar o humillar a la vícti-

9 En la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en SSTs 14 de febrero de 1994 y 5 de marzo de 1999, se considera que los dedos no pueden considerarse objetos, ya que por los mismos ha de entenderse cosas inanes, «excluyendo penetraciones de órganos que forman parte de las relaciones sexuales socialmente aceptadas (penetración digital o lingual)...». STS 5 de marzo de 1999.

Resulta interesante esta interpretación por cuanto que la introducción de objetos era reconducida a la agresión sexual cualificada del artículo 430 de hacer uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios. Puede apreciarse una sustancial diferencia en la regulación actual que hace recaer acertadamente la lesión a la integridad moral en el carácter de la violencia y no en los medios o instrumentos utilizados. Por lo demás, nuevamente se observa la insuficiente reforma en materia sexual, pues siguen existiendo (estamos ante un tipo establecido en 1989) sustanciales diferencias entre los supuestos de violación contenidos en el artículo 429 y algunos supuestos que se incluyen en el 430. En el mencionado precepto se pretende recoger conductas en las que se une al ataque contra la libertad sexual un cierto grado de sadismo y crueldad.

Para más información sobre los antiguos preceptos *vid.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, 1990, pp. 401 y ss.

10 Importante fue la reforma introducida por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, que, entre otras innovaciones, sustituyó la anterior denominación («Delitos contra la libertad sexual»), por la de «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». En dicha ley se produce una importante modificación en el artículo 179, la cual pretendía paliar los defectos de la regulación anterior. Así, respecto de la modalidad de introducción de objetos, el antiguo precepto permitía la misma tanto en la cavidad vaginal como en la anal o bucal; con la reforma, el nuevo artículo limita, acertadamente, la introducción de objetos a las cavidades vaginal y anal. Con ello resuelve los problemas planteados por la doctrina respecto a otorgar la misma pena a conductas que valorativamente no son igual de lesivas.

11 En este sentido ORTS BERENGUER, E.: *Comentarios al Código penal...*, p. 914; el mismo: *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1995, p. 182; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G.: «El llamado delito de violación en el nuevo Código penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del periodo 1989-1996» en *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid, ed. Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 51; MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALVERO, R.: *Comentarios a la Parte especial...*, p. 291; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Derecho penal sexual: acerca de...», p. 127.

12 Circular de la Fiscalía del Estado 2/1999; Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1997.

13 La dificultad en esta materia se encuentra en el hecho de que libertad sexual y dignidad de la víctima suelen estar muy vinculadas.

ma¹³ debe ser calificada acudiendo a los criterios utilizados para la determinación de los atentados sexuales, esto es, la finalidad del agente junto con cómo es experimentado por la víctima el atentado y el contexto socio-cultural. Así, aunque el sujeto activo pretenda humillar a su víctima, si esta vejación se experimenta situacionalmente por ésta como una agresión sexual, debe ser calificada conforme al Título VIII del Código penal.

Las agresiones sexuales requieren también como elemento típico el empleo de violencia o intimidación. Dejando al margen alguno de los requisitos más conocidos¹⁴, centro el interés en la cuestión de si en las agresiones sexuales debe existir una relación de causalidad adecuada entre la violencia empleada y la agresión sexual o, por el contrario, dichos medios pueden acompañar simplemente al comportamiento sexual¹⁵; y ello porque respecto de la cualificación primera del artículo 180 se plantea una cuestión similar en relación con la violencia degradante o vejatoria. Por tanto, entiendo que el propio artículo 178 viene a exigir que la violencia o la intimidación sean los medios puestos por el sujeto para doblegar la voluntad de la víctima¹⁶ y no para obtener el acceso carnal¹⁷. Esta afirmación supone por otra parte que la violencia o intimidación ejercidas deben ser utilizadas por el mismo sujeto que realiza la agresión (autoría di-

recta) o, en su caso, por otro de los sujetos intervinientes (coautoría).

II. La agravación del nº 1 del art. 180

La configuración del precepto es, en parte, parecida a la utilizada en el anterior Código penal (art. 430) que establecía un subtipo agravado por el uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios, aunque, como tendremos ocasión de ver, esta cualificación presenta sus propias singularidades.

La finalidad de la agravación del actual Código penal es sancionar más gravemente conductas que, además de suponer un atentado a la libertad sexual, lesionen la dignidad¹⁸. El atentado a la libertad sexual debe estar presente siempre, pues, en caso contrario, la calificación jurídica quedará fuera del ámbito del Título VIII del Código penal.

Como primera aproximación, es válida la afirmación de que las conductas subsumidas en el nº 1 del art. 180, acogen determinadas prácticas sadoomasoquistas que pueden añadir un mayor desvalor al delito, lo que explicaría su mayor punición¹⁹. Obviamente, el principio de lesividad exigirá la falta de consentimiento del sujeto pasivo, pues éste destipificaría la conducta, existiendo (todo lo más) un posible delito de lesiones ate-

14 Así, por ejemplo, respecto de la violencia, se apreciará ésta cuando se aplique *vis absoluta* o cuando se emplee violencia con la amenaza de que, a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la energía física que aplicará el delincuente. No obstante, no es necesario que la violencia ejercida sea absoluta; lo importante es que sea eficaz para doblegar la voluntad de la víctima.

La violencia ha de ser la causa del acceso carnal y ha de proyectarse sobre el sujeto pasivo. Por consiguiente, el uso de fuerza sobre terceros para obtener el acceso carnal con el sujeto pasivo no dará lugar a esta modalidad de conducta.

La intimidación equivale a amenazar (anunciar la realización de un mal al sujeto pasivo para el caso de que se negare a mantener un contacto sexual u opusiera resistencia) y ésta ha de tener relación con la agresión sexual; igualmente ha de tener una cierta gravedad, que ha de establecerse de acuerdo con criterios objetivos. No obstante, no se puede olvidar que un criterio que también ha de tenerse en cuenta es el de las circunstancias que, siendo conocidas por el agresor, han llevado al acto sexual. Lo más importante es que la gravedad de la intimidación y su suficiencia para constituir un delito de agresión sexual es un problema de causalidad suficiente entre la acción y el resultado que debe ser resuelto con los criterios generales de la causalidad y la imputación objetiva. *Vid.* por todos, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, pp. 214 y 215.

15 Esta cuestión fue puesta de manifiesto por GONZÁLEZ RUS, J.J.: «Los delitos contra la libertad sexual...», p. 329.

16 De la misma opinión es la doctrina mayoritaria: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, p. 214; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: en *Compendio de Derecho penal*, Vol. II, p. 106; ORTS BERENGUER, E.: *Comentarios al Código penal...*, p. 916.

También jurisprudencialmente se suele reconocer que la fuerza empleada no tiene por qué ser irresistible o invencible, basta con que sea eficaz y suficiente en el caso concreto para lograr el acceso carnal. *Vid.* SSTS 16 de noviembre de 1981 y 12 de febrero de 1974.

17 DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *Compendio de Derecho penal*, Vol. II, p. 106; GÓMEZ PAVÓN, P.: «El delito de violación: algunas cuestiones. El Código penal de 23 de noviembre de 1995» en *Revista de Derecho y Criminología*, 1995, p. 309.

18 En general, éste es el fin de las circunstancias agravatorias del comentado precepto, pues, en otros números, además del atentado a la libertad sexual, se tiene en cuenta el mayor desvalor de conductas por suponer también atentados a la intimidad, la vida o la integridad física.

19 DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *Compendio de Derecho penal*, Vol. II, p. 113. Aludiendo también a este posible contenido de la agravante primera, y en sentido crítico al contenido excesivamente ambiguo y aparentemente amplio de la misma, ORAÁ GONZÁLEZ, J.: «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas» en *La Ley* 1996-3, p. 1347.

nuadas. La gravedad de la pena impuesta justifica una precisa determinación de los comportamientos punibles así como estrecho sometimiento al principio de proporcionalidad²⁰. Aquí tendremos que tener en cuenta que están en juego dos bienes jurídicos: libertad sexual e integridad moral²¹ (sin olvidar la situación de riesgo que podrá haber para la integridad física o la vida).

Hay tres posibles interpretaciones del contenido del número 1 del artículo 180. Según la primera, debe emplearse, además de la violencia o intimidación típicas de los delitos de agresión sexual, otra que posea un carácter particularmente degradante o vejatorio. Por tanto, hay que entender que, además de la violencia o intimidación propia para doblegar la voluntad de la víctima, hay que llevar a cabo otra adicional, particularmente denigrante o vejatoria, es decir, exigir el uso de violencia o intimidación adicional no dirigida a doblegar la voluntad de la víctima (ésta ha sido ya doblegada), sino a humillar exclusivamente a la víctima –junto al atentado a su libertad sexual–. Una segunda interpretación incluiría en la cualificación todas aquellas conductas en las que la violencia o interpretación ejercidas puedan ser denigrantes o vejatorias, ya sean para obtener la doblegación de la voluntad de la víctima, ya para que, además de la fuerza o intimidación empleadas para pasar por encima de la voluntad del sujeto, se emplee otra violencia o intimidación adicional con objeto de humillarlo o degradarlo. Finalmente, la tercera interpretación sería aquella que exigiese que sólo la violencia o intimidación que, teniendo dicho carácter (vejatorio o particularmente degradante), sea ejercida para doblegar la voluntad de la víctima.

Entiendo más satisfactoria, porque se adecua mejor al sentido del precepto, la segunda de las in-

terpretaciones ya que la cualificación castiga conductas en las que la satisfacción sexual del sujeto se produce, además de por la agresión sexual, por el empleo de violencia o intimidación denigrante o humillante. El precepto (art. 180.1) sanciona más gravemente las conductas en él mencionadas porque sobre la existencia de una agresión sexual existe un «plus» de desaprobación social sobre la base del tipo concreto de violencia o intimidación empleadas. En definitiva, el desvalor de la conducta estriba en el carácter «particularmente» denigrante o vejatorio con el que la violencia o intimidación hayan sido empleadas tanto para doblegar la voluntad de la víctima como para otros fines. Esta interpretación excluiría, por los mencionados motivos, la tercera de las posibles interpretaciones. De la redacción de la cualificación parece deducirse una interpretación extensiva del nº 1 del artículo 180.

Llegados a este punto, resulta especialmente importante abordar las diferencias existentes entre el atentado que *per se* supone todo ataque a la libertad sexual y la cualificación del artículo 180.1. Resulta evidente que lo importante es que el trato humillante o degradante comporte una vejación añadida a la que supone el atentado a la libertad sexual²². Así, ORTS pone especial atención en el carácter degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercidas, sobre su capacidad para humillar y escarnecer al sujeto pasivo. Por tanto, tendría que comprobarse si los medios violentos empleados, además de ser graves, presentan los rasgos específicos anteriormente señalados. En otras palabras, los medios comisivos han de ser objetivamente degradantes, con un plus de humillación que no se corresponde con el atentado de la dignidad que todo ataque a la libertad sexual conlleva²³.

También el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en algunas sentencias,

20 Los criterios que deben ser empleados para determinar la gravedad de la pena son fundamentalmente dos: la importancia del bien jurídico (con lo que se establece una importante conexión entre el principio de proporcionalidad y el principio de intervención mínima), y la forma de ataque al bien jurídico (aquí se establece una relación entre el principio de proporcionalidad y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos). Con ello, hemos aludido a uno de los ámbitos de actuación del principio de proporcionalidad, porque este principio puede verse lesionado desde tres vertientes: a) una determinada figura delictiva puede infringir la prohibición de exceso; b) una sanción excesiva en relación con la conducta realizada, es decir, el marco penal abstracto, no está en armonía con la materia de injusto determinada en el tipo legal; y, c) mediante la sentencia penal concreta se infringe la proporcionalidad. Sobre esta última se pronunció ya Carrara, pues el autor entendía que la fórmula de la pena excesiva se presenta desde dos perspectivas: por un lado, por el principio de justicia, el precepto que prohíbe el exceso en las penas se lo dicta la ciencia al legislador; por otro, el precepto de no excederse se lo dicta al juez.

21 El artículo 173 del CP define el delito como «infringir a otra persona un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral». Se incluirían aquí conductas que son realizadas de tal forma que den lugar a un sentimiento de vejación o humillación. Para determinar la gravedad del ataque a la integridad moral, debe tenerse en cuenta la situación personal del sujeto pasivo edad, su personalidad, etc.; en definitiva, lo que se está castigando en este precepto es la provocación de un sentimiento de humillación. Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, p. 186.

22 ORTS BERENQUER, E.: en *Comentarios al Código penal...*, pp. 931 y 932.

23 *Ibidem*.

coincidiendo, por una parte, con las líneas generales marcadas por la doctrina, al entender que el trato degradante ha de suponer algo más que el que supone cualquier agresión²⁴. Precisamente en la sentencia de 13 de junio de 1992 se expresa en términos claros que siempre que no «superen o agoten las posibilidades de contacto sexual, no pueden ser integrados en los comportamientos brutales». Y, por otra parte, mantiene una posición similar a la aquí añadida al manifestar en la STS de 24 de noviembre de 2003 [RJ 2003\9258]: «Lo que sanciona el precepto (art. 180.1) es el plus de antijuridicidad que representa el *modus operandi* del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima»²⁵.

En resumen, si para realizar el acceso carnal el sujeto activo no ha empleado violencia o intimidación, pero sí la emplea para realizar un trato degradante o vejatorio sobre el sujeto pasivo, no podremos aplicar la cualificación del artículo 180; en estos casos, todo lo más habrá un abuso sexual en concurso con un delito de lesiones cualificadas, en su caso, o un delito contra la integridad corporal. Ello es lógico en cuanto que si se emplea violencia o intimidación para obtener el contacto sexual estamos ante una agresión sexual, pues el empleo de violencia o intimidación va referido a doblegar la voluntad de la víctima para mantener la relación sexual. Por tanto, el empleo de estos medios de forma gratuita, con carácter y finalidad vejatorio o degradante, no da lugar al cambio de calificación jurídica en materia sexual, por lo que para tener en cuenta el desvalor de esta conducta habrá de acudirse a las reglas concursales²⁶.

Un tratamiento especial merece la utilización de intimidación con carácter degradante o vejatorio. Como sabemos, la intimidación como medio comisivo de cualquier agresión es definida como

constreñimiento psicológico²⁷, amenaza, en definitiva, de palabra o de obra, de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. Pues bien, se trata de que esta forma de doblegar la voluntad de la víctima se lleve a cabo atentando particularmente a la dignidad de la persona.

Pero los problemas interpretativos nos llevan también a cuestionarnos si toda violencia o intimidación denigrante o vejatoria da lugar a la cualificación o debe mediar una relación final entre la violencia o intimidación empleadas y la agresión sexual. Creo que debe existir una relación entre la agresión sexual y la violencia o intimidación denigrante o vejatoria empleada; de no ser así, tendríamos que acudir a los artículos 178 o 179 en concurso con un delito contra la integridad moral.

Nos queda por último establecer las relaciones entre el número 1 del artículo 180 y los delitos contra la integridad moral. Debe entenderse, como así hace la doctrina mayoritaria²⁸, que el artículo 180.1 absorbe al artículo 173 (infringir un trato degradante, menoscabando, con ello, la integridad moral).

1. Supuestos especiales recogidos en el nº 11 del artículo 180

a) Los casos en los que el atentado a la libertad sexual se lleva a cabo con la exclusiva finalidad de humillar o vejar a la víctima.

Entiendo que por la finalidad perseguida por la cualificación no es posible aplicarla en estos casos, dado que literalmente se exige que el trato vejatorio o indigno se realice a través de la violencia o intimidación y no considerando sin más el atentado a la libertad sexual. Ésta es, por otra parte, la posición unánime en la doctrina²⁹.

aa) Los casos en los que la conducta consiste en la introducción de objetos realizada de forma especialmente vejatoria o denigrante.

Nos referimos aquí a supuestos análogos al que dio lugar a la STS de 28 de mayo de 1989. Se trata-

24 Vid. SSTS 14 de febrero y 16 de mayo de 1994; STS 6 de febrero de 1995. Resulta interesante destacar que en la última sentencia mencionada se negó la cualificación de trato degradante a los hechos de efectuar tocamientos corporales con un arma, pues, se dice en la sentencia que ello atañe al grado de intimidación.

25 En el mismo sentido, STS de 1 de diciembre [RJ 2003\8854] y STS de 2 de abril de 2004 [RJ 2004\3123].

26 Como acertadamente establece la doctrina, el empleo de violencia o intimidación responde a la dinámica comisiva propia del delito de agresión sexual. MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la Parte Especial...*, p. 286.

27 El Tribunal supremo incorrectamente interpreta el concepto de intimidación de forma tal que la intimidación válida para configurar la agresión sexual sea aquella que suma a la víctima en un constreñimiento o situación de perturbación psicológica profunda.

28 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, p. 221; MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la Parte Especial...*, p. 291. Como acertadamente recuerdan estos autores, el propio artículo 177 permite el concurso de delitos con aquellos que atenten contra la dignidad, salvo que dicho ataque «se halle especialmente castigado por la ley». Concretamente esto es lo que ocurre en el artículo 180.1. Finalmente, entienden estos autores que de haberse querido acudir a las reglas concursales así se hubiera expresado ya que, cuando el legislador lo ha querido, lo ha establecido de forma expresa, por ejemplo, en el art. 180.5.

29 Por todos, MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la Parte Especial...*, p. 292.

ba de un caso en el que el sujeto activo introdujo por celos y con ánimo de venganza una barra de metal ardiente en la vagina de una mujer y le causó graves lesiones. Estos hechos fueron calificados como una agresión sexual cualificada por su brutalidad y el modo vejatorio o degradante de la misma según el antiguo artículo 430 del CP (en donde, recordemos, la cualificación descansaba en las especiales características de la agresión y no en las de la violencia o intimidación empleadas; nota esta que constituye el núcleo de la cualificación del artículo 180.1). Esto significa que las agresiones especialmente brutales o denigrantes sólo estarán recogidas en el número 1 del artículo 180 cuando se realicen a través de la modalidad de introducción de objetos y éstos además constituyan una forma de agredir violentamente a la víctima, como en el caso mencionado.

b) Los casos en los que el uso de la violencia o intimidación no es empleado para favorecer o lograr el acceso carnal, sino exclusivamente con el fin de vejar o humillar a la víctima.

En este apartado nos planteamos si la cualificación comentada ha sido descrita a modo de relación medial entre violencia humillante o vejatoria y agresión sexual, o basta que, en cualquier momento –aunque con anterioridad a la consumación–, se utilice la violencia o intimidación humillante o vejatoria³⁰.

Respecto de las conductas descritas en los artículos 178 y 179, uno de los requisitos de la violencia o intimidación empleadas en la agresión sexual exige que entre éstas y la acción sexual debe existir una relación de causalidad adecuada, por lo que la conducta sexual debe ser, entonces, consecuencia de haberse utilizado dichos medios. No es, por tanto, gratuito que nos planteemos si en supuestos de utilización de dos situaciones claramente diferenciadas (agresión sexual y atentado a la integridad moral), no sea posible aplicar la cualificación del artículo 180 y, por el contrario, haya que acudir a las reglas del concurso real de delitos. Es decir, si el legislador penal pretende sancionar determinados supuestos en donde se requiera una determinada relación entre el ataque a la dignidad humana y el ataque a la libertad sexual (el ataque a la dignidad es una forma de excitación sexual, siendo un suceso realizado con anterioridad al acceso carnal) o, por el contrario, todo tipo de vio-

lencia denigrante, sea porque excita el sujeto, sea para dañar a la víctima (realizada, antes, durante o con posterioridad a la consumación de la agresión sexual), debe ser sancionada conforme a lo establecido en el artículo 180. Para algunos autores³¹, esta agravación comprende supuestos en los que la degradación o vejación va referida tanto a la violencia o intimidación empleadas para doblegar la voluntad de la víctima como la utilizada para causar daños innecesarios.

Por mi parte creo igualmente que debe seguirse una interpretación amplia del precepto, por cuanto que, de no ser así, quedarían fuera del mismo casos en los que se humilla a la víctima pero el sujeto activo no persigue una excitación sexual (nada lógico cuando, como reiteradamente ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, la agresión sexual no requiere el ánimo lúbrico del sujeto activo). Si se opta, por el contrario, por acentuar la cualificación en el hecho de que toda violencia o intimidación particularmente denigrante o vejatoria quede dentro de la cualificación, siempre y cuando se haya realizado con anterioridad a la consumación, entiendo que tampoco respondería al sentido del precepto, por cuanto que hemos negado una relación entre el uso de violencia o intimidación humillante o vejatoria y la agresión sexual. Lo importante es que dentro del marco de la relación sexual o en relación con ella se emplee la violencia o la intimidación ejercidas. Así, por ejemplo, quedarán dentro del precepto los casos en los que, una vez terminado el ataque sexual, el sujeto, para vejar más a su víctima, emplee violencia o intimidación. Es decir, los casos de violencia o intimidación humillante o vejatoria posteriores a la consumación de la agresión sexual, pero dentro del marco espacio-temporal en el que ésta se desarrolló.

c) Realizar los actos violentos o intimidatorios con carácter denigrante o vejatorio y no haber conseguido la consumación de la agresión sexual o no haber dado comienzo a la actividad sexual.

La cuestión a abordar en este apartado viene referida a si la conducta descrita en su enunciado debe sancionarse como una tentativa del tipo cualificado o si, por el contrario, debe castigarse como un atentado a la integridad moral junto con unas lesiones cualificadas, en su caso. Aunque en

30 Fuera de este apartado quedaría el supuesto en el que se emplea violencia con carácter humillante y vejatorio, pero son innecesarios para conseguir doblegar la voluntad de la víctima, pues ya lo ha sido por un tercero ajeno a la agresión sexual. Fundamentalmente, como dijimos en su momento, la agresión sexual se caracteriza por la utilización de violencia o intimidación para doblegar la voluntad del sujeto. Si ello no ha sido así, no pueda apreciarse la agresión sexual por no darse todos los elementos del tipo en cuestión. Por eso el uso adicional de violencia o intimidación no puede dar lugar a una conversión de los abusos en agresión sexual (en este sentido el empleo de violencia, por sí sólo no tiene la suficiente entidad para convertir una conducta en otra: se requiere la falta de consentimiento y el empleo de los instrumentos mencionados, para obtener la relación sexual).

31 DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Derecho penal sexual: acerca de algunos...», p. 129.

principio debería calificarse como tentativa, siguiendo las reglas establecidas para las formas imperfectas de ejecución en el tipo base, creo más acertado acudir, dadas las características del precepto, a las reglas del concurso de leyes que, conforme al principio de alternatividad, aplicará el delito que tenga asignada la pena más grave.

III. La aplicación conjunta de la cualificación 1ª con las restantes del artículo 180

Quiero hacer aquí un breve comentario a algunos supuestos problemáticos de concurrencia de la circunstancia primera con algunas de las contenidas en el artículo 180. Así, por ejemplo, excluyo el tipo agravado por razón de parentesco, pues éste no presenta en su concurso con la agravación del número uno del artículo 180 ninguna singularidad que sea digna de resaltar.

– Circunstancia 5ª: utilización de instrumentos peligrosos para la vida o la integridad física.

No será extraño que concorra esta circunstancia con la primera, ni tampoco que, como consecuencia de los medios y del tipo de ataque a la integridad moral, se provoquen lesiones. Esta última posibilidad obliga a reflexionar sobre la solución más correcta. El nº 5 del artículo 180 establece la citada agravación para los casos en los que «... el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas». Se trata de utilizar medios especialmente peligrosos con capacidad para producir –como exige el precepto– la muerte o lesiones (pérdida o 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; igualmente la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad). No obstante, resulta complejo distinguir entre medios peligrosos necesarios, por ejemplo, para que la víctima únicamente se pueda sentir intimidada, y medios especialmente peligrosos, que son los exigidos por la comentada cualificación (idóneos pa-

ra producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 o 150).

Respecto de la técnica de tipificación, como ha puesto de manifiesto la doctrina³² estamos ante un tipo de peligro hipotético, en donde no es necesario que se haya puesto en peligro concreto la vida o la integridad física de la víctima. En otras palabras, se requiere una acción idónea para la lesión de los bienes jurídicos en donde no se tiene que comprobar el peligro concreto, pero sí la idoneidad de la acción realizada por el sujeto³³. Junto a ello será necesario constatar que el instrumento o instrumentos utilizados sean en sí mismos considerados de especial peligrosidad.

No creo que la exigencia de idoneidad de los instrumentos pueda servir para acotar la agravación, pues medios peligrosos y medios especialmente peligrosos pueden ser adecuados para provocar lesiones de las mencionadas en el artículo 180.5 (una navaja, por ejemplo).

Los problemas se plantean también en los supuestos en los que se produzca el resultado de muerte o lesiones, ya que el propio número 5 hace alusión al concurso de delitos. La cuestión es si éste debe establecerse entre el artículo 178 o 179 o, por el contrario, la referencia expresa es para permitir el concurso con la figura agravada del número 5. Entiendo que esta última ha sido la intención del legislador, por cuanto que en los restantes supuestos en donde este mismo problema puede producirse, no ha recogido esta previsión (véase en el número 1 del artículo 180). Además, hemos de tener en cuenta que en esta cualificación no nos encontramos ante un delito pluriofensivo en donde se requiera la lesión o ni siquiera el peligro concreto para la vida o la integridad física, por lo que, en caso de que efectivamente se produzca la lesión de ambos bienes jurídicos (vida y libertad sexual o integridad física y libertad sexual), debe apreciarse un concurso entre esta cualificación y homicidio o lesiones.

Parece que el legislador en la cualificación comentada ha llevado a cabo una modificación de la cualificación del artículo 148. Así, en el delito de lesiones sólo se requiere una peligrosidad del medio, sin referencia a una susceptibilidad de produ-

32 MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la Parte Especial...*, p. 298; GONZÁLEZ RUS, J. J.: «Los delitos contra la libertad...», p. 338.

33 Dado que el delito de peligro abstracto no requiere la entrada de un resultado de peligro, y considerándose como un estadio anterior al delito de peligro concreto, el acontecimiento inmediatamente siguiente con relevancia jurídico-penal no puede ser sino la entrada del peligro: a ella ha de referirse la aptitud de la acción peligrosa. Y ello porque de la realización dolosa de una acción peligrosa (delito de peligro abstracto) a la lesión efectiva de un bien jurídico individual (delito de lesión), hay un campo en donde el azar juega en la mayoría de las veces el papel fundamental para la producción del resultado materialmente lesivo. Desde la imposibilidad de determinar *ex ante* la aptitud (idoneidad) para la lesión efectiva del bien jurídico, dicha aptitud ha de referirse, por tanto, al peligro, vinculándolo a bienes jurídicos individuales o inmediatamente individualizables.

cir unas lesiones concretas; lo que sí se requiere es que el instrumento o medio sea concretamente peligroso. En el delito de agresión sexual cualificada tal requisito no es requerido. No es necesario, para apreciar la cualificación que, en el caso concreto, se constate su peligrosidad, sino que basta que los medios peligrosos sean idóneos para producir unas lesiones concretas. En otras palabras: no es suficiente con utilizar medios especialmente peligrosos, sino que además éstos también deben ser idóneos o aptos para producir unas concretas lesiones, las mencionadas en los artículos 149 y 150.

– Circunstancia 3ª: Víctima especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación.

Menos usual será la concurrencia de esta cualificación³⁴ con la contenida en el n.º 1 del art. 180; quizás con la que pueda apreciarse sea con la referida a supuestos de víctima especialmente vulnerable por razón de su situación. Estoy haciendo referencia a supuestos en los que por razón de la situación en que la víctima se encuentre (por ejemplo, una paraplejia) el sujeto activo no tenga que utilizar violencia o intimidación para doblegar la voluntad del sujeto pasivo³⁵. En estos casos, si se empleara violencia o intimidación con carácter particularmente degradante o vejatorio, deben apreciarse ambas cualificaciones³⁶.

La doctrina se plantea qué tipo de «situaciones» pueden tener cabida en este supuesto: para una parte³⁷ esta circunstancia lo que viene es a solucionar el problema que se planteaba en el anterior Código penal respecto de personas que no podían rechazar ni ofrecer resistencia por estar incapacitada

para ello, como consecuencia de una enfermedad o por hallarse inmovilizada por medios mecánicos: la vulnerabilidad de la víctima es el elemento sobre el que recae el especial desvalor de esta cualificación. Dicha vulnerabilidad puede ser consecuencia de la enfermedad, edad o situación de la víctima e implicará unas mayores dificultades en el sujeto para poder defenderse de la agresión; en definitiva, una clara situación de indefensión similar a la desproporción de fuerzas establecida en la agravante de abuso de superioridad. Además, para poder aplicar esta cualificación el sujeto activo deberá aprovechar esta situación en la que la víctima se halla³⁸. Por tanto tan sólo caben situaciones que puedan ser asimiladas a la edad o la enfermedad, como, por ejemplo, un accidente³⁹.

– Circunstancia 2ª: Actuación en grupo.

Menores problemas plantea la relación que se pueda establecer entre esta circunstancia y la comentada. Conforme establece la doctrina⁴⁰, el hecho debe ser cometido por dos o más personas que actúen en grupo. Esto significa que debe existir un concierto entre los sujetos para la realización de la agresión sexual –aunque no sea necesario que todos intervengan en el acceso carnal, sino que será suficiente con que intervengan en los actos violentos o intimidatorios–. En definitiva, estamos en presencia de una agravación en la que el legislador ha tenido en cuenta tanto el mayor desvalor que supone una actuación concertada en grupo, en donde aumenta la violencia o intimidación así como la intensificación del trato vejatorio y denigrante para la víctima. Para apreciar esta

34 La razón de ser de esta agravación es concretar la agravante de abuso de superioridad, referida al delito de agresión sexual para compensar la expulsión en nuevo Código penal de conductas que anteriormente estaban asimiladas a la violación (yacimiento con menor de doce años o abusando de la enajenación de la víctima) y que en la actualidad, si no interviene violencia o intimidación, se configuran como abusos sexuales. *Vid.* MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la Parte Especial...*, p. 295.

35 Téngase en cuenta que en esta circunstancia se valora la situación de especial indefensión o vulnerabilidad de la víctima, pero no debe olvidarse que, como cualificación de la agresión sexual, será necesario que el sujeto activo emplee violencia o intimidación para conseguir el acceso carnal. Para la apreciación de esta circunstancia debe valorarse la situación de especial indefensión o vulnerabilidad del sujeto pasivo que pueda repercutir en la defensa ante el ataque.

36 Compartimos los planteamientos de LAMARCA PÉREZ de entender agresión sexual y no abusos sexuales los supuestos en que la parálisis de la víctima u otro tipo de indefensión es aprovechada por el sujeto activo para agredir sexualmente, siempre y cuando la propia víctima pueda expresar claramente su voluntad contraria. LAMARCA PÉREZ, C.: «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal» en *Jueces para la Democracia*, 1996, p. 54; ORTS BERENGUER, E.: *Delitos contra la libertad sexual...*, pp. 86 y ss.

37 ORTS BERENGUER, E.: *Comentarios al Código penal...*, p. 933; MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la Parte Especial...*, pp. 295 y 296; ORAÁ GONZÁLEZ, J.: «Los delitos de lesiones y contra la libertad...», p. 1347.

38 En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, M.: *Comentarios al Código...*, p. 528; GONZÁLEZ RUS, J. J.: «Los delitos contra la libertad...», p. 338.

39 Así, por ejemplo, para MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO debe establecerse una equivalencia material con la vulnerabilidad por razón de edad o enfermedad que permita acotar correctamente la cláusula abierta que ofrece el término «situación». MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la Parte Especial...*, p. 296 y 297.

40 MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la Parte Especial...*, p. 294; GONZÁLEZ RUS, J. J.: «Los delitos contra la libertad sexual...», p. 336.

cualificación bastará con que los sujetos hayan intervenido en el contexto de violencia o intimidación sin que sea necesario que hayan realizado la agresión sexual⁴¹. Para su concurrencia con el número 1 del artículo 180, será necesario que, además de la actuación de varios sujetos, la violencia o la intimidación ejercidas posean un carácter especialmente humillante o vejatorio. Es decir, será necesario algo más que el simple ataque a la libertad sexual concertado entre varios sujetos.

Por lo demás, como establece el artículo 180 en su párrafo final, se prevé una superagravación para los casos en los que concurren dos o más circunstancias de las mencionadas en el precepto.

En realidad, todas las enumeradas son compatibles con el número 1 del artículo 180⁴².

Finalmente, nos queda una última consideración y es la relativa a la pena que correspondería conforme lo establecido en el precepto comentado. Efectivamente, si el sujeto o sujetos intervinientes en el delito hubieran llevado a cabo una agresión sexual del artículo 179 y además concurrieran dos de las circunstancias establecidas en el artículo 180, la pena de 12 a 15 años se tendría que imponer en su mitad superior (esto es, de 13 años y 6 meses a 15 años), lo que supone una elevación tal de la pena que en ocasiones podría ser castigada de forma superior al homicidio⁴³.

41 MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la Parte Especial...*, p. 294; CANCIO MELIÁ, M.: en *Comentarios al Código penal...*, p. 527.

42 Considera también la doctrina que cuando concurren más de dos de las circunstancias, deberán ser tenidas en cuenta en la fase de medición de la pena. MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios a la Parte Especial...*, p. 300.

43 Recuérdese que uno de los objetivos de la reforma en materia de Derecho penal sexual fue evitar la imposición de castigos tan elevados que se equiparasen al homicidio. Así, en el Código penal anterior la pena prevista para el delito de violación era la de reclusión mayor, equiparándose así delitos que valorativamente no conllevaban la misma desaprobación.