

CARLOS M. GONZÁLEZ GUERRA

ALLANAR LA VOLUNTAD

**Delimitación de la intimidación
como medio coactivo en los delitos sexuales**

Tesis doctoral

Doctorado en Derecho penal y Ciencias penales

Director de Tesis: Prof. Dr. Jesús María Silva Sánchez

DEPARTAMENTO DE DERECHO

UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

Barcelona, 2011

A GABY,
el mejor camino que pude tomar en mi vida;
y a nuestros adorados APY, CATA y JUANSE.

A mi MADRE, que me enseñó
que siempre se puede volver a empezar.

A la memoria de mis ABUELOS.
En especial a PEDRO, mi querido abuelo paterno,
a quien no pude despedir
porque se fue mientras yo estaba en Barcelona.

AGRADECIMIENTOS

Dicen en Europa que los doctorandos de América Latina hacemos extensos agradecimientos en nuestras tesis doctorales. Procuraré no acrecentar esa fama. Sin embargo, a modo de justificación, debo decir que, en este caso, mucha gente es partícipe –y partícipe necesaria- de la finalización de este ciclo académico. Y ello es así porque, además de quienes nos reciben en Europa, están quienes soportan nuestra ausencia -familiar y laboral- en América.

«Periódicamente, / es necesario pasar lista a las cosas, / comprobar otra vez su presencia. / Hay que saber / si todavía están allí los árboles, / si los pájaros y las flores / continúan su torneo inverosímil, / si las claridades escondidas / siguen suministrando la raíz de la luz», decía Roberto JUARROZ. Y tenía razón. Por eso, hoy, es necesario para mí pasar lista a la memoria y agradecer la ayuda y la vida compartidas.

Mi desembarco en Barcelona en enero de 2000 fue posible gracias a la ayuda económica que, en un primer momento, me otorgó mi querida Facultad de Derecho de la Universidad Austral. A las autoridades de aquel entonces, mis colegas hoy, Roberto BOSCA, Gustavo SCHÖTZT, Alfonso SANTIAGO, María GATTINONI, Roberto PROIETTI, mi especial agradecimiento, animándolos a seguir en el camino de formación de jóvenes becarios que, a la larga, cualifican las filas de nuestro claustro. Decía SÁBATO que “hay una manera de contribuir a la protección de la humanidad, y es no resignarse”.

Mi estancia en Barcelona no hubiese sido posible sin la beca FPI que me otorgó el Ministerio de Educación de España, en el contexto del Proyecto de Investigación MEC-PB 98-1063, para trabajar en el Área

de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Sin esa ayuda, la crisis que en 2001 golpeó a la Argentina me hubiese obligado a regresar bien pronto a las orillas del Río de la Plata.

Entre mis colegas de la Austral debo agradecer a Juan CIANCIARDO y demás actuales miembros del Consejo de Dirección de la Facultad - Jorge ALBERTSEN, Rodolfo VIGO y Alejandro ALTAMIRANO-, quienes mediante licencias, días de estudio, sugerencias metodológicas, colaboraron directamente para permitirme soportar la difícil convivencia entre gestión e investigación. Entre ellos, muy especialmente agradezco a Fernando TOLLER, quien además de alentarme cada día y deslumbrarme con su capacidad de trabajo, dedicó infinidad de horas a guiarme, corregir borradores, sugerir alternativas y vencer mis enormes limitaciones con el *Word*.

También, a la muy querida Verónica TOLLER, profesora de Expresión Jurídica y Argumentación de la Austral, quien varias veces leyó mis borradores y me hizo infinidad de sugerencias de estilo. De la Austral no puedo dejar de nombrar a tres personas que con su trabajo de cada día liberaron gran parte de mi tiempo de gestión universitaria para que pudiera avanzar en la tesis: mi enorme agradecimiento a Romina PITTONDO, Lilia GARAY y Rosario LOBO.

Cómo no mencionar a mis queridos amigos del Departamento de Derecho penal de la misma Universidad: el locuaz Alejandro FREELAND, responsable de la excelente relación que nos une con el maestro SILVA SÁNCHEZ y con el Área de Derecho penal de la UPF; Juan M. RODRIGUEZ ESTÉVEZ, el primero de este Departamento y fiel compañero de todos estos años; y a los demás entrañables amigos que siempre han estado impulsando actividades y proyectos para que hoy, en la Austral, podamos tener el posgrado de penal mejor calificado de Argentina. Santiago OTTAVIANO; Eduardo “Cucho” RIGGI, digno representante de la calidad académica de la UPF; Mario H. LAPORTA, incansable viajero de todas las rutas; Facundo y Juan Manuel SARRABAYROUSE, impecables ayudantes de la cátedra; Belén CASSANI y Eugenia PONTE, compañeras, además, de la hermosa experiencia de vivir en Barcelona; Juan CICCARI; Nicolás RAMÍREZ; Sebastian BASSO; Santiago BA-

HAMONDES; Emilio CORNEJO, Alejandro DAVID, Alejandro CASIO; Fernando KLAPEMBACH, Jorge BARRERA; Vicente PALACIOS y Jorge VALERGA ARAOZ (H).

Desembarcar en un país desconocido, adaptarse a sus costumbres y sentirse rápidamente parte de él no es posible sin un lugar de pertenencia. Y un lugar de pertenencia no se logra sin gente con la que uno pueda sentirse realmente cómodo. Desde mi primer día en Barcelona me sentí en casa, y ello a tal punto que me atrevo a decir que, incluso hoy, sigue siendo mi lugar en el mundo. Sin la menor duda, debo este amor catalán a mis queridos amigos del Área de penal de la Pompeu Fabra: María Teresa CASTIÑEIRA (imprescindible visión femenina del área), Pablo SÁNCHEZ OSTIZ (guía y hombre respetuoso de la libertad), Davil FELIP (quien me enseñó a conocer y querer entrañablemente al pueblo catalán), Ramón RAGUES (ejemplo de coherencia y hombre de consejo justo), Nuria PASTOR (incansable e inmejorable compañera y amiga), Mariona LLOBET, Raquel MONTANER, Iñigo ORTIZ DE URBINA e Iván NAVAS, muy buenos amigos del último tiempo en la UPF, y a Percy GARCÍA CAVERO quien, ya desde Perú y en sus visitas a Buenos Aires, me ofreció valiosas sugerencias y observaciones que han quedado plasmadas en el texto de esta tesis.

Entre los queridos amigos de la UPF, un párrafo muy especial para Ricardo ROBLES quien, además de su amistad y la de su familia, me brindó muchas horas de lectura profunda y detenida del proyecto de tesis y aportó numerosas sugerencias que encarrilaron y mejoraron sensiblemente el trabajo.

A Ana SILVA SÁNCHEZ mi cálido reconocimiento, por acompañar a GABY en sus primeros días en Barcelona y por facilitarle un lugar para su desarrollo profesional durante nuestros años en Cataluña.

A Urs KINDHÄUSER debo agradecer su confianza, sus consejos y la posibilidad de realizar una estancia de investigación en la Universidad de Bonn. A Wolfgang FRISCH, que generosamente me recibió en su Instituto de Derecho penal de la Universidad de Freiburg cuando apenas dominaba el alemán. Y a Teresa MANSO que, con su afecto, me hizo mucho más amigable mi primer experiencia en Alemania y en el

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Claro que, para todo ello, era necesario comprender los textos en alemán. Y quien abrió para mí las puertas de la lengua de GOETHE fue la inagotable y paciente Irene GIETZ, *meine Deutschelehrerin*.

A Eduardo ROZO ACUÑA y a Lucio MÓNACO que me facilitaron una muy fructífera y especialmente agradable estancia de investigación en Italia en la bellísima *Università degli Studi di Urbino*.

Los amigos de la vida, como siempre, son el apoyo sin el cual es imposible avanzar. «Porque un amigo es la vida dos veces», dijo el poeta. Omar PALERMO -que también podría estar entre los amigos de la UPF- ocupa un lugar central en los años de este proceso doctoral. Siempre estuvo y tengo la seguridad de que es uno de esos regalos de Dios que siempre estará.

CHRIS, MERY, LUCHO, SANDRA, RAMIRO, EMILCE, FEDE, FLOR, NORA, MARTÍN, SONIA, GERMÁN y MICA son esos que, desde afuera del Derecho penal, saben dar con la palabra de ánimo y aliento necesaria.

Y, obviamente, gracias a mi familia. En primer lugar a mi mujer - GABY- y a mis hijos -ABRIL, CATALINA y JUAN SEGUNDO-, porque fueron ellos, sin duda, los que más padecieron mis ausencias y los altibajos anímicos que uno sufre durante la elaboración de una tesis doctoral. Por más que ensaye aquí mil palabras, serán pocas en comparación con la deuda que tengo con ellos. Gracias por estar siempre a mi lado, por hacerme sentir tan querido y por regalarme la felicidad que da sentido a todo lo que hago.

“Porque después de todo he comprendido / que lo que el árbol tiene de florido / vive de lo que tiene sepultado”, nos enseñó BERNÁNDEZ. Por eso, a mi madre debo el haberme apoyado siempre en éste y cada uno de mis proyectos, por extraños que ellos le parecieran. Su ejemplo de esfuerzo y honradez es una marca indeleble en mi personalidad y el norte de mi vida. Ella me enseñó que siempre es posible volver a empezar. Nunca alcanzaré a saldar la deuda que tengo con ella.

También, a mis tres hermanos GONZALO, VICTORIA y RODRIGO, apoyo enorme durante todos estos años. A OMAR y GRACIELA, los padres de GABY, quienes, al igual que mi madre, padecieron la distancia de nuestros años en Barcelona y el nacimiento de su primera nieta a 12 mil kilómetros; y en especial a OMAR que, aunque él no lo supiera, ha sido, quizás por la ausencia de mi padre, una figura definitivamente importante en mi vida.

Vayan unas líneas muy especiales a mi indiscutible referente argentino Guillermo J. YACOBUCCI que ha sido desde 1998, año en que nos conocimos, un ejemplo en el sentido más amplio de la palabra. Su mensaje de aliento y comprensión en los momentos más difíciles de mi vida fueron el colirio necesario para ver con claridad y agradecer los desafíos que Dios ponía en el camino de mi familia. Tengo la esperanza de que algún día el Poder Judicial de mi país, como ya lo hizo el mundo académico, reconozca la figura de mi querido amigo Guillermo y lo coloque en el lugar que se merece.

A mi querido maestro Jesús María SILVA SÁNCHEZ, el corolario de estos agradecimientos, porque nunca me dejó bajar los brazos y me llevó al final de este camino con paciencia, comprensión y la palabra justa en el momento correcto. Me hubiese gustado poder retribuir su cariño y su confianza con la finalización de este proyecto varios años antes pero, él lo sabe al igual que yo ahora, la vida nos pone a veces ante desafíos que nos cambian las prioridades pero que, al final del camino, nos hacen más fuertes y mejores personas.

«Más tarde o más temprano / hay que poner la mano sobre el fuego» – termina diciendo JUARROZ en su poema-. «...tal vez puedan la mano y la llama / resolverse en los átomos ya libres / de una distinta claridad. / O quizá simplemente / calentar un poco más el universo».

La mano está puesta. La mano y la llama (esta tesis, mi esfuerzo, la ayuda incondicional de todos los nombrados) tal vez puedan “resolverse en los átomos de una distinta claridad”. Es mi deseo.

RESUMEN

«Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales» es una investigación tendiente a precisar un concepto al que frecuentemente recurren los legisladores penales para describir conductas coactivas. Si bien la investigación se desarrolla en torno al concepto de intimidación en los delitos sexuales una de las conclusiones del trabajo es que las propuestas que en él se formulan permiten una interpretación transversal a todos los tipos donde se recurre a dicho medio coactivo.

La propuesta desarrollada en este trabajo consiste en recurrir a institutos de la parte general y más precisamente de la teoría de la imputación jurídico penal como herramientas de interpretación de la intimidación en la parte especial. En definitiva, se propone usufructuar el profundo desarrollo dogmático de la teoría del delito -autoría mediata, imputación objetiva y situaciones de necesidad- para determinar un elemento del tipo objetivo de varios delitos de la parte especial.

ZUSAMMENFASSUNG

«Den Willen unterwerfen. Begrenzung der Bedrohung als Nötigungsmittel bei Sexualstraftaten» ist eine Untersuchung, die darauf zielt, den vom Gesetzgeber für die Beschreibung der Drohungsverhaltensweise häufig angewendete Begriff der Bedrohung genauer zu bestimmen. Die Untersuchung umfasst schwerpunktmäßig den Begriff der Nötigung im Bereich der Sexualstraftaten. Doch besteht eine der Schlussfolgerungen dieser Arbeit in der Möglichkeit von Querinterpretationen für alle Tatbeschreibungen des Besonderen Teils, in denen ein solches Nötigungsmittel vorkommt.

Der hier entwickelte Vorschlag besteht darin, verschiedene Kategorien des Allgemeinen Teils, des näheren der strafrechtlichen Zurechnungslehre als Mittel zur Auslegung der Bedrohung in dem Besonderen Teil zurückzugreifen. Zusammenfassend wird hier das Ziel verfolgt, die tiefe dogmatische Entwicklung der Verbrechenslehre -genauer: der mittelbaren Täterschaft, der objektiven Zurechnung sowie der Notlagen- für die Bestimmung eines Merkmals des objektiven Tatbestandes mehrerer Tatbestände des Besonderen Teils fruchtbar zu machen.

INDICE

AGRADECIMIENTOS	5
RESUMEN	11
ZUSAMMENFASSUNG	12
INDICE	13
ABREVIATURAS	25

A. PROCESO DE DETERMINACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN

§ 1. Primeras intuiciones, una reforma legislativa y la dedicación a los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales	29
§ 2. Historias metodológicas y la opción por construir aspectos de la teoría del delito a partir del estudio de un problema de la parte especial	31

B. RELEVANCIA DE LA INTIMIDACIÓN COMO MEDIO COACTIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL Y NECESIDAD DE SUPERAR LAS INSUFICIENCIAS ACTUALES

§ 1. La agresión sexual como delito coactivo	39
§ 2. Los medios coactivos como definatorios del delito específico o como agravantes	42

§ 3. Ensayo de clasificación de los delitos coactivos y ejemplos de cada tipología	44
§ 4. El elenco de engaño, violencia y amenaza como medios comisivos y la delimitación del concepto de intimidación	52
§ 5. La amenaza e intimidación en los delitos sexuales y cinco razones para utilizarlas como campo de crítica de las doctrinas actuales y banco de pruebas de un concepto comprensivo de intimidación	59
§ 6. Las dificultades de estudiar la intimidación en los delitos contra la libertad y a indemnidad sexuales	63

C. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

.....	69
-------	----

D. CASOS SOBRE INTIMIDACIONES

EN DELITOS SEXUALES PARA ENMARCAR ESTA TESIS

§ 1. Introducción	73
§ 2. “El caso de Susana, hija de Jelcías”	73
§ 3. “La violación de Lucrecia”	75
§ 4. “El caso del alfiler”	77
§ 5. “El caso de la mujer coqueta”	79
§ 6. “La interrupción de la amistad”	80
§ 7. “El caso de la mujer con una hija adoptiva”	81
§ 8. “Los supuestos de trata de blancas como intimidación de configuración alternativa”	82

PRIMERA PARTE
EL ESQUEMA INTIMIDATORIO
EN LA LEGISLACIÓN REFERIDA
A LOS DELITOS SEXUALES

CAPITULO I

LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES
EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

§ 1.	Introducción	87
§ 2.	Los delitos sexuales en el Código penal español	88
	I. La regulación de los delitos sexuales en la legislación penal española	88
	II. Evolución histórica de la regulación legal de los delitos sexuales	90
	III. Breves observaciones sobre la evolución del concepto de bien jurídico protegido en los delitos sexuales	92
	IV. La técnica legislativa de la tipificación de las conductas sexuales en el Código español	99
	a) Las alternativas elegidas por el legislador	99
	b) El delito de agresión sexual	107
	c) El delito de agresión sexual agravada	110
	d) El delito de abuso sexual	114
	V. Algunas reflexiones sobre la técnica legislativa	117

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS DELITOS SEXUALES
MEDIANTE AMENAZA O INTIMIDACIÓN
EN EL *CODICE PENALE ITALIANO* Y EN EL *STGB* ALEMÁN

§ 1.	Introducción	121
§ 2.	El Código penal italiano	124

I.	Aspectos generales de la regulación de los delitos sexuales	125
II.	El delito de violencia sexual	127
III.	Excurso sobre disenso-medios coactivos en la doctrina italiana	136
IV.	La tipificación de los actos sexuales por <i>vis</i> psíquica y su interpretación doctrinal	138
§ 3.	El Código penal alemán (StGB)	145
I.	Aspectos generales de la regulación de los delitos sexuales	145
a)	Diversas figuras delictivas contra la autodeterminación sexual	145
b)	El delito de coacción sexual o violación (<i>Sexuelle Nötigung-Vergewaltigung</i>)	147
II.	La estructura de los delitos con amenazas como medio de coacción en el StGB	152
a)	Introducción	152
b)	Delitos a través de amenazas con un mal sensible. Amenazas de primera velocidad	154
c)	Delitos a través de amenazas con peligro actual para el cuerpo -integridad física- o la vida. Amenazas cualificadas o de segunda velocidad	160

CAPÍTULO III

LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES

A TRAVÉS DE AMENAZA EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Y OTROS CÓDIGOS AMERICANOS

§ 1.	El delito de violación en el Derecho penal argentino	164
I.	Distinta estructura que la seguida por el Código penal español	164
II.	Criterios de tipificación	165
III.	El uso de medios coactivos en otros tipos del Cp argentino	167
§ 2.	El delito de violación en otros países americanos	170
I.	La violación sexual en el Derecho penal chileno	170

II. El delito de violación en el Derecho penal colombiano...	171
III. La violación sexual en el Derecho penal peruano	172

SEGUNDA PARTE
LA DETERMINACIÓN DE LA SITUACIÓN
DE INTIMIDACIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA ACTUAL
Y RAZONES DE SU INSUFICIENCIA 177

INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE

§ 1. <i>Vis absoluta</i> y <i>vis relativa</i> como medios de coacción	179
§ 2. El concepto de intimidación en los modelos históricos de regulación de los delitos sexuales	182
§ 3. Los criterios doctrinales actuales de determinación de la intimidación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales	187

CAPÍTULO IV

LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL
DEL CONCEPTO DE INTIMIDACIÓN

§ 1. Introducción	197
§ 2. Análisis de los requisitos habitualmente exigidos por doctrina y jurisprudencia a la luz de la concepción tradicional de demarcación de la intimidación	205
I. Elementos de determinación de la estructura del injusto de las amenazas condicionales	208
a) Amenaza determinada	208
b) Amenaza posible, seria y dependiente de la voluntad del que la emite	209
c) La puesta en perspectiva de un mal inmediato	212

d) Amenaza injusta	215
II. Elementos de determinación de la idoneidad de las amenazas condicionales	219
§ 3. El primer criterio de González Rus	222
§ 4. La teoría de la confrontación intimidación-violencia	228
§5. La concepción tradicional en la jurisprudencia española.....	230

CAPÍTULO V

LA TEORÍA DEL ILÍCITO

O DE LA CAUSA O CRITERIO OBJETIVO

§ 1. Introducción	237
§ 3. El criterio de Gimbernat Ordeig	243
I. Introducción	243
II. La propuesta general	249
III. Primer criterio de determinación de la gravedad de la amenaza	252
IV. Segundo criterio de determinación de la gravedad de la amenaza	256
§ 3. La propuesta objetiva de González Rus	258

CAPÍTULO VI

EL CRITERIO SUBJETIVO

-TEORÍA DE LA VOLUNTAD-

§ 1. Introducción	263
§ 2. El criterio defendido por Suay Hernández	267
I. Crítica a la posición objetiva y punto de partida	267
II. La ausencia de la exigencia de amenaza como condición necesaria	273
III. La solución propuesta. La perspectiva de la víctima como punto central	281
§ 3. El recurso a criterios subjetivos en la jurisprudencia española.	282

CAPÍTULO VII
CRITERIOS PROPUESTOS DE *LEGE FERENDA*
POR LA DOCTRINA

§ 1.	El criterio de la comisión directa o sin más requisitos que la negativa de la víctima	287
I.	Introducción	287
II.	El mero disenso de la víctima como elemento típico suficiente para la configuración de delitos de contenido sexual	289
III.	La propuesta de Bertolino	290
a)	Violencia o amenaza versus disenso o falta de consentimiento	291
b)	La propuesta de <i>lege ferenda</i>	297
§ 2.	Nuevamente el ejemplo alemán	298

CAPÍTULO VIII
CRÍTICA A LOS CRITERIOS ACTUALES
DE DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO
DE INTIMIDACIÓN EN LOS DELITOS SEXUALES

§ 1.	Introducción	301
§ 2.	Crítica al criterio mixto	302
I.	Introducción	302
II.	Críticas al criterio mixto originario de González Rus	304
III.	Críticas a la teoría de la confrontación intimidación-violencia	306
§ 3.	Crítica al criterio objetivo	308
I.	Introducción	308
II.	Críticas al criterio objetivo de Gimbernat Ordeig	313
III.	Críticas al criterio objetivo de González Rus	317
§ 4.	Crítica al criterio subjetivo	319
I.	La falta de necesidad de amenaza como medio para lograr el resultado de intimidación	320

II. Dejar supeditada la relevancia penal de una conducta a la sensibilidad de un sujeto	324
§ 4. Crítica a la propuesta de Bertolino	334
§ 5. Crítica a la propuesta de Cancio Meliá	336

TERCERA PARTE

PROPUESTA DE UNA TEORÍA GENERAL SUPERADORA PARA LA INTIMIDACIÓN EN LOS DELITOS SEXUALES

CAPÍTULO IX

NECESIDAD DE ESTANDARIZAR

EL CONCEPTO DE INTIMIDACIÓN EN LOS DELITOS SEXUALES

§ 1. El método axiológico para el estudio dogmático	341
§ 2. Argumentos de orden sistemático a favor de la postura personal	350
I. Justificación	350
II. La intimidación y su comparación con la violencia	353
III: La interpretación del tipo de chantaje como límite de la intimidación	358
IV. La interpretación del tipo de acoso sexual y la delimitación de la intimidación	362
V. La interpretación del delito de amenazas y la delimitación de la intimidación	363
VI. La graduación de la intimidación a la luz de las faltas del art. 620 inc. 2	365
§ 3. Argumentos de orden teleológico a favor de la postura personal	366

CAPÍTULO X**ESQUEMA DEL PROCESO INTIMIDATORIO**

§ 1. Introducción	369
§ 2. Primer peldaño: puesta en perspectiva o anuncio	372
I. Introducción	372
II. Tipo de texto y tipo de interpretación	375
§ 3. Segundo peldaño: situación de inseguridad	378
§ 4. Tercer peldaño: intimidación o atipicidad	387
§ 5. Posibles soluciones a partir de algunos criterios dogmáticos tradicionales de la parte general	390

CAPÍTULO XI**REGLAS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN****DE LA RESPONSABILIDAD PENAL****QUE EXPLICAN -ESTRUCTURALMENTE- LA INTIMIDACIÓN**

§ 1. Introducción	393
§ 2. La intimidación a la luz de la estructura dogmática de la autoría mediata -en sentido amplio-	396
I. Introducción	396
II. La agresión sexual mediante intimidación como autoría mediata tipificada	398
§ 3. La intimidación a la luz de la estructura dogmática de teoría de la imputación objetiva	407
I. Introducción	407
II. De las teorías de la causalidad a la imputación objetiva....	411
III. Las teorías de la imputación objetiva del resultado	419
IV. La teoría de la imputación objetiva por aumento del riesgo	421
V. La infracción de roles y la defraudación de la norma	425
a) Introducción	425
b) La imputación objetiva en los delitos de dominio	426
c) La imputación objetiva del comportamiento	427

§ 4. Posibles criterios de delimitación del concepto de intimidación en sus equivalentes de estructura -autoría mediata en sentido amplio e imputación objetiva	430
I. Juicios de determinación del instrumento en la autoría mediata como criterios de decisión de la intimidación típica	430
a) La coacción y otras situaciones de necesidad en la autoría mediata	432
b) Los criterios normativos	434
c) Los criterios normativos de determinación del instrumento como criterios de decisión de la intimidación típica	445
II. Aportes de la estructura de la imputación objetiva como criterios de decisión de la intimidación típica	447
§ 5. Conclusiones parciales	452

CAPÍTULO XII

REGLAS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN

DE LA RESPONSABILIDAD PENAL QUE EXPLICAN

-COMO CRITERIOS DE DECISIÓN O SUBESTRUCTURAS- EL PROCESO INTIMIDATORIO

§ 1. Introducción	457
§ 2. La «solución del consentimiento»	460
§ 3. El proceso intimidatorio como estructura de autoría mediata e imputación objetiva y subestructura de estado de necesidad de la «víctima»	469
I. ¿Equivalencia de subestructuras o simple similitud?	470
II. «Las situaciones de necesidad como subestructura del proceso intimidatorio»	475
a) Introducción a estas posturas	475
b) La postura de Cancio Meliá y Roxín a la luz del baremo del §35 StGB	487
c) La postura de JAKOBS a la luz de los baremos del estado de necesidad defensivo	491
§ 4. Conclusiones parciales	496

§ 5. Diferencias con la teoría teleológica-objetiva de Gimbernat....	502
--	-----

CAPÍTULO XII

RESPUESTAS A LAS POSIBLES CRÍTICAS DE LA SOLUCIÓN QUE SE POSTULA

§ 1. ¿Limitación desproporcionada de la imputación al autor de la amenaza?	508
§2. El requisito de la lesión de un bien jurídico de un tercero a través de la acción de salvamento interpuesta en el estado de necesidad	509
§ 3. Situaciones de convivencia o relacionales como supuestos generales de intimidación	511
§ 4. El problema de las víctimas débiles	513
§ 5. Los supuestos de colocación de la víctima en situaciones de riesgo potencial	525
§ 6. Delito de acción pública dependiente de instancia privada	533
§ 7. Esquemas intimidatorios de configuración alternativa	535
I. Supuestos en que un tercero realiza aportes tradicionalmente a cargo del autor	536
a) El uso de una situación intimidatoria generada previamente por un tercero	536
b) Casos donde un tercero es responsable de la ejecución del mal anunciado por el autor	541
II. El problema de la amenaza a la víctima con un peligro para terceros. <i>Dreiecksnotigung</i>	543
a) La intimidación triangular	543
b) Las amenazas de suicidio como supuesto de configuración alternativa	548

E. EPÍLOGO:
RESOLUCIÓN DE LOS CASOS PLANTEADOS
AL INICIO DEL TRABAJO

§ 1. “El caso de Susana, hija de Jelcías”	553
§ 2. “La violación de Lucrecia”	555
§ 3. “El caso del alfiler”	556
§ 4. “El caso de la mujer coqueta”	558
§ 5. “La interrupción de la amistad”	559
§ 6. “El caso de la mujer con una hija adoptiva”	561
§ 7. “Los supuestos de trata de blancas”	563

F. CONCLUSIONES

.....	565
BIBLIOGRAFÍA	581
JURISPRUDENCIA UTILIZADA	609

ABREVIATURAS

§	Parágrafo
§§	Parágrafos
AA. VV.	Autores varios
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AE	<i>Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches</i> , 1966
AG	<i>Amtsgericht</i> (Juzgado de distrito)
AP	Audiencia provincial (España)
art.	Artículo
AT	<i>Allgemeiner Teil</i> (Parte general)
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BEP	Biblioteca de Estudios Penales (U. Austral-Argentina)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código civil alemán)
BGBL	<i>Bundesgesetzblatt, Teile I, II oder III jeweils angegeb</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BGHR	<i>Bundesgerichtshof Rechtsprechung-Strafsachen</i>
BGHSt	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen</i>
BT	<i>Besonderer Teil</i> (Parte especial)
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cp(a)	Código Penal argentino
Cc	Código Civil español
CNCCorr	Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal (Argentina)
Cp 1995	Código Penal español de 1995
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

Cass. Pen.	<i>Cassazione Penale</i> (Revista italiana)
Dir.	Director
DJ	Documentación Jurídica
DP	Doctrina Penal (Revista argentina)
ED	El Derecho (Revista argentina)
ed.	Edición
edt.	Editor
EPC	Estudios Penales y Criminológicos. Santiago de Compostela
Fallos	Fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina
fasc.	Fascículo
GA	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
GG	<i>Grundgesetz</i> (Constitución alemana)
inc.	Inciso
JA	Juristische Arbeitsblätter
JA(a)	Jurisprudencia Argentina (Revista argentina)
JdP	Jueces para la Democracia
JR	<i>Juristische Rundschau</i>
Jura	<i>Juristische Ausbildung</i>
JuS	<i>Juristische Schulung</i>
JZ	<i>Juristenzeitung</i>
KJ	<i>Kritische Justiz</i>
l.	<i>Legge</i> (ley-Italia)
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal (España)
LK	<i>Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar</i>
LL	La Ley (Revista española)
LL(a)	La Ley (Revista argentina)
Lemir	Revista electrónica sobre literatura española medieval y renacimiento
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (España)
Marg.	Número marginal
MDR	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i>
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NK	<i>Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
núm.	Número
núms.	Números
PANCP	Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal 1983

Prof.	Profesor
RAE	Real Academia Española
RDPyC	Revista de Derecho penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RFDUC	Revista Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid
RG	<i>Reichsgericht</i> (Tribunal Supremo del <i>Reich</i>)
RGBL. I	<i>Reichsgesetzblatt</i> (B. Oficial del Imperio) Parte I
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RGSt	<i>Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen</i> (Sentencias del Tribunal Supremo del <i>Reich</i> en materia penal)
Riv. it. dir. proc. pen.	<i>Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale</i>
Riv. pen.	<i>Rivista penale</i>
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
S.C.B.A.	Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, BT
S.T.	Superior Tribunal
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código penal alemán)
StrafR	<i>Strafrecht</i> (Derecho penal)
StrÄndG	<i>Strafrechtsänderungsgesetz</i> (Ley de reforma del Cp)
StrRG	<i>Gesetz zur Reform des Strafrechts</i> (Ley para la reforma Cp)
STS	Sentencias del Tribunal Supremo español
StV	<i>Strafverteidiger</i>
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TOC	Tribunal Oral en lo Criminal (Argentina)
Trad.	Traductor
TS	Tribunal Supremo español
U.N.E.D.	Universidad Nacional de Educación a Distancia
VO	<i>Verordnung</i> (Ordenanza)
vol.	Volumen
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

A. PROCESO DE DETERMINACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN

§ 1. PRIMERAS INTUICIONES, UNA REFORMA LEGISLATIVA Y LA DEDICACIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y LA INDEMNIDAD SEXUALES

1. La elección de un tema constituye, por su importancia, el punto clave en el inicio de cualquier investigación jurídica. A nadie escapa que la tesis doctoral es el primer trabajo de cierta envergadura científica encarado por quienes pretendemos introducirnos en el mundo de la academia. Por ello, al decidir el tema de tesis, su director asume un papel fundamental y hasta quizás protagónico. Este caso no constituye la excepción a la regla.

Al presentarme a realizar las primeras asignaturas del Curso de Doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales coorganizado por las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra, le propuse varias inquietudes al profesor SILVA SÁNCHEZ con el objetivo de iniciar dos líneas paralelas, aunque bien diferenciadas, de investigación.

La primera, destinada a convertirse en mi tesis doctoral, sobre Derecho penal económico, en particular sobre la problemática de la información en el contexto de la empresa.

La segunda, sobre la tipificación de los delitos sexuales orientada a ser defendida, en un plazo no mayor a tres años, como tesina para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados.

Con el tiempo, esa errónea omnipotencia de joven investigador capaz de abarcar distintos y variados temas de estudio, oportunamente alertada por mi director, cedió espacio ante la realidad.

Luego de algunos frutos obtenidos en la línea de investigación orientada al Derecho penal económico¹, me fui interesando cada vez más por la problemática de los delitos sexuales. A partir de allí, luego de finalizado el curso de doctorado, mi tema de tesis pasó a delimitarse en el ámbito de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales.

2. Se inició de ese modo el estudio de los diversos puntos problemáticos de la tipificación de los delitos sexuales. Fundamentalmente porque mi llegada a España en enero de 2000, había coincidido con una importante reforma de la estructura de los delitos sexuales en la legislación penal argentina.

La nueva regulación incorporada al Cp argentino mediante la ley 25.087 de 1999 presentaba novedosos conceptos que se integraban al tipo objetivo de los delitos sexuales y cuyas dificultades de interpretación no pasaban desapercibidas ni siquiera para un recién iniciado en el estudio de la dogmática jurídico-penal.

¹ En el contexto de mi investigación sobre la protección penal de la información en el ámbito de la empresa he tenido la fortuna de publicar los siguientes trabajos: «Balance falso o incompleto. La configuración material del tipo del art. 300, inciso 3, del Código penal», en YACOBUCCI, Guillermo J. (Dir.), *Derecho penal empresario*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 469-496; *Delitos de infracción de un deber. Su capacidad de rendimiento a la luz del Derecho penal económico*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006; «La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial. Espacios de riesgo penalmente irrelevante en el delito de falsedad en documentos sociales», en Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 163-206; «El nuevo “falso in bilancio” y su relación con el delito de falsedad en los documentos societarios del CP español. Reflexiones en torno al proceso de reforma del emblemático delito de falsedad en los documentos societarios del art. 2621 núm. 1 del *Codice Civile* italiano», en AP (revista jurídica española), número 5, (2002), pp. 83-103.

A modo meramente ejemplificativo, entre otros puntos relevantes, se destacaban la gran discusión sobre el bien jurídico protegido y el cambio de los delitos sexuales como herramienta del Derecho penal para proteger, ya no la honestidad, sino la libertad y la integridad sexual. Todo ello, en la misma línea de lo que había sucedido en la evolución dogmática de los delitos sexuales en Europa.

Por otra parte, se presentaba el debate sobre la inclusión en el contexto del tipo de violación o agresión sexual de actos de penetración por vías distintas a la vaginal, los intentos de equiparación de la *felatio in ore* con la penetración, la interpretación de ciertos conceptos tendentes a agravar los tipos básicos ya sea por su «duración», «circunstancias de realización» o por generar situaciones especiales en la víctima, entre ellos, los «sometimientos gravemente ultrajantes».

§ 2. HISTORIAS METODOLÓGICAS Y LA OPCIÓN POR CONSTRUIR ASPECTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO A PARTIR DEL ESTUDIO DE UN PROBLEMA DE LA PARTE ESPECIAL

3. En ese marco de importantes reformas del Derecho penal sexual al que mi país llegaba, quizás con algunos años de retraso, presenté índices alternativos de trabajo.

La guía de mi director de tesis fue estrictamente necesaria para aproximarme a un contenido temático lo suficientemente concreto como para iniciar una investigación sin abrumarme, pero al mismo tiempo de cierta amplitud como para motivar mi interés personal y científico.

Prueba de ello es que el tema finalmente elegido continúa siendo, pese al paso de los años, de notable provecho para la dogmática jurídico-penal, no por los aportes que yo pueda realizar en este trabajo, sino más bien por el interés tanto teórico como práctico de su propia investigación.

4. Con el claro propósito de abordar globalmente un punto concreto de la parte especial del Derecho penal, partiendo de la regulación de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales, se delimitó el campo de investigación.

La idea fundamental era intentar una metodología que, ya utilizada en trabajos de esta especie, representa una forma alternativa de afrontar el estudio de los tipos del Código penal².

En la parte especial del Derecho penal existen innumerables problemáticas que necesitan un estudio detenido y profundo para una correcta aplicación práctica. Problemas que no se limitan a legislaciones penales específicas sino que, por el contrario, se presentan en muchos casos en la totalidad de las legislaciones penales de nuestro entorno cultural. Y, más aún, que por sus especiales características resultan temas que, en muchos casos, pueden ser abordados desde distintos tipos penales. De ese modo permiten generar estudios transversales de la parte especial³.

² A modo meramente ejemplificativo pueden citarse como ejemplos de abordajes metodológicos similares al que aquí se propone, en el contexto del concepto de engaño típico en el delito de estafa los trabajos de, en Alemania, Urs KINDHÄUSER, *La estafa como autoría mediata tipificada*, (trad. Jorge Fernando Perdomo Torres), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002; Michael PAWLIK, *Das Unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Carl Heymann, Köln, 1999 y, en España, de Nuria PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

³ Sin dudas, el mejor ejemplo en lengua castellana de estudios transversales de temas recurrentes en distintos tipos de la parte especial, y particularmente de un medio coactivo muy próximo al que se estudia en este trabajo, lo representa la obra de José M. SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho penal. Su análisis jurisprudencial y dogmático en el Cp 1995*, Bosch, Barcelona, 1999.

Más allá de analizarse allí con detalle y gran profundidad el concepto de violencia como medio coactivo en los delitos en particular, el autor se propone una metodología muy sugerente de abordaje de la parte especial, cuya capacidad de rendimiento

Entre esos temas, los medios comisivos y entre ellos especialmente los medios coactivos se presentan como elementos de preponderante interés.

La violencia y la intimidación se destacan especialmente en ese sentido, pues su estudio como elementos del tipo objetivo de algún delito en particular puede permitir la construcción de un sistema o, mejor aún, de una metodología alternativa de interpretación.

Por ello, finalmente entre los más variados problemas de interpretación detectados en torno a los delitos sexuales, fue la determinación de la intimidación como medio coactivo el tema elegido como núcleo de esta tesis doctoral.

5. La propuesta parte entonces de una cuestión concreta, de la parte especial del Derecho penal, intentando desarrollar metodologías alternativas con capacidad de rendimiento para abordar, de modo transversal, otras problemáticas de los delitos en particular.

Justamente, el interés dogmático particular y el atractivo metodológico de la propuesta son las claves que me han permitido considerar a la cuestión de suficiente entidad para ser emprendida como investigación doctoral.

Tanto el interés dogmático como la metodología, pero principalmente esta última, son los puntos centrales de una investigación jurídica. Poca relevancia puede tener un trabajo jurídico si, pese a tener un fin cla-

seguramente será puesta de manifiesto con el correr de los años y la aparición de nuevas tesis doctorales que opten por esa provechosa metodología.

Con una metodología similar de abordaje del concepto de violencia, con cosas y contra las cosas, en los distintos tipos del StGB, *vid.*, el reciente trabajo en Alemania de Andreas HUHNS, *Nötigende Gewalt mit und gegen Sachen*, Nomos, Berlin, 2007.

ro y establecido de antemano, no sigue un camino o un orden determinado⁴.

6. Si bien el interés personal por el estudio de la dogmática de los delitos sexuales nació del análisis de las reformas de la ley 25.087 al Código penal de mi país, mi inclinación profesional por el estudio de los temas de la parte especial del Derecho penal tiene una causa sensiblemente más profunda. A mi entender, la parte especial del Derecho penal, en muchos casos menospreciada por los doctrinarios penales, se ha mantenido siempre en un segundo plano de interés.

Los estudios dedicados al análisis de los tipos concretos de la parte especial se limitan, en general, a problemas de interpretación global de los distintos elementos de la descripción típica. Nadie, hasta hace no mucho tiempo, podría extrañarse en España con observaciones tales como «no es una gran tesis, pero aborda un problema de parte general y como tal de mayor dificultad e interés dogmático» o «no está mal, pero es de parte especial»⁵.

⁴ Existen numerosos trabajos sobre metodología de la investigación jurídica, donde se pone de manifiesto la importancia central del método como camino imprescindible para la consecución razonable de un trabajo de investigación. Entre otros, han sostenido Aníbal BASCUÑÁN VALDES, *Manual de técnica de investigación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, p. 45 que el método es «... el camino del pensamiento científico para la búsqueda de la verdad» y Hernán CORRAL TALCIANI, *Cómo hacer un tesis en Derecho. Curso de metodología a la investigación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 15 «El método no es sólo un camino posible, sino un camino recomendable: tiene una serie de reglas que permiten su replicación; cada vez que se ocupa el método debería llegarse al fin buscado».

⁵ En esta misma línea, resultan especialmente significativas -y quien no conozca a su autor podría pensar que radicales- las siguientes palabras a favor de los trabajos interdisciplinarios, cuestionando el mundo de la enseñanza superior del Derecho: «...troquelado por áreas de conocimiento puestas por decreto bajo control de catedráticos obsesionados por defender su parcela de influencia con el auxilio de mano de obra barata y resignada a malgastar los mejores años de su vida en la redacción de una tesis interminable y abstrusa sobre tal o cual institución jurídica, a ser posible, de parte general», Pablo SALVADOR CODERCH, «Prólogo» al libro Fernando GÓMEZ

Hasta donde alcanzo a ver, existe una tendencia al cambio sensiblemente apreciable en este contexto. La parte especial del Derecho penal viene siendo abordada desde distintas perspectivas y con una importante profundidad de análisis⁶. En muchos casos, a la luz de los nuevos sistemas dogmáticos de la parte general y quizás, fundamentalmente, con los conceptos y metodologías aportados a la Ciencia penal a partir de la teoría de la imputación objetiva.

Sin temor a equivocación puede decirse que, hasta hace unos años, la didáctica y pedagógica separación entre la parte general y la parte especial del Derecho penal se trasladaba a la investigación dogmática. Por una parte, se desarrollaban y confrontaban sistemas y trabajosas metodologías en el estudio de la parte general. La discusión científica del Derecho penal no podía alejarse del análisis de la Teoría del delito, concretándose los esfuerzos de los más avanzados en la elaboración de nuevos o propios sistemas.

Al mismo tiempo, los trabajos dedicados a la parte especial se limitaban, en general, al análisis de los distintos tipos penales a la luz de la literalidad del tipo o de los criterios gramatical, sistemático e histórico de interpretación y eran una excepción los trabajos de interpretación teleológica, y más extraños aún, los trabajos dedicados a cuestiones puntales de cada tipo penal.

Quizás ello encuentre un sustento filosófico bien profundo, pues incluso actualmente buena parte de los aplicadores del Derecho des-

POMAR / Iñigo ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 14.

⁶ En ese sentido me ha parecido interesante citar las palabras de Marcelo A. SANCINETTI al comenzar su prólogo al libro de Guillermo ORCE / Gustavo F. TROVATO, *Delitos tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la Ley 24.769*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 9 « En 1975 recibí unas cordiales líneas de Ricardo Núñez referidas a mi libro de *Casos*, en las que entre otras cosas me decía aproximadamente lo siguiente: “En su obra campeon muchos alemanes... más bien Ud. debería ayudarnos a desarrollar nuestra propia dogmática”. Otro jurista, por su parte, Leopoldo Schiffrin, me dijo por aquel entonces que la función que debía cumplir mi generación era la de dedicarse a la *Parte especial* del Derecho penal».

confían de la interpretación teleológica dando a la ley un trato cuasi reverencial que sin dudas es sobredimensionado⁷.

7. En los párrafos anteriores se hacía mención a la clara tendencia al estudio de problemas de la parte general y fundamentalmente de la teoría del delito. Sin embargo, en los últimos años, la Ciencia penal de raigambre continental dedicó mayor atención a la aparición de nuevos delitos. Así, entre otros, el surgimiento del Derecho penal en el ámbito económico, la protección penal del medio ambiente y en general la tendencia a la protección de bienes jurídicos difusos pareció atraer la atención de los dogmáticos al estudio de la parte especial del Derecho penal.

No obstante, esa realidad se desvaneció en la medida que los dogmáticos se afianzaron en el estudio del nuevo Derecho penal. Los problemas no eran de parte especial, sino fundamentalmente de teoría del delito. Los nuevos tipos penales necesitaban de una reformulación de la parte general del Derecho penal⁸. Las reglas clásicas de imputación y

⁷ Para Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, «La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas», en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT/ José A. CARO JOHN (Ed.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 201-210 «Por lo que se refiere a la actividad de los académicos, lo menos que puede afirmarse es que, desde luego, su autocomprensión y, sobre todo, su praxis, aparecen bastante lejos del literalismo en la interpretación de las leyes, asumiendo de modo reiterado funciones de reconstrucción del texto legal. La “interpretación” teleológica, consciente o inconsciente, resulta en ello omnipresente».

⁸ Cfr., en ese sentido, Guillermo J. YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 39 «... las nociones tradicionales acerca del delito, el bien jurídico, las formas de tipicidad, el dolo y la imprudencia, la culpabilidad, los fines penales, etc., entran en crisis y parecen inadecuados para dar respuesta a la realidad del Derecho penal de hoy que ingresa en campos de intereses difusos, utiliza formas de tipicidad sobre la base de peligros abstractos y realiza la imputación penal sobre criterios de ordenación funcional».

las garantías del Derecho penal nuclear parecían hacer inviable la imputación penal en el ámbito de los nuevos delitos económicos.

Por ello, y nuevamente en este ámbito, la teoría del delito volvió a ser la protagonista dejando, a mi juicio, al estudio de la parte especial del Derecho penal nuclear en un tercer plano de interés. A saber, en primer término, el estudio de los problemas de parte general en el ámbito de los modernos delitos económicos; en un segundo, a la luz del punto anterior, el estudio de la teoría del delito en general y los intentos de desarrollo de nuevos e integrales sistemas. Y finalmente, la parte especial del Derecho penal nuclear, del Derecho penal de siempre.

8. Por lo expuesto, el objetivo de determinar un elemento concreto del tipo objetivo -la intimidación- de un delito en particular -la agresión sexual del art. 179 Cp 1995- a partir de una metodología alternativa de estudio constituye un paso significativo en la profundización dogmática del estudio de la parte especial del Derecho penal.

**B. RELEVANCIA DE LA INTIMIDACIÓN
COMO MEDIO COACTIVO EN LOS DELITOS
CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL Y NECESIDAD
DE SUPERAR LAS INSUFICIENCIAS ACTUALES**

«Instantes vel futuri periculū causa mentis trepidatio».

ULPIANO, *Digesto* 4, 2, 1.

§ 1. LA AGRESIÓN SEXUAL COMO DELITO COACTIVO

1. La lectura del Libro del profeta Daniel, en 13, 1-9.15-17.19-30.33-62, describe claramente un proceso intimidatorio de tentativa de delito de agresión sexual con intimidación.

«En aquellos días, vivía en Babilonia un hombre llamado Joaquín. Se había casado con una mujer llamada Susana, hija de Jelcías, de gran belleza y fiel a Dios, pues sus padres eran justos y la habían educado conforme a la ley de Moisés. Joaquín era muy rico y tenía un espacioso jardín junto a su casa. Como era el más ilustre de los judíos, todos ellos se reunían allí. Aquel año habían sido designados jueces de entre el pueblo dos viejos de éstos de quienes dice el Señor: 'Los ancianos y los jueces que se hacen pasar por guías del pueblo han traído la maldad a Babilonia'. Frecuentaban estos dos viejos la casa de Joaquín, y todos los que tenían algún pleito que resolver acudían a ellos. Al mediodía, cuando la

gente se había ido, Susana salía a pasear por el jardín de su marido. Los dos viejos la veían entrar y pasear todos los días, y comenzaron a dese-arla con pasión. Su mente se pervirtió y se olvidaron de Dios y de sus justos juicios.

Un día, mientras ellos estaban aguardando la ocasión oportuna, entró Susana, como de costumbre, acompañada solamente por dos criadas jóvenes, y quiso bañarse en el jardín, porque hacía mucho calor. No había allí nadie más que los dos viejos, que estaban escondidos observando. Susana dijo a sus criadas:

‘Tráiganme aceite y perfumes y cierren las puertas del jardín, para que pueda bañarme’.

En cuanto se fueron las criadas, los dos viejos salieron del lugar donde estaban y fueron corriendo adonde estaba Susana, y le dijeron: ‘Mira, las puertas del jardín están cerradas, nadie nos ve. Nosotros te deseamos apasionadamente; consiente, pues, y deja que nos acostemos contigo. De lo contrario daremos testimonio contra ti, diciendo que un joven estaba contigo y que por eso mandaste fuera a las criadas’. Susana suspiró profundamente y dijo: ‘No tengo escapatoria. Si consiento, me espera la muerte; si me resisto, tampoco escaparé de sus manos. Pero prefiero caer en sus manos sin hacer el mal, a pecar en presencia del Señor’.

Así que Susana gritó con todas sus fuerzas, pero también los dos viejos se pusieron a gritar contra Susana, y uno de ellos corrió a abrir la puerta del jardín. Al oír gritos en el jardín, la servidumbre entró corriendo por la puerta de atrás para ver lo que ocurría. Cuando oyeron lo que contaban los dos viejos, los criados se avergonzaron, porque jamás se había dicho de Susana una cosa semejante. Al día siguiente, cuando el pueblo se reunió en casa de Joaquín, vinieron los dos viejos con el criminal propósito de condenarla a muerte. Y dijeron ante el pueblo:

‘Manden a buscar a Susana, hija de Jelcías, la mujer de Joaquín’. Fueron a buscarla, y ella vino con sus padres, sus hijos y todos sus parientes. Los familiares de Susana lloraban al igual que todos cuantos la veían. Entonces los dos viejos, de pie en medio de la asamblea, pusieron sus manos sobre la cabeza de Susana. Ella, llorando, levantó los ojos al cielo, porque su corazón estaba lleno de confianza en el Señor. Los viejos dijeron: ‘Estábamos nosotros dos solos paseando por el jardín cuando entró ésta con dos criadas, cerró las puertas del jardín y mandó

irse a las criadas. Entonces se acercó a ella un joven que estaba escondido y se acostó con ella. Nosotros, que estábamos en un rincón del jardín, al ver la infamia, corrimos hacia ellos y los sorprendimos juntos; a él no pudimos sujetarlo, porque era más fuerte que nosotros y, abriendo la puerta, se escapó; pero a ésta si la agarramos y le preguntamos quién era el joven, pero no quiso decirlo. De todo esto somos testigos. La asamblea les creyó, porque eran ancianos y jueces del pueblo, y Susana fue condenada a muerte. Pero ella gritó con todas sus fuerzas:

‘Oh Dios eterno, que conoces lo que está oculto y sabes todas las cosas antes que sucedan: tú sabes que éstos han dado falso testimonio contra mí; y ahora yo voy a morir sin haber hecho nada de lo que la maldad de éstos ha inventado contra mí’. El Señor escuchó la súplica de Susana y, cuando la llevaban para matarla, Dios despertó el santo espíritu de un jovencito llamado Daniel, el cual se puso a gritar: ‘¡Yo soy inocente de la sangre de esta mujer!’

Todo el pueblo lo miró y le preguntó: ‘¿Qué has querido decir con eso?’

El, poniéndose en medio de ellos, dijo: ‘¿Tan torpes son, israelitas, que sin examinar la cuestión y sin investigar a fondo la verdad, han condenado a una hija de Israel? Regresen al lugar del juicio, porque éstos han dado falso testimonio contra ella’. Todo el pueblo regresó inmediatamente, y los ancianos dijeron a Daniel: ‘Ven, toma asiento en medio de nosotros e infórmanos, ya que Dios te ha dado la madurez de un anciano’. Daniel les dijo:

‘Separen a uno de otro, que quiero interrogarlos’.

Una vez separados, llamó a uno y le dijo: ‘Viejo en años y en maldad: ahora vas a recibir el castigo por los pecados que cometiste en el pasado, cuando dictabas sentencias injustas condenando a los inocentes y dejando libres a los culpables, contra el mandato del Señor: “No condenarás a muerte al inocente y al que no tiene culpa”. Si de verdad la has visto, dinos bajo qué árbol los viste juntos’. El viejo respondió:

‘Bajo una acacia’.

Sentenció Daniel: ‘Tu propia mentira te va a traer la perdición, porque el ángel del Señor ha recibido ya la orden divina de partirte por la mitad’. Después hizo que se fuera, mandó traer al otro y le dijo: ‘Raza de Canaán y no de Judá: la hermosura te ha seducido y la pasión

pervirtió tu corazón. Esto es lo que hacían con las hijas de Israel y ellas, por miedo, se les entregaban. Pero una hija de Judá no se ha sometido a su maldad. Dinos, pues, ¿bajo qué árbol los sorprendiste juntos?» Respondió el viejo:

‘Bajo una encina’.

Daniel sentenció: “También a ti tu propia mentira te traerá la perdición, porque el ángel del Señor está ya esperando, espada en mano, para partirte por el medio. Y de esta manera acabará con ustedes’. Entonces toda la asamblea comenzó a bendecir a Dios en alta voz, pues salva a los que esperan en él. Se lanzaron contra los dos viejos, a quienes por propia confesión Daniel había declarado culpables de dar falso testimonio, y les aplicaron el mismo castigo que ellos habían planeado para su prójimo. De acuerdo con la ley de Moisés fueron ejecutados, y así aquel día se salvó una vida inocente».

La agresión sexual descrita en el evangelio, en este caso en grado de tentativa, está incluida dentro de un grupo más amplio de delitos a los que denominaremos delitos coactivos.

§ 2. LOS MEDIOS COACTIVOS COMO DEFINITORIOS DEL DELITO ESPECÍFICO O COMO AGRAVANTES

2. Los delitos coactivos se identifican, fundamentalmente, por configurarse sobre la base de determinadas conductas del sujeto activo que, en mayor o menor medida, limitan la libertad del sujeto pasivo llevándolo a la lesión de un bien jurídico distinto de la libertad personal. Sobre este punto resultan especialmente gráficas las palabras de CARRARA:

«[S]i uno toma a una persona y la retiene a la fuerza para consumir en ella un robo, una lesión o un ultraje contra el pudor, es evidente que la libertad de esa persona ha sido impedida y lesionada en el momento en que debía manifestarse, pues habría querido huir, y se lo impidió la fuerza ajena; no hubiera querido padecer ese ultraje, pero esa misma

fuerza se lo impuso. Empero, esa *violencia privada*, inferida a su libertad, no fue en *sí misma un fin*, sino un *medio*, y un medio dirigido a lograr un fin que incluía la lesión especial de otro derecho... [...] El que amenaza a otro con algún mal, con esto lesiona tan sólo la libertad del amenazado; pero si lo amenaza con el fin de obtener dinero, desaparece el criterio negativo del delito de amenaza, y a causa de este fin resulta determinada la clase por el derecho de propiedad, para cuya lesión se empleo la amenaza como medio; y entonces el título especial de *amenaza*, que como hecho aislado pertenece a la presente categoría de delitos (delitos contra la libertad), queda absorbido en el título de extorsión consumada o tentada»⁹.

En el contexto de este trabajo denominaremos a esas conductas del sujeto activo que se utilizan como medio, aunque individualmente y en sí mismas sean suficientes para afectar o poner en peligro un bien jurídico, como «medios comisivos» o más específicamente «medios coactivos». Siendo, justamente, a partir de los medios coactivos desde donde se construyen las estructuras típicas de los llamados delitos coactivos.

El particular interés que revisten los «medios coactivos» en el contexto de la dogmática-jurídico penal radica fundamentalmente, como ya se hiciera mención en la presentación del trabajo, en que suelen reiterarse, como elementos del tipo objetivo, en distintos delitos de la parte especial¹⁰. Como así también que poseen especial significado en ciertos ámbitos de la teoría general del delito.

⁹ Francesco CARRARA, *Programa de Derecho Criminal, Parte especial*, vol. II, (trad. José J. Ortega Torres / Jorge Guerrero), Temis, Bogotá, 1997, §1560, pp. 328 y 329.

¹⁰ Para la ratificación de ciertos elementos del tipo objetivo como “medios” del delito resultan interesantes las observaciones de Theodor R. SCHÜTZE, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Rechtsstrafgesetzbuches*, GEBHARDT, Leipzig, 1871, § 86 -citado por CARRARA, *Programa... Parte especial*, vol. IV, § 2338, pp. 414- quien insiste en no confundir los medios con los que se construye la figura típica con el delito en sí mismo. A saber, es necesario distinguir tanto la palabra violencia como la palabra fraude, que no son aptas para designar un delito especial, por tratarse justamente de medios para la existencia de varios delitos. De lo contrario de-

§ 3. ENSAYO DE CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS COACTIVOS Y EJEMPLOS DE CADA TIPOLOGÍA

3. Los «medios comisivos o coactivos» identifican distintos tipos penales básicos o, en su caso, configuran las versiones agravadas de determinadas conductas típicas. En el Cp 1995 en particular los medios coactivos se presentan como elementos centrales de la estructura típica de un número importante de delitos.

Con el objetivo de que el lector pueda dimensionar, al menos globalmente, la cantidad de supuestos o la frecuencia con la que se recurre a los «medios coactivos» como elementos definitorios de los tipos penales parece razonable clasificarlos en cuatro grupos de casos donde, en el contexto del Cp español, el legislador ha apelado a esta clase de descripción de conductas.

En primer lugar, el grupo más frecuente en que el legislador penal recurre a las figuras de la «violencia o intimidación»; en segundo término los supuestos en que se tipifica tan sólo el medio coactivo más extremo, es decir, «la violencia»; en tercer lugar aquel grupo de conductas típicas que el legislador ha considerado que se configuran tan solo con «la intimidación o la amenaza» o donde se describen conductas específicas encuadrables dentro de esa concepción general; y finalmente, aquellos supuestos donde el legislador ha optado por una descripción amplia de medios coactivos o comisivos, como son aquellos casos donde se recurre a «la violencia, fuerza, intimidación, amenaza, engaño, abuso de una situación de necesidad, etc.».

(a) Dentro del primer grupo de casos y en orden sistemático de aparición en el Cp de 1995 surgen los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Este grupo de delitos se estructura, como luego se expli-

bería llegarse al extremo de sostener que la mitad de los delitos del Código penal se llamarían violencia, en sentido general, y la otra mitad fraudes.

cará con mayor detalle, sobre la diferencia entre agresiones y abusos sexuales, elaborando tal distinción con base en los «medios coactivos» que aparecen en cada caso. El legislador penal español ha optado en este grupo de casos por la «violencia» y la «intimidación» como elementos necesarios para la configuración típica del delito de agresión sexual y lo ha hecho considerando, al menos en este contexto y con ciertos matices, a la intimidación y a la violencia como equivalentes funcionales¹¹.

También dentro de este grupo de casos, contruidos sobre la violencia y la intimidación como medios coactivos, aparecen el tipo penal agravado de allanamiento de morada del art. 202.2 y el tipo agravado de violación de domicilio de personas jurídicas del art. 203.2¹². Obsérvese que en este grupo de supuestos, a diferencia del caso anterior, los medios coactivos no determinan la figura básica sino que por el contrario vienen a establecer el tipo agravado del delito, siendo en el tipo básico

¹¹ Cfr. Ramon RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 109-110; CARRARA, *Programa... Parte especial*, vol. II, § 1519, p. 252 «... no hay razón para distinguir, en cuanto a la noción y a la pena, entre violencia *moral* y violencia *física*...»; en igual sentido Emilio LANGLE RUBIO, *La mujer ante el Derecho Penal*, Hijos de Reus, Madrid, 1911, p. 89 para quien la intimidación «... no es un medio que demuestre menor perversidad y por ello hizo muy bien la ley equiparándola con la violencia...»; José O. MENDOZA DURAN, *El delito de violación*, Colección Nereo, Barcelona 1963, p. 71; en referencia al Cp 1973, Carlos SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 163 para quien «El Código penal en su artículo 429.1 recoge, junto a la fuerza, otro elemento de idéntica eficacia constrictora: la intimidación».

¹² Para más detalle sobre estos delitos *vid.*, entre otros, María T. CASTIÑEIRA PALOU, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 129-161; Ángel J. SANZ MORÁN, *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

el mero disenso de aquel con derecho a excluir suficiente para la configuración del tipo¹³.

A su vez, en el contexto de los delitos contra los derechos y deberes de familia, también integra este grupo de casos el tipo agravado de utilización de menores de edad o incapaces para la mendicidad del art. 232.2¹⁴.

Por su parte, entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico el tipo penal de robo del art. 237, la extorsión del art. 243, el tipo agravado del hurto y robo de vehículos del art. 244 y la usurpación del art. 245¹⁵.

Dos de los tipos penales entre los delitos contra los derechos de los trabajadores se construyen también a partir de los conceptos de violencia e intimidación como medios coactivos. A saber, el tipo agravado del art. 311.3 y el tipo agravado del art. 315.2¹⁶. Éste último con la par-

¹³ Tal situación es relevante pues, como luego se verá al analizar una de las propuestas de delimitación de los medios coactivos, en concreto la desarrollada en Italia por Marta BERTOLINO, se observará especialmente la diferencia entre el recurso a los medios coactivos para la configuración del tipo básico o de los tipos agravados del delito de que se trate.

¹⁴ Sobre este tipo penal, *vid.*, entre otros, María T. CASTIÑEIRA PALOU, «Delitos contra las relaciones familiares», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 163-180 y ss.; José L. DIÉZ RIPOLLÉS, *Delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹⁵ Sobre estos delitos, *vid.*, entre otros Ricardo ROBLES PLANAS, «Delitos contra el patrimonio I», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 183-209; José A. BRANDARIZ GARCÍA, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Comares, Granada, 2003; Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Tirant lo Blanch, 2002; José MUÑOZ CLARES, *El robo con violencia e intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; AA. VV., *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Jesús M. SILVA SÁNCHEZ (dir.), Civitas, Madrid, 2002.

¹⁶ Sobre el delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Cp 1995 y el recurso a los medios coactivos en ese delito en particular, *vid.*, por todos, Juan MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo*

particularidad de describir la *vis absoluta* como fuerza y violencia, convirtiéndose en uno de los únicos ejemplos del Cp 1995, junto con el tipo del art. 504, que adopta ese original criterio¹⁷.

En el ámbito de los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, se integra en este grupo el tipo penal del art. 345.3.

En el delito de realización arbitraria del propio derecho del art. 455 aparecen la violencia y la intimidación con el agregado de la fuerza en las cosas¹⁸.

En el art. 464.1 de Cp 1995 se recurre a la intimidación y a la violencia en el marco del delito de coacciones, amenazas y represalias contra las personas intervinientes en un proceso¹⁹. También, en el delito de quebrantamiento de condena el subtipo agravado art. 469 exige violencia o intimidación, agregando la posibilidad de comisión a través de fuerza en las cosas. Por su parte, el art. 470 tipifica el auxilio a la evasión castigando, en su versión agravada, al que proporciona o favorece la fuga del condenado, preso o detenido con violencia, intimidación, fuerza en las cosas o soborno²⁰.

Una interesante particularidad aparece en el art. 489 entre los delitos contra la Corona. Pues allí se construye el tipo agravado de coacciones a las personas que encarnan la Corona con base en la violencia y la in-

del art. 311 del Código penal en el marco del Derecho penal del trabajo, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 73 y ss.

¹⁷ Sobre los medios coactivos en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, *vid.*, entre otros, Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 327-344.

¹⁸ *Vid.*, entre otros, Guillermo BENLLOCH PETIT, «Delitos contra la administración de justicia», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 337-348; Javier GUARDIOLA GARCÍA, *La realización arbitraria del propio derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

¹⁹ Sobre este punto *vid.* BENLLOCH PETIT, «Delitos contra la administración...», pp. 337-355.

²⁰ Cfr. BENLLOCH PETIT, «Delitos contra la administración...», pp. 337-361.

timidación grave. Surge de ese modo una distinción interesante, a la luz de la presente investigación, ya que en este contexto es el propio legislador penal quien distingue entre intimidación grave e intimidación “normal”²¹. En ese mismo capítulo se recurre a la violencia e intimidación en el art. 490 donde se tipifica el delito agravado de allanamiento de moradas de la Corona. Finalmente, en el art. 498 se castigan los ataques a la libertad de los miembros de las instituciones con una particularidad especialmente interesante. Obsérvese que en este tipo penal el legislador penal ha recurrido al mismo tiempo a la fuerza, violencia, intimidación y amenaza grave como medios coactivos, generando de este modo la duda sobre la diferencia conceptual entre intimidación y amenaza, especialmente entre intimidación y amenaza grave.

(b) En el segundo grupo de casos, a saber, aquellos en los que el legislador penal español ha construido la figura típica con base tan sólo en la violencia como medio coactivo extremo, aparece, en primer término y extrañamente como se verá más adelante, el tipo penal de coacciones del art. 172²².

Un esquema particular presenta el tipo agravado de tráfico de drogas del art. 369.9. Si bien allí se hace referencia sólo a la violencia como medio de agravación del tipo por el modo de ejecución, también se presenta la exhibición o uso de armas para la comisión del hecho. Situación ésta que quizás permita sostener que el primero de ambos

²¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, p. 773.

²² Sobre el tipo penal de coacciones en el Cp de 1995 existe abundante bibliografía, *vid.*, entre otros, Manuel COBO DEL ROSAL/ Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Gestión de cobro de morosos y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; Vicenta CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; GÓMEZ POMAR/ ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación...*, *op. cit.*; de modo más general, Ramon RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 81-97.

modos, es decir la exhibición de armas, se trate en realidad de un supuesto específico de amenaza o intimidación²³.

Finalmente en el art. 514.4 se castiga a quienes impidieren o perturbaran el normal ejercicio de la libertad de reunión o manifestación con violencia, atenuando el tipo penal si la conducta se llevare a cabo mediante vías de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo²⁴.

(c) Entre los tipos penales contruidos sobre la intimidación o amenaza, sin acompañamiento de otro medio comisivo se destaca, entre los delitos contra la libertad el tipo penal de amenazas de los artículos 169 y siguientes²⁵. Por su parte, en art. 184.2 se tipifica el delito de acoso sexual agravado por prevalimiento de una situación de superioridad o por el anuncio de un mal sobre las legítimas expectativas que la víctima pueda tener en el ámbito donde se lleva a cabo la relación entre las partes. Hasta donde alcanzo, si bien el Cp no lo menciona expresamente, el anuncio de un mal sobre expectativas legítimas de una persona es un supuesto claro de amenazas. Se trata de un anuncio concreto de un mal contra algo para la cual tengo garantizado un derecho²⁶. Finalmente, en el ámbito de los delitos de terrorismo, el art. 572.3 castiga a quienes perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con

²³ Sobre el delito de tráfico de drogas, vid., entre otros, de modo general Ignacio GALLEGÓ SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los artículos 369, 379, 372, 374, 375 y 377 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999; Nuria PASTOR MUÑOZ, «Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 257-269.

²⁴ Sobre este delito, de modo general, *vid.*, entre otros, Tomás S. VIVES ANTÓN / Juan C. CARBONEL MATEU, «Delitos contra la constitución», en Tomás S. VIVES ANTÓN / Enrique ORTS BERENGUER / Juan C. CARBONEL MATEU / José L. GONZÁLEZ CUSSAC / Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal - Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 701-714.

²⁵ Entre otros, *vid.*, RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad», pp. 81-95.

²⁶ Sobre el tipo penal de acoso sexual, de modo general, *vid.*, entre otros, RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», pp. 109-119.

una banda armada u organización o grupo cuyo objetivo sea subvertir el orden constitucional a través de amenazas o coacciones a una persona. De igual modo se prevén en el art. 577 los mismos medios para tipificar las conductas de quienes, de modo individual y sin pertenecer a grupo determinado, con el objetivo de subvertir el orden constitucional actúan amenazando o coaccionando a una persona²⁷.

(d) Finalmente, el último grupo de casos está constituido por aquellos tipos penales donde se recurre a varios medios comisivos, en general a la violencia, fuerza, intimidación, amenaza, engaño, abuso de confianza, abuso de una situación de necesidad, apremios ilegales u otras vías de hecho.

Entre ellos, en el contexto del delito de aborto aparece la primera referencia a «medios comisivos» en el Cp 1995. Allí se castiga entre las modalidades agravadas de aborto aquellos supuestos donde la anuencia de la mujer fue obtenida mediante violencia, amenaza o engaño²⁸.

Por su parte, el tipo penal de estupro del art. 183 se construye sobre el “engaño” a menores de entre trece y dieciséis años. También entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales el tipo penal de corrupción de menores agravado del art. 188 prevé el castigo por determinar a una persona a ejercer la prostitución o mantenerse en ella mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico la vedet de los medios comisivos aparece sin dudas en torno a las de-

²⁷ Sobre el delito de terrorismo, *vid.*, entre otros, de modo general, Mariona LLOBET ANGLÍ, «Delitos contra el orden público», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 363-379 y ss.

²⁸ Sobre el delito de aborto, *vid.*, entre otros, David FELIP I SABORIT, «El aborto», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 49-61.

fraudaciones. Allí el art. 248 del Cp 1995 tipifica el delito de estafa construido sobre la figura del engaño²⁹.

En el marco de los delitos relativos al mercado y a los consumidores el legislador penal español recurrió en el art. 284 del Cp 1995 tanto a la violencia, la amenaza, el engaño o la utilización de información privilegiada para construir el tipo penal de alteración de precios que debían resultar de la libre concurrencia.

Tanto en los delitos contra los trabajadores como en los delitos contra los ciudadanos extranjeros aparecen tipos penales contruidos sobre variados medios coactivos. A modo de ejemplo, en el art. 315.1 el Cp 1995 castiga a quien mediante engaño o abuso de la situación de necesidad impidiere el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga. Mientras que por su parte, en el art. 318*bis*.3, agrava el tipo básico cuando las conductas son llevadas a cabo con violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima³⁰.

En el ámbito de la protección de la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos tanto en el art. 522.1 como en el art. 523 se recurre a variados medios coactivos. En los primeros casos el legislador recurrió a la violencia, la intimidación, la fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo; mientras que en el segundo caso el tipo penal se construye sobre la violencia, la amenaza, el tumulto o cualquier otra vía de hecho.

En el marco de los delitos de lesa humanidad el art. 607*bis*.9 prevé la imposición de penas de seis a ocho años de prisión a quienes trasladen

²⁹ En particular sobre el engaño en el delito de estafa, *vid.*, por todos, PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño...*, *op. cit.*

³⁰ Con detalle sobre el tipo penal del art. 318 *bis* del Cp 1995, *vid.*, por todos, Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Tomás S. VIVES ANTÓN / Enrique ORTS BERENGUER / Juan C. CARBONEL MATEU / José L. GONZÁLEZ CUSSAC / Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal - Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 507-547.

a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Finalmente, en el contexto de las faltas el art. 620 del Cp 1995 tipifica como dependientes de instancia privada las amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve, marcando con ello una interesante particularidad para la interpretación sistemática de esos medios coactivos entre los delitos. A saber, sin perjuicio de detenernos especialmente sobre este punto más adelante, el hecho de encontrar en el propio Cp 1995 medios coactivos que admiten graduación de gravedad indica necesariamente que sólo los más graves son relevantes para el Derecho penal español en el contexto de los delitos, pudiendo bajarse el listón de exigencia típica en las faltas y hasta considerando atípicas las conductas realizadas con medios coactivos de mínima significancia.

§ 4. EL ELENCO DE ENGAÑO, VIOLENCIA Y AMENAZA COMO MEDIOS COMISIVOS Y LA DELIMITACION DEL CONCEPTO DE INTIMIDACIÓN

4. La simple enumeración anterior pone de manifiesto la existencia de elementos recurrentes utilizados por el legislador penal para la configuración de variadas figuras típicas. Entre ellos se destaca claramente el concepto de engaño en la estafa que tanto ha trabajado la dogmática jurídico penal³¹.

En segundo lugar, el concepto violencia, de vital importancia en una concepción fragmentaria del Derecho penal que se limite a proteger

³¹ Se destaca especialmente en este tema el trabajo de PASTOR MUÑOZ, *La determinación...*, *op. cit.*

los ataques más graves a los bienes jurídicamente protegidos, se presenta como un concepto atractivo pero quizás un poco trillado³².

Y finalmente, el concepto de intimidación o de amenaza, instituto con especiales significaciones dogmáticas, filosóficas y prácticas al cual había dedicado poca atención la doctrina penal especializada más reciente³³.

5. El simple relevamiento de la parte especial del Derecho penal, con especial curiosidad por la utilización que el legislador penal hace de la amenaza e intimidación como medios coactivos, muestra acabadamente la dispar regulación jurídica y la heterogénea interpretación en el ordenamiento jurídico penal de dicho concepto³⁴. Justamente ese estudio de la realidad jurídica de la interpretación de la intimidación o amenaza

³² Ello, fundamentalmente porque ya había sido abordado en el último tiempo de modo original por el trabajo oportunamente citado de SÁNCHEZ TOMÁS.

³³ Luego de análisis de los distintos tipos penales de la parte especial del Cp 1995 resultan interesante y trasladables a este contextos, aunque originalmente desarrolladas sobre una legislación penal española precedente, las conclusiones realizadas por Antonio BERISTAIN, «La intimidación en Derecho español», en Separata de la Revista de Derecho judicial, año VI, núm. 24, (1965), pp. 11-22. A saber, sostiene que: «1. Falta en nuestro Código punitivo, a diferencia de lo que ocurre en el Código civil, un concepto o definición de lo que debe entenderse por intimidación, así como los requisitos necesarios para su apreciación [...]; 2. Para designar esta fuerza moral se emplea comúnmente el término de intimidación y, más raramente, el término de amenazas; 3. La intimidación como coacción psíquica, se opone a la fuerza física normalmente designada simplemente como violencia; 4. En unos casos basta la intimidación para integrar el tipo agravatorio y en otros se exige que esa intimidación sea grave [...]; 5. En ocasiones la intimidación es elemento constitutivo del tipo penal [...] en otras meramente elemento específicamente agravatorio [...]. Sin compartir con este autor su propuesta de definir legalmente el concepto de intimidación, que tanto como cualquier otro debe quedar librado a lógica de la dogmática jurídico-penal, de la enumeración precedente surge que todos y cada uno de los medios coactivos utilizados en el Cp permiten y, más aún, requieren de un abordaje dogmático y sistemático más detenido.

³⁴ Situación en buena medida motiva, como sostiene BERISTAIN, «La intimidación...», pp. 11-22, por la falta prescripción legal de los requisitos necesarios para apreciar intimidación

demuestra el interés tanto teórico dogmático, como de aplicación práctica de tema. Las desigualdades en las que incurren tanto legisladores como magistrados a la hora de utilizar e interpretar la intimidación es una muestra palpable del atractivo práctico de la cuestión³⁵.

6. La doctrina penal, como se resaltara en los párrafos anteriores, se ha ocupado por años del problema de la delimitación de la violencia en el Derecho penal y de la distinción entre *vis absoluta* y *vis relativa*³⁶.

Sin embargo, no se ha detenido en profundidad a analizar un concepto, a todas luces más complejo, como es el de intimidación o amenaza y su delimitación como medio coactivo. Sin quitarle al concepto de violencia un mínimo de trascendencia debe tenerse en cuenta que en la intimidación se navega, generalmente, sobre el límite inferior del Derecho penal. Es decir, que se analizan conductas que si no dan con el listón de exigencia previsto en tipo penal deben ser entendidas como

³⁵ La necesidad de objetivizar o describir condiciones materiales no es exclusivo del concepto de intimidación, por el contrario en casi todos los ámbitos del Derecho penal, como ya se irá poniendo de manifiesto, aparece la necesidad, al menos para un concepción de la dogmática jurídico-penal, de evitar alusión o recursos psicológicos. Obsérvese como, justamente en el contexto de los delitos sexuales, CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1544, p. 298 sostiene que «con la formula de actos *impúdicos* he descrito las condiciones materiales de este delito, eliminando así toda alusión al móvil psicológico, para no introducir en la definición una duda que puede suministrar ante la ciencia tema de discusiones, y que en la práctica puede ser resuelta de varios modos, según el lenguaje empleado por los diversos legisladores».

³⁶ En este sentido, en el contexto del estudio de los medios coercitivos en las coacciones, ha planteado Reinhart MAURACH/ Friedrich-Christian SCHROEDER/ Manfred MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1.*, o., *neu bearbeitete Aufgabe*, C.F. Müller, Heidelberg, 2003, p. 143 (marg. 11) que el concepto de violencia es el más discutido o controvertido del Derecho penal y ello, en buena medida, porque aparece como medio coactivo en un número importante de delitos (§ § 81, 105, 106, 113, 177, 249, 253, 255 etc.). Por su parte, en el contexto concreto de los delitos sexuales pone de manifiesto Carlos FONTAN BALESTRA, *Delitos sexuales*, 2ª ed., Arayú, Buenos Aires, 1953, p. 43 que el concepto de violencia ha «...sido minuciosamente estudiado en todos sus aspectos...».

penalmente irrelevantes o fuera del *ius puniendi* del Estado. Eso, claro está, más allá de la existencia de conductas típicas construidas sobre la idea del mero disenso del sujeto pasivo.

Aunque excepcionalmente se haya dedicado de modo concreto a su estudio, la doctrina penal ha puesto claramente de manifiesto la importancia de la interpretación de la intimidación o amenaza. Entre otras cosas se ha sostenido, por ejemplo, que:

«Anche la minaccia, come la violenza, offre largo campo di indagine all'interprete, non solo per la vasta considerazione che trovò nel diritto romano ed in quello intermedio, ma soprattutto per la varietà delle applicazioni contenute nella nostra legislazione, che fanno sentire l'utilità e l'urgenza di risalire, sia pur brevemente, dalla molteplicità delle disposizioni che la richiamano all'unità concettuale che indubbiamente le presidia»³⁷.

«... una desorientación tras un engaño o el miedo derivado de una amenaza no se pueden aprehender tan fácilmente por cualquiera, sino que deben deducirse indiciariamente»³⁸.

«... la fuerza moral o intimidación específica [...] a diferencia de la fuerza física entraña delicados y difíciles problemas de apreciación y enjuiciamiento»³⁹.

O que el concepto de intimidación al igual que el de violencia «... incluso más acusadamente, está necesitado de una interpretación unívoca y de un mínimo de consenso sobre su ámbito de significado»⁴⁰.

³⁷ Doménico PISAPIA, *Violenza minaccia e inganno nel diritto penale*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1940, p. 67.

³⁸ Günther JAKOBS, «Consumación material de los delitos de lesión contra las personas. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial», (trad. Sergi Cardenal Montraveta), en RECPC, núm. 4-13, 2002, pp. 1-9 al explicar la diferencia naturalística entre lo aprehensible externamente, como un objeto sustraído o uno destruido, de lo psíquicamente aprehensible como el error producido por engaño o el miedo producido por amenazas.

³⁹ BERISTAIN, «La intimidación...», pp. 11-18.

⁴⁰ SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia...*, p. 288 (nota 2).

«... que en comparación con la violencia «cuando se trata de apreciar la intimidación, las cosas no ofrecen la misma facilidad para el pronunciamiento...»⁴¹.

«... así también en referencia a la interdisciplinariedad de estos supuesto se ha afirmado que «todavía no se ha escrito la psicología de la amenaza, aunque es uno de los hechos más importantes y frecuentes en la vida»⁴².

Las dificultades probatorias y la complejidad de la delimitación del concepto de intimidación han llevado a algún autor a justificar la mayor atención que la jurisprudencia dedicó a este medio coactivo sobre su equivalente funcional, la violencia⁴³. No obstante compartir la existencia de mayor dedicación de la jurisprudencia a la delimitación del concepto de intimidación debe ratificarse la gran disparidad de criterios utilizados para su determinación.

Lo propio sucede en el Derecho privado, donde por ejemplo se afirma que la intimidación, aunque expresamente definida en el art. 1267 del Código civil, resulta muy complicada de determinar en comparación con la violencia⁴⁴.

⁴¹ Rodolfo MORENO (h), *El código penal y sus antecedentes*, tomo IV, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, p. 241.

⁴² Hans VON HENTIG, *Estudios de psicología, El chantaje*, t. IV (trad. José María Rodríguez Devesa), Espasa-Calpe, Madrid, 1946, p. 37.

⁴³ Concepción CARMONA SALGADO, «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», en AA. VV., *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 1163-1169 «... del análisis de la citada doctrina jurisprudencial parece desprenderse un mayor grado de exigencia a la hora de concretar el contenido de la *intimidación* o *fuerza psíquica* como medio alternativo de comisión de este delito junto a la *vis física*, quizás porque al no dejar su utilización por el agresor restos materiales eternamente perceptibles en la fisonomía de la persona agredida las dificultades probatorias en la práctica son mayores...».

⁴⁴ Cfr. José M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, v. 2º, 6ª ed., REUS, Madrid, 1967, p. 570 resalta la dificultad de apreciar la intimidación debido a la extraña influencia que se ejerce en lo íntimo de la libertad.

Si bien es cierto que desde hace tiempo la amenaza, fundamentalmente en Alemania y en torno al delito de coacciones del § 240 (*Notigüng*) o quizás del delito de chantaje y en el delito de extorsión del § 253 (*Erpressung*) ha merecido interpretaciones más profundas, la discusión no ha generado en los países de nuestro ámbito el interés que la complejidad del caso, a mi entender, requiere⁴⁵.

Obsérvese cómo ya en 1912 y con especial agudeza ENGELHARD planteaba supuestos donde, si bien se estaba ante la presencia de una amenaza, la misma no revestía, por distintos motivos, la significación necesaria para la configuración de un delito:

«... la cocinera que amenazaba con marcharse si no se le sube el sueldo; el arrendatario que amenaza con mudarse si no se empapela el piso; el prestamista que amenaza con rescindir el contrato si no se le paga un interés más alto: todos serían extorsionadores; no lo sería menos el comprador que amenaza con comprar en otro sitio si no se le hace un precio especial, o el empleado que amenaza con irse a la competencia si no se le sube el sueldo. Todos ellos pretenden una ventaja patrimonial a la que no tienen derecho, y la intentan conseguir anunciando a la contraparte un mal para el caso de que se niegue a concederla»⁴⁶.

7. No puede soslayarse, sin embargo, que la esmerada dedicación al estudio del concepto de violencia ha traído algo de luz a la interpretación de la intimidación o amenaza.

⁴⁵ En este sentido son conocidos en Alemania los debates entre KOHLRAUSCH y WELZEL que dan vital importancia a la delimitación del concepto de amenaza del § 240 según las condiciones particulares de la situación y de la propia víctima. Por otro lado, SCHÖNKE, exigiendo una amenaza que genere el temor de una pérdida importante de valores, suficiente como para determinar a un hombre prudente a cumplir las exigencias del autor.

⁴⁶ Herbert ENGELHARD, *Das Chantage-Problem im geltenden und künftigen deutschen Strafrecht*, Schletter, Breslau, 1912, pp.24-25, he tomado la traducción de estas líneas de GÓMEZ POMAR/ ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Chantage e intimidación...*, p. 113.

A saber, normalmente y con mucha frecuencia, los conceptos de violencia y amenaza o intimidación, como se resaltara en la descripción del primer grupo de casos realizada *supra*, aparecen como medios alternativos para la configuración de distintos tipos penales de los llamados coactivos. Ese recurso a ambos conceptos como configuradores del tipo, junto con el estudio detallado de uno de ellos, lleva como lógica consecuencia a la delimitación entre ambos. Es decir, el hecho que la doctrina haya estudiado con detalle la violencia y su demarcación en el Derecho penal ha sido de utilidad para intentar determinar el límite superior de la amenaza o la intimidación, que no es otro que el límite inferior de la violencia.

No obstante, aunque los profundos estudios sobre el concepto de violencia han traído claridad a la interpretación de la intimidación, no puede aún considerarse superada la problemática. Y ello es así porque incluso el límite inferior del concepto de violencia resulta difuso. Todo ello genera, además de un tema de importante interés dogmático, una insoslayable dificultad práctica en aquellos tipos penales en que sólo la violencia está tipificada como medio coactivo.

Así, a modo de ejemplo, el supuesto del delito de coacciones en el Cp 1995 donde el recurso a la violencia como único medio coactivo ha llevado a una interpretación tan extensiva de sus límites que sin duda lo ha desvirtuado por completo⁴⁷.

⁴⁷ Especialmente gráfico sobre este tema, *vid.* RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad», pp. 81-90 haciendo referencia a un proceso de espiritualización del concepto de violencia en las coacciones que pasó del requisito del uso de fuerza física a prescindir totalmente de exigencias de tal modo de incluir en las coacciones como tipo residual «...cualquier privación ilegítima de derechos ajenos no encuadrable en ningún otro tipo delictivo»; EL MISMO, «¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del derecho penal», en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 483-486 afirma que la falta de exigencia de medios para lograr la restricción de la libertad de la víctima hace pensar que «... para la jurisprudencia actualmente dominante el delito del artículo 172 del CP ha dejado de ser un delito de medios determinados para convertirse en un ilícito resultativo». Sobre el proceso de

§ 5. LA AMENAZA E INTIMIDACIÓN EN LOS DELITOS SEXUALES Y CINCO RAZONES PARA UTILIZARLAS COMO CAMPO DE CRÍTICA DE LAS DOCTRINAS ACTUALES Y BANCO DE PRUEBAS DE UN CONCEPTO COMPREHENSIVO DE INTIMIDACIÓN

8. Como ya se ha puesto claramente de manifiesto en la enumeración de los distintos grupos de casos donde se ha recurrido a «medios coactivos», la amenaza y sobre todo la intimidación han sido utilizados por el legislador penal español de 1995 con cierta frecuencia y en varios tipos coactivos de la parte especial. Sin embargo, en este trabajo se ha recurrido a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales como banco de pruebas para el desarrollo de propuestas alternativas de delimitación de la intimidación al menos por cinco motivos. Ante todo, porque el delito de agresión sexual es el primero, desde el punto de vista sistemático, en que el legislador penal español recurre a la intimidación junto con la violencia como medios coactivos para describir la conducta penalmente disvaliosa. En segundo lugar, porque es «difícil que exista otro ámbito del Derecho penal más íntimamente relacionado con el problema de las relaciones entre derecho y moral que el de la definición del comportamiento sexual punible»⁴⁸. Ello hace aún más

espiritualización del concepto de violencia en el delito de coacciones, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales, *vid.*, por todos, Santiago MIR PUIG, «El delito de coacciones en el Código penal», en ADPCP, (1977), pp. 269-276 y ss.

⁴⁸ Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos de los delitos sexuales», en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile (Valdivia), núm. especial, agosto (1997) vol. 8 supl., pp. 73-73. Los antecedentes históricos sobre la determinación del complejo límite entre la Moral y el Derecho en el contexto de los delitos sexuales y en particular los esfuerzos de la doctrina penal alemana y los proyectos de reforma del StGB en las décadas del sesenta y setenta del SXX, son puestas de manifiesto por Claus ROXIN, *Derecho penal*. T. I. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. Diego M. Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, § 2, p.52 (marg. 3).

interesante la determinación de los límites de las conductas sexuales en las que el Estado, mediante el Derecho penal, puede intervenir⁴⁹.

Las relaciones sexuales constituyen, en sí mismas, un proceso causal. A saber, el sujeto activo utilizando algún medio determinado llega a la consecución de un acto de contenido sexual con el sujeto pasivo. Como todo proceso causal, tiene una causa y un efecto, y requiere que una de las partes aporte la causa. Dicho en otros términos, es necesario que el sujeto activo ponga determinados medios para la consecución del fin pretendido. Así las cosas, ese medio aportado por el sujeto activo admite infinidad de posibilidades, desde la mera insinuación hasta la violencia física más extrema. Entran en esta gama, la proposición, la seducción, la insistencia, la *vis grata puellis*⁵⁰, el uso de determinada posición de dominio, el engaño, la amenaza, la intimidación, etc.

Ciertamente, en ese sentido, la determinación de la intimidación como uno de los medios coactivos requeridos para la configuración del tipo adquiere especial relevancia. Ello es así porque dependiendo de la interpretación que se haga del concepto de intimidación típica, se ampliará o limitará la posibilidad de perseguir penalmente determinadas conductas sexuales.

⁴⁹ Obsérvese cómo antiguamente se proponían excepciones insostenibles a los principios generales del Derecho penal en el contexto de los delitos sexuales, en los cuales, tal vez por la aversión antigua a las malas costumbres, se llegó a proponer la misma pena para el delito consumado que para la tentativa y no en términos generales sino tan sólo en el contexto de estos delitos, cfr. CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1535, p. 280.

⁵⁰ La *vis grata puellis* que se traduce como «la violencia que agrada a las jóvenes» formulada por Ovidio (Publio Ovidio Nasón), llamado “poeta del amor”, fue tomada por la doctrina y la jurisprudencia alemana para hacer referencia a los casos de violencia agradable para la víctima por tratarse de supuestos de insistencia del sujeto activo para lograr los deseos sexuales pretendidos y que como tal no merecía castigo, pues en definitiva se trata de un caso de seducción ordinaria, cfr. CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1520, pp. 254 y ss. Para parte de la doctrina la *vis grata puellis* se resuelve como un caso de atipicidad por consentimiento, Manuel MARCHENA GÓMEZ, «Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley orgánica 3/1989)», en LL, (1990-2), pp. 1150-1154.

En tercer lugar, porque en el contexto de la legislación española el legislador del Cp de 1995 ha introducido una importante variante en la tipificación general de los delitos sexuales al dar un protagonismo inédito a la violencia y a la intimidación como medios coactivos. Si bien luego se abordará con más detalle en el capítulo I, al analizar la técnica de tipificación elegida por el legislador penal, puede adelantarse que los medios coactivos han desplazado a un segundo plano el clásico protagonismo de la penetración carnal en el ámbito de los delitos sexuales luego del Cp 1995.

En cuarto lugar, porque los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales siempre han constituido un punto álgido en el supuesto conflicto entre eficiencia y garantías en Derecho penal, punto de gran actualidad por la vigente discusión que este tema ha generado en el ámbito del moderno Derecho penal económico.

La importante expansión mediática que hoy padece el Derecho penal se vislumbra con claridad meridiana en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y en la violencia doméstica, como los temas de mayor preocupación entre los llamados delitos del Derecho penal nuclear⁵¹. No sólo es posible hablar de expansión del Derecho penal por la creación legislativa de nuevos tipos penales o por el aumento de las penas a los delitos ya existentes, sino que, admite, a mí juicio, una tercera posibilidad. La interpretación extensiva de los conceptos penales por parte de los jueces es una forma de acrecentar el ámbito de intervención del Derecho penal. Tanto puede expandirse este Derecho por una reforma legal que tipifica una conducta que anteriormente no constituía delito, como por una interpretación jurisprudencial que amplíe el ámbito de aplicación de un precepto penal ya existente, situación que podría encuadrarse en la Política criminal en el ámbito judicial.

⁵¹ La problemática sobre el crecimiento del Derecho penal actual y sus posibles causas ha sido descrita con especial claridad por Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

Este tema resulta de especial relevancia en el marco del Derecho penal actual donde podríamos atrevernos a asegurar, como lo viene sosteniendo parte de la doctrina, que en definitiva la Política criminal de un Estado está en manos de su Tribunal Constitucional⁵². La violencia y la intimidación pueden ser un claro ejemplo de este problema. Entre otros grupos de casos, y para continuar con el ejemplo citado, puede verse la interpretación cada vez más amplia que la jurisprudencia española mantiene del concepto de violencia en el delito de coacciones⁵³. Con su interpretación actual, permitiría considerar como típicas conductas que, con relación a otros tipos penales, incluso podrían no ser consideradas intimidación relevante. Ya se volverá sobre este tema más adelante; sin embargo, valga recordar que el delito de coacciones en la legislación penal española solo tipifica la violencia como medio coactivo.

En quinto y último lugar, se ha recurrido a los delitos contra la libertad sexual como banco de pruebas para las propuestas de interpretación de la intimidación porque la poca pero intensa discusión generada en torno a ella en la parte especial del Derecho penal se originó y desarrolló, al menos en España, en el delito de violación o agresión sexual del Cp de 1973⁵⁴.

⁵² Sobre la “interpretación conforme a la constitución”, el desarrollo continuador del Derecho y las restricciones teleológicas de los tipos penales por parte de los tribunales *vid.* Lothar KUHLEN, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, en castellano, la recensión a dicha obra de Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, «Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)», en *Indret.com*, (399), enero 2007.

⁵³ *Vid.*, entre otras, STS de 24 de marzo de 1983; STS de 11 de julio de 2001; SAP de Barcelona de 27 de diciembre de 1999; SAP de Malaga de 12 de febrero de 2001; AAP de Barcelona de 27 de abril de 2004; analizadas por RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad», pp. 81-90 y 91.

⁵⁴ Sin dudas el trabajo de Enrique GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Cp español; con especial referencia a la violación intimidatoria», en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 287-305; previamente publicado en ADPCP, (1969), fascículo 3, pp. 489-509 constituye el punto de partida de la discusión dogmática en torno a la

Ello, a diferencia por ejemplo de la doctrina alemana, que se ha dedicado al estudio del concepto de amenaza a partir de la estructura típica de las coacciones tipificadas en el § 240 del StGB. Sobre este punto resulta, al menos, sorprendente que la mayor discusión generada en la doctrina penal española sobre la intimidación en los delitos sexuales haya sido bajo la regulación del Cp 1973 donde el protagonismo lo mantenía aún la problemática sobre el acceso carnal. Fue justamente con la sanción del Cp 1995 donde la intimidación y la violencia adquieren un papel relevante en la distinción de las conductas sexuales. Sin embargo, los trabajos dedicados al estudio de estos medios coactivos en el contexto de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual son escasos en España con posterioridad a 1995.

§ 6. LAS DIFICULTADES DE ESTUDIAR LA INTIMIDACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y A INDEMNIDAD SEXUALES

9. Los delitos sexuales constituyen un tema especialmente delicado en el ámbito del Derecho penal nuclear contemporáneo. Así, los intentos para determinar la amenaza o intimidación no pueden realizarse desconociendo una serie de condicionantes que indudablemente influyen en su valoración social.

Existen, en la realidad social e intelectual de los países de nuestro entorno cultural, ciertos grupos de interés, como es el caso del feminismo, que ejercen su influencia en los distintos ámbitos del Derecho penal⁵⁵. Dicha influencia no se limita tan solo a declarar la ilegitimidad

interpretación de la relación intersubjetiva de intimidación en los delitos sexuales coactivos en el Derecho penal español.

⁵⁵ La influencia del feminismo -como grupo social- en el ámbito del Derecho penal se vió, hasta donde alcanzo, claramente ampliada por la estrecha relación con la «victimología» -como ciencia-. Sin embargo, por las diferencias sustanciales existentes entre la victimología y los *Victim Movements*, y entre ellos particularmente el

del poder punitivo del Estado y proponer su abolición, así como a pretender influir en los criterios orientativos de la Política criminal de un determinado tiempo y lugar, o a proponer sus criterios a la hora de la formación de la ley penal en el ámbito legislativo. También muestra su influencia mediante la presión de la opinión pública a la hora de interpretar los conceptos penales en el ámbito judicial de aplicación de la ley⁵⁶.

Con relación al primer punto, una importante corriente feminista propugna la abolición del Derecho penal como medio de control social y se enrolla en las filas de la versión más radical de la llamada criminología crítica⁵⁷. No obstante, en la acera contraria un grupo importante

feminismo, algunos autores postulan que dicha relación ya ha tocado su máximo techo práctico, pues «...una vinculación demasiado estrecha puede dar lugar a fenómenos de instrumentalización de postulados sólo parcialmente científicos, al servicio de fines a veces inciertos, ya no controlados ni supervisados por la victimología»: Myriam HERRERA MORENO, «Itinerario ideológico de la victimización sexual de la mujer», en CPC, núm. 60, (1996), pp. 745-752.

⁵⁶ Sobre los objetivos del feminismo en el contexto del Derecho penal y en particular en el ámbito del Derecho penal sexual ha resaltado Adrián N. MARTÍN, «Poder punitivo, discurso de género y Ley 25.087 en su interpretación judicial», en Revista electrónica de Derecho penal, Derecho procesal penal y Criminología (www.derechopenalonline.com), (visto el 21 /04 /2006), pp.1-2 que «...es posible advertir la conflictiva intersección de los discursos feministas vinculados al derecho penal, al menos en su variante más represiva, y los discursos vinculados a la tradición de la criminología crítica o, más ampliamente, a una sociología de espíritu crítico sobre el sistema penal. Ello no tendría ninguna novedad, puesto que innumerables discursos son imposibles de compatibilizar, si no tuvieran la particular característica de yuxtaponer sus objetivos al menos parcialmente. Así, el abolicionismo, como variante más radical, se declama como antidiscriminatorio, al igual que el feminismo, aunque aquél hace hincapié en las personas criminalizadas y victimizadas por el sistema punitivo, y este último en las mujeres discriminadas en todo ámbito social».

⁵⁷ Cfr. María Paz GARAFULIC LITVAK, *Mujer y Derecho. Una aproximación a la situación legal de la mujer en tres países sudamericanos: Argentina, Chile, Perú*, Proyecto Fundación Ford, Institute for International Education, Santiago de Chile, 2001, p. 204. En esta misma línea, oponiéndose a la vía represiva del Derecho penal como camino razonable del feminismo, Carmen ANTONY, «Mujer y normatividad penal: panorama de la discusión legal en América latina desde la perspectiva de género», en *Nullum Crimen*, 2, Santa Cruz de la Sierra, (1993), pp. 20-24, sostiene que «la

o el mismo grupo, por un cambio radical de intereses en determinados ámbitos del Derecho penal, propone «la expansión del Derecho penal»⁵⁸. En ese sentido, como es normal y legítimo, un significativo grupo de interés pretende influir con el objetivo de obtener legislaciones adecuadas a sus pretensiones de vida en sociedad⁵⁹. En el ámbito que analizamos, sucede con el intento de aumentar las escalas penales de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y en concreto, en el caso español, también al procurar agravar las consecuencias penales de la totalidad de los delitos contra la mujer en el ámbito familiar.

Finalmente, en coherencia con el punto anterior y como paso previo al cambio legislativo, la presión es ejercida en el ámbito judicial de apli-

promulgación de leyes penales o el espíritu de las reformas siguen insistiendo en su carácter protector y en el incremento de sanciones, persistiendo en la errónea creencia de que la represión penal constituye el solo mecanismo para controlar determinadas conductas y resolver los problemas sociales (...) esto explica que la atención del problema se centre sobre el delincuente como foco de atención e intervención del Estado, dejando sin atención alguna a la víctima». Elena LARRAURI PIJOAN, «Control formal y Derecho Penal en las mujeres», en Elena LARRAURI PIJOAN (coord.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Siglo XXI de España editores S. A., Madrid, 1994, pp. 93-99 para quien «La modificación legal ocurrida en 1989 (violencia doméstica y falta de pago de pensiones) debiera contribuir al escepticismo respecto al recurso al derecho penal, cuando se constata que más derecho penal no es sinónimo de una mayor aplicación y de una mayor protección. Lo paradójico es que la respuesta de algún sector feminista siga siendo “más de lo mismo».

⁵⁸ YACOBUCCI, *El sentido de los principios...*, p. 43 afirma que en los propios círculos intelectuales de la nueva izquierda de los años sesenta y setenta surgió «... un replanteo del *rol* de víctima y se consideró la afectación de las clases más desposeídas por la existencia de delitos comunes que los tienen como damnificados [...] Este nuevo realismo de izquierda paradójicamente re-legitima al derecho penal como instrumento de control sobre la actividad de los poderosos y de protección respecto de los más débiles -mujeres, inmigrantes, trabajadores, etc.-».

⁵⁹ Para un abordaje global de la problemática de la Criminología crítica y la influencia del nuevo realismo de izquierda sobre la base de determinados grupos sociales como víctimas puede verse, entre otros, Jock YOUNG, «El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical», en *El poder punitivo del Estado*, Juris, Santa Fe, 1993, pp.5-39.

cación de las leyes penales. Así, la presión mediática y social sobre jueces que deben resolver posibles delitos en el ámbito de las relaciones sexuales es claramente mayor, en términos comparativos, que en otra clase de delitos⁶⁰.

En concreto, el ámbito del Derecho penal clásico destinado a la protección de bienes jurídicos como la libertad y la indemnidad sexuales constituye, en el sentido que se viene apuntando, uno de los temas más espinosos de la Ciencia penal.

Sorprende fundamentalmente el protagonismo duradero de esta clase de delitos. Siempre han existido y existirán determinados delitos que adquieren un protagonismo pasajero por una situación social particular. Por ejemplo, en España en los últimos años, y quizás aún, los delitos de violencia familiar mantenían en alerta a la sociedad; en Argentina, la importante crisis social y la aparición de los llamados movimientos “piqueteros” puso en el tapete la discusión de los delitos de coacciones y contra la libertad de circulación y libre desenvolvimiento en sociedad, al igual que la importante ola de secuestros extorsivos cometidos en los últimos años⁶¹. No obstante, como claramente puede verse en la historia de todas las sociedades más o menos próximas a la nuestra, las conductas disvaliosas en el contexto de las relaciones sexuales aparecen siempre como protagonistas.

La reciente evolución de las legislaciones penales en todos los países de nuestro entorno cultural es un ejemplo patente de esa realidad. La profundas y persistentes reformas de los tipos penales destinados a proteger el ámbito sexual de las relaciones humanas nuclea una serie

⁶⁰ La presión mediática en torno a los delitos sexuales, como acertadamente pone de manifiesto RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», pp. 109-110, no sólo se ejerce sobre los miembros del poder judicial que deben resolver los casos concretos, sino que también explica en gran medida el fuerte proceso de reformas que sufrió la legislación penal española en esta materia a partir del año 1999.

⁶¹ Contexto éste que llevo a Julio MAIER a sostener en Argentina la existencia de un “*Blumbergstrafrecht*” en referencia al padre de una víctima de secuestro seguido de muerte que motivo reformas en la legislación penal de mi país.

de intereses contrapuestos de difícil conciliación. Por un lado, la fuerte presión ejercida por el movimiento «feminista», que discute la imparcialidad del Derecho penal a la hora de regular las conductas humanas en las que se afectan derechos de la mujeres, como si hombres y mujeres estuvieran en situación de permanente confrontación⁶². Y por otro, los llamados sectores “garantistas” del Derecho penal que procuran desarrollar criterios para la interpretación restrictiva de una forma de control social que anhela convertirse en la *ultima ratio*. En medio, un abanico enorme de posibilidades que hacen aún más interesante el ámbito de investigación.

10. La descripción anterior permite concluir que este trabajo se presenta como el estudio y la delimitación del concepto dogmático concreto -la intimidación como medio coactivo- en un contexto complejo, con grupos de presión contrapuestos y un debate social permanente sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

La interpretación de amenaza o intimidación en los delitos sexuales ha sido un tema especialmente intrincado tanto para legisladores como para doctrinarios penales y los intentos por inclinarse por abordajes objetivos siempre han encontrado su contrapunto con fundados intentos por resolver la discusión desde una perspectiva subjetiva⁶³.

⁶² Cfr. GARAFULIC LITVAK, *Mujer y Derecho...*, p. 194 afirmando que «El Derecho penal jamás ha sido imparcial o neutro para las mujeres, circunstancia que aparece de manifiesto al revisar las normas penales de hace sólo 20 años» [...] «La construcción del ideal femenino, por parte del Derecho penal, ha logrado que las mujeres sean juzgadas sobre la base de su conducta y adecuación a los roles pre asignados por el “poder legislador”, masculino».

⁶³ Filippo MANCI, *Reati sessuali, Violenza carnale. Atti di libidine. Corruzione di minorenni. Ratto. Lenocinio. Azione penale*, Fratelli Bocca ed., Torino, 1927, p. 40 «Durante i lavori preparatori del Codice, in seno alla Commissione senatoriale fu proposto di specificare l'efficacia della violenza (impossibilità di resistere) e della minaccia (di un grave danno imminente o falta a mano armata o da persone mascherate), ma fu respinta perchè “vano e pericoloso sarebbe il tentativo di disciplinare l'intensità, i caratteri dei mezzi, se essi sono affatto relativi del soggetto attivo e passi-

Ya había afirmado GIMBERNAT ORDEIG en referencia a la delimitación de la intimidación en los ultrajes sexuales violentos, en su emblemático trabajo sobre el tema que ha constituido el punto de partida de esta investigación, que es «... un problema del que hasta ahora la ciencia penal y la jurisprudencia española prácticamente no se han ocupado»⁶⁴. Tal afirmación no ha perdido actualidad, pues, salvo por algunos trabajos aislados, el problema de la intimidación en los delitos sexuales discurre por los mismos dificultosos senderos que en aquel momento. La doctrina penal no es uniforme sobre el tema y los pronunciamientos jurisprudenciales son un reflejo fiel de las disidencias de los autores.

Incluso, consciente de la dificultad que conlleva la interpretación de la figura de la intimidación, en particular en los delitos contra la libertad sexual, ha sostenido el TS en relación al anterior delito de violación del art. 429 del CP 1973:

«El delito de violación sancionaba en el Código penal anterior con una pena de enorme gravedad -equiparada a la del homicidio- las conductas más gravemente atentatorias a la libertad sexual -valor jurídico también de enorme relevancia- en las que dicha libertad se constreñía con una acción proporcionada -en su naturaleza y en su resultado- a la gravedad de la pena impuesta. La necesidad -socialmente destacada- de tutelar con la máxima contundencia la libertad sexual, no puede conducir al debilitamiento de los principios fundadores de un Derecho penal democrático -como son, entre otros, los de proporcionalidad, culpabilidad y legalidad- forzando una interpretación extensiva del concepto de intimidación, que la doctrina jurisprudencial considera -a los efectos de la integración del tipo de violación- que debe reunir los requisitos de seriedad, inmediatez y gravedad»⁶⁵.

vo del delitto”». Este debate también se da en el contexto del Derecho canónico, en ese sentido sostiene BERISTAIN, «La intimidación...», pp. 11-34 que «la doctrina y la jurisprudencia canónica se plantean, a este propósito, el problema de cómo se ha de juzgar el miedo: si atendiendo a la gravedad del mal amenazado o atendiendo a la perturbación de ánimo causado en el que lo sufre».

⁶⁴ GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre algunos aspectos...», pp. 287-300.

⁶⁵ STS de 25 de marzo de 1997.

C. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

1. Los estudios de dogmática jurídico-penal, en gran medida, procuran la presentación de metodologías de trabajo novedosas o formas alternativas de abordaje de los distintos problemas a estudiar. Sin embargo, mantienen un estilo de sistematicidad predeterminado del que no nos apartaremos en este trabajo.

Ciertamente, el lector se encontrará ante un esquema clásico donde se procura plasmar una presentación lo más clara posible de la problemática surgida en torno a la interpretación de la intimidación como medio coactivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en la legislación penal española. Para ello, se realizará un análisis detenido de cada una de las soluciones aportadas por la doctrina en busca de la delimitación del concepto.

Sin embargo, en un primer apartado, antes de introducirnos en los debates dogmáticos y con el objetivo de contextualizar el problema, se presentan como punto de partida una serie de casos, reales e hipotéticos. Se han elegido tales casos pues resulta en ellos especialmente compleja la delimitación de la existencia de intimidación o, por decirlo en otros términos, en cada uno de ellos según la concepción que se maneje para la interpretación de la intimidación, se podría llegar a soluciones muy dispares que afecten de ese modo los objetivos primordiales de la dogmática jurídico-penal como Ciencia⁶⁶.

⁶⁶ Cfr. CORRAL TALCIANI, *Cómo hacer...*, p. 29 «La dogmática puede ser caracterizada por un esfuerzo de comprensión de un determinado ordenamiento jurídico (no del Derecho en general) de manera de conseguir claridad, seguridad jurídica y, sobre

2. A partir de allí será necesario contextualizar la problemática que pudo vislumbrarse a partir de los pocos casos presentados. Por ese motivo, en la PRIMERA PARTE del trabajo, se realiza una somera descripción de la regulación penal de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, sus antecedentes históricos y las discusiones en torno de la tipificación de las conductas sexuales disvaliosas en la legislación penal española.

3. Una vez localizado sistemáticamente el problema en el esquema legislativo, en la SEGUNDA PARTE del trabajo, se realiza un análisis detallado sobre las distintas propuestas de interpretación que ha desarrollado la doctrina especializada. Con ese objetivo se sistematizan las distintas propuestas doctrinales de interpretación y delimitación de la intimidación en los delitos sexuales coactivos, dividiéndolos en cuatro grupos.

En primer lugar, las ideas encuadrables en una posición «intermedia, mixta o ecléctica» que llamaremos concepción tradicional. En segundo lugar, las propuestas encuadrables en un criterio al que llamaremos «objetivo o extrínseco». En tercer lugar y como posición claramente antitética a la anterior, las propuestas desarrolladas en torno a un supuesto criterio «subjetivo o intrínseco» de interpretación. Finalmente, como cuarto grupo, se presentan las propuestas de *lege ferenda* divididas en dos subgrupos. Por una parte aquellas que postulan la eliminación de los medios coactivos en el ámbito de los delitos sexuales y por

todo, “‘más justicia’ en el paulatino trabajo de detalle», entrecomillado perteneciente a Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), 2ª ed. española de la 4ª alemana, Ariel, Barcelona, 1994., p. 183. En ese mismo sentido, Javier HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Euns, 3ª ed., Pamplona, 2000, pp. 605-606 «El fin que se propone la Ciencia jurídica es elaborar un sistema armonioso de conocimientos lógicamente estructurado (...), que haga posible aprehender y ordenar mejor la realidad jurídica tratada, facilitando así su comprensión, interpretación y aplicación».

otra, aquellas que proponen una mayor precisión legislativa de los medios actualmente vigentes.

4. Finalmente en la TERCERA PARTE, punto nuclear del trabajo, se regresa al estudio del Derecho penal en la búsqueda de una posible solución para explicar la intimidación en los delitos de contenido sexual con las estructuras desarrolladas en la propia dogmática penal. En esta parte se aborda el problema desde dos perspectivas claramente diferenciadas. Por un lado, desde la perspectiva de la víctima o del autor, y por otra intentando explicar la intimidación como proceso, proponiendo en cada uno de los casos esquemas diferenciales de análisis del problema.

**D. CASOS SOBRE INTIMIDACIONES
EN DELITOS SEXUALES
PARA ENMARCAR ESTA TESIS**

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. En la estructura general del trabajo se indicó que la primera parte de la obra se iniciaría con la descripción de una serie de casos, seleccionados más o menos arbitrariamente, que pretenden ubicar al lector en algunas de las dificultades generadas a la hora de interpretar el concepto de intimidación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Se describen brevemente en este apartado seis supuestos de hecho donde la comprensión del concepto de intimidación resulta central para determinar la conducta típica. Se han elegido casos límite entre la descripción típica de los delitos de agresión y abuso sexual, resaltando la relevancia práctica de la determinación de la intimidación.

§ 2. “EL CASO DE SUSANA, HIJA DE JELCÍAS”⁶⁷

1. La historia de Susana, mujer de Joaquín e hija del Jelcías, aparece en el libro del profeta Daniel 13, 1-9.15-17.19-30.33-62. En resumen, los

⁶⁷ Este relato del Evangelio también es citado por Eduardo AGUIRRE OBARRIO, *El delito de chantaje*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

hechos del caso con el que iniciamos la introducción de este trabajo pueden sintetizarse en los siguientes términos:

Susana, una bella y joven mujer, estaba casada con Joaquín, hombre muy rico y respetado entre los judíos de Babilonia. La casa en la que vivían Joaquín y Susana contaba con un espacioso jardín donde se juntaban varios del pueblo, entre ellos dos ancianos que habían sido designados jueces y a los que acudían muchos para resolver sus pleitos. Cada día, luego que la gente se iba de su jardín, Susana salía a recorrerlo. Los ancianos la veían pasear por el jardín y comenzaron a desearla. Un día caluroso Susana decidió bañarse en su jardín y envió a sus criadas a buscarle aceites y perfumes a la casa. Aprovechando la situación los dos viejos, que estaban escondidos observándola, se acercaron a Susana y le dijeron: *«Mira, las puertas del jardín están cerradas, nadie nos ve. Nosotros te deseamos apasionadamente; consiente, pues, y deja que nos acostemos contigo. De lo contrario daremos testimonio contra ti, diciendo que un joven estaba contigo y que por eso mandaste fuera a las criadas»*.

Susana, sin dudarle, optó por gritar y desenmascarar a los ancianos, pero ellos también gritaron y uno de ellos corrió a abrir la puerta del jardín. Cuando todos estuvieron reunidos contaron al pueblo que Susana tenía relaciones con un joven que había escapado por la puerta del jardín pese a que ellos intentaron evitarlo.

2. En los términos redactados no hay una consumación, aunque podría discutirse la tentativa de agresión sexual o abuso sexual. Así las cosas, reformulemos el caso y consideramos que Susana, ante los dos males puestos en perspectivas por los ancianos, hubiese optado por mantener relaciones sexuales con ellos para evitar la enorme injuria de verse desacreditada ante su marido, ante el pueblo en general y a terminar con su vida tras una segura condena a muerte.

Ante esa realidad correspondería analizar si la amenaza de los ancianos jueces tuvo la suficiente entidad como para configurar una intimidación típica y en consecuencia encuadrar su conducta en un supuesto de agresión sexual a la luz del Cp 1995. Para ello, debería determinarse

por una parte, la injusta desacreditación ante el marido y ante el pueblo en general; y por otra la posible amenaza de muerte, toda vez que en esa época una conducta de las características descritas en el caso conllevaba necesariamente la muerte de la mujer adúltera.

§ 3. “LA VIOLACIÓN DE LUCRECIA”

1. El genial W. SHAKESPEARE escribió, luego de su primer éxito con «Venus y Adonis» (1593), el poema titulado «*The rape of Lucrece*» (1594) que inspirara luego notables expresiones artísticas incluso hasta la actualidad. «La violación de Lucrecia» describe la violación de una joven por parte de un poderoso e intocable hijo primogénito de un rey. Precisamente, con su especial y claro estilo describe SHAKESPEARE el proceso de lo que actualmente podríamos llamar una violación intimidatoria o una agresión sexual con intimidación.

2. En la primera de las cuatro partes del poema, se describe con especial claridad la torpeza de Colatino, marido de Lucrecia, al contarle a su amigo, Sexto Tarquino, hijo primogénito del Rey, la belleza y castidad de su mujer y la sorpresa de este último al apreciar por sus propios ojos la insignificancia de los relatos de su amigo frente a la realidad de la imagen de Lucrecia.

Luego, la conducta planeada de Tarquino de acercarse, haciendo valer su linaje, a la casa de Lucrecia pidiendo un lugar donde pasar la noche y gestar allí su plan. Asimismo describe con claridad SHAKESPEARE los males que Tarquino pone en perspectiva a Lucrecia si ella no acepta mantener una relación sexual secreta con él, literalmente del original de la obra:

«¡Lucrecia!» exclama, loco, “te gozaré esta noche y si tú me rechazas, me abriré ese camino, mi fuerza, que en tu lecho, trata de destruirte, tras lo cual, mataré a tu mísero esclavo, para quitarte vida y honra al mismo tiempo. Después, le dejaré, en tus brazos inertes, jurando darle muerte, cuando le vi abrazarte. De esta forma tu esposo, si es que aun sobrevive, será objeto de mofa de todo ser viviente. Tus deudos, de vergüenza, no mirarán de frente y todo tu linaje tendrá un nombre bastardo, mientras que tú, la autora, de tu propia deshonra, verás que tu delito será citado en rimas y cantado por siempre por los niños a coro. Mas si cedes, te juro, ser tu amante secreto y una falta ocultada es sólo un pensamiento y si un pequeño daño, alcanza un buen final, es en cualquier política un empeño legal. Cuántas veces, la hierba venenosa, se mezcla con un compuesto puro, y una vez aplicada la ponzoña en su efecto, por el se purifica. Así, pues, por el bien, de tu esposo y tus hijos, escúchame este ruego: no legues a tu dote, la vergüenza que ellos, jamás podrán borrar, la mancilla que nunca podrá ser olvidada, cual marca del esclavo o cruz de nacimiento, pues la señal del hombre, si la lleva al nacer, son faltas de Natura, no de su propia infamia.»

3. En términos similares al relato veterotestamentario de la hija del Jelicias, en el poema de SHAKESPEARE se describe el proceso intimidatorio que Sexto Tarquino inicia con el propósito de allanar la voluntad de Lucrecia mediante la amenaza concreta de difamar. Si bien de la primera parte del relato parece surgir la idea de la puesta en perspectiva de fuerza en subsidio de la amenaza, lo cierto es que el punto más relevante de los hechos pasa por puesta en perspectiva de una difamación⁶⁸. En concreto, se anuncia a la víctima que, en caso de no ceder y satisfacer sus deseos sexuales, Sexto Tarquino dirá al marido de la víctima y al pueblo entero que la encontró en situación de adulterio con un esclavo.

⁶⁸ Con referencia directa también a este ejemplo de la literatura Tomás JOFRE, *El Código penal de 1922*, Sociedad de Abogados Editores, Buenos Aires, 1922, p. 228 afirma que «Lucrecia no se entregó a Tarquino cuando amenazaba matarla; y se entregó, sí, cuando la conminó con dejar a su lado un esclavo muerto y hacer creer que los había sorprendido en tan infame crimen».

Un punto aún más interesante que distingue este supuesto de hecho del anteriormente presentado es que aquí aparece un segundo mal puesto en perspectiva. Un mal que, si bien está anunciado a la víctima, tiene a una tercera persona como destinataria concreta, es decir, que se trata de una amenaza triangular. En concreto, se anuncia a Lucrecia que se matará a uno de sus esclavos para colocarlo en su lecho junto a ella.

Claro que del análisis global del hecho surge que finalmente, la amenaza que se cierne contra Lucrecia es una amenaza de muerte, la suya propia, más la amenaza de un mal contra su propio honor, más finalmente la amenaza con matar a uno de sus esclavos como medio para concluir de modo creíble el proceso intimidatorio.

§ 4. “EL CASO DEL ALFILER”⁶⁹

1. El «caso del alfiler», supuesto de hecho real, juzgado por la Audiencia Provincial de Barcelona y finalmente por el Tribunal Supremo Español, constituye uno de los casos más significativos en la discusión de la dogmática de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales en España⁷⁰. Ello es así porque a partir de dicho fallo y como comentario al mismo, se desarrolla la postura subjetiva de SUAY HERNÁNDEZ que se convirtió en una teoría de referencia como contrapunto de los criterios objetivos.

2. Los hechos del caso fueron resumidos por SUAY HERNÁNDEZ en los siguientes términos:

⁶⁹ Cfr. Celia SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación», en LL, (1992-1), pp. 1062-1062.

⁷⁰ STS de 16 de enero de 1991.

«Luis M. N. (de 22 años) circulaba con su vehículo por las calles de Hospitalet de Llobregat sobre las 4.30 de la madrugada, cuando encontró a Dolores S. J. (de 36 años) a quien se le había averiado su vehículo. Luis M. N. se ofreció a acompañarla con el coche hasta que encontrara un taxi, y Dolores S. J. aceptó el ofrecimiento. Una vez en el vehículo, Luis M. N. se dirigió a una zona de naves industriales, por lo que la mujer le preguntó acerca de sus propósitos, recibiendo por respuesta que «se lo podía imaginar» y que se estuviera quieta «porque si no la iba pinchar». Luis M. N. aparcó el coche, y ante las peticiones de Dolores S. J. de que la dejara marchar, le dijo nuevamente que si se resistía la pincharía; posteriormente sacó un alfiler y lo colocó en el parasol del coche, sin amenazarla con otro objeto contundente. Dolores S. J. «se resistió un poco», y Luis M. N. la obligó a hacer una felación y la penetró vaginalmente sin eyacular, mientras ella estaba sentada junto al asiento del conductor»⁷¹.

3. En el caso aparecen tan sólo dos sujetos, el activo que pone en perspectiva un mal y el pasivo que es el sujeto receptor del anuncio y destinatario del mal anunciado. La discusión del caso que motivó resoluciones distintas por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español pasa por la determinación concreta del mal anunciado que consistía en “pinchar” a la víctima, presumiblemente con un alfiler, si esta no aceptaba mantener relaciones con Luis M. N.

Obsérvese que los dos tribunales intervinientes en el caso llegaron a soluciones diametralmente distintas partiendo de idénticos supuestos de hecho. Por una parte, la Audiencia Provincial de Barcelona había condenado a Luis M. N. por los delitos de violación habida cuenta la penetración existente y por el delito de abusos deshonestos por la *felatio*⁷². Mientras que la Sala Segunda del Tribunal Supremo había casado

⁷¹ Transcripción literal de los hechos según SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento...», pp. 1062-1062.

⁷² Como acertadamente recuerda SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento...», pp. 1062-1062, además de tratarse de un hecho cometido cuatro años antes de la entrada en vigor del Cp 1995, también se trataba de hechos anteriores a la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, por tanto no se consideraban en ese momento

la sentencia y absuelto a Luis M. N. sosteniendo que no había prueba inculpatoria suficiente sobre la intimidación.

§ 5. “EL CASO DE LA MUJER COQUETA”

1. El «caso de la mujer coqueta» es propuesto por el catedrático español Enrique GIMBERNAT en un artículo sobre la intimidación en los delitos sexuales que, al igual que en el caso de SUAY HERNÁNDEZ, aunque tiempo antes y con una posición diametralmente opuesta, se convirtió en doctrina de referencia sobre la materia.

2. Pese a lo complejo del tema, GIMBERNAT logra describir con cierta gracia el caso de una mujer especialmente preocupada por su propia imagen y, fundamentalmente, por la imagen que de ella pudieran tener los demás.

Dicha mujer, de cuarenta años de edad, había logrado aparecer en su entorno más próximo como diez años menor. Consiguientemente, todas sus amigas pensaban que tenía treinta años y desconocían por completo su edad real. Un sujeto, con conocimientos especiales de ambas situaciones, a saber, su verdadera edad y su especial interés por ocultarla, utilizó dicha información para obtener beneficios sexuales por parte de la mujer. De ese modo, puso en perspectiva el mal de informar a sus amigas la verdadera edad de la víctima si ella no aceptaba mantener un contacto sexual con él.

ni a la *felatio*, ni a la penetración anal como acceso carnal en el sentido del tipo; situación que llevaba a calificar a la felación como un supuesto de abuso deshonesto.

3. El caso resulta especialmente interesante, pues el mal con el que se pretende doblegar la voluntad de la víctima puede parecer suficiente en el caso concreto de una persona especialmente preocupada por su edad, pero insignificante y hasta visiblemente absurdo para cualquier otra persona.

§ 6. “LA INTERRUPCIÓN DE LA AMISTAD”

1. La Doctrina penal alemana suele recurrir con frecuencia a un caso del BGH donde se valoró la puesta en perspectiva de la interrupción de la amistad como mal sensible a la luz del delito de coacción del § 240 StGB⁷³.

2. En el fallo se describe que tres personas, dos hombres y una mujer, se encontraban en un apartamento. Uno de los hombres y la mujer tenían una relación de amistad. En ese contexto el hombre que mantenía la relación de amistad con la mujer le pidió a ésta que mantuviese relaciones sexuales con el tercer hombre y le anunció que, si no lo hacía, él terminaría la amistad con ella. La mujer, bajo esa amenaza, concretó el contacto sexual con el tercero.

3. Al igual que en el caso anterior, cabe determinar en este supuesto, si la amenaza con interrumpir una relación de amistad, según la descripción de los hechos, especialmente importante para la víctima posee suficiente entidad como para ser considerada típicamente relevante⁷⁴.

⁷³ BGH, Urteil vom 31.03.1982 - 2 StR 2/82 (LG Köln).

⁷⁴ El LG había considerado que el anuncio de la interrupción de una amistad importante para el sujeto pasivo constituía un mal sensible a efectos de la tipicidad de la conducta como coacciones del §240 StGB. Sin embargo, el BGH en su senten-

§ 7. “EL CASO DE LA MUJER CON UNA HIJA ADOPTIVA”⁷⁵

1. María y José, que no podían tener hijos naturales, decidieron después de un tiempo adoptar a Milagros. Por opción familiar ambos padres adoptivos habían decidido no contar dicha situación a la niña hasta que ella tuviera una edad razonable para comprenderla correctamente. Ellos creían, habiendo consultado al respecto, que recién a los diez años Milagros entendería la situación.

Pedro, ex socio de José, siempre había sentido una fuerte atracción física por María y en algunas ocasiones hasta le había hecho sugerencias sexuales concretas que habían sido tajantemente rechazadas por la mujer. Conocedor de la filiación adoptiva de Milagros, un día preso de su pasión, se acercó a María y le volvió a solicitar que tuvieran una relación sexual, agregando que si ella no aceptaba él hablaría con Milagros, en ese entonces de seis años de edad, para explicarle que no era hija natural de la pareja.

2. En este caso, el mal que se pone en perspectiva de la víctima si bien está dirigido a ella y la afecta en lo personal, también afecta a una tercera persona cercana a la víctima. Pero más allá de la triangulación del mal, éste en si mismo se presenta como dudoso, pues cabe aquí determinar justamente si se trata de un intimidación y en concreto si se trata de una intimidación penalmente relevante. En definitiva, anunciar a la niña su carácter de adoptiva hasta puede ser entendido como un Derecho de la pequeña a conocer su filiación verdadera.

cia revierte el fallo alegando que la mera perdida de una relación amical no puede considerarse un mal relevante frente a su ponderación con la libertad sexual como bien jurídico protegido. *Die Drohung, eine freundschaftliche Beziehung abzubrechen, erfüllt nicht das Tatbestandsmerkmal „empfindliches Übel“ des § 240 I StGB.*

⁷⁵ Caso hipotético que debo a la inventiva de mi amiga Claudia HERNER.

§ 8. “LOS SUPUESTOS DE TRATA DE BLANCAS COMO INTIMIDACIÓN DE CONFIGURACIÓN ALTERNATIVA”

1. El presente caso que será utilizado como ejemplo de intimidación de configuración alternativa por la existencia de varias personas en el proceso o esquema intimidatorio, es una reformulación del conocido caso de trata de blancas y su intimidación mediante ciertas prácticas del *Vudú* para ejercer la prostitución en distintos clubes nocturnos españoles.

2. Los hechos del caso pueden resumirse en los siguientes términos:

«Un grupo de mujeres nigerianas de muy bajos recursos son llevadas a España por una red dedicada al tráfico de personas. Con el objetivo de facilitar el ingreso al país, la banda paga los billetes de ida y vuelta de las mujeres como así también les entrega la documentación y el dinero necesario como para aparentar solvencia económica ante los controles fronterizos.

Una vez arribadas al aeropuerto de Barajas, las mujeres son trasladadas por gente de la organización a distintos clubes nocturnos de la ciudad de Murcia, donde las reciben sus dueños y se les explica en qué consistiría su trabajo. En concreto, se les informa que deberían ejercer la prostitución y que mantienen a partir de ese momento una deuda de tres mil quinientos euros con la organización, que debían devolverlos mediante su trabajo en el club.

Entre las mujeres está Evelin, una joven nigeriana de 24 años que viajaba a España con la esperanza de poder encontrar nuevos horizontes que le permitieran mejorar su nivel de vida. Sin embargo, queda obligada a pagar la deuda contraída con la organización que había financiado su viaje. Y ello a través de las relaciones sexuales que debería mantener con los clientes del club de alterne. La obligación para cancelar la deuda que en definitiva obligaba a la joven al pago consistía en un

extraño contrato no escrito a través de la práctica de un rito *vudú*. A saber, se recogían efectos de la persona que va a ser objeto de *vudú* tales, como pelo, uñas, sangre de menstruación, y después de sacrificar a un animal, se hacía una especie de mezcla con que se realizaban una serie de ritos. Todo ello con el objetivo de amenazar a la persona, para que cumpla presuntas deudas contraídas en el país de origen. Una vez satisfecha la deuda, la mezcla se rompía y la persona quedaba liberada de la obligación económica que había contraído con la banda. Como se puede apreciar, es una práctica contractual no escrita que tiene el rigor de un convenio de los que se extienden en el área europea y, además, tiene más fuerza si cabe que el documento escrito. Eso atenaza a las víctimas que debido a su formación religiosa y cultural las convierte en esclavas de la práctica y de quien dice habérsela hecho, de tal forma que hasta que ellas no ven la destrucción de la mezcla que se hace constar anteriormente no se sienten liberadas de esa maldición latente⁷⁶.

Luego de probados los hechos pudo demostrarse que con el fin de afianzar la obligación del pago de la deuda, la banda aplicaba un procedimiento especial para la retribución de los servicios sexuales de las mujeres. No existía entre patrones y “empleadas” la moneda corriente, pues las mujeres se limitaban a entregar al dueño del club los tickets que habían obtenido por las consumiciones y servicios a sus clientes y luego de descontárseles el alojamiento y la manutención se les entregaba un vale donde figuraba su ganancia del día que le serviría para ir achicando la deuda con la organización que las había traído a España.

3. En este trabajo se le ha dado el nombre de casos de intimidación de configuración alternativa a los supuestos descritos en este punto. Ello es así porque, en principio, no entran en la estructura de un esquema de intimidación tradicional, pues en ellos el que realiza la amenaza es una tercera persona que no participa directamente en el acto sexual que la mujer realiza sin su consentimiento. En estos casos se da un supuesto de intimidación triangular invertido, es decir la tercera persona

⁷⁶ Nota de prensa del Ministerio de Interior de España de 4 de diciembre de 2002 (http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Policia/2002/np120404.htm).

no aparece como destinataria del mal como suele ser habitual en la intimidación triangular, sino que por el contrario la tercera persona es la que anuncia el mal y tiene el control del proceso. Podría equipararse estructuralmente el supuesto con un caso de autoría mediata, eso claro está dependiendo de la posibilidad o no de considerar instrumento al sujeto que realiza el acto sexual, a saber al cliente de la inmigrante intimidada.

A la luz de la legislación penal española surgen aquí al menos dos conductas típicas. Por una parte surge el delito de determinación a la prostitución del art. 188.1 del Cp 1995. En principio, el mal puesto en perspectiva por el miembro de la organización mediante la práctica del rito Vudú podría ser entendido como intimidación y en caso de que ello no fuere posible sin dudas quedaría incólume la presencia de un abuso «...de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima». Por otra parte, surge la conducta del cliente que mantiene un contacto sexual con la persona que se prostituye sin consentimiento. Según las circunstancias esta conducta del “cliente” podría ser calificada como agresión o en su defecto abuso sexual⁷⁷.

⁷⁷ Cfr., sobre este punto, RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», pp. 109-112.

PRIMERA PARTE

EL ESQUEMA INTIMIDATORIO EN LA LEGISLACIÓN REFERIDA A LOS DELITOS SEXUALES

«...si el juez, al indagar la verdad, emplea su diligencia,
de cada cien acusaciones de éstas,
encontrará verosímiles a veces una, raramente dos;
y las demás son tan abiertamente falsas, que la calumnia es palpable»

KASTEN, *De stupro violento*, Vitemberga, 1736, p. 4,
citado y traducido por CARRARA, *Programa...*,
Parte especial, vol. II, § 1516, p. 245 (nota 1).

CAPITULO I

LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. La opción por estudiar la intimidación como medio coactivo en el ámbito de los delitos sexuales hace necesario circunscribir el concepto con su esfera de aplicación. Por ello, se ha creído necesario iniciar la capitulación de este trabajo con una breve descripción de la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales en el Cp 1995 con sus posteriores reformas.

2. La ubicación sistemática del tema de estudio constituye una metodología frecuente y recomendable; sin embargo, adquiere un papel primordial en nuestro tema de estudio. La técnica legislativa a la que ha echado mano el legislador penal español para regular los delitos sexuales da un importante protagonismo a la problemática de los medios coactivos. Por ello, no puede prescindirse del estudio sistemático de los tipos penales que, entre los delitos sexuales, recurren a la tipificación de conductas llevadas a cabo a través de la violencia o la intimidación.

§ 2. LOS DELITOS SEXUALES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

I. La regulación de los delitos sexuales en la legislación penal española

1. Los delitos sexuales han experimentado importantes transformaciones y reformas en todas las legislaciones penales de nuestro entorno cultural y España no ha sido una excepción en ese proceso de “actualización” de los tipos penales que tipifican las conductas sexuales socialmente desvaloradas⁷⁸.

Las legislaciones penales, por variados motivos que no corresponde analizar aquí, viven un frecuente proceso de modificación⁷⁹. Sin embargo, a mi juicio, han sido pocas las áreas del Derecho penal que, como la destinada a castigar determinadas conductas sexuales, han sufrido tantas y habituales modificaciones en su estructura y contenido típico⁸⁰.

⁷⁸ Sobre las distintas reformas en materia de delitos contra la libertad sexual en diferentes países de nuestro entorno cultural, *vid.*, entre otros Walter PERRON, «El reciente desarrollo de los delitos sexuales en el Derecho penal alemán», en *Estudios de derecho judicial*, n° 21, (1999), pp. 51-82.

⁷⁹ Cfr., con una posición crítica sobre las reformas en materia de delitos sexuales, Inma VALEIJE ÁLVAREZ, «La víctima en los delitos contra la libertad sexual», en *EPC*, n° 22, (2000), pp. 309-316.

⁸⁰ En ese sentido, sostiene Manuel CANCIO MELIÁ, «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *LL*, núm. 80, (2011), pp. 1-1 que ha existido «...una cascada de cambios, cuyo punto de partida está en la profunda reforma estructural llevada a cabo mediante la LO 3/1989. Cfr., sobre las distintas reformas, Manuel GÓMEZ TOMILLO, «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *RECCP*, 07-04, (2005), publicado 21 de mayo de 2005, pp. 1-2 quien destaca a los delitos sexuales como una de las partes del Cp 1995 que más ha sufrido los vaivenes del legislador español. Especialmente críticos sobre las distintas reformas sufridas por la regulación penal española en materia de delitos sexuales, *vid.*, entre otros, Concepción CARMONA SALGADO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el título VIII,

2. Los límites de intervención del Estado en los ámbitos de libertad de las personas resultan sin lugar a dudas mucho más borrosos en determinados contextos. Justamente, las conductas sexuales de los hombres y el disvalor social de algunas de ellas no resultan tan claramente distinguibles como podría ser, también en el Derecho penal nuclear, los límites del *ius puniendi* del Estado en el contexto de protección de bienes jurídicos como la «vida» o la «integridad física».

Ciertamente, las conductas “disvaliosas” en el contexto de las relaciones sexuales, si bien en términos generales no han cambiado su valoración con el paso del tiempo, son observadas desde otras perspectivas. Podría hablarse quizás, en ese sentido, de un cambio de paradigma particular y contextualizado a las conductas sexuales. Desde ese aspecto resulta gráfico o, al menos, ejemplificador de tal situación, el cambio de bien jurídico protegido con el que se ha enmarcado a los delitos sexuales con el paso del tiempo. Recuérdese el recorrido desde la protección de la «honestidad» hasta la protección de la «libertad sexual» o tan solo de la «libertad» con afectación a la sexualidad⁸¹.

libro II del Código penal. Agresiones y abusos sexuales», en Manuel COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 239 y ss.; Javier ORÁA GONZÁLEZ, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual: primeras notas críticas», en LL, n° 3, (1996), pp. 1343-1350.

⁸¹ En este último sentido, pero en el contexto del delito de estafa, ha propuesto Enrique BACIGALUPO ZAPATER, siguiendo a PAWLIK, interpretar ese delito, tradicionalmente entendido como incluido entre las conductas que afectan el patrimonio, como un delito contra la libertad con afectación patrimonial (Conferencia sobre «La dogmática del delito de estafa», dictada en la Universidad Austral- Buenos Aires, agosto de 2006, inédita). Quizás, del mismo modo que en el delito de estafa, en los delitos sexuales podría pensarse en la lesión concreta de la libertad con afectación a la sexualidad, entendida como consecuencia necesaria de la afectación de la libertad mediante conductas sexuales. En ese sentido podrían analizarse consecuencias sexuales lesivas como perjuicios sexuales concretos en las víctimas; *vid.*, entre otros, Eduardo MURCIA SÁIZ, «El perjuicio sexual en las víctimas de los delitos contra la libertad sexual», en *Ciencia forense: Revista aragonesa de medicina legal*, N° 4, (2002), pp. 157-170.

II. Evolución histórica de la regulación legal de los delitos sexuales

1. El Derecho penal sexual en la legislación española ha experimentado infinidad de reformas a través, por ejemplo de las leyes 22 /1978 donde se suprimieron los delitos de adulterio y amancebamiento; 46 /1978 que modificó los delitos de estupro y rapto; 5 /1988 que modificó los delitos de escándalo público; 3 /1989 que mediante una modificación general del Código penal presenta importantes modificaciones a los delitos sexuales. Entre ellas especialmente relevante es la consideración tanto de la felación como de la penetración anal como supuesto de violación en sentido estricto. Y en términos globales la adaptación de la legislación en materia penal sexual al cambio de paradigma de la protección de la moralidad a la protección de la libertad sexual.

2. La sanción de la ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre pareció, en primer momento, calmar la marea de reformas de los delitos en general y de los delitos sexuales en particular. Sin embargo, el afán reformista no concluyó con el Código penal de 1995.

Especialmente relevante han sido en ese sentido las reformas que el Cp 1995 ha sufrido en el contexto de la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Siendo en muchos casos modificaciones del “nuevo” Código limitadas a ese contexto. Ciertamente, aparece apenas cuatro años después de sancionado el Cp 1995, la ley 11 /1999 de 30 de abril que produjo una modificación legislativa sensible, la cual tuvo por objeto, casi exclusivo, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales⁸². Entre los aportes de la reforma de 1999

⁸² El escaso tiempo transcurrido entre la entrada en vigor del Cp 1995 y la reforma de parte de los delitos sexuales mediante la ley 11 /1999 hizo que los tribunales españoles apenas hubiesen tenido tiempo de aplicar la legislación de 1995. En ese

se destaca especialmente el relleno del vacío que el Cp 1995 había generado en el ámbito de los menores al eliminar en aquel Código, sin prever un sustituto, el delito de corrupción de menores⁸³.

3. Unos años después, con la incorporación mediante la ley 11 /2003, de 29 de septiembre de medidas específicas al Cp en materia de extranjería, seguridad ciudadana y violencia doméstica se produjeron modificaciones en el contexto de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en particular en el art. 188⁸⁴.

4. La Ley Orgánica 15 /2003, de 25 de noviembre, mediante otra modificación general al Cp 1995 incorpora una nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales con el objetivo, como se explicará en el próximo punto, de evitar supuestas interpretaciones extensivas del tipo agravado de agresión sexual o violación según la regulación tradicional.

5. Finalmente, la reciente reforma global del Cp 1995 mediante la Ley Orgánica 5/2010, produce importantes modificaciones al título de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales⁸⁵.

sentido *vid.*, entre otros, Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, «La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999», en AP (1999-2), pp. 781-782; también GÓMEZ TOMILLO, «Derecho penal...», pp. 1-2.

⁸³ Cfr. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Estado de Derecho y ley penal*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 205 y ss.

⁸⁴ *Vid.*, sobre esa reforma, GÓMEZ TOMILLO, «Derecho penal...», pp. 1-2.

⁸⁵ Sobre esta reforma en el contexto de los delitos sexuales *vid.*, por todos, CANCIO MELIÁ, «Una nueva reforma...», *op. cit.*, para quien la reforma de 2010 cae sobre «...suelo ya más que mojado -con la riada de un cambio radical de sistema en 1989/1995, seguida de continuos chaparrones de modificación desde entonces-».

6. Para encuadrar correctamente el tema específico de este trabajo es necesario realizar, al menos brevemente, un análisis de la evolución de la legislación penal española sobre los delitos sexuales. Con ese objetivo es importante poner especial atención en los posibles aportes que pueda brindar la evolución legislativa a la luz de la interpretación histórica de los tipos penales. Por ello es oportuno presentar con claridad el proceso histórico que se ha producido en torno a la delimitación del bien jurídico protegido en esta clase de delitos y la metodología utilizada por el legislador penal en la estructuración de los mismos.

III. Breves observaciones sobre la evolución del concepto de bien jurídico protegido en los delitos sexuales

1. La determinación del concepto cuya creación se atribuye a BIRNBAUM y su conceptualización material a VON LISZT, si bien resulta compleja, ha sido y continúa siendo una herramienta de enorme utilidad para la Ciencia penal moderna⁸⁶. Ello, incluso para el funcionalismo que en cierto modo ha reorientado las reglas de imputación desde una perspectiva distinta⁸⁷.

Desde su origen el concepto de bien jurídico ha sido un elemento de estudio ineludible al abordar la comprensión de algún delito de la parte especial. Aunque aquí se trate del análisis de un elemento concreto del tipo objetivo, sigue siendo necesario hacer un breve racconto del aje-

⁸⁶ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal parte general*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 120 (marg. 53).

⁸⁷ Obsérvese en ese sentido cómo ROXIN, *Derecho penal...*, t. I..., § 2, p.51 (marg. 1), primer claro referente del moderno funcionalismo, aún le sigue dando un rol central al concepto de bien jurídico al asignar como cometido del Derecho penal la «protección subsidiaria de bienes jurídicos».

treado camino transitado por la doctrina para determinar el bien jurídicamente protegido en los delitos de contenido sexual. Y ello más aún, si se tiene en cuenta que la determinación específica del bien jurídico protegido en los delitos sexuales ha sido, sin dudas, uno de los puntales del impulso legislativo que llevó a la reforma general de esta clase de delitos tanto en las legislaciones europeas como en las sudamericanas⁸⁸.

Justamente por ello se ha venido caracterizando a ese importante proceso de adaptación legislativa en el contexto de los delitos sexuales como «reformismo». Esa calificación ha sido acuñada por BASCUÑAN RODRÍGUEZ, y como él mismo afirma, encuentra su fundamento en la deslegitimación de la protección penal de un orden moral sexual, desplazando el objeto de protección hacia la autodeterminación sexual⁸⁹.

2. En la legislación penal española la reforma introducida mediante la ley orgánica 3 /1989 ha sido, tal vez, la más relevante en este sentido. Ello por varios motivos, aunque fundamentalmente porque ha sido a

⁸⁸ Especialmente gráfico sobre este punto resulta el enorme debate surgido en Alemania con el Proyecto de Reforma del StGB presentado por gobierno federal en 1961 (P 1962) y el Proyecto Alternativo de Código penal presentado por catorce catedráticos alemanes en 1966. Allí, entre varios temas, se discutió con especial fuerza la determinación del bien jurídico en los delitos sexuales y la distinción entre conductas inmorales y delictivas. En ese contexto se debatió la tipificación o no de las conductas homosexuales practicadas entre adultos del antiguo § 175, la sodomía del § 175 b, la alcahuetería del § 180 a, etc. A modo de resumen, obsérvese cómo en la legislación penal alemana luego de las reformas de 1969 y 1973 se pasa, en el contexto de los delitos sexuales, desde la rúbrica de «Delitos graves y menos graves contra la moralidad» a «Delitos contra la autodeterminación sexual»; sobre este punto, entre otros y de modo general, ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 2, pp.52-53 (marg. 3).

⁸⁹ Cfr. BASCUÑAN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos...», pp. 73-74, donde se afirma, de modo crítico, que «el reformismo se plantea así como la posición progresista frente a la conservadora, como la postura liberal frente al perfeccionismo moralizante, como la actitud igualitaria frente al paternalismo. En este sentido, el reformismo se presenta como la versión del siglo XX del ideal político jurídico de la Ilustración».

través de ella que se ha pasado a identificar el bien jurídico protegido en el Derecho penal sexual como «delitos contra la libertad», dejando sin efecto la anterior individualización de «delitos contra la honestidad»⁹⁰.

En ese sentido, la reforma de 1989 fue el punto de inflexión en lo que respecta al bien jurídico protegido en los delitos sexuales. Situación que en distintas etapas legislativas según el país que se trate se ha convertido, podría decirse, en una actualización obligada y acorde a los nuevos tiempos de la evolución de la sociedad occidental⁹¹.

3. El proceso reformista, si bien contaba con el apoyo de la doctrina mayoritaria sobre su necesidad de concreción, tal acuerdo perdió consenso en la medida en que debieron concretarse específicamente los bienes jurídicos que estaban en juego en los delitos sexuales. Si bien en España la idea de «libertad sexual» encontró un fuerte respaldo doctrinal, fueron surgiendo algunas limitaciones concretas. A raíz de una interpretación excesivamente restricta del concepto de libertad, surgió el debate sobre la conveniencia de incluir «indemnidad», «intangibilidad»

⁹⁰ *Vid.*, entre otros, José L. DIÉZ RIPOLLÉS, «Las últimas reformas en el Derecho Penal sexual», en EPC, XIV, (1989-1990), pp. 41-43, EL MISMO, *La protección de la libertad sexual (Insuficiencias actuales y propuestas de reforma)*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 15-29.

⁹¹ Cfr. María E. TORRES FERNÁNDEZ, «El nuevo delito de corrupción de menores», en RECPC, nº 1, (1999), (visto http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-12.html septiembre de 2006) el «Código penal de 1995 acomete una importante remodelación en el título de delitos sexuales, que se inscribe en la evolución de (l) Derecho penal sexual experimentada desde el advenimiento de la democracia, en la línea de destacar como único objeto digno de protección penal dentro del marco valorativo vigente en nuestra sociedad, la libertad sexual, desprendiéndose de connotaciones moralizante existentes en algunos delitos y de la moral sexual mayoritaria como objeto de protección».

o «integridad» sexual como bien jurídico protegido complementario de la libertad en el Derecho penal sexual⁹².

Tal necesidad de ampliar los márgenes del bien jurídico protegido de los delitos sexuales para buena parte de la doctrina no podía limitarse a la mera libertad o autodeterminación sexual.

Ello encontraba su fundamento en un amplio grupo de casos donde no podía sostenerse que se protegía la libertad sexual de determinados sujetos pasivos. Más allá de los supuestos básicos de contacto sexual mediante el recurso a un medio coactivo o, en su caso, sin el consentimiento de la víctima, existen supuestos donde el sujeto pasivo presta su consentimiento y elige el acto sexual con el autor. En algunos de esos casos, si la víctima tiene especiales características, la legislación penal le niega el derecho a su autodeterminación sexual al hacer completamente irrelevante su voluntad y su libertad, castigando al sujeto activo que ha optado mantener un contacto sexual con ella. En esa situación se encuentran los menores de edad o determinados incapaces para los cuales la ley presume, *iuris et de iure*, que su consentimiento es inválido, castigando la conducta del que actúa, sexualmente, con ellos.

En ese grupo de casos donde las víctimas no pueden brindar válidamente su consentimiento resulta extremadamente forzado afirmar que se protege la libertad sexual como bien jurídico. Pues dicha libertad, por extremo que pueda parecer el planteo, en realidad no existe para esos sujetos en este ámbito en particular.

⁹² En ese sentido *vid.*, en España, Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Anotaciones a la reforma del Código penal de 1989», en *Jornadas de Psiquiatría Forense*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 151-162; Juan J. GONZÁLEZ RUS, «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», CPC, (1996), núm. 59, pp. 321-324; Francisco MUÑOZ CONDE / Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / Mercedes GARCÍA ARAN, *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 19-30; José M. RODRÍGUEZ DEvesa / Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español - parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.

Piénsese por ejemplo en el caso en que un sujeto acepta mantener un contacto sexual con una menor que se lo requiera, aun con gran insistencia. Incluso en tal supuesto, donde el pedido vehemente de la menor pueda ser prueba suficiente del consentimiento relevante, la conducta es jurídicamente disvaliosa. En otras palabras, el consentimiento de la menor que no tiene, en términos jurídicos, autodeterminación sexual, es irrelevante para el Derecho y no libera al sujeto que actúa sexualmente con ella de su responsabilidad penal.

Justamente por ello para buena parte de la doctrina resulta inapropiado hablar de libertad sexual como bien jurídicamente protegido, pues bajo ningún punto de vista puede afirmarse que ha existido lesión o puesta en peligro de una libertad que en las propias bases es jurídicamente inexistente. Por el contrario, lo que el Derecho penal viene a proteger en estos casos es un bien diverso que podría denominarse indemnidad, integridad o intangibilidad sexual, pero no la libertad⁹³.

En ese sentido, resulta clara la posición de GONZÁLEZ RUS, referente indiscutible del Derecho penal sexual en España, para quien hubiese sido necesario incluir en la rúbrica correspondiente del Cp 1995 la referencia a la «indemnidad sexual», como posteriormente lo hizo el legislador penal español mediante la ley 11 /1999⁹⁴.

⁹³ CARMONA SALGADO, «Incidencias de la LO 15/2003...», pp. 1163-1167 plantea que puede discutirse la posibilidad de considerar un concepto amplio de libertad que trate por igual a todos los supuestos, incluso los menos o incapaces. Sin embargo, rechaza por completo el fundamento de una concepción amplia de la libertad sobre la base de la consideración del «... término «indemnidad» con valoraciones moralizantes casi siempre de tinte paternalista y conservador que deben permanecer alejados del Derecho penal».

⁹⁴ Cfr. GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-324 quien antes de la reforma de la ley 11 /1999 insistía que con la incorporación del concepto de “indemnidad sexual” a la rúbrica correspondiente del Cp se podía evitar «... que una interpretación estricta hiciera inaplicables los respectivos delitos en relación con los sujetos en los que tal libertad sexual no puede ser lo lesionado, no queda otra posibilidad que la de entender que la referencia está siendo utilizada en el -inexacto e inapropiado- sentido amplio defendido por algún sector doctrinal, haciéndola comprensiva tanto de la libertad sexual propiamente dicha como de la indemnidad sexual». En ese mismo

4. En la propia exposición de motivos de la ley 11 /1999 se expresa claramente:

«... que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos».

No obstante, pese a los argumentos antes reseñados, las posiciones a favor de una interpretación amplia del concepto de libertad abarcador de distintos bienes necesitados de protección jurídico-penal son fuertemente defendidas por un sector no menor de la doctrina penal española⁹⁵.

sentido, cfr. TORRES FERNÁNDEZ, «El nuevo delito...», *op. cit.* «...el bien jurídico de los delitos sexuales ha quedado fijado como la libertad sexual individual, claro está, con las debidas matizaciones de ese objeto en relación con determinados grupos de personas: menores, incapaces y personas privadas de conocimiento, respecto de quienes no puede decirse con propiedad que se protege su libertad sexual, por no encontrarse en condiciones de ejercerla, prefiriéndose hablar en esos casos de indemnidad o intangibilidad sexual o, en particular, en el supuesto de menores, su proceso de formación en orden a su libertad sexual futura o libertad sexual *in fieri*».

⁹⁵ Defiende una concepción amplia del concepto de libertad en los delitos sexuales en España, entre otros, Bernardo DEL ROSAL BLASCO, «Los delitos contra la libertad sexual», en AA. VV., *Estudios sobre el nuevo Código penal*, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (edit.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 157-161; DIÉZ RIPOLLÉS, «Las últimas reformas...», 41-49; José A. DE VEGA RUÍZ, «Los delitos contra la libertad sexual en la Ley orgánica de 3 /1989 de 21 de junio», en LL, (1990-2), pp. 1051-1065; Enrique ORTOS BERENGUER / Francisco J. BOIX REIG /Tomás S. VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 136 y ss. considerando positiva la denominación «delitos contra la libertad sexual». Con una posición particular, aunque dentro de la concepción unitaria de libertad sexual, *vid.* María V. CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

5. En los delitos sexuales, como en todos los delitos, se afecta claramente en primer lugar la libertad, pues en ellos se les priva o se les limita a los sujetos pasivos su capacidad de autodeterminación. En concreto, en estos casos, con respecto a su sexualidad y en otros con respecto a su patrimonio, a su integridad física, a la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro, hacer o dejar de hacer lo que les está jurídicamente garantizado⁹⁶.

Las posturas que pretenden explicar, siguiendo a PAWLIK, el bien jurídico protegido del delito de estafa como delito contra la libertad con afectación al patrimonio, pueden exportarse a este otro ámbito de la parte especial procurando generar una vía explicativa desde la estructura de delitos contra la libertad con afectación a la autodeterminación sexual⁹⁷.

La dificultad pasa por intentar incluir como delitos contra la libertad aquellos casos, descriptos *supra*, donde el propio legislador considera que ciertos sujetos no tienen ni libertad ni autodeterminación jurídicamente garantizadas por su especial configuración. En los supuestos que tradicionalmente son encuadrados como casos de afectación a la indemnidad sexual se sostiene que no existe una afectación a la libertad sexual y eso parece razonable. Sin embargo, nada obsta a la posibilidad de hablar para el resto de los casos de delitos contra la libertad

⁹⁶ Cfr. Esteban RIGHI, *Derecho penal. Parte General*, reimpresión, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 164 «son tipos compuestos los que están destinados a dar protección a más de un bien jurídico, como, por ejemplo, el delito de extorsión, pues sin perjuicio de su perfil de delito patrimonial, también lesiona la libertad de la víctima».

⁹⁷ En el contexto del delito de estafa, ha propuesto Enrique BACIGALUPO ZAPATER, siguiendo a PAWLIK, interpretar ese delito, tradicionalmente entendido como incluido entre las conductas que afectan el patrimonio, como un delito contra la libertad con afectación patrimonial (Conferencia sobre «La dogmática del delito de estafa», dictada en la Universidad Austral- Buenos Aires, agosto de 2006, inédita).

con afectación a la sexualidad, pues estos perfectamente pueden integrar el título junto con los delitos contra la indemnidad sexual⁹⁸.

IV. La técnica legislativa de la tipificación de las conductas sexuales en el Código español

a) Las alternativas elegidas por el legislador

1. El Código penal español estructura actualmente la tipificación de las conductas disvaliosas abarcables en el Derecho penal sexual dentro del título VIII denominado «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». A su vez, realiza una subdivisión en: capítulo primero «agresiones sexuales»; capítulo segundo «abusos sexuales»; capítulo segundo *bis* «abusos y agresiones sexuales a menores de trece años»; capítulo tercero «acoso sexual», capítulo cuarto «exhibicionismo y provocación sexual» y capítulo quinto «prostitución y corrupción de menores». Para el presente trabajo interesan los tres primeros capítulos, razón por la cual nos limitaremos tan sólo a su análisis.

2. En el marco de los delitos sexuales clásicos, a diferencia de otras legislaciones de nuestro entorno cultural, el Cp español con sus posteriores reformas ha realizado una triple diferenciación al tipificar los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

⁹⁸ La discusión y las posibles propuestas sobre el bien jurídico protegido en los delitos sexuales exceden con creces los objetivos de este trabajo. Sin embargo, su determinación en torno a los delitos contra la libertad y en concreto contra la libertad sexual resulta especialmente importante. Obsérvese, como en detalle se analizará en el punto siguiente, que al tratarse de delitos contra la libertad los medios coactivos y la intimidación, entre ellos, asumen un papel central en la construcción de las conductas típicas.

Por una parte ha optado por distinguir entre aquellas conductas realizadas utilizando violencia o intimidación, que tipifica como delitos de agresión sexual, y aquellas conductas sexuales no consentidas pero realizadas sin el recurso a la violencia o la intimidación, que tipifica como delitos de abuso sexual⁹⁹.

Por otra parte, la segunda diferenciación viene dada por el acceso carnal a la víctima que, en caso de configurarse, constituirá un agravante de la agresión sexual si hubo violencia o intimidación, o del abuso sexual en el caso que no haya existido ninguno de los medios coactivos expresamente tipificados.

Y finalmente, el tercer grupo de casos está dado por los delitos de agresión y abuso sexual cometidos contra un menor de trece años.

3. La modalidad escogida por el legislador español para distinguir entre agresiones y abusos sexuales se presenta como una interesante novedad en el Cp de 1995¹⁰⁰.

⁹⁹ Resaltan expresamente este punto como una de las más importantes transformaciones de la legislación penal española de 1995 en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, entre otros, Gregorio ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «El llamado delito de violación en el nuevo Código Penal. Jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996», en *Delitos contra la libertad sexual*, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997, pp. 13-40; Rafael ESCOBAR GIMÉNEZ, «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», en Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, (coord.), *Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 1998, pp. 1052-1052; Carlos GARCÍA VALDÉS / Carmen FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación: sentido y proporcionalidad de la conducta típica», en AA. VV., *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 383-394.

¹⁰⁰ Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, «El nuevo delito...», *op. cit.* «Esta nueva regulación pretende dar un tratamiento diferenciado a supuestos, que a juicio del legislador de 1995, tienen una distinta entidad lesiva de la libertad sexual, castigando más gravemente aquellos en que por la dinámica comisiva violenta o intimidatoria, la libertad sexual se ve más intensamente atacada y condicionada; que aquellos otros caracterizados por una falta de consentimiento de la víctima, en los que está ausente la vio-

Sin embargo, no toda la doctrina penal española ha recibido con beneplácito este apartamiento del criterio histórico de tipificación de los delitos sexuales.

Para algunos, no existían argumentos suficientemente sólidos para diferenciar las agresiones violentas del capítulo I de aquellas conductas que recaían sobre incapaces o menores previstas en el capítulo II. Y ello porque la indefensión de estos últimos generaba el mismo grado de injusto, aún en la comparación con aquellos supuestos en los que la acción se haya ejecutado utilizando violencia o intimidación¹⁰¹. Es decir que, con esta regulación, se apreciaba un agravio comparativo al considerar los ataques sexuales contra menores como abusos agravados y no directamente como conductas equiparadas a actos cometidos con medios coactivos graves, es decir, como agresiones sexuales¹⁰². En este sentido parecía factible pensar que el legislador penal español había considerado, luego de la reforma de la ley orgánica 11 /1999, que la indemnidad sexual estaba suficientemente protegida mediante el castigo como abusos sexuales de las conductas que la lesionan o la ponen en peligro. Y es quizás desde esa traza donde se apoyaba la doctrina mayoritaria para considerar que el cambio generado por la distinción entre agresiones y abusos merecía una valoración positiva. Ello, porque supuestos concretos, con una clara diferenciación de injusto, merecían un tratamiento jurídico-penal diferente¹⁰³.

lencia o intimidación, desapareciendo de ese modo la equiparación, mantenida en nuestro derecho histórico, entre la violación en sentido propio (art. 429.1º ACP) y los supuestos asimilados de falta de consentimiento y menores de doce años, conocidos por ello como «violación presunta» (art. 429. 2 y 3 ACP)».

¹⁰¹ Cfr. Concepción CARMONA SALGADO/ Juan, J. GONZÁLEZ RUS/ Lorenzo MORILLAS CUEVAS/ Miguel POLAINO NAVARRETTE/ Guillermo PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho penal parte especial*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996. pp. 322 y 323.

¹⁰² Cfr. Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», en AP, nº XXXVI, (1996). pp. 597-608 y 609

¹⁰³ Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, «El nuevo delito...», *op. cit.*

En esa línea se había afirmado que «al distinguirse entre agresiones y abusos sexuales se ha conseguido una superior modulación de la responsabilidad en atención a la gravedad del ataque»¹⁰⁴.

No obstante lo dicho hasta aquí, la técnica legislativa utilizada en el Cp 1995 para regular las conductas sexuales disvaliosas en las que interviene un sujeto pasivo menor de trece años continuaba generando algunas dudas. Por una parte, la minoría de esa edad motivaba, como expresamente surgía del art. 180.3 la modalidad agravada de agresión sexual y al mismo tiempo una causal legal de falta de consentimiento en el abuso sexual en los términos del art. 181. Ahora bien, la cuestión podía explicarse en los siguientes términos, para que exista agresión sexual agravada se debían dar los elementos objetivos del tipo básico. A saber, debía existir una conducta realizada con violencia o con intimidación siendo, como surge del art. 181 la edad prueba suficiente de la falta de consentimiento.

Por su parte, donde sí aparecía un problema real es en el mismo contexto de la agresión sexual, pues allí se planteaba la discusión sobre un posible *bis in idem* en aquellos casos donde la menor edad de la víctima había sido considerada para determinar la relevancia típica de la intimidación¹⁰⁵. Es decir, en aquellos casos donde el juez consideraba relevante una intimidación que en principio era irrelevante si se hubiese tratado de un sujeto de más edad¹⁰⁶. Ello había llevado a pensar que si ya la edad fue tenida en cuenta para bajar los baremos o estándares de la intimidación no podía ser tenida nuevamente en cuenta para agravar

¹⁰⁴ Enrique ORTS BERENGUER, en AA VV, *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. I., Tomás. S. VIVES ANTÓN, (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 915-937.

¹⁰⁵ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», pp. 109-114.

¹⁰⁶ En ese línea, Joan J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 5ª ed., Atelier, Barcelona, 2008, p. 197 ha planteado expresamente que cuando se actúa con sujetos menores de trece años se debe considerar como un caso de interpretación excepcional al criterio restrictivo que siguiendo los postulados de GIMBERNAT ORDEIG sobre la materia allí propone.

la conducta del autor por intervenir con un sujeto de estas características. Hasta donde alcanzo, se trataba de un claro supuesto de *bis in idem*¹⁰⁷.

Sin embargo, estas dificultades han sido zanjadas con la reforma de la Ley Orgánica 5 / 2010 que tipifica de modo autónomo en el capítulo segundo *bis* tanto los abusos como las agresiones sexuales sobre menores de trece años.

4. La diferencia fundamental entre las conductas sexuales abarcables en el capítulo de las agresiones y aquellas conductas incluidas en los abusos, viene dada por la existencia en el primer grupo de casos de medios coactivos que configuran elementos integrantes de tipo objetivo¹⁰⁸.

Así, a diferencia de lo que sucede en otros países en los que tan sólo el acceso carnal distingue entre tipos penales sexuales, el legislador español ha optado por un criterio más distintivo y agrava las conductas realizadas utilizando violencia o intimidación.

Ciertamente, desde un plano teleológico, podría afirmarse que el principal propósito del legislador español fue quitarle protagonismo al acceso carnal dentro de la estructura típica de los delitos de contenido sexual y con ese objetivo giró el centro de atención hacia los medios coactivos, dejando así en un segundo plano, circunscrito a los agravantes, el análisis de los supuestos de acceso carnal configuradores del de-

¹⁰⁷ En esa misma línea, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español...*, p. 191 sosteniendo que no puede ser valorada la edad por partida doble, es decir para bajar los baremos de determinación de la intimidación y al mismo tiempo para imponer el tipo agravado de agresión sexual por la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo. En sentido contrario, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo español se ha inclinado por sostener que en estos supuestos no hay *bis in idem*, así STS de 2 de marzo de 2005.

¹⁰⁸ Resaltando este criterio, *vid.*, entre otros, CANCIO MELLÁ, «Una nueva reforma...», pp. 1-4.

lito clásico de violación¹⁰⁹. Sin embargo, como se ponía de manifiesto en el apartado anterior, el protagonismo de los medios coactivos ha venido en la legislación penal española de la mano del cambio de concepción sobre el bien jurídico protegido. A saber, la consideración de la libertad sexual como bien jurídico protegido lleva necesariamente a construir los tipos penales con base en medios de ataque a dicha libertad, siendo claramente la intimidación y la violencia los referentes indiscutibles en dicho sentido.

5. En casi la totalidad de las legislaciones penales contemporáneas, o al menos en todas las que aquí se han analizado, la violencia y la intimidación constituyen, con ciertos matices en cada caso, los medios coactivos previstos por el legislador para la comisión de los delitos sexuales graves. No obstante, solo en la legislación española se presenta la particularidad de recurrir a tales conceptos no exclusivamente como medios coactivos sino también como elementos objetivos del tipo, diferenciadores de las conductas delictivas en dos grupos de casos claramente caracterizados. En esa línea, DEL ROSAL BLASCO sostiene que:

«... el criterio fundamental para diferenciar las distintas conductas punibles en los delitos contra la libertad sexual y para valorar la gravedad de la respuesta penal que merece cada una de ellas, lo constituirá el grado en el que el delincuente logra forzar la voluntad de su víctima, ora sea ésta hombre, ora lo sea mujer, relegándose a un segundo plano lo relativo a la forma particular en la que la conducta se haya llevado a cabo»¹¹⁰.

¹⁰⁹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-325 (nota 2) donde se pone de manifiesto que, pese a la importancia de un cambio de óptica tan radical que pasa de centrar su atención en el acceso carnal al medio coactivo utilizado por el sujeto activo, los debates parlamentarios se centraron fundamentalmente en otros aspectos. El punto más debatido fue el cambio de denominación de las agresiones sexuales con acceso carnal dejando en desuso el emblemático recurso a la “violación” como delito de referencia en el contexto del Derecho penal sexual y la discusión en torno a la gravedad de la pena que correspondía a las agresiones sexuales.

¹¹⁰ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, «Los delitos...», pp. 157-163.

En resumen, la existencia de violencia o intimidación o, para usar un concepto abarcador de ambos, el mayor grado de doblegamiento de la voluntad de la víctima se constituye como el elemento diferenciador entre una conducta de agresión sexual y una conducta de abuso merecedora de una escala penal menor. Por ello puede afirmarse que tanto el concepto de violencia como el de intimidación representan «elementos fundantes exclusivos» de la estructura típica de agresión sexual.

6. El recurso del legislador español a los medios coactivos para determinar la primera clasificación de los tipos penales sexuales conlleva una importante trascendencia práctica a la hora de interpretarlos y delimitarlos. En otras palabras, el hecho que el legislador haya considerado que el punto fundamental para diferenciar entre un delito sexual grave, la agresión sexual, y uno de menor gravedad, el abuso sexual, viene dado por la existencia de violencia o intimidación, hace que la determinación de estos conceptos revista una relevante importancia práctica. Ello, claro está, más allá del trascendente interés dogmático de su delimitación en otras legislaciones donde la distinción se realiza con base en otros criterios.

Ello no significa que la trascendencia práctica de la delimitación de la violencia o la intimidación no exista en las legislaciones penales que no realizan la distinción al estilo de la legislación española. Por el contrario, en los casos de legislaciones que no establecen la distinción entre delitos sexuales cometidos con violencia o intimidación y delitos sexuales cometidos sin medios coactivos, el interés práctico de la delimitación es aún mayor.

Existen legislaciones penales que no realizan la división de los delitos sexuales con base en la existencia o inexistencia de medios coactivos. Es decir que si la conducta se realizó utilizando violencia o intimidación se estará en presencia de una acción penalmente relevante, mientras que si, por el contrario, el acto sexual se realizó sin violencia y sin intimidación el hecho será atípico. Ya se volverá en detalle sobre el tema más adelante al analizar la regulación penal de los delitos sexuales con intimidación o amenazas en otros países de nuestro entorno cultu-

ral. No obstante ello, es oportuno mostrar que el interés práctico del tema no pierde atractivo en las legislaciones que han optado por una técnica tradicional de clasificación de las conductas sexuales. Sino que, por el contrario, tiene aún mayor atractivo toda vez que define, sin posibilidad de posiciones intermedias, entre la tipicidad o atipicidad de las conductas.

7. Lo más relevante es, quizás, que tal opción del legislador penal español por plantear la primera sub-clasificación de conductas con base en los medios coactivos, desplaza a un segundo plano, como ya se ha puesto de manifiesto, la discusión sobre las conductas sexuales con o sin acceso carnal.

Obsérvese que no es ello un dato menor. Históricamente, las discusiones doctrinales en torno a los delitos sexuales pasaban por la determinación concreta de la existencia de conducta con acceso carnal como prueba única y necesaria de la existencia del clásico delito de violación. Las enormes discusiones de la doctrina penal en este sentido pueden fácilmente probarse ante la gran cantidad de reformas que los delitos sexuales sufrieron en los últimos cien años. Buena parte de esas reformas, más allá del debate sobre la determinación del bien jurídico protegido en estos delitos, se centró en la determinación del concepto de conducta sexual y en la discusión sobre el acceso carnal y las necesidades de precisar qué era o no penetración y por cuál vía en el sentido de los tipos penales.

Si bien la opción del Cp 1995 no borra de un plumazo dicha discusión, al menos la desplaza a un segundo plano, siendo en primer lugar necesario probar la existencia de un medio coactivo para poder determinar si la conducta pertenece al grupo de las agresiones sexuales o, por la inexistencia de dichos medios, al grupo de los abusos. Luego, recién una vez probada la existencia de medios coactivos y el encuadre de la conducta entre las agresiones o los abusos, en el siguiente plano de análisis aparece la segunda clasificación de los delitos sexuales en la legislación penal española, donde resurge, aunque con menor protagonismo, la clásica formulación de agravamiento de los hechos en los

que ha existido acceso carnal. Es decir, determinados elementos relacionados con la forma concreta de comportamiento a través del cual se desarrolla efectivamente la conducta sexual, influyen especialmente en la gravedad de la sanción penal merecida. Sin embargo, entre esas formas de comportamiento, el acceso carnal constituye el más significativo en este sentido. Obsérvese que el tipo básico de agresión sexual se castiga en el art. 178 con una pena de uno a cinco años, mientras que la agresión sexual con acceso carnal merece una sanción sensiblemente mayor, pues el art. 179, calificando la conducta de “violación”, le asigna una escala penal de seis a doce años de prisión si hubiere existido acceso carnal¹¹¹.

b) El delito de agresión sexual

1. Las conductas sexuales tipificadas en el art. 178 del Cp constituyen el tipo básico de las agresiones sexuales¹¹². Justamente, de la descripción de la conducta típica surge que quien «... atentare contra la libertad sexual de una persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años»¹¹³.

¹¹¹ GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-394 pone de manifiesto la importante y necesario de la reforma de 1989 donde se sustituyó la expresión «yacimento» por «acceso carnal».

¹¹² Según GÓMEZ TOMILLO, «Derecho penal...», pp. 1-4 además del tipo básico, las agresiones sexuales «constituyen una pieza esencial en la estructura legislativa diseñada por el legislador penal de 1995».

¹¹³ La calificación de las agresiones sexuales como el tipo básico de los delitos sexuales coactivos no significa que se la esté calificando como estructura simple. Por el contrario, las agresiones sexuales en el Cp 1995, al igual que otros delitos contruidos sobre los medios coactivos se describen como dos figuras delictivas unidas, por una parte un delito contra la libertad sexual, por faltar el consentimiento, y por otra el delito de coacciones que agrega el plus del medio coactivo. Esto resulta claramente más sencillo de explicar en la técnica legislativa adoptada en el StGB donde

2. Sin dudas, más allá de la complejidad de la interpretación de los conceptos de violencia e intimidación como medios coactivos y en este caso también como medios diferenciadores del tipo penal, la técnica legislativa utilizada por el legislador para la determinación de la conducta típica adolece de falta de la precisión necesaria exigida por el principio de legalidad penal¹¹⁴. A saber, si bien la opción de realizar la primera clasificación de los tipos sobre la existencia o no de medios coactivos debe verse como muy positiva, la conducta típica no aparece claramente descripta. Ello es así por dos motivos.

En primer lugar, porque la conducta sexual sobre la que se estructura el tipo penal es definida recurriendo a lo que en el momento de la sanción del Cp de 1995 constituía el bien jurídico protegido en el título, es decir, «atentar contra la libertad sexual» de una persona. La adopción de definir la conducta típica con mención directa al bien jurídico que

el delito de coacciones se describe a partir de la utilización de amenazas no calificadas. En esa línea explica KINDHÄUSER, en *NK-StGB*, «§ 249», (Rn. 2), p. 4358 la estructura del delito de robo, como hurto más coacciones, «... *Der objektive Tatbestand des Raubes umschreibt zwei Tathandlungen; er verlangt die Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale des Diebstahls nach §242 unter Einsatz (qualifizierter) Nötigungsmittel*».

¹¹⁴ Los problemas de la técnica legislativa utilizada por el legislador español para definir la conducta típica en los delitos de agresión sexual y las dudas sobre el respecto al principio de legalidad con una descripción tan amplia y genérica ya habían sido puestas de manifiesto incluso antes de la propia sanción del Código penal de 1995. En ese sentido, citado por DEL ROSAL BLASCO, «Los delitos...», pp. 157-166 (nota 16), pueden verse las opiniones del Consejo General del Poder Judicial en el contexto del «Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica del Código penal aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del 21 de junio de 1994». También CARMONA SALGADO *Curso...*, pp. 304 y ss. llegando a sostener, con buen criterio, que con la descripción tan amplia adoptada por el legislador incluso cualquier conducta, de contenido sexual, realizada contra la libertad de la víctima, aunque no implique un contacto corporal directo debería ser considerada típica de agresión sexual si existió violencia o intimidación como medio coactivo. Con dudas sobre la exigencia del contacto corporal también GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-331.

pretende protegerse con la figura resulta un arma de doble filo y en ciertos casos una definición circular. El núcleo de la figura típica requiere de la máxima precisión que fuera posible. De lo contrario, una redacción desdibujada puede llevar a la sanción penal de conductas completamente absurdas desde la óptica del Derecho penal¹¹⁵. Sobre esta técnica legislativa, acertadamente se ha dicho que:

«... definir la conducta típica con una mención abierta y genérica al atentado al bien jurídico protegido es «distorsionador», máxime cuando, como es el caso, «se trata de un concepto con múltiples perfiles, al referir como valor no a un sustrato material descriptivo, sino (...) a una concreción de la genérica libertad de obrar»¹¹⁶.

Un punto positivo es que la modificación del nombre del título realizada con la ley 11 /1999 no cambió, con buen criterio, la estructura de la conducta típica de la agresiones sexuales básicas.

La incorporación de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido complementario de la libertad sexual vino fundamentalmente a explicar otras conductas delictivas que, como ya se hizo mención, no quedaban abarcadas por el único bien jurídico protegido en la redac-

¹¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-331 para quien la fórmula legal tan abierta permite «acoger los supuestos más dispares, cualquiera sea su entidad y trascendencia; desde el *pellizco erótico* hasta el *beso robado*, pasando por la omisión, que literalmente tampoco queda excluida»; así también Guillermo OLIVER CALDERÓN, «Taxatividad, fragmentariedad, prevención y constitucionalidad en la regulación de los tipos básicos de agresiones y abusos sexuales en el código penal español de 1995», en Revista de Ciencias penales, Vol. 3, n° 1 y 2 (2000), pp. 155-172, resaltaba que podría llegarse, siguiendo una interpretación literal del tipo penal de abuso sexual, a penar al padre de una niña menor de edad por prohibirle mantener relaciones sexuales con su novio y ello porque el padre, al prohibir la relación estaría atentando contra la libertad sexual de la menor. Claro que con la reforma de la ley orgánica 11 /1999 donde la indemnidad, junto con la libertad sexual, son los bienes jurídicos protegidos del título, difícilmente puede ser mantenido este argumento, toda vez que el padre con su actitud no estaría impidiendo el ejercicio de la libertad sexual de la menor, libertad jurídicamente inexistente, sino que por el contrario estaría protegiendo su indemnidad sexual.

¹¹⁶ DEL ROSAL BLASCO, «Los delitos...», pp. 157-166.

ción del Cp 1995. No obstante ello, no produjo ninguna alteración en la figura de las agresiones sexuales donde los medios coactivos y la libertad sexual continúan asumiendo el protagonismo. Por el contrario, aunque con la misma técnica que se criticará en el párrafo anterior, el atentado a la libertad e indemnidad sexual de una persona sin la existencia de medios coactivos constituye el núcleo de los abusos sexuales del art. 181.

En segundo lugar, la violación del principio de legalidad y en particular del de taxatividad surge, principalmente, por la vaguedad de la fórmula legal escogida por el legislador penal para definir la conducta típica con base en los medios coactivos.

La válida e interesante opción por recurrir a la violencia o la intimidación como elementos objetivos del tipo sobre los que se subclasifican las conductas sexuales disvaliosas debió construirse sobre una mayor precisión de los componentes. A saber, hubiera sido recomendable, y con ello se simplificaría enormemente la interpretación de los tipos, que el legislador penal español previera una cierta exigencia de gravedad objetiva de la conducta desplegada por el autor. Es decir que, sin llegar al extremo de definir la violencia y la intimidación como medios comisivos, hubiera previsto un mínimo grado de cada uno de ellos. De tal modo que, con dicha exigencia de “gravedad” se permitiría excluir del tipo un sin número de conductas de contenido sexual. Más aún teniendo en cuenta el tipo penal residual de abuso sexual que hace posible la persecución penal de conductas con menor grado de injusto. No obstante ello, es posible, y constituye el eje de este trabajo, buscar criterios de interpretación o delimitación que hagan viable una aplicación “justa” del tipo penal, al menos sobre este punto.

c) El delito de agresión sexual agravada

1. Las agresiones sexuales agravadas aparecen en el Cp 1995 divididas en dos grupos y a su vez en artículos diferentes. Por una parte se des-

cribe en art. 179 del Cp 1995, con una vuelta al clásico *nomen iuris*, el delito de violación. Por otra, en el art. 180 se regulan las agresiones sexuales agravadas por otras circunstancias.

2. El delito de violación continúa representando el estereotipo de los delitos sexuales en el ideario colectivo¹¹⁷. Quizás ello pueda, en cierto modo, explicar las reacciones mediáticas desproporcionadas contra interpretaciones limitadoras de ese tipo penal que excluían entre otras situaciones el *cunnilingus* del tipo agravado¹¹⁸.

El legislador penal español de 1995 procuró incluir en el tipo penal de violación del art. 179 las conductas sexuales coactivas más graves, construyendo dicha gravedad sobre la figura concreta de la penetración. Ha sido justamente ese punto el que más complicaciones de interpretación ha tenido en los delitos sexuales en la gran mayoría de las legislaciones penales. Sin perjuicio de la fuerte crítica de la doctrina española, la descripción del delito de violación de su Cp sobre este punto resulta mucho más razonable que redacciones de otros países notablemente más ambiguas¹¹⁹.

¹¹⁷ Con un relevamiento interesante de la doctrina sobre la denominación del tipo agravado de agresión sexual, *vid.*, por todos, Adela ASÚA BATARRITA, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en AA. VV., *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, pp. 87 y ss.

¹¹⁸ Entre otras, mantuvieron un criterio restrictivo con respecto a la agresión sexual agravada, la STS de 23 de marzo de 1999, limitando el concepto de objeto a elementos inertes; y la STS de 1 de julio de 20022, no considerando típica de violación la penetración lingual.

¹¹⁹ Sin ir más lejos, la redacción del tipo penal de violación en la legislación de mi país, basándose, pero intentando mejorar la redacción del tipo penal español, resulta claramente más inadecuada y genera enormidad de dudas aplicativas.

3. Es justamente en este tipo, como también en la versión agravada de los abusos sexuales, en concreto en el ámbito específico del concepto de penetración, donde ha venido a influir la reforma del Cp de 2003 que incluía modificaciones en el contexto de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales¹²⁰.

A saber, la reforma de la LO 15 /2003, de 25 de noviembre, incorpora en la parte objetiva del tipo la «introducción de miembros corporales», procurando con ello incluir en la figura de violación conductas como introducción de dedos tanto anal como vaginalmente, y el *cunnilinguus*. Claro que esta opción del legislador penal español se distancia de la opinión de parte de la doctrina especializada que sugería la distinción entre penetraciones con el pene y penetraciones con objetos o con otros miembros corporales¹²¹. Para ese sector doctrinal no resulta razonable equiparar las penas de ambas conductas, toda vez que al disvalor de la conducta sexual no consentida se agrega en el acceso carnal con el pene el riesgo de embarazos no deseados -en casos de mujeres víctimas- y del contagio de enfermedades de transmisión sexual -en casos de hombres y mujeres víctimas-¹²².

No obstante, es importante recordar que la distinción propuesta puede incluso mantenerse con la actual equiparación típica que surge de la reforma de 2003. Pues el art. 179 prevé un marco penal amplio de seis a doce años, permitiendo que el juez pueda tener especialmente en

¹²⁰ Sobre la reforma de la LO 15/2003, con una posición crítica, *vid.* CARMONA SALGADO, «Incidencias de la LO 15/2003...», pp. 1163-1184.

¹²¹ En este sentido, entre otros, *vid.* Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código penal de 1992, CPC, n° 48, (1992), pp. 241 y ss.; Enrique GIMBERNAT ORDEIG, «Los nuevos gestores de la moral colectiva», en *El Mundo*, de 10 de julio de 2004, p. 5; PERRON, «El reciente desarrollo...», pp. 51-65.

¹²² Cfr. GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-394.

cuenta estas particularidades a la hora de determinar la pena en el caso concreto¹²³.

El legislador de 2003 aclara expresamente que solo conforma la figura típica la introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal. De tal modo, deja fuera de la figura la penetración de objetos o miembros corporales por vía bucal, excluyendo consecuentemente del tipo el llamado «beso erótico». Consiguientemente puede el beso erótico, en su caso, constituir una falta de coacción o vejación injusta, pero no un delito contra la libertad e indemnidad sexuales por su menor disvalor de injusto¹²⁴.

4. Las modalidades agravadas del delito de agresión sexual por circunstancias distintas a la penetración están enumeradas en el art. 180 Cp. Se prevén allí cinco supuestos para los cuales el legislador penal ha establecido un marco penal más severo. Entre las cinco circunstancias agravantes interesa a la luz de los objetivos de este trabajo la primera de ellas. A saber, «... cuando la violencia o la intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio».

La modalidad de la realización del tipo a través de violencia o intimidación de carácter degradante o vejatorio supera claramente el disvalor de injusto del tipo básico¹²⁵. Pues aquí, además de afectarse la libertad

¹²³ Aunque, lo razonable, hubiese sido quizás evitar la reforma del 2003 considerando la introducción de miembros corporales incluida en el 178, en ese sentido, *vid.* CARMONA SALGADO, «Incidencias de la LO 15/2003...», pp. 1163-1178 y ss.

¹²⁴ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, «Derecho penal...», pp. 1-6.

¹²⁵ En este sentido resulta gráfica la STS de 16 de octubre de 2002, donde se sostiene que «... para que la acción del sujeto activo sea merecedora de la agravación legal, es menester la concurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda violación ejecutada con fuerza o con intimidación».

de la víctima por la existencia de un medio coactivo, se afecta claramente su dignidad personal¹²⁶.

d) *El delito de abuso sexual*

1. La técnica legislativa utilizada por el legislador penal español para la tipificación de las conductas de abuso sexual en el Cp 1995 mantiene en lo esencial la estructura del tipo penal de agresión sexual del art. 178¹²⁷.

El tipo básico del delito de abuso sexual del art. 181 del Cp tipifica las conductas consistentes en actos de contenido sexual realizados sin el consentimiento de la víctima, aunque sin violencia o intimidación¹²⁸. En ese sentido, la estructura típica de los abusos sexuales y su diferenciación de los tipos de agresión sexual se construye, fundamentalmente, sobre la ausencia de los medios coactivos más graves, con independencia del contenido específico del acto sexual realizado¹²⁹.

No obstante ello, surge a partir de la LO 15/2003 una diferencia importante de la descripción de los abusos en comparación con las agresiones. La ampliación del bien jurídico, libertad sexual, previsto en la redacción del título en 1995, a libertad e indemnidad sexuales, en la re-

¹²⁶ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», pp. 109-114. También, *vid.*, entre otras, STS de 18 de diciembre de 2006.

¹²⁷ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, «Los delitos...», pp. 157-170.

¹²⁸ A favor de esta técnica legislativa se ha expresado buena parte de la doctrina penal italiana que venía sosteniendo la necesidad de estructurar los delitos contra la libertad sexual sobre la falta de consenso de la víctima. Haciendo mención expresa al art. 181 del Cp 1995, *vid.*, por todos, Cristina PAVARINI, «*Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*», en *L'Indice Penale*, nuova Serie - Anno V - N. 2, Maggio-Agosto (2002), pp. 771-793.

¹²⁹ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, «Derecho penal...», pp. 1-10. *Vid.*, entre otras, STS de 24 de enero de 2011.

forma de 2003, produjo un cambio de redacción en la descripción de las conductas típicas de abuso sexual del art. 181. Actualmente el tipo prevé como delictivas la realización de «... actos que atenten contra la libertad y la indemnidad sexual de otra persona...». A partir de allí surgen distintas figuras agravadas o atenuadas de conductas sin un orden más o menos lógico de estructuración¹³⁰.

2. La particularidad más importante que presenta la figura básica del abuso sexual en términos comparativos con su figura paralela de la agresión sexual es haberse estructurado como un tipo residual¹³¹. Y ello es así, porque todas aquellas conductas contra la libertad sexual que no pueden ser encuadradas en las agresiones del 178, y más aún en sus figuras agravadas o privilegiadas, deben caer necesariamente en un segundo nivel de análisis a la luz del tipo de abuso sexual¹³².

Este último punto presenta especiales complicaciones prácticas toda vez que la minuciosidad con la que el legislador penal español ha detallado las situaciones que agravan o atenúan los abusos sexuales, hace que los supuestos encuadrables en el tipo básico no superen los meros ejemplos de laboratorio. Por la propia configuración del tipo resulta prácticamente imposible encontrar casos que encuadren directamente en la figura básica, a raíz de que los supuestos atentados contra la libertad sexual donde, sin violencia o intimidación, no existe consentimiento, son especialmente limitados. El supuesto que más claramente podría ser encuadrado en esta figura es el contacto sexual sin violencia o intimidación realizado con una persona menor de 13 años, que se encuentra citado expresamente como ejemplo por el propio Cp 1995

¹³⁰ Especialmente crítico sobre la redacción del precepto penal de abuso sexual *vid.*, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, «Los delitos...», pp. 157-171.

¹³¹ Sin embargo, es importante aclarar que es un tipo residual que requiere, de todos modos, la existencia de los elementos particulares del tipo, entre ellos, la falta de consentimiento de la víctima como claramente se pone de manifiesto en la STS de 2 de junio de 2011.

¹³² Cfr. DEL ROSAL BLASCO, «Los delitos...», pp. 157-171

en el segundo párrafo del art. 181. De igual modo, citados también en el Cp, los supuestos en que la víctima se halla privada de razón o de sentido, o en supuestos donde, pese a haber existido consentimiento, éste es irrelevante para el Derecho. O finalmente, en aquellos supuestos donde se ha prestado el consentimiento ante una situación de debilidad o inferioridad con respecto al sujeto activo del delito. Ciertamente, resulta difícil encontrar supuestos que encuadren en el tipo básico sin que exista alguna de las circunstancias antes apuntadas y que en definitiva hacen que la conducta encuadre en un tipo penal diferente¹³³.

Por tanto, de lo expuesto resulta claro que son muy limitados los supuestos concretos encuadrables en la figura básica del art. 181. Entre ellos pueden citarse los actos sorpresivos de contenido sexual. Aunque la sorpresa no está regulada en el Cp 1995 como medio coactivo o como elemento para doblegar o anular la voluntad de la víctima en los delitos sexuales, buena parte de la doctrina penal la ha venido considerando como elemento suficiente para la existencia de delito¹³⁴. Con la regulación de los delitos sexuales en el Cp 1995 no es necesario, ni corresponde equiparar a la sorpresa con la violencia o la intimidación como equivalentes funcionales, siendo, en caso de existir un contacto sexual por ese medio, un supuesto de abuso sexual típico. Los tocamientos realizados en el ámbito de un servicio público de transporte son un buen ejemplo de este tipo de casos donde, sin necesidad de recurrir a la violencia o a la intimidación, el autor realiza un acto sexual sin el consentimiento de la víctima. Aunque, así las cosas, quizás este

¹³³ Tal situación ha llevado a algunos autores a afirmar que tan solo los supuestos de ataques sexuales sorpresivos pueden ser encuadrados en el tipo básico de los abusos sexuales, así AA. VV., *Comentarios al nuevo Código penal*, Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.) y José M. VALLE MUÑIZ (coord.), Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 246.

¹³⁴ La penetración carnal por sorpresa se encuentra regulada en el Código penal francés en su art. 222; en contra de tal opción, *vid.* GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-391; Carlos GARCÍA VALDÉS, *Derecho penal práctico. Parte especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 204.

ejemplo, muy gráfico desde la redacción del tipo, resulte con una pena exagerada en relación a la gravedad de la conducta desplegada¹³⁵.

3. Ahora bien, creo que justamente este punto que puede tomarse a primera vista como materia objetable de la regulación de los abusos sexuales, resulta finalmente una virtud. A saber, si el delito de abuso sexual es un tipo residual su principal función es contener todos aquellos supuestos que, por un motivo u otro, no pueden ser calificados como agresiones sexuales. Así las cosas, todas aquellas conductas en las que ha existido violencia o intimidación no típicas, es decir donde la fuerza física o la amenaza no posean los requisitos suficientes para pasar el baremo de la tipicidad, encuadran perfectamente en el tipo penal de abusos sexuales.

Esto permite afirmar que existen supuestos, como luego se verá con más detalle, donde pese a existir violencia o intimidación en sentido coloquial no se está ante supuestos de medios coactivos típicos. Ello significa que, por una parte, hay medios coactivos cuando la violencia o la intimidación son relevantes; y por otra, que hay violencia y amenazas que son irrelevantes a luz del delito de agresión sexual y no así para el Derecho penal que los prevé entre los abusos sexuales.

V. Algunas reflexiones sobre la técnica legislativa

1. La técnica legislativa es un punto especialmente relevante a la hora de analizar los delitos en particular. En muchos casos la legislación pe-

¹³⁵ GÓMEZ TOMILLO, «Derecho penal...», pp. 1-11 «No se puede cuestionar que el hecho descrito implicaría un ataque a la libertad sexual de otro, a su derecho a excluirse de un contacto con la sexualidad. No obstante, parece excesiva la sanción establecida al respecto en el artículo 181.1, si se considera que la pena prevista es de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses».

nal se va construyendo, más allá de su lógica evolución histórica, sobre tipos criminológicos. Es decir, a partir de casos concretos se va adaptando la legislación penal. Muchas veces como consecuencia directa de la presión social a partir de un caso más o menos mediatizado.

Ello lleva necesariamente a la inexistencia de un sistema determinado de tipificación que luego tendrá consecuencias concretas en la interpretación de las conductas penalmente relevantes.

2. La legislación penal debe procurar abarcar entre sus líneas las conductas que la sociedad ha considerado socialmente disvaliosas y merecedoras de un castigo penal. En esa lógica debe construirse sobre un sistema específico, es decir con una técnica que permita la inexistencia o, al menos, un mínimo de lagunas.

En este sentido, no resultan razonables aquellos ámbitos de la legislación en materia penal donde no se tienen en cuenta los distintos grados de afectación que poseen las diferentes conductas humanas. Es decir, donde se fuerza la lógica de la graduación mediante la tipificación de determinadas conductas con la imposición de penas mínimas muy altas.

3. La técnica legislativa correcta es la de construir los tipos penales a partir de un conducta concreta que refleje la “negación al derecho” en ese ámbito determinado. A saber, en el contexto de los delitos contra la libertad la «negación al derecho» viene dada por la tipificación de la conducta sexual realizada «sin consentimiento». A partir de allí debe el legislador, como correctamente lo hizo en este caso, tipificar conductas que tengan un plus de disvalor y en su caso luego atenuar¹³⁶.

¹³⁶ En términos parecidos Juan J. GONZÁLEZ RUS, «¡No!», y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y agresión sexuales)», en AA. VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid,

Sin embargo, esta lógica no debe ser confundida con la construcción de los tipos penales desde tipos básicos, no necesariamente ello siempre es de ese modo. Obsérvese que justamente en este contexto estábamos hablando de dos tipos básicos diferentes, por una parte el tipo básico de agresión sexual y por otra el tipo básico de abuso sexual. Lo que quiere apuntarse aquí es que justamente el tipo de abuso sexual describe «la negación la derecho» toda vez que implica la existencia de una conducta sexual simplemente no deseada por el sujeto pasivo. Luego, los medios coactivos implican un mayor desvalor en la conducta que excede la mera «negación del derecho».

4. Si esto fuera correcto, pese a la interesante diferenciación entre agresiones y abusos sexuales, el Cp 1995 no respetaría la lógica de tipificación de conductas. Tal afirmación encuentra sustento en el análisis de los marcos penales, pues tanto las agresiones como los abusos sexuales tienen el mismo mínimo de pena, un año.

Si, como se sostiene aquí, en los abusos sexuales se tipifica «la negación al derecho», en los casos de agresiones sexuales el marco penal debería partir del máximo de pena previsto en el tipo penal base, es decir con un mínimo de tres años de prisión.

Esta técnica legislativa permitiría afirmar que existe entre los abusos y las agresiones sexuales una relación gradual de continuidad que haría mucho más razonable la interpretación de los medios coactivos del tipo de agresión y mucho más coherente la lógica de tipificación en general. A saber, serían los abusos un tipo penal residual o de recogida de aquellas conductas que aún «negando el derecho» lo hayan hecho con un plus de afectación, cosa que si sucede cuando se ha echado mano a la intimidación o la violencia como medios.

Hasta donde alcanzo a ver, en el ámbito concreto de afectación a la libertad sexual la negación al derecho viene dada por los actos sexuales

2008, pp. 2011-2034 «la fuerza y la intimidación constituyen un suplemento de desvalor de la acción (mayor antijuridicidad) de la conducta del autor...».

furtivos realizados sobre una persona. A saber, aquellos casos donde el consentimiento no ha existido pero donde tampoco ha sido necesario doblegar la voluntad del sujeto. Entre ellos, por ejemplo, los supuestos de tocamientos en los medios públicos de transporte.

Ahora bien, los abusos sexuales como descripción de supuestos típicos de «negación del derecho» deben ser entendidos como tipos de recogida para aquellos supuestos en los que los medios coactivos no han sido relevantes. Ello significa, como luego se intentará demostrar al menos en relación con la intimidación, que en aquellos supuestos donde las conductas sexuales se hayan concretado con medios irrelevantes para el Derecho se deberá considerar la atipicidad como agresiones y la tipicidad como abusos sexual, entendido este como tipo de recogida.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS DELITOS SEXUALES MEDIANTE AMENAZA O INTIMIDACIÓN EN EL *CODICE PENALE ITALIANO* Y EN EL *STGB* ALEMÁN

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. La doctrina penal actual de los distintos países de nuestro entorno cultural, seguramente debido al fluido intercambio científico que se vive fundamentalmente en Europa desde hace muchos años tiende a realizar la misma clase de interpretaciones de los conceptos legales. Existen patrones comunes en la definición de los criterios de análisis de los distintos elementos del tipo objetivo de los delitos de cada legislación en particular. Sin dudas, también los orígenes comunes de nuestra disciplina han influido especialmente en la similitud de criterios adoptados por los legisladores penales a la hora de describir en las leyes las conductas socialmente disvaliosas.

No obstante, la existencia de ciertas particularidades o criterios originales en la tipificación e interpretación de las conductas penales en distintos países hacen interesante, desde esa perspectiva, un doble nivel de análisis. Por una parte, el estudio de los criterios adoptados por el legislador penal para tipificar o delimitar legislativamente conductas

abarcables en el contexto de interés del Derecho penal¹³⁷. Y por el otro, el estudio de los distintos criterios de interpretación o delimitación dogmática de las conductas previamente tipificadas por los legisladores.

2. En cuanto a los delitos sexuales coactivos, es decir, aquellos que regulan las conductas sexuales más graves por la existencia de medios coercitivos por parte del autor, los legisladores penales de los países de nuestro entorno cultural han adoptado en general criterios similares.

Sin embargo, existen diferencias de interesante apreciación en algunos aspectos específicos. En las distintas regulaciones legales se ha recurrido a la utilización de términos que, si bien han sido habitualmente entendidos como sinónimos, presentan especiales diferencias según la perspectiva de análisis que sobre ellos se adopte. En efecto, existen legislaciones penales que, para determinar la entendida en términos tradicionales como *vis relativa*, han recurrido al término «amenazas» como medio coactivo, mientras que en otros países, tal es el caso de España luego de 1995, se ha empleado la expresión «intimidación».

Por su parte, los intentos de descripción típica de la *vis absoluta* también han sido buscados desde distintas perspectivas, así en algunos supuestos se recurre a la expresión «violencia», mientras que en otros se utiliza el sustantivo «fuerza». También resulta interesante el estudio de

¹³⁷ Es importante expresar que en esta parte del trabajo se hará lo que técnicamente se conoce como Derecho comparado. A saber, el estudio, en este caso, de dos legislaciones penales y su comparación con la legislación penal española que se ha tomado necesariamente como base por constituir el centro de estudio de este trabajo. Se hace esta salvedad teniendo en cuenta un error habitual en la bibliografía jurídica de llamar Derecho comparado a todo capítulo donde se describe la legislación extranjera «como mera yuxtaposición de figuras legales en su propio lenguaje y contexto conceptual» CORRAL TALCIANI, *Cómo hacer...*, p. 63; también, Fernando TOLLER / Juan CIANCIARDO, «Cómo citar en los escritos profesionales y académicos», en L.L., Suplemento Actualidad, Iª Parte, diario del 7 de diciembre de 2006, pp. 1-2; IIª Parte, diario del día 12, pp. 1-2; IIIª Parte, diario del día 14, pp. 2-4; IVª Parte, diario del día 19, pp. 3-4; y Vª Parte, diario del día 21, pp. 3-4

la combinación de posibilidades entre los medios coactivos y los medios violentos.

Sin perjuicio de ello, desde el interés concreto de este trabajo tiene especial trascendencia el análisis de la posible existencia de delimitaciones legislativas que puedan llevar a la configuración típica de una conducta sexual coactiva, dejando para otra parte los diferentes criterios doctrinales adoptados para delimitar la *vis relativa* en los delitos sexuales.

3. Justamente con ese objetivo, y respetando la idea original de este trabajo que pretende lograr un cierto grado de universalidad, al menos para los países de nuestro entorno cultural, se presentará en este apartado de forma muy breve y esquemática la situación actual de algunas legislaciones europeas sobre los delitos sexuales en general. En honor a la brevedad y la materia específica aquí estudiada, los temas generales sobre la regulación de los delitos sexuales en las legislaciones analizadas recibirán un tratamiento meramente descriptivo de la situación legal con el único objetivo de ubicar correctamente la problemática de estudio en cada legislación y en su caso lograr una adecuada interpretación sistemática.

La selección del presente capítulo limitando el estudio tan sólo a la legislación italiana y alemana, es más bien arbitraria¹³⁸. Sin perjuicio de ello, se ha procurado seleccionar dos legislaciones, representativas y con gran legado jurídico en nuestros países, en las que además se ha

¹³⁸ Otro argumento quizás de menor relevancia científica, pero sí de practicidad de análisis ha sido la posibilidad que, en el contexto de mi investigación doctoral, he tenido de realizar dos estancias breves de investigación tanto en Italia en la *Università Degli Studio Di Urbino*, como en Alemania en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.*, en el *Institut für Strafrecht und Rechtslehre Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* y en *Strafrechtliches Institut Bonn Universität*. Eso me ha permitido una comprensión más detenida de las dificultades de la interpretación de los medios coactivos, tanto en los delitos sexuales como en otros delitos contra la libertad en general.

optado por criterios muy diferentes en cuanto a la técnica legislativa adoptada para la regulación de los delitos sexuales coactivos.

§ 2. EL CÓDIGO PENAL ITALIANO

1. La doctrina penal suele citar a CARRARA como máximo responsable de la formulación teórica de los delitos contra la libertad en la legislación penal italiana¹³⁹.

La codificación en materia de delitos contra la libertad fue fluctuando en Italia entre el modelo francés y el modelo alemán, con intentos, incluso, de combinación de ambos sistemas¹⁴⁰.

Finalmente, incluso antes que en la propia Alemania, el Código penal italiano de 1931 adoptó el modelo alemán de regulación de la coerción.

2. Sin perjuicio de esta breve introducción sobre los antecedentes de la legislación de la coerción en Italia no existen motivos relevantes como para detenernos en este análisis. Parece razonable, por el contrario, introducirnos en el estudio de la regulación de la coerción en el propio contexto de los delitos sexuales.

¹³⁹ En contra, Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea», en ADPCP, (1994), fasc. III, pp.191-256 y ss. Sostiene que en realidad ello no fue mérito de la doctrina, sino de la legislación y en particular de la generación de los criminalistas toscanos responsables del desarrollo del Código penal Toscano de 1853.

¹⁴⁰ Con gran detalle sobre la evolución de la legislación italiana en materia de delitos contra la libertad en lengua española, *vid.*, por todo, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «La regulación española de la coerción...», pp.191-306 quien sostiene que «... esta extraña mezcla de coerción toscana (tipo básico) y coerción alemana (supuesto agravado) caracterizó la regulación italiana de la coerción durante cuarenta años».

I. Aspectos generales de la regulación de los delitos sexuales

1. La legislación penal italiana, como sucedió en casi todos los países que se ha tenido oportunidad de estudiar, sufrió una importante reforma en el ámbito de los delitos sexuales¹⁴¹. Luego de un extenso período de tiempo, en el transcurso del cual se produjeron significativos debates tanto político criminales como dogmáticos en torno a las conductas sexuales y el Derecho penal, la ley del 15 de febrero de 1996, núm. 66 incorporó al Cp italiano los artículos 609 *bis* a 609 *decies*. Al mismo tiempo se derogó desde el artículo 519 al artículo 526 de dicho cuerpo legal.

Los delitos sexuales fueron trasladados desde el título IX del Cp de 1930, «*Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*» al título

¹⁴¹ Sobre los precedentes históricos de la regulación de los delitos sexuales en Italia, *vid.* el interesante y profundo análisis de Daniela MARCHETTI / Antonio DI TILIO, *La violenza sessuale. Aspetti giuridici e medico-legali*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2000, pp. 13 a 58. Como trabajos generales analizando la reforma legislativa en materia de delitos de contenido sexual, *vid.*, entre otros, AA. VV., «*Commento articolo per articolo della L. 15 / 2 / 1996 n. 66 - Norme contro la violenza sessuale*», en *Legisl. Pen.*, (1996), pp. 413 y ss.; Giangiulio AMBROSINI, voce «*Violenza sessuale*», en *Dig. Discipl. Pen.*, IV ed., XV, Torino, (1999), pp. 286 y ss.; EL MISMO, *Le norme sulla violenza sessuale Legge 15 febbraio 1996, n. 66*, UTET, Torino, 1997; Alberto CADOPPI (dir.), *Commentario delle norme contro le violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Cedam, Padova, 1999; EL MISMO, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Cedam, Padova, 1996; Giovanni FIANDACA, voce «*Violenza sessuale*», en *Enc. Dir. Aggior.*, IV, Milano, (2000), pp. 1153 y ss.; Lucio MÓNACO, «*Dei delitti contro la libertà individuale (Nota introduttiva) e Commento agli artt. 609 bis-609 dies*», en Alberto CRESPI/ Federico STELLA / Giuseppe ZUCALÀ, *Comentario breve al Codice penale*, 5ª ed., ed. CEDAM, Padova, 1999, pp. 1666 y ss.; Vincenzo MUSACCHIO, «*Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinioni sull'argomento*», en *Guist. Pen.*, (1996), II, pp. 117 y ss.; Guicla MULLIRI, «*La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazione critiche*», en *Cass. Pen.*, (1996), pp. 734-755.

XII que lleva el nombre de «*Dei delitti contro la persona*» y más específicamente a la sección de «*Dei delitti contro la libertà personale*»¹⁴².

2. Los principales puntos de la reforma sufrida por el Cp italiano en materia de delitos sexuales pueden resumirse gráficamente en cuatro puntos¹⁴³. Sin entrar, claro está, en el meta-tema del cambio de bien jurídico protegido que en definitiva fue la causa última del proceso reformista en todas las legislaciones penales abordadas en este trabajo.

Por una parte, la unificación de los delitos de violencia carnal y de actos de *libidine* violentos bajo los tipos más genéricos de violencia sexual o de actos sexuales contra menores¹⁴⁴. Por otra, la incorporación al Cp de un nuevo y más grave tipo penal en relación con los delitos de violencia sexual de grupo. La modificación de los delitos de corrupción de menores. Finalmente, la novedosa previsión de la no punibilidad de las relaciones sexuales llevadas a cabo entre menores que ha suscitado un profundo debate en la doctrina italiana¹⁴⁵.

¹⁴² La regulación de los delitos sexuales anterior al CP de 1930 en Italia se encontraba establecida en el título VIII del libro II, y allí donde aparecían tipificadas las conductas que ofendían «las buenas costumbres y el orden de la familia», calificado por la mayoría de la doctrina penal de aquel momento como *bene giuridici essenziali della civile società*, cfr. Vincenzo MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VI, Fratelli Bocca ed., Torino, 1908, p. 537, (existen versiones actualizadas de esta obra posterior al Código Rocco, publicadas en 1933-1939 y una actualización en 1950). En el Código Sardo de 1859, si bien también se hacía referencia a las «buenas costumbres» y al «orden de la familia», ambos bienes jurídicos se hallaban regulados en distintos títulos del Código, VII y IX respectivamente, sobre los antecedentes de la regulación de los delitos sexuales con anterioridad al *Codice Rocco vid.*, por todos, MANCI, *Reati sessuali...*, pp. 1 y ss.

¹⁴³ Cfr. Ferrando MANTOVANI, *Diritto Penale. I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, ed. CEDAM, Padova, 2001, p. 2.

¹⁴⁴ Cfr. CRESPI/ STELLA/ ZUCALÀ, *Comentario breve...*, p. 1852; MARCHETTI / DI TILLO, *La violenza sessuale...*, p. 65.

¹⁴⁵ Sobre la problemática de la sanción penal de las relaciones sexuales entre menores de edad, *vid.* Giuseppe SPAGNOLO, «*La problemática dei rapporti sessuali con*

En estos cuatro puntos pueden resumirse los temas más importantes de la reforma sufrida por el Cp italiano en el año 1996 después de varios años, casi veinte, de enormes discusiones parlamentarias y gran cantidad de proyectos intermedios que nunca vieron la luz¹⁴⁶.

II. El delito de violencia sexual

1. La enumeración de las conductas sexuales tipificadas en la legislación penal italiana con posterioridad a la reforma de 1996 se inician con el artículo 609 *bis* que, bajo la denominación de delito de violencia sexual, describe cuatro conductas diferentes¹⁴⁷. A saber, se ocupa en primer término de los actos sexuales violentos llevados a cabo con violencia o con amenaza; luego, de la tipificación los actos realizados con abuso de autoridad; posteriormente de los perpetrados con abuso de la condición de inferioridad física o psíquica de la víctima; y por último, de los hechos realizados con engaño por sustitución de persona.

Obsérvese que las cuatro conductas tipificadas en el art. 609 *bis*, a la luz de otras legislaciones como puede ser la española, no son grupos de casos completamente diferentes. Por el contrario, se describen allí conductas sexuales idénticas en cuanto a su contenido que son llevadas a cabo a través de medios diferentes de afectación de la voluntad del sujeto pasivo. La conducta sexual puede en los cuatro casos tratarse, por ejemplo, de una penetración no consentida. Sin embargo, será

minoris e tra minoris», en *Riv. It.*, (1990), pp. 72-83. Realizando un juicio negativo sobre la punibilidad de estas conductas, *vid.*, por todos, MULLIRI, «*La legge sulla violenza ...*», pp. 734-742.

¹⁴⁶ Sobre el proceso de la reforma y las distintas propuestas de ley debatidas en la Cámaras italianas, *vid.* VIRGLIO, *Commentario delle norme...*, p. 481.

¹⁴⁷ Crítico, con relación a la utilización de la denominación de violencia sexual como expresión no exhaustiva que abarca distintas conductas, *vid.* MANTOVANI, *Diritto Penale...*, p. 25.

diferente según el medio utilizado por el autor para doblegar la voluntad de la víctima que pasa en un extremo por la violencia y en el otro por el mero engaño en la persona.

En ese sentido, aunque sin cambiar la denominación como lo hace el CP 1995 entre agresiones y abusos sexuales, el Cp italiano crea un sistema de diferenciación de conductas típicas aunque esa tipificación se realice en el mismo artículo del Código y mantenga, en este caso sí de modo claramente distinto a la regulación española, el mismo marco penal.

2. En el art. 609 *bis* se unificó la descripción de cuatro conductas que, al menos en lo que respecta a los medios coactivos, son claramente diferentes. Ello es así fundamentalmente por tres motivos¹⁴⁸.

En primer término, se ha sostenido que con dicha unificación es posible evitar las excesivas indagaciones a la víctima de los delitos sexuales que la convierten en segunda imputada o doble víctima del proceso penal. En el desarrollo de los procesos penales, la obligación de probar la existencia de determinados elementos, además de comprobar la inexistencia de consentimiento de la víctima, llevaba a las partes a intentar, por variados medios, demostrar la existencia o inexistencia de fuerza, amenazas, superioridad física o dominio psíquico sobre la víctima, engaño, etc. Se llega en muchos casos a poner a la víctima del delito en una situación difícilmente tolerable. No obstante ello, si bien la finalidad del legislador ha sido legítima al buscar minimizar la necesidad de prueba diferenciada de los medios coactivos, lo cierto es que en la práctica eso no ha sido posible. Y ello es así porque el juez a la hora de interpretar el tipo penal deberá necesariamente delimitar, aunque tan sólo sea para la determinación judicial de la pena a aplicar en concreto, qué medio utilizó el autor para doblegar la voluntad de la víctima. Pues no resulta razonable, desde el principio de culpabilidad y muy especialmente desde el principio de proporcionalidad, la equipa-

¹⁴⁸ Cfr. MANTOVANI, *Diritto Penale...*, p. 29.

ración entre un acto sexual logrado mediante violencia física sobre la víctima y otro logrado por engaño. Si bien pueden ser considerados equivalentes funcionales por el sólo hecho de pertenecer a la categoría de medios comisivos, obsérvese que ni siquiera existe la posibilidad de encuadrar a ambos entre la categoría de medios coactivos. Pese a que todos son medios comisivos, no todos son coactivos, quedando fuera de este último grupo los engaños, los abusos de confianza, los abusos de autoridad y la sustitución de personas. En resumen, son funcionalmente equivalentes. Sin embargo, en cada uno de ellos existe un disvalor de injusto claramente diferenciable y el juez debe analizar en concreto la conducta, encuadrarla jurídicamente y determinar la pena que individualmente le corresponde al autor por esa conducta concreta.

En segundo lugar, la necesidad de tipificar la moderna concepción de la violencia sexual donde la criminalidad del hecho consiste en afectar la autodeterminación sexual de la víctima. En ese sentido pasa a ser secundaria la modalidad de ejecución y se brinda igual protección a la integridad sexual de las diversas partes del cuerpo. Las apreciaciones críticas realizadas en el párrafo anterior son también aplicables en este contexto, pues a la hora de la determinación de la pena no puede considerarse meramente secundaria la modalidad de ejecución del delito.

Finalmente, por la intención de superar la vaguedad terminológica que generaba serios problemas de interpretación a la hora de diferenciar los conceptos de *congiunzione* y *atti di libidine* en la anterior regulación. Sobre este tercer argumento que pretende explicar la unificación de conductas descriptas en el art. 609 *bis*, conviene detenerse brevemente, pues del análisis específico de los tipos penales allí descriptos surge que el elemento objetivo del tipo viene dado por la acción de llevar a alguien, contra su voluntad, a realizar o sufrir actos sexuales.

3. En ese contexto, debe establecerse en primer lugar qué corresponde entender por actos sexuales y determinar si se trata de la conjunción de las conductas de violencia carnal y actos de *libidine* de la regulación anterior o si, por el contrario, debe dársele un contenido diverso, ya

sea ampliatorio o restrictivo en términos comparativos¹⁴⁹. En este sentido, se ha afirmado que para poder hablar de actos sexuales es necesaria la realización de determinada acción, haciendo depender el contenido sexual de la misma del estímulo que induce al sujeto a realizarla¹⁵⁰. Claro que este tema ha sido ampliamente debatido con posterioridad a la reforma sin lograr desarrollar un criterio unánime al respecto, fundamentalmente por la gran dificultad de resolver los casos ubicados en la zona límite, que serían aquellas acciones sexuales, en sentido coloquial, pero difícilmente encuadrables desde una visión teleológica del tipo penal.

Debe tenerse especialmente presente que se trata de determinar el umbral mínimo bajo el cual un acto no puede ser considerado como sexual y por tanto excluir la posibilidad de ser perseguido penalmente. En definitiva, se trata de determinar el umbral mínimo de intervención del Derecho penal en el ámbito de las conductas sexuales. Desde esa perspectiva, aunque no corresponde detenerse aquí sobre ello, parece poco razonable supeditar la intervención penal al estímulo que indujo al sujeto activo a realizar el acto, trayendo al proceso penal la prueba diabólica de lo que el sujeto quiso o no quiso en el caso concreto. Existen conductas que en general no admiten dudas, en sentido negativo. Por ejemplo, un beso en la mejilla a una amiga, una caricia en el glúteo de la madre a su hijo, la palpación de ginecólogo sobre su paciente o un abrazo entre amigos no constituyen, en principio, un acto sexual de los tipificados en el artículo 609 *bis*. Y en sentido positivo, tampoco admitiría dudas el carácter sexual de una penetración vaginal o una *felatio in ore*. Sin embargo, no existe ni siquiera un mínimo acuerdo sobre determinado grupo de casos situados en la zona gris, donde el umbral de contenido sexual del acto resulta dudoso a la luz del tipo penal¹⁵¹.

¹⁴⁹ Cfr. MARCHETTI / DI TILLIO, *La violenza sessuale...*, p. 68.

¹⁵⁰ Cfr. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, UTET, Torino, 1997, p. 12.

¹⁵¹ Existen casos interesantes en la jurisprudencia italiana donde se plantea la duda sobre la consideración de determinadas conductas como actos sexuales en el

4. Como simple esbozo puede afirmarse que las opiniones doctrinales sobre la determinación del concepto de acto sexual de la actual regulación penal italiana pueden ser clasificadas en cuatro grupos¹⁵². Para un primer grupo, claramente minoritario en la doctrina, el concepto de actos sexuales es más amplio que el que correspondía anteriormente a la violencia sexual y a los actos de *libidine*¹⁵³. Mientras que en el sector opuesto se afirma que el legislador de 1996 no pretendió realizar una ampliación de la esfera penalmente relevante. Ello se demuestra en su negativa a tipificar los actos de molestias sexuales que eran presenta-

sentido del art. 609 *bis* del Cp. A modo de ejemplo pueden verse, citadas por Bartolomeo ROMANO, *La tutela penale de la sfera penale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 68, la sentencia de la Suprema Corte de 15 de noviembre de 1996, donde se afirma que no constituye violencia sexual el comportamiento de un hombre que acaricia la cara de una mujer, le baja los pantalones y le da un beso en la pierna, publicada en *Guida al diritto*, (1997), n. 8, p. 76 con comentario de María VESSICHELLI, «*Prime interpretazioni giurisprudenziali dopo le modifiche al codice penale*», en *Riv. pen.*, (1997), pp. 147 y ss.; la sentencia del 9 de octubre de 1997, donde se afirma que no constituye tentativa de violencia sexual el comportamiento del patrón de un negocio que intenta besar a una dependiente consiguiendo solamente tocar su cara con los labios, publicada en *Foro it.*, (1998), II, c. 505 con comentario de Giovanni FIANDACA, «*La rilevanza penale del "bacio" tra anatomia e cultura*»; la sentencia de 11 de noviembre de 1996, donde se considera actos sexuales la intercalación de una mano entre las piernas de una mujer, publicada en *Indice pen.*, (1998), pp. 199 y ss. con comentario de Paolo DAMINI, «*Sulla nozione di "atti sessuali" ex art. 609 bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?*», en *Indice pen.*, (1998), pp.199-219; en la misma línea que la última sentencia analizada, *vid.* Cass. 4 de diciembre de 1998, en *Giust. pen.*, (1999), II, c. 584, donde se analiza el concepto de actos sexuales afirmando que «*non i soli atti che involgono la sfera genitale, bensì tutti quelli che riguardano zone del corpo note, secondo la scienza medica, psicologica, antropologico-sociologica, come erogene*».

¹⁵² Cfr. ROMANO, *La tutela penale...*, p. 58.

¹⁵³ En este sentido, *vid.*, por todos, Giuliano MARINI, *Dilitti contro la persona*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1996, p. 296, «... tutti gli atti aventi significato erotico anche solo nella dimensione spggettiva deo rapporti soggetto attivo / soggetto passivo».

dos en varios proyectos legislativos¹⁵⁴. Ciertamente, el contenido de la regulación penal vigente en Italia se limita a la suma de las conductas que en el régimen anterior quedaban encuadradas en los conceptos de *congiunzione* y *atti di libidine*.

Una tercera opción interpretativa ha sido postulada por los autores que sostienen el criterio restrictivo de actos sexuales considerando que deben ser interpretados de manera más restrictiva que los antiguos actos de *libidine*¹⁵⁵. Y finalmente, se ha afirmado que la utilización de la expresión «actos sexuales» resulta absolutamente contraria al principio de taxatividad¹⁵⁶.

Quizás para evitar los problemas de interpretación antes descriptos, el legislador italiano debió haber tipificado de forma autónoma el delito de molestias sexuales. Pues de esa forma, mediante una interpretación sistemática del tipo de violencia sexual, correspondería ser calificado el límite inferior de los actos sexuales¹⁵⁷. Ello hubiese permitido limitar el tipo penal, con el fin de impedir que pudiera ser interpretado de manera extensiva y ampliar de ese modo desmedidamente el ámbito de intervención jurídico penal. No obstante, mientras no exista un tipo pe-

¹⁵⁴ Cfr. Paolo PISA, «*Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale*», en *Dir. pen. e processo*, (1996), pp. 283 y ss.; Stefano DEL CORSO, «*Commento all'art. 3 l. 15 /2 /1996, n. 6*», en *Leg. pen.*, (1996), pp. 423 y ss.; Antoniana COLLI, «*La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, (1997), pp. 1163- 1171.

¹⁵⁵ En esta línea, vid., entre otros, CADOPPI, *Commentario...*, p. 23-; DAMINI, «*Sulla nozione di "atti sessuali"...*», pp. 199-203-; MANTOVANI, *Diritto Penale...*, p. 14.

¹⁵⁶ En esta última posición, vid. Antonio PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, pp. 29 y 159; Vincenzo MUSACCHIO, *Il diritto di violenza sessuale (art. 609 bs c.p.)*, CEDAM, Padova, 1999, p. 105.

¹⁵⁷ También postula ésta solución AMBROSINI, *Le nuove norme...*, p. 14; Marta BERTOLINO, «*La riforma dei reati di violenza sessuale*», en *Studium Iuris*, (1996), pp. 404 y ss.; Sergio MOCCIA, «*Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale: un esempio paradigmatico di sciattezza legislativa*», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, (1997), pp. 403 y ss.; MANTOVANI, *Diritto Penale...*, p. 15; ROMANO, *La tutela penale de la sfera...*, p. 60.

nal autónomo que describa las molestias sexuales y que establezca el límite inferior de interpretación de la expresión «actos sexuales», puede considerarse que la única interpretación respetuosa de los principios fundamentales del Derecho penal es la de considerarlos como la *congiunzione carnale e atti di libidine* de la antigua redacción del Cp.

5. Luego de planteados brevemente los problemas de interpretación que el concepto de «actos sexuales» de la nueva regulación legal de los delitos sexuales generó en Italia, es necesario detenerse en el concepto de «constringe». Se ha optado aquí por traducir la expresión la palabra italiana como «obligar» y a partir de allí será necesario analizar las tres posibles modalidades a las que se refiere el tipo, y muy especialmente las «amenazas» como medio alternativo para lograrlo.

La figura de actos sexuales violentos puede ser cometida a través de tres modalidades. Es decir, es posible obligar mediante: a. violencia personal física, ya sea propia o impropia; b. violencia personal psíquica (amenaza), ya sea esa activa u omisiva; y c. abuso de autoridad. Tanto del concepto de violencia, como del de amenaza nos ocuparemos más detenidamente en los puntos III y IV de este mismo capítulo.

6. Los actos sexuales llevados a cabo con abuso de autoridad son descritos en el mismo artículo 609 *bis* en los siguientes términos: «*Quien [...] mediante abuso de autoridad obliga a alguien a llevar a cabo o sufrir actos sexuales*». Esta modalidad comisiva, estructurada en términos genéricos, se presenta como novedad en la regulación de los delitos sexuales en Italia. De la redacción del precepto surge claramente que, a diferencia de los medios coactivos anteriormente descritos que configuran un delito común, en este caso se trata de un delito especial. Y ello es así, porque en esos supuestos sólo puede ser autor del mismo que posea la calidad de autoridad y no cualquier sujeto. La *ratio* de este medio coactivo radica en ampliar el margen de protección de la víctima para aquellos casos donde, por la especial relación de inferioridad con el autor, exista una situación de temor reverencial que haga facti-

ble el doblegamiento de la voluntad de la víctima sin necesidad de llegar a los extremos de la violencia o la amenaza típica que se describían como las otras alternativas comisivas.

La mayor discusión que ha generado este precepto en la doctrina italiana ha sido la correcta interpretación de concepto de autoridad. En este sentido, para la doctrina mayoritaria, a la que aquí se adhiere, el término autoridad abarca tanto a la autoridad pública como a la autoridad privada¹⁵⁸. Los argumentos a favor de esta posición amplia en la interpretación del concepto de autoridad pueden ser reconducidos, siguiendo a MANTOVANI, a tres de los clásicos cánones de la interpretación¹⁵⁹: 1. la interpretación literal, porque si el legislador hubiese tenido la voluntad de limitar el tipo a la autoridad pública lo hubiese expresado en tal sentido; 2. la interpretación sistemática, porque en otros artículos del mismo título el legislador hace referencia tanto a la autoridad pública como a la autoridad privada; y 3. la interpretación histórica, porque en el proceso de cambio de los tipos penales anteriores donde se hacía referencia a los oficiales públicos, al articulado actual donde sólo se hace referencia a la autoridad, se demuestra la clara voluntad legislativa de ampliar el concepto también a la autoridad privada¹⁶⁰.

Como consecuencia de la interpretación aquí sustentada el concepto de autoridad del artículo 609 *bis* abarca tanto a la autoridad pública o encargado de un servicio público, y a la autoridad privada. Ya sea este pariente, tutor, curador o educador de la víctima; como así también la

¹⁵⁸ Cfr. ANTOLISEI / CONTI, *Manuale di Diritto penale parte speciale*, tomo I, p. 166.

¹⁵⁹ Para un análisis detenido de cada una de estas clases de interpretación y sobre el método de trabajo a la hora de interpretar los preceptos penales de la parte especial, *vid.* Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999.

¹⁶⁰ Sobre el tipo penal de abuso de autoridad del funcionario público con anterioridad a la reforma, *vid.* Antonio PECORARO ALBANI, «*Congunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblici ufficiali*», en *Enc. Dir.*, VIII, (1961), pp. 1076 y ss.

autoridad laboral, jefes o superiores jerárquicos en el ámbito laboral, y puede ser tanto autoridad pública o privada, según sea el contexto laboral en el que la persona se desempeña.

La redacción exige expresamente el abuso. No se puede, por tanto, encuadrar en el tipo cualquier conducta sexual entre superior y subordinado en la que el primero no se haya prevalido injustamente de su posición de poder o de autoridad¹⁶¹.

7. En este contexto de análisis resulta de especial interés, por su proximidad con los supuestos de amenaza, el problema de la explotación o aprovechamiento de la calidad de autoridad sin poder alegarse la existencia de abuso de la misma, ni la presencia de ningún tipo de amenaza ni expresa ni tácita. En este grupo de casos podría encuadrarse el ejemplo de la prostituta que accede a realizar actos sexuales con un policía por temor a ser llevada a la comisaría por éste; o el de la empleada que accede a mantener relaciones sexuales con su jefe por temor a ser despedida. Tales supuestos de hecho resultan difícilmente encuadrables en la estructura de un delito sexual. No existe en estos casos la presencia ni de una amenaza ni de un abuso de autoridad por parte del sujeto activo. A saber, no concurre amenaza típica porque el sujeto no ha puesto en perspectiva de la víctima ningún mal. Sino que ésta, -sin mención al respecto del autor o por lograr un derecho que jurídicamente no tiene garantizado- ha optado, en uso de su libertad, por mantener un contacto sexual con el sujeto activo¹⁶². Por otra parte, tampoco existe abuso de autoridad porque el tipo penal, a diferencia de otras legislaciones, no habla de un aprovechamiento de esa situación de superioridad sino de un abuso obligando a la víctima.

¹⁶¹ Sobre el abuso de poder en general en el Derecho penal, *vid.*, por todos, Luigi STORTONI, *L'abuso di potere nel Diritto penale*, Milano, 1978.

¹⁶² Sobre este grupo de casos se volverá con más detalle en el núcleo central de este trabajo, al analizar el supuesto de ampliación del margen de libertad del sujeto pasivo en determinado contexto donde el autor, con su presencia, no restringe el ámbito de autodeterminación del «sujeto pasivo» sino que lo amplía o aumenta.

Tampoco en la legislación penal española podría considerarse típicas a dichas conductas. No hay allí ni intimidación que pueda configurar un delito de agresión sexual, menos aún violencia, como tampoco una situación de prevalimiento que permita sostener la presencia de un delito de abuso sexual del art. 181.3. Ello es así porque el consentimiento es irrelevante para el Derecho en los supuestos de prevalimiento cuando el autor usa una situación de superioridad manifiesta para «coartar» la libertad de la víctima. Pues bien, en los supuestos enunciados, si bien puede existir una situación de superioridad manifiesta, no es el autor quien se vale de ella para limitar los Derechos de la víctima, sino que por el contrario es esta última quien se vale de sus “virtudes” para obtener ventajas que no le están jurídicamente garantizadas¹⁶³.

III. Excurso sobre disenso-medios coactivos en la doctrina italiana

1. El estudio de cualquier figura jurídica penal requiere al menos tres niveles de análisis: el abordaje político criminal, el análisis de sus fundamentos y, finalmente, su delimitación con las figuras próximas o la determinación de su atipicidad. En este contexto, antes de entrar en el estudio específico de los delitos sexuales con *vis relativa*, es necesario detenerse, aunque sea brevemente, en un tema de política criminal que abarca tanto al concepto de violencia como el de amenaza. A saber, la necesidad de los mismos como elementos ineludibles para la configuración de los delitos que requieren medios coactivos, y muy especialmente para los delitos sexuales.

Si bien este debate corresponde a uno de los temas centrales de este trabajo, se ha considerado oportuno ponerlo de manifiesto aquí porque ha sido en la doctrina italiana donde con mayor énfasis se ha discutido sobre este punto.

¹⁶³ Se volverá sobre este tema con detalle.

2. Para Marta BERTOLINO la persistencia en las legislaciones tanto europeas como no europeas de las exigencias de violencia o amenaza en los delitos sexuales es testimonio de la actualidad del mito de que la relación sexual sin “*consenso*” de la víctima requiere de una verdadera resistencia de la misma que sólo podría ser vencida mediante la violencia o la amenaza¹⁶⁴.

En virtud de ello, el ejemplo más radical en este sentido lo representa la legislación austríaca anterior a la reforma de 1989, que exigía como consecuencia de la violencia o de la amenaza la incapacidad de la víctima para resistirse. En ese contexto, tanto la violencia como la amenaza asumen un rol fundamental en la estructura de los delitos contra la libertad sexual ya que de su presencia se hace depender el reconocimiento de un ulterior y fundamental requisito del tipo que es el disenso del sujeto pasivo¹⁶⁵. Esto lleva necesariamente a analizar las re-

¹⁶⁴ Cfr. Marta BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 65 para quien «*La persistenza di tali requisiti nella descrizione legale del reato di violenza carnale e di atti di libidine violenti in quasi tutte le legislazione europee e non solo europee testimonia quanto sia ancora attuale l'idea mitica che il rapporto sessuale realmente senza consenso sia soltanto quello caratterizzato da decisa resistenza della donna, che solo l'uso della violenza o minaccia sarebbe in grado di vincere, mentre la presenza di esse provverebbe senza ombra di dubbio il dissenso della vittima*». Aunque no se hallara implícitamente establecido en el tipo penal, buena parte de la doctrina tradicional italiana venía sosteniendo que, muy especialmente la violencia, implicaban la imposibilidad de resistirse de la víctima, y que si bien el legislador penal no lo había regulado expresamente, eso era tan sólo para evitar redundancias en las exigencias del tipo que, a su entender, daba por supuesta la imposibilidad de resistencia, en ese sentido, vid. MANCI, *Reati sessuali*, p. 31.

¹⁶⁵ Cfr. BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 95 y p. 99, «... in Italia regna quasi incontrastato l'orientamento a favore del concetto di violenza in senso ampio in base a quanto sostenuto dalla teoria della costrizione del volere. Spostando la prospettiva d'analisi dalla causa all'effetto, tale teoria spiega la violenza e la minaccia, secondo un'impostazione di stampo civilistico, come mezzo di costrizione della volontà. Ciò che conta è il risultato a cui si perviene attraverso la violenza e la minaccia: la coazione della libera volontà del soggetto a tenere un comportamento che altrimenti non avrebbe tenuto. Secondo la teoria in esame, in contrasto con quella c.d. della forza fisica, è il fine, il risultato finale e non l'intrinseca qualità del mezzo che consente di designare una condotta come violenta. La modalità dell'azione, secondo tale prospettiva, finisce con il caratterizzarsi in funzione del risultato. La violenza, la minaccia sono tali in quanto realizzano l'effetto di costrizione e non in

laciones existentes entre violencia o amenaza-resistencia de la víctima - consumación de delito de violencia sexual¹⁶⁶.

Sin embargo, la legislación italiana actual, pese a los intentos contrarios de parte de la doctrina, mantiene la exigencia de violencia y amenaza como medios coactivos necesarios para la configuración de, al menos, algunos de los delitos sexuales.

Desde esa perspectiva, los intentos que han tenido lugar en el orden de la política criminal, no pasan de meras propuestas de *lege ferenda* que, aunque pueden aportar lineamientos para los fundamentos y la delimitación de las figuras, no pueden ser tenidas como legislación vigente y menos aun si resultan, en cierto modo, “interpretación” *in malam partem*.

IV. La tipificación de los actos sexuales por *vis* psíquica y su interpretación doctrinal

1. La reforma de 1996 ha seguido la línea anterior establecida en el antiguo art. 519 del Cp al mantener la exigencia de amenaza, junto con la violencia, como elemento del tipo objetivo del delito sexual básico.

Todo ello, pese a la fuerte corriente contraria que postulaba, como se explicó en el punto anterior, la sustitución y el reemplazo de estos requisitos por la mera falta de consentimiento¹⁶⁷. Al comenzar este capítulo se ponía de manifiesto que en las diferentes legislaciones de los países de

base ad una loro caratteristica oggettiva»; p. 134 «... la figure criminose caratterizzate dalla violenza o minaccia sarebbero imperniate sul risultato, sull'effetto di coazione della volontà della vittima a un comportamento particolarmente qualificato, quello di natura sessuale», en esta misma línea vid., FIANDA / MUSCO, *Diritto penal...*, p. 213.

¹⁶⁶ Sobre este punto se volverá más adelante al momento de analizar la propuesta de BERTOLINO en la segunda parte de este trabajo.

¹⁶⁷ Cfr. ROMANO, *La tutela penale de la sfera penale...*, p. 71.

nuestro ámbito cultural, el legislador había recurrido, con la misma finalidad, a planteos que al menos exhibían una serie de particularidades a la hora de presentar a la *vis relativa* como medio coactivo. En ese sentido, el Cp italiano ha optado por la utilización del término *minaccia* (amenaza) sin exigir especiales características de la misma y dejando en manos del juez la determinación definitiva de qué clase de amenaza se requiere en el caso concreto para considerar que estamos ante un caso de violencia sexual.

Pasando a un plano meramente comparativo, obsérvese que, a diferencia del Cp español, en la legislación italiana el medio coactivo «*vis compulsiva*» se describe en el tipo a través de la expresión «amenaza» y no con la voz «intimidación» como lo ha hecho el legislador penal español de 1995. Esta diferencia, que en principio parece poco relevante, adopta máximo protagonismo a la hora de criticar o aceptar los argumentos sostenidos por las vertientes más subjetivas o intrínsecas de interpretación del medio coactivo específico. Como luego se verá con mayor detalle, la expresión intimidación describe, en principio, un proceso causal mientras que la expresión amenaza hace más bien referencia a una de las posibles causas de inicio de ese proceso causal¹⁶⁸.

2. La doctrina penal italiana, al igual que la doctrina penal de los países que se han tenido en cuenta en este trabajo, ha parecido, a primera vista, más ocupada en la búsqueda de una definición concreta del concepto de violencia que en la determinación jurídica del concepto de

¹⁶⁸ Es importante resaltar aquí que buena parte de la doctrina italiana, como así también de la doctrina de otros países donde el legislador penal ha recurrido a la expresión amenaza para describir la conducta típica, entiende que la expresión amenaza debe ser explicada como proceso causal completo y complejo y no como el medio que puede dar inicio a ese proceso causal. A saber, debe entenderse amenaza e intimidación en términos más generales, como *vis moralis*. Así, por todos, en la doctrina penal italiana, cfr. PISAPIA, *Violenza minaccia...*, pp.76 y ss. «... *Il vero è che il concetto di minaccia - come quello di violenza (fisica)- è un fenomeno complesso, risultante dal rapporto tra i mezzi minatori che ne costituiscono il primo termine, cioè la causa, ed il timore, che ne rappresenta l'effetto*».

amenaza como equivalente funcional del primero. Ello se explica, según BERTOLINO, en que la amenaza está definida, aunque de manera insuficiente, en el artículo 612 del Cp, mientras que la violencia, a pesar de formar parte de gran cantidad de tipos penales, no tiene una definición legal concreta¹⁶⁹.

No obstante, ese argumento es difícilmente aceptable, pues en otras legislaciones penales donde igualmente el concepto de amenaza viene definido por la tipificación de esas conductas como delito autónomo, incluso de un modo más acabado que en el *Codice penale*, el concepto de amenaza -o en su caso intimidación- como medio coactivo en los delitos sexuales- está lejos de poder considerarse claro. Ello sucede tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aunque en igual sentido que en Italia la doctrina ha prestado más atención a la violencia que a la intimidación o amenaza como su equivalente funcional en casi todos los países analizados.

3. El Cp italiano tipifica como delito autónomo a las amenazas en su artículo 612. El tipo exige la amenaza a otra persona con un daño injusto, agravando la pena en los casos de amenazas graves o cuando es realizada con armas, por una persona (*travisata*), por más de una persona reunida, con escrito anónimo, en modo simbólico o valiéndose de la fuerza intimidatoria derivada de asociaciones secretas, existentes o presuntas¹⁷⁰. Sin perjuicio de su tipificación autónoma en el art. 612 del Cp, el legislador italiano no ha expresado qué debe entenderse por amenaza y ha sido la doctrina la que ha venido a definir dicho concepto.

¹⁶⁹ Cfr. BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 98 y nota 47, «È questa la ragione della ricca casistica circa il contenuto del requisito della violenza, che si può conglidere in relazione alle diverse figure di reato, nelle quali la violenza assurge a requisito di fattispecie».

¹⁷⁰ Para una visión general del tratamiento doctrinal y jurisprudencia de delito de amenazas del Cp italiano, *vid.*, por todos, CRESPI/ STELLA/ ZUCCALÀ, *Comentario breve...*, p. 1869.

La amenaza es «...la manifestación (expresa o tácita, explícita o implícita, real o simbólica, escrita o oral o por mímicas, directa o indirecta) de la intención condicionada de causar un daño o determinar una situación de peligro, en caso que el amenazado no consienta la unión carnal»¹⁷¹.

Se trata, en definitiva, de la puesta en perspectiva a otro de un daño futuro e injusto, haciendo depender su realización del sujeto activo de la misma¹⁷². También se ha sostenido que es cualquier medio válido para limitar psíquicamente a alguien y que se constituye mediante una manifestación externa que, con fin intimidatorio, representa de alguna forma al sujeto pasivo el peligro de un mal injusto que en un futuro más o menos próximo podrá ser ejercido por el sujeto activo o por otra persona en su nombre, contra él o contra su patrimonio¹⁷³.

4. La amenaza, conjuntamente con la violencia, forma parte de gran cantidad de tipos del Cp¹⁷⁴. En efecto, ello puede resumirse, como ya se ha adelantado, en tres posibles utilizaciones: 1. como fin en sí misma al estar tipificada como delito autónomo; 2. constituyendo una modalidad de la acción delictiva; 3. orientada a vencer la voluntad de la persona ofendida.

¹⁷¹ Enrico CONTIERI, *La congiunzione carnale violenta*, 2ª ed., Dott. A. Giuffré, Milan, 1967, pp. 71-72 en relación con la amenaza del tipo penal del artículo 519 (*Violenza carnale*) del Cp italiano con anterioridad a la reforma de 1996 (la traducción es mía).

¹⁷² Cfr. AMBROSINI, *Le nuove norme...*, p. 21.

¹⁷³ Cfr. CRESPI/ STELLA/ ZUCCALÀ, *Comentario breve...*, p. 1870.

¹⁷⁴ Sobre las diversas hipótesis en que pueden presentarse tanto la violencia como la amenaza en los tipos penales, con anterioridad a la reforma de 1996, *vid.*, BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 95, nota 46, «*La violenza e la minaccia -come è noto- sono contenute anche in numerose norme penali ora come elementi costitutivi di una fattispecie autonoma che incrimina in sé l'uso della violenza (art. 610 c.p.) o della minaccia (art. 612 c.p.), talaltra come elementi costitutivi che concorrono a formare una fattispecie c. d. complessa (ad es. Art. 519, 629 c.p.)*».

En este último caso el mal -objeto de la amenaza- es condicionado a la negativa del sujeto pasivo a realizar el comportamiento al cual el sujeto activo lo somete. En el tipo de violencia sexual la amenaza es al mismo tiempo modalidad de la acción delictiva y está orientada a vencer la voluntad de la víctima. Así las cosas, si el concepto de amenaza debe ser interpretado de forma unitaria en todos los tipos del Cp, o por el contrario requiere de distintas interpretaciones según la utilización con la que se presenta en cada precepto, es algo que debe resolverse.

Esta discusión, central en el análisis del concepto de violencia en Italia, es factible de ser trasladada a la interpretación de la amenaza que sólo es definida en el tipo donde se establece como delito autónomo¹⁷⁵.

No obstante, debe concluirse que el hecho de existir una cuasi definición de amenaza en el propio cuerpo legal en nada implica que ella sea de utilidad para delimitar la amenaza como medio coactivo. Si bien se utiliza la misma expresión para describir ambas conductas, son justamente dos conductas y como tales diferentes. Una cosa es la amenaza como delito en sí mismo, donde el autor pone en perspectiva un mal con el solo objeto de atemorizar o generar una situación de temor en la víctima y otra muy distinta es la amenaza como medio. En este último caso no solo se busca atemorizar a alguien sino que, por el contrario, se busca llevarlo a la realización de un acto querido por el autor y en cierto modo resistido o, mejor dicho, no deseado por el sujeto pasivo aunque finalmente elegido¹⁷⁶.

5. Los requisitos para que una amenaza pueda ser considerada típica como medio de constreñimiento a la víctima en el delito de actos sexuales violentos han sido desarrollados por la doctrina pero no exis-

¹⁷⁵ Cfr. Antonio PECORARO ALBANI, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962, p. 7.

¹⁷⁶ Sobre este punto *vid.* mi propuesta en Carlos M. GONZÁLEZ GUERRA, «¿Amenaza, coacción, o libertad?». Un propuesta de distinción entre los tipos penales de amenazas y coacciones», en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, LexisNexis, (2 /2007), pp. 213-226.

te ni el más mínimo acuerdo al respecto, al igual que en el caso español. Para algunos autores la amenaza a la que se refiere el artículo 609 *bis* del Cp italiano no exige que la misma sea contra la vida, o contra la indemnidad individual del sujeto pasivo. Se afirma incluso que es posible admitir como típica la amenaza sobre la afectación a bienes patrimoniales¹⁷⁷. No obstante, la doctrina mayoritaria rechaza rotundamente la posibilidad de admitir las amenazas con objeto en bienes patrimoniales como suficientes para considerarlas típica.

Al igual que en el caso español, otro tema discutido en relación con los requisitos de la amenaza es el de la actualidad del mal con que se amenaza. Sobre este punto tampoco existe acuerdo, pero la doctrina mayoritaria se inclina por exigir que la amenaza constituya un peligro actual para el bien objeto de la amenaza¹⁷⁸.

Finalmente, un tema sin dudas de máxima trascendencia en esta obra es el de la objetiva gravedad del mal núcleo de la amenaza. Nuevamente aquí no existe un punto de encuentro en la doctrina italiana que pueda venir a clarificar la interpretación que debemos dar al concepto de amenaza en los delitos sexuales. La posición más extrema es mantenida antes de la reforma por CONTIERI, para quien no es necesario que el mal amenazado sea objetivamente grave¹⁷⁹. Por su parte, para CARRARA dicho requisito resulta imprescindible a la hora de afirmar la existencia del tipo del antiguo artículo 519 del Cp italiano de 1930¹⁸⁰. Por otra parte, otros autores exigen, para considerar típica la conducta,

¹⁷⁷ Mantienen esta postura con anterioridad a la reforma de 1996, CONTIERI, *La congiunzione carnale...*, p. 71; Francesco P. GABRIELLI, «*Violenza carnale*», en *Nuovo Digesto Italiano*, tomo XII, Torino, 1940, p. 1071; Pannain, *Delitti*, p. 17; EL MISMO, *Manuale...*, II, *parte speciale*, 1, p. 322.

¹⁷⁸ Contra el requisito de la actualidad del peligro *vid.*, antes de la reforma, CONTIERI, *La congiunzione carnale...*, p. 71.

¹⁷⁹ Cfr. CONTIERI, *La congiunzione carnale...*, p. 71.

¹⁸⁰ Cfr. CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, p. 310.

que el temor generado por la amenaza sobre la víctima sea subjetivamente grave¹⁸¹.

6. La similitud de la discusión existente en Italia con la surgida en España, en la que se entrará en detalle más adelante, hace innecesario realizar aquí un mayor análisis de estas cuestiones. Sin embargo, se creyó oportuno presentar brevemente los términos de la discusión para facilitar la comparación de opiniones. En definitiva, en Italia, el punto central del debate sobre la amenaza en esta clase de delitos es determinar si la idoneidad y el grado de la misma para vencer la resistencia de la víctima tienen que ver con requisitos cualitativos para que la amenaza pueda considerarse típica, o si por el contrario, como pretende afirmar CONTIERI, se trata de un problema procesal de la prueba sobre el disenso del sujeto pasivo o sobre su constreñimiento¹⁸².

La jurisprudencia italiana se inclina por considerar que la idoneidad de la amenaza para coartar la voluntad de la víctima de los delitos de violencia sexual no debe examinarse según criterios abstractos y apriorísticos, sino teniendo en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso¹⁸³. En este sentido, a modo de ejemplo, se ha afirmado que:

¹⁸¹ Cfr. PUCCIONI, *Saggio...*, p. 391.

¹⁸² Cfr. CONTIERI, *La congiunzione carnale...*, p. 71, la posición del profesor de la *Università di Ferrara* resulta sin dudas de las más extremas al quitarle toda clase trascendencia a la gravedad del mal objeto de la amenaza y al minimizar las exigencias de la misma para ser considerada típica. Así ha llegado a decir que «... *non rivela che il male minacciato sia, per sè stesso, indifferente per l'ordinamento giuridico, o costituisca esercizio d'un diritto o adempimento d'un dovere (cosiddetta minaccia di un male giusto), essendo la libertà sessuale un valore morale, la cui essenza consiste nell'interesse della persona a che non siano pompiuti da altri col suo dissenso atti di disposizione sul proprio corpo neo rapporti sessuali, di guisa minaccia e non dalla coazione mediante la minaccia d'un danno ingiusto*».

¹⁸³ Cfr. CRESPI/ STELLA/ ZUCCALÀ, *Comentario breve...*, p. 162.

«...anche una semplice minaccia o intimidazione psicologica, attuata in situazioni particolari tali da influire negativamente sull'processo mentale di libera determinazione della vittima, può essere sufficiente ad integrare, senza necessità di protrazione nel corso della successiva fase della condotta tipica dei reati in esame, gli estremi della violenza»¹⁸⁴.

§ 3. EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN (STGB)

1. El análisis breve de la regulación penal alemana sobre los delitos sexuales, al igual que en el punto anterior de la legislación penal italiana, pretende tan solo ubicar la discusión dogmática que sobre la amenaza o la intimidación como medio coactivo se ha desarrollado en cada uno de estos países.

2. En el caso alemán, que aquí nos ocupa, el análisis descriptivo se ampliará a otros tipos penales, como es el caso de las coacciones, donde la discusión en torno a la delimitación de la amenaza como medio coactivo ha tenido mayor relevancia por las especiales características con que los *Nötigungsmittel* se presentan en la StGB.

I. Aspectos generales de la regulación de los delitos sexuales

a) Diversas figuras delictivas contra la autodeterminación sexual

¹⁸⁴ Sez. III 99 /215695.

1. La legislación penal alemana regula los delitos contra la autodeterminación sexual en la décimo tercera sección de la parte especial del StGB, bajo la rúbrica de «*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*». Como en las demás legislaciones que se han venido analizando el StGB, sufrió en los últimos años importantes reformas en el ámbito de los delitos contra la autodeterminación sexual¹⁸⁵.

Las propuestas de reformas presentadas a través de la 1. StrRG de 1969 y 4. StrRG de 1973 trajeron algo de calma al intenso debate relativo a la regulación de los delitos sexuales. Sin embargo, la fuerte presión mediática sobre el aumento de las penas convirtió a esta clase de delitos en el *Modethema* y reinició un prolongado debate judicial, especialmente en los temas relativos al abuso sexual de menores, la violación dentro de la pareja y las molestias de contenido sexual¹⁸⁶.

2. En ese contexto, el StGB sufrió variadas reformas mediante las siguientes leyes: 26. StrÄndG 1992 sobre tráfico de personas para el ejercicio de la prostitución (*Menschenhandel*); 27. StrÄndG 1993 sobre pornografía infantil (*Kinderpornographie*); 29. StrÄndG 1994 sobre abusos sexuales de jóvenes (*sexueller Missbrauch von Jugendlichen*); 30. StrÄndG 1994 (*Ruben der Verjährung bestimmter Sexualstraftaten*);

¹⁸⁵ Para un análisis más detallado sobre la reforma de los delitos contra la autodeterminación sexual en Alemania, *vid.*, entre otros, Gunther ARZT / Ulrich WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2000, pp. 256 y s., donde afirman que «*Rechtspolitisch waren insbesondere die Sexualdelikte ein heißes Eisen*»; Birgit HARBECK, *Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung / Vergewaltigung*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 15 y ss.; Brigitte SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff. Ein Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion einer Neufassung des § 177 StGB unter Berücksichtigung der Strafbarkeit de lege lata und empirischer Gesichtspunkte*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1993, pp. 64 y ss.

¹⁸⁶ Cfr. ARZT / WEBER, *Strafrecht...*, pp. 256 y ss. No es extraño escuchar en los ambientes jurídicos alemanes que tanto el “Sistema Europeo de Derecho penal” y “la mujer como víctima del delito” son los *Modellthema* en el Derecho penal alemán actual, o si se prefiere, los más elegidos para las ayudas financieras a la investigación en materia penal.

33. StrÄndG 1997, donde se produjo una revisión total y, entre otras cosas, sufrió modificaciones la regulación legal de la violación dentro de la pareja (*Vergewaltigung in der Ehe*); la ley para la lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos de 1998 y la 6. StrRG 1998 con una nueva revisión total.

b) *El delito de coacción sexual o violación (Sexuelle Nötigung-Vergewaltigung)*

1. El § 177 del StGB¹⁸⁷ tipifica el delito de coacción sexual (*Sexuelle Nötigung*) o violación (*Vergewaltigung*) como un supuesto especial del delito de coacción del § 240, es decir, que se presenta a la violación como una especie dentro del género de las coacciones¹⁸⁸.

El clásico delito de violación en la legislación alemana presenta algunos rasgos característicos de primordial importancia para el tema aquí estudiado. Pues plantea, ya en el orden legislativo, una limitación importante en los medios comisivos (*Tatmitteln*). A saber, como se puso de manifiesto en las páginas anteriores, se exige la existencia de violencia (*Gewalt*) o amenaza con un peligro actual contra el cuerpo - integridad física- o la vida (*Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben*). No obstante ello, aparece un tercer medio comisivo (*Tatmitteln*), que, a mi juicio, no puede ser considerado un medio coactivo, y que ha sido incorporado al § 177 I como tercer punto luego de la reforma de 1997¹⁸⁹. Se trata de *die Ausnutzung einer schutzlosen*, que

¹⁸⁷ StGB § 177 *Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung*: « (1) Wer eine andere Person 1. mit Gewalt, durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder 3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, ... ».

¹⁸⁸ Cfr. Karl Heinz GÖSSEL, *Das neue Sexualstrafrecht. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, Der Gruyter Recht, Berlin, 2005, p. 23.

¹⁸⁹ Buena parte de la doctrina penal italiana ha visto con beneplácito la incorporación del punto 3 al §177, *vid.*, por todos, PAVARINI, «*Il mero dissenso della vittima...*», pp. 771-793.

puede traducirse como el aprovechamiento de una situación de indefensión¹⁹⁰.

Especialmente los dos últimos medios comisivos son relevantes para este trabajo, pues en el primer caso se exige una amenaza cualificada, y en el segundo se incorpora un medio comisivo distinto y más amplio de los regulados en el Cp 1995. Claro que no debe perderse de vista la estrecha relación existente entre la amenaza y la violencia que hace necesario, en su momento, tomar alguna posición para distinguir los casos que caigan en la zona gris existente entre ambos *Nötigungsmitteln*.

2. Con respecto al primer punto, resulta especialmente interesante la limitación legislativa que realiza el legislador alemán al exigir una amenaza cualificada para la comisión del delito de violación. La estructura básica de la amenaza exigida por el § 177 del StGB es idéntica a la que el mismo Código prevé en el § 240 para las coacciones¹⁹¹. No obstante ello, establece en el caso de la violación un plus, al requerir una amenaza cualificada¹⁹².

A saber, no basta cualquier amenaza y ni siquiera es suficiente una amenaza con un mal grave o relevante, sino que por el contrario el § 177 exige que la amenaza anuncie, o que el objeto de la amenaza sea,

¹⁹⁰ StrRÄndG 33. -v. 1.7.1997 (BGBl. I S. 1607).

¹⁹¹ Cfr. Wolfgang MITSCH, *Strafrecht. Besonderer Teil 2. Vermögensdelikte (Kernbereich)*, Teilband 1, 2. auflage, Springer, Berlin, 2003, p. 248 «*der Drohungsbegriff ist mit dem in § 240 verwendeten identisch*».

¹⁹² Nikolas BLANKE, *Das qualifizierte Nötigungsmittel der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Gefahrbegriffs des Strafgesetzbuches*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, p. 244 pone claramente de manifiesto la opción del legislador alemán de diferenciar el concepto de peligro en la amaneza como medio coactivo en los distintos tipos penales del StGB. En el contexto del estado de necesidad, como pone de manifiesto ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 16, p. 676 (marg. 11), la doctrina mayoritaria en Alemania parte de un concepto de peligro único para todo el Derecho penal.

un mal con peligro actual para el cuerpo -integridad física- o la vida (*durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben*).

La limitación legal del concepto de amenaza no se circunscribe al delito de violación. También el delito de robo del § 249 StGB (*Raub*) establece los mismos requisitos para que una amenaza pueda ser considerada un medio suficiente a la luz del delito de robo y no como simple hurto § 242 StGB (*Diebstahl*).

La limitación descrita mantiene fuera del tipo penal de violación ciertos casos concretos considerados problemáticos. A saber, a modo de ejemplo, los casos en los que el mal con el que se amenaza a la víctima para lograr mantener relaciones sexuales es la destrucción o el daño de determinados objetos. En ciertos casos, por las condiciones personales de la víctima o por el valor tanto económico como sentimental del objeto en cuestión, la amenaza de dañar o destruir la cosa podría producir un importante efecto en el sentido del objetivo pretendido por el autor. Sin embargo, en ningún caso podría tratarse de un delito de violación, como así tampoco de un delito de robo, si en lugar de las exigencias de contenido sexual el autor pretendiera la entrega de dinero o de algún otro bien¹⁹³.

3. La doctrina penal alemana, en general, deriva la determinación del concepto de amenaza hacia los estudios referentes a las coacciones. Ha sido justamente en los estudios referidos al §240 donde con más detalle la doctrina ha discutido el contenido de la amenaza típicamente relevante.

La técnica legislativa adoptada en el StGB resulta más respetuosa de los principios constitucionales toda vez que delimita concretamente

¹⁹³ Cfr, en este sentido, entre otros, Gerd GEILEN, «*Raub und Erpressung* (§ § 249-256 StGB)», en *Jura* (1979), 109-110; LK-HERDEGEN, § 249, p. 151, (marg. 11), «*Drohungen mit Sachzerstörungen oder Sachbeschädigungen, die durchaus determinierend wirken können, scheiden in Fällen des § 249 aus*».

los presupuestos de la penalidad pudiendo reconocerse los ámbitos de aplicación de la figura penal¹⁹⁴.

No obstante ello, aunque la amenaza descrita en el §177 es lo suficientemente limitada como para evitar los importantes problemas de interpretación que la figura genera en otras legislaciones, existen algunos puntos que requieren de análisis particularizado; en definitiva, se mantiene un ámbito de interpretación a cargo del juez.

4. Para la doctrina mayoritaria no cualquier amenaza de poner en peligro el cuerpo -la integridad física- de una persona es suficiente para considerar configurado el delito de violación. Es necesario que el mal contra la integridad física que se pone en perspectiva posea una cierta entidad o gravedad y ése es el rasgo que caracteriza a una amenaza como típica o atípica¹⁹⁵.

La jurisprudencia ha confirmado esa exigencia descartando la existencia de amenaza típica en los casos en los cuales el mal anunciado consistía en una insignificante disminución o lesión de la integridad física¹⁹⁶. Del mismo modo, ha sostenido el BGH que no podrá conside-

¹⁹⁴ En el ordenamiento jurídico alemán esta exigencia surge claramente del artículo 103 II del GG.

¹⁹⁵ En este sentido, vid., entre otros, FRANK VDB VI p. 126; GEILEN, «*Raub und Erpressung...*», pp. 109-110; LK-HERDEGEN, § 249, p. 151, (marg. 11) «*Aus der Zuordnung von "Leben" und "Leib" ist zu folgern, daß in der Regel das Aussichtstellen einer leichten körperlichen Mißhandlung, insbesondere einer (wenngleich schmerzhaften) Ohrfeige nicht genügt*»; Wilfried KÜPER, *Strafrecht. Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, 4. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2000, p. 107; LK-LAUFHÜTTE, § 177, p. 77, (marg. 10); Herbert TRÖNDLE/ Thomas FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Beck'sche Kurz-Kommentare*, 50. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001, p. 1048.

¹⁹⁶ BGSt. 7, 252; RGSt. 72, 229, 231; BGH bei DALLINGER, en MDR, (1975), pp. 22; 196; 367; BGH en NJW, (1976), p. 248; BGH, en NStZ, (1986), p. 409; BGH 3 StR 196 /74 bei DALLINGER, en MDR, (1975), p. 196; BGHR StGB § 178 abs. 1 *Drohung* 1; BGHR StGB § 177 Abs. 1 1 *Beweiswürdigung* 8.

rarse típica la amenaza de una golpiza liviana, salvo que la misma sea realizada luego de una situación de violencia¹⁹⁷.

En la misma línea de las exigencias antes apuntadas, se afirma que el peligro del mal anunciado mediante la amenaza debe ser actual (*gegenwärtiger*). Esto significa que el inicio de dicho mal debe ser próximo en el tiempo de tal manera que no sea posible la defensa de la víctima mediante la neutralización del mal dirigido contra ella o contra un tercero¹⁹⁸. Si bien, como ya se analizó, tanto la doctrina como la jurisprudencia española exigen la actualidad del mal objeto de la amenaza que llevaría a la intimidación, dicha exigencia no se extrae directamente del tipo penal como en el caso alemán donde se halla expresamente prevista¹⁹⁹.

5. El nuevo *Tatmittel* incorporado por la *StrRÄndG 33*, también representa una novedad en términos comparativos con los medios comisivos previstos para el delito de agresión sexual en el Cp 1995. El aprovechamiento de una situación de indefensión (*Die Ausnutzung einer schutzlosen Lage*) presenta una significativa ampliación del tipo penal en un contexto que, hasta dicha reforma, se mostraba más bien como restrictivo.

No obstante ello, hasta donde alcanzo a ver, las situaciones de indefensión a las que se refiere el StGB podrían equipararse con los su-

¹⁹⁷ BGH Urteil vom 15. Januar 1986 -2StR 435 /85.

¹⁹⁸ En este sentido, en la doctrina LK-LAUFHÜTTE, § 177, (marg. 11); Harro OTTO, «*Gegenwärtiger Angriff (§ 32 StGB) und gegenwärtiger Gefahr (§ § 34, 35, 249, 255 StGB)*», en Jura, (1999), pp. 552-553, en la jurisprudencia, BGH bei HOLTZ, en MDR, (1982), p. 447; BGH bei HOLTZ, en MDR, (1982), p. 447; BGH StGB § 177 Abs.1 Drohung 5; BGH, en MDR, (1957), p. 69.

¹⁹⁹ El hecho de que la actualidad del mal sea una exigencia expresamente prevista en el tipo, no significa que en la doctrina alemana no se discuta el contenido del concepto de actualidad del mal, sobre ese tema, *vid*, entre otros, BLANKE, *Das qualifizierte Nötigungsmittel...*, pp. 41-44; KINDHÄUSER, en *NK-StGB*, «§ 249», (Rn. 7), p. 4359.

puestos de privación de sentido previstos en el art. 181.2 del Cp 1995. La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha venido considerando que una víctima se encuentra privada de sentido y por tanto no es válido su consentimiento en relación al delito de abuso sexual no sólo cuando se encuentre totalmente inconsciente. Por el contrario «... se puede integrar aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerte a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios...»²⁰⁰.

II. La estructura de los delitos con amenazas como medio de coacción en el StGB

a) Introducción

1. El abordaje del StGB se inició en este apartado desde los delitos sexuales; sin embargo, el mayor interés del Código alemán a la luz de la presente investigación surge del modo en que ha estructurado los medios coactivos y en particular las amenazas.

La legislación penal alemana, al igual que el Cp italiano, recurre a las amenazas como medio coactivo, de forma conjunta y equiparada a la violencia. No obstante, ha dado con su redacción un paso significativo para clarificar la interpretación de la amenaza como medio coactivo. El StGB presenta una interesante particularidad al distinguir entre clases de amenazas en términos cualitativos según el bien jurídico protegido y la gravedad de la conducta lesiva. Es decir, la amenaza requerida como medio coercitivo no es la misma para todos los delitos coactivos del StGB.

²⁰⁰ ATS de 17 de diciembre de 2001. Citando este mismo fallo, *vid.* RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», pp. 109-116.

A diferencia de lo que sucede en las otras legislaciones penales que se han descrito en este trabajo, el StGB no sólo distingue entre violencia y amenaza, sino que a su vez diferencia entre las amenazas propiamente dichas. Es decir, plantea, por utilizar la expresión de SILVA SÁNCHEZ con relación al Derecho penal en general, una amenaza de dos velocidades, presentándose en dos niveles de intensidad²⁰¹.

Por una parte, se exige en un primer nivel o en la primera velocidad que la amenaza consista en un mal sensible (*Drohung mit einem empfindlichen Übel*), mientras que por su parte, en el segundo nivel o segunda velocidad se requiere que el mal anunciado consista en poner en peligro actual el cuerpo -integridad física- o la vida (*Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben*).

2. Como puede fácilmente observarse, esta particular regulación adoptada por la legislación penal alemana para describir la amenaza como medio coactivo en los distintos tipos del StGB es de gran importancia en el contexto de este trabajo. Y ello es así porque en Alemania ya el propio legislador penal fue consciente de las dificultades que genera la delimitación de figuras tan ambiguas y ha acotado el alcance del tipo o, al menos, lo ha acotado en determinados delitos donde exige una amenaza cualificada²⁰². Más allá de las meras diferencias legislativas sobre las que nos detendremos brevemente en esta parte, es esta doble velocidad, claro está, un sólido argumento a favor de la necesidad de exigir determinada clase de amenazas como medio coactivo. A saber, puede trasladarse a la interpretación de los tipos penales que no plantean originalmente la distinción para descartar la posibilidad, o al menos minimizarla, de considerar típica cualquier clase de conducta que encuadre en la literalidad del concepto coloquial de amenazas.

²⁰¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, *op.cit.*

²⁰² En España se ha mostrado partidario de ésta limitación legal para el concepto de intimidación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales Manuel CANCIO MELLÁ, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual» en LL, (1996-6), pp. 1626-1628.

Con tal exigencia, la interpretación del precepto resulta mucho más delineada y se evitan una buena parte de los problemas en que se encuentra el intérprete de otras legislaciones, con conceptos ilimitados, donde los casos enmarcados en la zona gris existente entre las conductas permitidas y prohibidas son cuantitativamente superiores.

3. El StGB distingue la amenaza como *Nötigungsmittel* en los distintos delitos de la parte especial. Esa diferenciación en dos niveles, generando lo que aquí se ha denominado dos velocidades de amenazas, se explica, en principio, por el contraste existente entre los bienes jurídicos protegidos en cada uno de los delitos de la parte especial. La coexistencia de dos velocidades de amenazas según la clase de delitos de que se trata hace necesario abordar el estudio de los medios coactivos en el StGB, en concreto de la amenaza como el medio coactivo que aquí más interesa, desde una perspectiva algo distinta.

A saber, se realizará una aproximación a los distintos delitos que en el StGB han recurrido a la amenaza como medio coactivo agrupándolos según se exija amenaza básica, o de primera velocidad o cualificada, o de segunda velocidad.

Si bien es cierto que la regulación penal española de la amenaza como medio coactivo no es similar a la alemana, y no es posible llegar a ella, en principio, por la simple vía de la interpretación, tampoco es posible traerla aquí como una mera propuesta de *lege ferenda*. Por el contrario, un abordaje intentando aclarar los motivos que llevaron al legislador penal alemán a crear las dos velocidades de amenaza puede traer algo de luz a la interpretación concreta del concepto de intimidación en la regulación penal del Cp 1995.

***b) Delitos a través de amenazas con un mal sensible.
Amenazas de primera velocidad***

1. La primera velocidad o primer nivel de amenaza regulada en el StGB como medio coactivo es la amenaza con un mal sensible o relevante (*Drohung mit einem empfindlichen Übel*). Esta clase de amenazas, que constituye el primer nivel o clase básica de amenaza del StGB ya se presenta en el plano legislativo más claramente delimitada que la amenaza descrita en otras legislaciones penales.

En el caso alemán, la versión menos grave de las amenazas como medio coactivo exige que el mal que se ponga en perspectiva sea sensible o relevante, descartando que cualquier clase de mal puesto en perspectiva por el autor alcance la posibilidad de configurar la amenaza en sentido del tipo²⁰³.

2. El § 240 StGB tipifica el delito de coacciones (*Die Nötigung*) en el contexto general de los delitos contra la libertad personal (*Straftaten gegen der persönliche Freiheit*)²⁰⁴. No es casual que se haya escogido el § 240 para comenzar con el análisis de las amenazas de primera velocidad del StGB, pues el delito de coacciones ha sido y continúa siendo el banco de pruebas sobre el cual tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana han intentado desarrollar los conceptos de violencia o amenaza y fundamentalmente este último²⁰⁵. Más aún, buena parte de

²⁰³ En esa misma línea la jurisprudencia del BGH ha descartado la existencia de amenaza típica de primera velocidad cuando el mal no sea objetivamente sensible, especialmente interesante por su relación con el tema aquí abordado es la sentencia BGH, Urteil vom 31.03.1982 - 2 StR 2/82 (LG Köln) «... *Empfindlich i.S. des § 240 StGB ist jedoch ein angedrohtes Übel nur dann, wenn die Drohung bei objektiver Betrachtung geeignet ist, einen besonnenen, in Menschen in seiner konkreten Situation zu dem damit erstrebten Verhalten zu bestimmen. Nicht genügt die Drohung mit bloßen Unannehmlichkeiten oder Enttäuschungen...*».

²⁰⁴ Sobre la evolución del delito de coacciones en el StGB, en lengua castellana, *vid.*, por todos, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «La regulación española de la coerción...», pp.191-306.

²⁰⁵ En los últimos años el tipo penal de coacciones en Alemania ha sido frecuentemente analizado con el propósito de delimitar qué clase de conductas pueden ser abarcadas dentro del concepto de violencia o de amenaza con un mal sensible en el sentido del § 240. Por ejemplo, se ha mantenido un importante debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemana sobre la posibilidad de considerar típicas del delito de coacciones las manifestaciones en la vía pública. Sobre este intenso de-

la doctrina alemana considera que la *Sexuelle Nötigung* o *Vergewaltigung* del § 177 StGB, la agresión sexual del Cp 1995, es una especie de coacción dentro la *Nötigung* del § 240 como género²⁰⁶.

La regulación penal de las coacciones en el StGB prevé como medios coactivos (*Nötigungsmittel*) en el sentido del § 240 a la violencia o la amenaza con un mal sensible (relevante) equiparando ambos conceptos como medios idóneos para la realización del tipo objetivo²⁰⁷. Para la doctrina mayoritaria, con buen criterio, no es posible ampliar el tipo penal considerando medios coactivos a otros distintos a la violencia o la amenaza con un mal sensible.

bate existe gran cantidad de bibliografía, *vid.*, entre otros, Knut AMELUNG, «*Sitzblockade, Gewalt und Kraftentfaltung*», en NJW, (1995), pp. 2584-2591; Achim BERTULEIT, *Sitzdemonstrationen zwischen prozedural geschützter Versammlungsfreiheit und verwaltungsrechtsakzessorischer Nötigung. Ein Beitrag zur Harmonisierung von Art. 8 GG, § 15 VersG und § 240 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993; Albin ESER, «*Irritationen um das Fernziel -zur Verwerflichkeitsrechtsprechung bei Sitzblockaden*», en *Festschrift JAUCH*, (1990), pp. 35-53, Monika FROMMEL, «*Zur Strafbarkeit von Sitzblockaden*», en KJ (1989), pp. 484-499; Eva GRAUL, «*Nötigung durch Sitzblockaden*», en JR, (1994), p. 51; Rolf D. HERZBERG, «*Die Sitzblockade als Drohung mit einem empfindlichen Übel*», en GA, (1998), pp. 211-214; Andreas HOYER, «*Der Sitzblockadenbeschluß des BVerfG und seine Konsequenzen für den Begriff der Drohung*», en GA, (1997), pp. 451-456; Joachim HRUSCHKA, «*Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten -eine Nötigung?*», en NJW, (1996), pp. 160-164; Harro OTTO, «*Sitzdemonstrationen und strafbare Nötigung in strafrechtlicher Sicht*», en NStZ, (1987), pp. 212-213; EL MISMO, «*Strafbare Nötigung durch Sitzblockaden in der höchststrichterlichen Rechtsprechung und die Thesen der Gewalkommission zu § 240 StGB*», en NStZ, (1992), pp. 568-573; Cornelius PRITTWITZ, «*Sitzblockaden - ziviler Ungehorsam und strafbare Nötigung*», en JA, (1987), pp. 17-28; Arndt SINN, *Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts*, Nomos Recht, Baden Baden, 2000. pp. 215 y ss.

²⁰⁶ *Vid.*, por todos, GÖSSEL, *Das neue Sexualstrafrecht...*, p. 23.

²⁰⁷ Cfr. REINHART/ SCHROEDER/ MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil.*, p. 142 (marg. 10); LK- Ernst TRÄGER/ Gerhard ALTWATER, «§ 240», 11.neubearbeitete Auflage, 2002, pp. 53-95, (marg. 55), «... der Drohung mit einem empfindlichen Übel, mißt das Gesetz gleiches Gewicht wie der Gewalt zu».

Consecuentemente excluyen la astucia, la picardía, el ardid como posibles medios coactivos en el sentido del § 240²⁰⁸. En esta misma línea restrictiva, se afirma también que no puede considerarse típica la conducta del autor que se aprovecha de una situación de falta de protección²⁰⁹.

3. Sin embargo, a pesar de los criterios restrictivos que fundamentalmente la doctrina alemana ha desarrollado para limitar excesivas inclusiones en el tipo de coacciones del § 240, éste se ha convertido en el tipo penal receptor de todas aquellas conductas que por falta de algunos de los requisitos típicos no puedan ser encuadradas en otros delitos. Ello se debe en parte, aunque fundamentalmente, a la diferencia existente en la tipificación de las amenazas como medio coactivo. Todas aquellas conductas disvaliosas a las que, por faltarle alguno de los requisitos exigidos en el tipo, no puedan ser encuadradas, por ejemplo, en el tipo penal del delito de violación podrán ser perseguidas como coacciones. A saber, el § 177 StGB regula el delito de violación y para su configuración se exige una amenaza cualificada o de segunda velocidad, es decir, no es suficiente la amenaza con un mal sensible o relevante, sino que se requiere una amenaza con la puesta en peligro para el cuerpo -integridad física- o la vida. Si la amenaza contra el sujeto pasivo no posee las características exigidas por el tipo del § 177 StGB la conducta no podrá ser encuadrada en el tipo penal del delito de vio-

²⁰⁸ En este sentido, entre otros, *vid.* KÜPER, *Strafrecht. Besonderer Teil...*, p. 97; Gerhard TIMPE, *Die Nötigung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989; p. 149; LK-TRÄGER / ALTVATER, «§ 240», pp. 53-63, (marg. 6).

²⁰⁹ Cfr. LK-TRÄGER / ALTVATER, «§ 240», pp. 53-63, (marg. 6); en contra de ésta posición en relación con los delitos contra la libertad sexual y puntualmente en el sentido del § 177 StGB *vid.* RENZIKOWSKI, en NStZ, (1999), p. 377; sobre la limitación del § 179 en este sentido *vid.* BHG, en NStZ, (2000), p. 140 (núm. 6 y 7) con comentario crítico de FISCHER/ GRAUL, en JR, (2001), pp. 114-117.

lación. En su caso, puede ser derivada hacia el tipo de coacciones del § 240 StGB donde se exige una amenaza no cualificada²¹⁰.

Obsérvese que, en cierto modo, en la legislación alemana sucede lo mismo que en la española, donde la conducta del autor que pone en perspectiva de la víctima la realización de un mal sin entidad suficiente para configurar la amenaza en el sentido del tipo, encuadra en una figura distinta. No obstante, la diferencia fundamental entre ambas legislaciones es que en el caso del Cp 1995 la conducta podría ser penada por el tipo penal de abuso sexual del 181, mientras que en el StGB no sólo se debe cambiar de tipo, sino también de capítulo del Código. Es decir, en el Código alemán la conducta es receptada, de modo residual, entre los delitos contra la libertad personal, en concreto en las coacciones. Si bien las coacciones también están tipificadas en el Cp 1995 no es necesario recurrir a ellas en este contexto, pues la existencia del abuso sexual tiene prioridad sobre ellas con base en el principio de especialidad²¹¹.

4. El StGB regula también otros tipos penales con el recurso a una amenaza no cualificada como medio coactivo. Entre ellos, en el delito de secuestro de personas (*Menschenraub*) del § 234 StGB se recurre a la violencia, a la amenaza con un mal sensible y a los artificios como medios coactivos. Así también, en el tipo penal del delito de secuestro

²¹⁰ La sentencia BGH, Urteil vom 31.03.1982 - 2 StR 2/82 (LG Köln), es un claro ejemplo del uso del §240 como tipo residual. En el caso una mujer que estaba en una apartamento con dos hombres, fue amenazada por uno de ellos, “su amigo”, con terminar la amistad con ella si no accedía a mantener un contacto sexual con el tercero. Los hechos se analizaron a la luz del §240 y no del §177 porque falta la amenaza cualificada contra el cuerpo o la vida. De todos, el BGH dando vuelta lo resuelto por el LG, consideró que la amenaza con cortar la amistad ni siquiera era suficiente como para ser considerada sensible a la luz del delito de coacciones.

²¹¹ También es importante recordar que, contrariamente al sentido del tipo, en la regulación penal española las coacciones sólo prevén la violencia como *Nötigungsmittel*, hecho que dificultaría la inclusión en ese ámbito de las conductas de intimidación no relevante si no existiera el tipo penal residual de abuso sexual.

(*Verschleppung*) del § 234^a y el de (*Entziehung Minderjähriger*) del § 235, que no requieren una amenaza cualificada. En el § 253 del StGB se tipifica el delito de extorsión (*Erpressung*) con la violencia y la amenaza como medios de coacción. Y como en los casos anteriormente analizados, el legislador alemán ha optado por exigir que la amenaza constituya un mal sensible (relevante)²¹².

5. En las coacciones del § 240 StGB, al igual que en los otros delitos que han sido estructurados sobre una amenaza de primera velocidad, la amenaza típica es más amplia que su equivalente en el delito de violación o en el robo. Igualmente resulta mucho más limitada que la amenaza típica del delito de violación o agresión sexual en las regulaciones de España, Italia o Argentina²¹³.

²¹² En este sentido, la doctrina mayoritaria reenvía para el estudio del concepto de amenaza al § 240 *Nötigung* donde la limitación de la amenaza es la misma. Sin embargo, es importante resaltar que en la versión original del Código penal para el Imperio Alemán, surgido del Código de la Federación alemana del Norte de 1871, la amenaza era valorada de modo diferente en las coacciones y en la extorsión. A saber, en este último caso se consideraba que no era necesario que el mal amenazado fuera delictivo, cosa que si se exigía e aquel momento en las coacciones, y ello se fundamentaba «...aduciendo que la relevancia político-criminal del elemento subjetivo de la extorsión (...) permitía una considerable ampliación de los medios comisivos sin que la conducta así descrita perdiera su especial desvalor de injusto» Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea», en ADPCP, (1994), fasc. III, pp.191-230, con detalle sobre la evolución general de los medios coactivos en la Parte Especial del StGB.

Resaltando la dispar exigencia para la amenaza en el delito de extorsión y en el delito de robo, *vid.*, a modo de ejemplo, Claus-Jürgen HAUF, *Strafrecht. Besonder Teil I. Vermögensdelikte*, 2^a ed., Luchterland, Tübingen, 2002, p. 53; Volker KREY / Uwe HELLMAN, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Band 2, 13., neu bearbeitete Auflage, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2002, p. 172, (marg. 296): «... eine Drohung mit einem empfindlichen Übel genügt; die räuberische Erpressung verlang dagegen -wie § 249 StGB- die Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels (Raubmittel)».

²¹³ Sobre este tema se volverá en detalle al analizar la posición personal defendida en este trabajo.

En la mayoría de las legislaciones analizadas, los tipos penales se limitan a exigir «amenaza» sin ningún adjetivo adicional para la configuración de la conducta típica. Es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazan la aceptación de cualquier clase de amenaza como suficiente para la tipificación de la conducta, pero ello sin que la legislación haya establecido previamente una limitación concreta. Sobre ese punto, como se ha puesto de manifiesto en este capítulo, el legislador alemán ha concretado con mayor detalle el tipo, limitando ya en el propio precepto las posibles amenazas con relevancia jurídico-penal.

c) *Delitos a través de amenazas con peligro actual para el cuerpo -integridad física- o la vida. Amenazas cualificadas o de segunda velocidad*

1. Los medios coactivos (*Nötigungsmittel*) normalmente utilizados por el legislador alemán son la violencia (*Gewalt*) y la amenaza (*Drohung*). No obstante, en determinados delitos como en la violación § 177 StGB (*Sexuelle Nötigung-Vergewaltigung*), en el robo § 249 (*Raub*) y § 252 StGB (*Räuberischer Diebstahl*), y en las extorsiones agravadas § 255 StGB (*Räuberische Erpressung*), la normativa alemana ha optado por exigir una clase cualificada de amenaza, o como la hemos denominado aquí, una amenaza de segunda velocidad²¹⁴. A saber, dichos tipos penales se estructuran sobre dos o tres medios coactivos y es, en concreto, la amenaza una modalidad cualificada donde se requiere la puesta en perspectiva de un mal con peligro actual para el cuerpo -

²¹⁴ Sobre esta clase de amenazas en el StGB *vid.*, con relevamiento completo de la jurisprudencia y doctrina sobre el tema, BLANKE, *Das qualifizierte Nötigungsmittel...*, *op. cit.*

integridad física- o la vida (*Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben*)²¹⁵.

2. El recurso por parte del legislador penal alemán a distinta clase de amenazas según el tipo penal que se trate, tiene, a mi modo de ver, importantes y prácticas significaciones.

Por una parte, permite delimitar más fácilmente el concepto de amenaza según la gravedad del delito en cuestión, el bien jurídico protegido o el disvalor de la conducta globalmente considerada por el legislador. Y por otra parte, permite ir encuadrando penalmente las conductas según distintas opciones de gravedad. A saber, una amenaza que no haya sido suficiente como para encuadrar en la configuración típica de delito de violación, puede enmarcarse en la estructura típica del delito de coacciones que exige una amenaza menos cualificada y se convierte en ese sentido en un tipo penal residual²¹⁶.

3. En resumen, el StGB regula las amenazas como medios coactivos según dos velocidades claramente diferentes. Por una parte, a) las amenazas de primera velocidad, con un mal relevante o sensible; y por

²¹⁵ Cfr. HARBECK, Probleme des Einheitstatbestandes..., p. 110; SICK, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht..., pp. 199 y ss. «Denn die Anforderungen an die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben sind höher. Nach Auffassung des BGH [BGH, MDR 1975, p. 196] erfordert die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine gewisse äußere Schwere des in Aussicht gestellten Angriffes auf die körperliche Unversehrtheit»; Edmundo MEZGER, Derecho penal, libro de estudio, Parte especial, t. II, (trad. Conrado Finzi), El Foro, Buenos Aires, 2001, p. 111 «La amenaza debe cometerse con “peligro actual para el cuerpo o la vida”. No se admiten excepciones por analogía a otras formas de amenaza».

²¹⁶ Cfr. Martina REUTER-STRACKE, Gewalt oder Drohung gegen dritte als (qualifizierte) Nötigung, Münster, 1993, p. 133 «... dass der Täter, dessen Verhalten die Schwelle der Gewalt gegen eine Person nicht erreicht, nicht gänzlich straflos bleibt. Es besteht zumindest die Möglichkeit, ihn gem. § 240 zu bestrafen».

otra, b) las amenazas de segunda velocidad, con un peligro contra el cuerpo -integridad física- o la vida.

CAPÍTULO III

LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES A TRAVÉS DE AMENAZA EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO Y OTROS CÓDIGOS AMERICANOS

El presente capítulo, con el objetivo de ampliar el análisis del Derecho comparado con relación al contexto jurídico-social al que pertenezco, describe, muy brevemente, los delitos contra la libertad sexual en alguna de las legislaciones americanas.

El análisis se limitará a describir los términos en los cuales, en cada una de las legislaciones, se ha tipificado el delito de violación y fundamentalmente, y el recurso a la amenaza o la intimidación como medio coactivo.

§ 1. EL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

I. Distinta estructura que la seguida por el Código penal español

1. La doctrina penal que se ha dedicado al estudio de los delitos contra la integridad sexual en el Cp argentino con posterioridad a la reforma de la ley 25.087 de 1999 suele explicar la estructura elegida como equivalente a la actual regulación de los delitos sexuales en el Cp de 1995. No obstante, a mi juicio, en poco se asimilan estas estructuras y ello pese a lo deseable que resulta el sistema español vigente en comparación con el argentino.

2. El Cp 1995, como se explicó en el capítulo I, estructura los delitos sexuales sobre la distinción de dos grupos de casos a los que denomina, por un lado agresiones sexuales y, por otro, abusos sexuales. La diferencia entre ambos grupos -con independencia de la existencia o no de acceso carnal- sobre los que tradicionalmente se planteaba la distinción de las conductas sexuales en las legislaciones penales, se centra en la existencia de medios coactivos y, en concreto, de violencia o intimidación. A saber, los casos realizados utilizando violencia o intimidación encuadran entre las agresiones, mientras que los concretos sin violencia o intimidación resultan encuadrables en los abusos sexuales. Es, por su parte, la falta de consentimiento del sujeto pasivo el elemento común de ambos grupos.

El Cp argentino, ya desde este punto, se diferencia de la regulación española. No es la existencia o no de medios coactivos la que distingue la figura básica de las cualificadas sino la existencia de un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima y el acceso carnal por cualquier vía. Recién en segundo plano aparecen una serie de agravantes específicos.

II. Criterios de tipificación

1. El Cp argentino tipifica en el art. 119 como delito de abuso aquellas conductas de contenido sexual realizadas sobre persona menor de trece años de edad, «...mediante violencia, amenaza o abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose que la víctima no haya podido consentir libremente la acción». La regulación actual del Cp argentino establece como los dos primeros medios comisivos del tipo la violencia y la amenaza, y deja en segundo plano los abusos de autoridad o de relación especial entre autor y víctima y los supuestos de especiales características de la víctima.

La legislación penal argentina precedente, al igual que la actual regulación del Cp 1995, recurría al «usare intimidación» para describir el medio coactivo que permite la configuración del tipo. Por su parte, también la expresión utilizada para describir el equivalente funcional, aunque de mayor gravedad, fue modificada con la reforma de 1999. El anterior artículo 119 hacía referencia a la «fuerza», en lugar de a la «violencia» como se halla regulado actualmente.

2. La descripción de varios medios alternativos para la configuración del delito de abuso sexual del art. 119 en la regulación penal argentina parece, en principio, restar toda clase de relevancia práctica a la delimitación del concepto de amenaza. La inclusión en el art. 119 de la cláusula del aprovechamiento de la víctima que por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción parece configurarse como un medio coactivo residual para aquellos supuestos de amenaza de menor entidad que no puedan ser encuadrados en el medio coactivo específico.

Sin embargo, en este punto, el reformador penal argentino quiso abarcar con dicha expresión los supuestos que en la regulación anterior caían bajo la descripción de «... personas privadas de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudieren resistir». Desde esa perspectiva se mantiene incólume la relevancia práctica de la delimitación del concepto de amenaza, toda vez que la mención de los supuestos que por cualquier causa no hayan podido consentir libremente se refiere a otro grupo de casos distintos en los que, en principio, no encuadran los supuestos de amenaza irrelevante a modo de estructura residual.

3. De todos modos, cabe aquí una interpretación alternativa de la regulación penal argentina más próxima a la estructura española y mucho más diferenciadora. A saber, con sustento en la determinación legal de la pena, que en el delito básico de abuso tiene un marco de seis meses a cuatro años, es posible y hasta necesario distinguir los medios coactivos y con base en ellos diferenciar del mismo modo que el CP 1995 lo hace entre agresiones sexuales y abusos. Entiendo que puede estructurarse el abuso sexual básico del primer párrafo de art. 119 del Cp argentino en dos grupos de casos bien diferenciados.

Por una parte, el grupo de los «abusos coactivos», entre los que cabría incluir los supuestos realizados con violencia o amenaza, o mediante abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, autoridad o de poder. Por otra parte, el grupo de casos encuadrables en los supuestos de «abusos sexuales no coactivos», en los que corresponde incluir los casos en los que se actúa con menores de trece años o aprovechándose que la víctima, por cualquier causa, no haya podido consentir libremente la acción. Obsérvese que, al igual que la estructura española, en el primer grupo de casos no existe el consentimiento de la víctima, y a su vez aparece un medio coactivo grave, mientras que en el segundo tan sólo falta el consentimiento de la víctima, o el consentimiento por ella prestado es irrelevante para el Derecho.

Desde la perspectiva aquí desarrollada, la delimitación del concepto de amenaza, también en la regulación penal argentina, presenta un in-

terés fundamental desde el punto de vista práctico, pues aunque no se cambie de tipo penal con la existencia o no de un medio coactivo, sí es primordial determinar su existencia para delimitar judicialmente la pena, más aun en un régimen con un marco penal especialmente amplio.

4. La propuesta anterior debe ser interpretada con ajuste al Derecho comparado y con especial prudencia. El hecho de considerar “menos graves” a los abusos no coactivos no significa que no se trate de una conducta especialmente desvalorada. Por lo pronto, se trata de una conducta delictiva y con una escala penal nada despreciable. Además, tal interpretación respeta la lógica interna del Código penal argentino, donde la pena resulta diferenciada según se trate de casos en los que el autor se ha aprovechado de la escasa edad de la víctima a casos en los que ha recurrido a medios coactivos o violentos para doblegar su voluntad.

A saber, en el capítulo siguiente del mismo título, al describir el delito de corrupción de menores y en los mismos términos luego la promoción o facilitación de la prostitución, el legislador argentino establece una pena de reclusión o prisión de seis a quince años cuando el autor promoviere o facilitare la corrupción de menores de trece años y de reclusión o prisión de diez a quince años, con independencia de la edad de la víctima, cuando mediare algún medio coactivo o violento. Si bien en ambos casos el mínimo de la pena es el mismo, se presenta una importante diferencia en relación al máximo de la misma.

III. El uso de medios coactivos en otros tipos del Cp argentino

1. El análisis general de la parte especial del CP argentino muestra que no aparecen claramente formulados y diferenciados los medios comisivos sobre los que se estructuran un número importante de delitos.

Los medios engañosos, coactivos, intimidatorios, violentos, coercitivos y los abusos de autoridad, si bien son equivalentes funcionales pues todos ellos son medios comisivos de determinados delitos, no significa que sean institutos iguales y fácilmente intercambiables. Por ejemplo, el delito de robo y el delito de estafa en buena medida se distinguen, salvando otras diferencias existentes entre ambos, porque en el primer caso el delito se estructura en torno a la existencia de violencia o intimidación, en el caso español, y de fuerza en las cosas o violencia física en las personas en el Cp argentino; mientras que el delito de estafa, en ambas regulaciones, se construye sobre la figura del engaño como medio comisivo²¹⁷.

2. El Cp argentino, en un buen número de casos, no diferencia claramente entre los distintos medios comisivos. A modo de ejemplo y continuando en la estructura típica de la corrupción de menores o promoción y facilitación de la prostitución, en el párrafo tercero del art. 125 y del art. 125 *bis* resulta difícil distinguir qué entiende el legislador penal argentino por “medio intimidatorio o coerción”. La redacción del tipo reza textualmente: «... cuando mediar engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción...». La referencia a «otro» indica que los casos descriptos anteriormente son o intimidatorios o coercitivos, resultando una interpretación demasiado forzada. Si se realiza una comprensión amplia del concepto de intimidación, puede decirse que tanto la amenaza como el abuso de autoridad son medios intimidatorios y que la violencia es un medio de coerción. Sin embargo, el engaño no encuadra en ninguno de los dos supuestos. No es un medio intimidatorio ni tampoco un medio coercitivo. Quizás sea más adecuado, en doctrina, hacer referencia a medios comisivos como denominación general, abarcativa

²¹⁷ Resultan interesantes en este sentido las palabras de CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1496, pp. 211 y ss. «...¿qué tiene la violencia, mirada en sí misma, para que deba considerarse mayor su crimosidad que la del fraude? En ambos delitos se abusa de la fuerza, pues, mediante violencia, el fuerte abusa de sus fuerzas corporales en perjuicio del débil, y con el fraude el astuto abusa de su fuerza intelectual, en perjuicio del crédulo».

tanto de medios coactivos, intimidatorios y engañosos. Ello del mismo modo como se hace el presente trabajo, claro que tal expresión resulta excesivamente vaga para ser utilizada en la ley. Pero no hace falta que el legislador defina, basta tan solo con que, en estos casos, no confunda unos medios con otros.

3. En la misma línea de confusión de medios aparece el supuesto de la extorsión del art. 168 y del chantaje del 169. Visiblemente, en el caso del chantaje se hace referencia a una amenaza claramente concretada en imputaciones contra el honor o revelación de secretos como medio coactivo. No obstante, el caso de la extorsión resulta significativamente más confuso. El legislador previó la intimidación y la simulación de autoridad pública u orden de la misma para el tipo básico. Y agregó la violencia como medio para los casos del segundo párrafo, donde se obliga a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

4. En resumen, con respecto a la utilización de medios coactivos y coercitivos propiamente dichos, resulta claro que el legislador penal argentino no ha mantenido un recurso lógico a los mismos. En algunos casos ha utilizado la expresión “amenaza” y en otros a la expresión “intimidación”. En todos los casos, usándolos como sinónimos²¹⁸. En

²¹⁸ Se ha recurrido a la expresión intimidación como sinónimo de amenaza, por ejemplo, en el art. 130; en el delito de piratería del art. 198 párrafo tercero; en el art. 237; en el delito de exacciones ilegales del art. 267. En igual sentido se ha mantenido esa utilización alternativa de intimidación y amenaza en las leyes penales complementarias, *vid.*, entre otras, el art. 139 a. del Código Electoral de la Nación ley 19.945; el art. 11 b. de la ley de estupefacientes número 23.737 y el los delitos al orden migratorio en el art. 19 de la ley 25.871. Por su parte, se ha recurrido a la expresión amenaza como sinónimo de intimidación, por ejemplo, en el delito de supresión y suposición de estado civil y de identidad del art. 130 *bis* del Cp argentino; el delito de usurpación del art. 181 párrafo 1 y en el párrafo 5 del art. 198. Lo mismo sucede con la expresión fuerza y su equivalente violencia; o con la utilización de la expresión

virtud de ello, no resulta claro por qué en algunos delitos como el abuso sexual del art. 119 ha hecho el esfuerzo de modificar la ley dejando de usar la expresión intimidación y pasando a usar amenazas. Salvo, claro está, que se considere que el legislador penal argentino proyectó en los delitos sexuales a la amenaza como causa tomando posición clara sobre las teorías restrictivas de los medios coactivos.

§ 2. EL DELITO DE VIOLACIÓN EN OTROS PAÍSES AMERICANOS

I. La violación sexual en el Derecho penal chileno

1. El Cp chileno regula el delito de violación en su art. 361 y establece en su primer inciso la clásica tipificación de la violación a través de fuerza o intimidación. Al igual que la legislación argentina, en el mismo año 1999, fueron sometidos a reforma los delitos contra la libertad sexual en Chile mediante la ley 19.617. No obstante, no se produjeron modificaciones importantes en la estructura del tipo objetivo del delito de violación del inciso 1, donde son la fuerza y la intimidación los dos medios coercitivos y coactivos sobre los que se configura el tipo penal.

2. El legislador chileno, al igual que el español, ha optado por la utilización de la expresión intimidación en lugar de amenazas, reproduciéndose en el país sudamericano los términos de la discusión española sobre los límites del concepto de intimidación. Parte de la doctrina equipara el concepto de intimidación con el de amenaza, afirmando que intimidar es amenazar pero no con una simple amenaza sino con

engaño o fraude, en todos los casos se trata de expresiones diferentes, sin embargo, en muchos casos el Cp argentino las utiliza como sinónimos.

una que responda a una serie de características objetivas²¹⁹. Mientras que para otros los conceptos de intimidación y amenaza no pueden ser considerados sinónimos pues la amenaza es un concepto de carácter objetivo y la intimidación es un concepto estrictamente subjetivo que alude al efecto psicológico que se produce sobre el sujeto pasivo²²⁰. En este sentido, por la similitud de la legislación y la identidad de la discusión doctrinal, la posible interpretación alternativa que se proponga en este trabajo puede ser perfectamente realizada en torno a la regulación del tipo penal en el Cp chileno.

II. El delito de violación en el Derecho penal colombiano

1. El Cp colombiano tipifica los delitos de acceso carnal violento en su art. 298, los actos sexuales violentos cuando se realizará cualquier acto sexual que no implique penetración en el art. 299 y, finalmente, el delito de acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir en el art. 300. El Cp colombiano presenta una interesante particularidad en la configuración de los medios comisivos del delito de violación al regular sólo la violencia sin mención a la intimidación o a la amenaza como equivalentes funcionales.

²¹⁹ *Vid.* en este sentido, Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho penal*, t. III, Santiago de Chile, 1997, p. 59; Gustavo LABAUT GLENA, *Derecho penal*, t. II, 7ª ed., Santiago de Chile, 1996, p. 138; Jean P. MATUS ACUÑA / Mª Cecilia RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, Universidad de Talca, Talca, 2001, p. 72.

²²⁰ Cfr., con esta posición, muy próximo a los planteos realizados en España por SUAY HERNÁNDEZ, que luego serán estudiados con mayor detalle, Luís RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales, de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley número 19.617 de 1999*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pp. 151 y s. «... restringir el alcance de la intimidación sólo a los casos en los que el autor hubiere amenazado a la víctima, implica hacer caso omiso del claro texto de la ley (el cual demanda intimidación y no amenaza), y con clara trasgresión del principio de *legalidad* (al hacer exigible un elemento que el tipo no menciona)».

2. Tal forma de tipificar los delitos de contenido sexual ha llevado a la doctrina penal colombiana, en los mismo términos que lo ha hecho la doctrina penal española con relación al delito de coacciones, ha interpretar el concepto de violencia en los delitos contra la libertad y el pudor sexual de forma amplia. En ese sentido, se entiende que dentro del concepto de violencia está incluida tanto la violencia física como la violencia moral²²¹.

3. La violencia física es dividida a su vez en violencia física efectiva y violencia física tácita; resultando esta última muy próxima a la violencia moral y marcándose la diferencia por la posibilidad de la víctima de elegir en el caso de la violencia moral y su imposibilidad en la violencia física tácita. En los casos de violencia moral la víctima tiene un mínimo de elección, sufrir la amenaza o cumplir los deseos del autor para evitar, y en algunos casos incluso la posibilidad de recurrir a las autoridades²²².

III. La violación sexual en el Derecho penal peruano

1. El Cp peruano tipifica en su art. 170 el delito agresión sexual mediante coacción al que la doctrina también ha denominado delito de violación sexual, violación carnal o violación real²²³. El legislador pe-

²²¹ Cfr. Alfonso ORTÍZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho penal especial*, Ciencia y Libertad, Medellín, 1983, p. 477; Luís Fernando TOCORA, *Derecho penal especial*, 3^a ed., Ediciones librería del profesional, Bogotá, 1991, pp. 176 y ss.

²²² Cfr. TOCORA, *Derecho penal...*, p. 177.

²²³ Cfr. Dino C. CARO CORIA/ César SAN MARTÍN CASTRO, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos legales y procesales*, Grijley, Lima, 2001, p. 77; José L. CASTILLO ALVA, *La violación en el Derecho penal peruano*, Jurista, Lima, 2001, p. 15.

ruano ha establecido como posibles medios comisivos del delito de violación sexual a la violencia y a la grave amenaza.

2. La doctrina penal peruana ha entendido en forma mayoritaria el concepto de amenaza grave adoptando una posición que podría ser perfectamente encuadrada en el criterio mixto que luego se desarrollará al analizar la doctrina española. En los mismos términos que se ha venido formulando aquí se plantea la diferencia entre los conceptos de amenaza e intimidación, considerando en algún caso que la expresión intimidación es más correcta teniendo en cuenta que con el mismo la ley concede mayor atención al efecto psicológico producido por el sujeto activo sobre el pasivo con miras a doblegar su voluntad²²⁴.

Al igual que la doctrina española mayoritaria, los doctrinarios del país andino consideran que debe existir una amenaza que cumpla con una serie de requisitos objetivos. Pero al mismo tiempo, resaltan la importancia del efecto que la misma debe producir en el sujeto pasivo y ello sin que el tipo penal del Cp peruano lo requiera expresamente.

3. El legislador penal peruano ha sido, en el contexto latinoamericano, el que más claramente ha visto las dificultades de regular en los delitos sexuales al medio coactivo de modo muy genérico. Ciertamente, de la misma forma, ha establecido la necesidad de una amenaza cualificada, que sin llegar a la determinación concreta que se establece en el StGB al menos plantea la necesidad de una «amenaza grave», y en ese sentido ha adoptado por un criterio visiblemente más diferenciador.

Desde esa perspectiva delimitadora en el orden de la propia legislación, la búsqueda de un concepto alternativo al establecido como elemento objetivo del tipo que tiene como finalidad realizar una interpretación extensiva incluyendo entre los medios coactivos amenazas me-

²²⁴ Cfr. Manuel ESPINOZA VASQUEZ, *Delitos sexuales. Cuestiones médico-legales y criminológicas*, 2ª ed., Marsol Perú, Trujillo, 1983, p. 35.

nos grave, resulta contraria al principio de legalidad. Pues, si el tipo penal exige «amenaza grave», no puede una amenaza leve o una simple intimidación ser considerada suficiente para configurar el tipo penal del delito de violación sexual, pues se estaría realizando una ampliación *in malam partem* del tipo. Por ello, cuando la doctrina peruana con la intención de ampliar el tipo recurre a la interpretación que realiza la doctrina española actual y a la interpretación que la doctrina argentina hacía de su anterior regulación del delito de violación donde la intimidación era medio coactivo junto con la violencia²²⁵, está generado, a mi juicio, una interpretación inconstitucional del tipo.

Aunque la doctrina más moderna resalta la importancia de partir de los criterios objetivos al tener en cuenta que la regulación del tipo objetivo requiere «amenaza grave» no puede ser desatendida la posición mantenida por CASTILLO ALVA. Plantea este autor una interesante equiparación valorativa entre las «amenazas graves» y la «violencia» con la intención de limitar los supuestos abarcables en las primeras²²⁶.

En sentido contrario, con un planteo sobre la coyuntura latinoamericana muy atendible, sostiene ESPINOZA VÁSQUEZ la necesidad de tener en cuenta en este grupo de casos a la víctima concreta y no sólo limitarse a establecer determinadas exigencias objetivas para la amenaza. A saber, para este autor las importantes diferencias de educación, sociales y culturales existentes en Perú deben ser tenidas en cuenta a la hora de delimitar el concepto de amenazas en el contexto de cualquier delito y muy especialmente en el caso de los delitos sexuales. Para una mujer con un grado cultural «medio» una amenaza con lanzar sobre ella o sus familiares una determinada maldición o una práctica de brujería puede resultar una amenaza completamente insignificante. Sin

²²⁵ Así, a modo de ejemplo, las citas de ESPINOZA VÁSQUEZ, *Delitos sexuales...*, pp. 35 y ss.; en la doctrina argentina FONTAN BALESTRA o GÓMEZ son un ejemplo de ello.

²²⁶ Cfr. CASTILLO ALVA, *La violación...*, pp. 66 y ss. sostiene la distinción entre la intimidación como efecto normal de una amenaza grave y la exigencia de pánico o temor en el sujeto pasivo. Si bien en su posición parece en determinados momentos inclinarse hacia el criterio objetivo, en su crítica a la teoría de GIMBERNAT destaca la importancia de los aspectos subjetivos y por las circunstancias del caso concreto.

embargo, para una mujer de bajo nivel cultural que cree en ese tipo de supersticiones y cita el caso de las mujeres del campo, la zona de la sierra y la selva esa clase de amenazas pueden producir el efecto de doblegar su voluntad sin necesidad de mayor gravedad o intensidad en el anuncio²²⁷.

²²⁷ Cfr. ESPINOZA VÁSQUEZ, *Delitos sexuales...*, p. 38 para quien las creencias en las supersticiones o en la brujería son un fenómeno común «... entre los habitantes del campo, sobre todo, de la región de la sierra o de la selva donde es dominante la creencia en los espíritus o demonios, en las almas de los difuntos y que éstos pueden ser controlados e invocados para hacer el bien o el mal por los brujos y *médiums*».

SEGUNDA PARTE

**LA DETERMINACIÓN
DE LA SITUACIÓN DE INTIMIDACIÓN
EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA ACTUAL
Y RAZONES DE SU INSUFICIENCIA**

INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE

«Una tesis debe aportar algo original y novedoso, pero su primer mérito ha de radicar en la tarea rigurosa de acopio de lo que otros han dicho de la cuestión afrontada, en el examen detenido de sus aciertos y limitaciones».

Jaime NUBIOLA,
En el taller de la filosofía. Una introducción a la escritura filosófica,
Eunsa, 3ª ed., Pamplona, 2002, p. 160.

§ 1. *VIS ABSOLUTA* Y *VIS RELATIVA* COMO MEDIOS DE COACCIÓN

1. El recurso a la *vis absoluta* y la *vis relativa*, como posibles vías de coacción, se remonta a la antigüedad tanto en la Filosofía como en el Derecho. Desde entonces hasta la actualidad han sido muy variados los intentos por diferenciarlas y nominarlas de tal modo de poder clarificar esa distinción. Así, se hace referencia a la violencia física como *vis absoluta*, violencia compulsiva, *vis corpori illata*²²⁸, mientras que para la violencia moral o *moralis*, se ha recurrido, entre otras, a la denomina-

²²⁸ Cfr. Orió GIACHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, A. Giuffrè, Milano, 1950, p. 44 para quien en este caso se pretende arrancar una manifestación física de la voluntad.

ción violencia condicional, violencia causativa²²⁹, *vis relativa*, *vis et metus*²³⁰ o *vis animo illata*²³¹.

2. Parte de la doctrina procura la distinción entre *vis absoluta* y *vis relativa* buscando características específicas de una que no existan en la otra. En esa línea, algunos parten de la existencia de un elemento común que viene dado por la violencia (*vis*), planteando la diferencia entre uno y otro en el carácter de irresistibilidad de la violencia física²³².

²²⁹ Entendida en ese sentido como generadora o causadora de miedo.

²³⁰ La expresión *metus* hacía referencia a la violencia moral principalmente en el Derecho romano y en el Derecho canónico, aunque se encuentran varias referencias a esta expresión en los autores del Derecho natural del pasado siglo, cfr. sobre este punto, PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 77. *Vid.*, también ampliamente sobre este tema, Jesús M. CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas de suicidio en el consentimiento matrimonial*, Cuadernos Colección Canónica de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1965, p. 23, para quien la *vis moralis* ha sido identificada con el miedo tanto por fuentes como por la propia doctrina, agregando que «... siendo el miedo el efecto de la violencia compulsiva, cuando hablemos de *vis et metus* (...) se ha de interpretar en el sentido de que son dos aspectos de una misma cosa, ya que por parte del que infiere la amenaza será “fuerza”, mientras que desde el punto de vista del *metum patiens* será “miedo”». *Metus active sumptus versus metus passive sumptus*. En el contexto de los delitos sexuales, José J. GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación en el Cp español*, colección de estudios penales del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, Granada, 1982, p. 393 hacía referencia a la expresión *metus* como un estado en el que se coloca a la víctima con la amenaza del mal. Es decir, considera a la expresión *metus* como sinónimo de intimidación según su propia concepción.

²³¹ Cfr. GIACHI, *Il consenso...*, 44 sosteniendo que en este caso, a diferencia de la *vis absoluta*, la violencia pretende que en el sujeto pasivo se genere la determinación volitiva que busca el sujeto activo.

²³² Entre otros, cfr. CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, p. 23.

Mientras tanto, otros ponen el acento en la existencia de una acción física inmediata en los supuestos de *vis physica* que excluye por completo todo acto voluntario²³³.

3. Por su parte, para otros autores, la distinción entre *vis absoluta* y *vis relativa* es irrelevante en términos prácticos. Tanto la violencia y la intimidación, como la fuerza y la amenaza han sido consideradas, entre otros por CARRARA, como equivalentes funcionales y como tales mercedores de igual relevancia jurídico penal como medios coactivos²³⁴.

Si bien es cierto que, como se puso de manifiesto en la primera parte de este trabajo, en la gran mayoría de las legislaciones la violencia o fuerza y la intimidación o amenaza aparecen como equivalentes funcionales, ello no significa que esa estructura se dé en la totalidad de los casos.

A su vez, el hecho de que se presenten en diferentes tipos penales como equivalentes funcionales no conlleva necesariamente la equiparación de la relevancia jurídico penal de cada uno de ellos. Cada precepto de la parte especial describe una conducta típica con una consecuencia jurídica que brinda un marco de determinación judicial de la

²³³ Cfr. Giuseppe DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, reimpresión de la edición de 1943, Vita e Pensiero, Milano, 1998, p. 80; en esa misma línea, también en el contexto del Derecho canónico, cfr. Antonio BOGGIANO PICO, *Il matrimonio nel diritto canonico: con riferimenti alla legislazione concordataria*, Unione tipografico editrice torinese, Torino, 1936, p. 388 destacando que la especial característica de la *vis moralis* es que en ella no se suprime por completo la voluntad.

²³⁴ CARRARA, *Programa...*, Parte especial, §1519, p. 252 «... no hay razón para distinguir, en cuanto a la noción y a la pena, entre violencia *moral* y violencia *física*...»; en igual sentido GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 389 sostiene en cuanto a los efectos que «... la *vis* compulsiva, la violencia moral que sin tener una manifestación objetivamente física, produce, en lo que se refiere a la comisión del delito, similares efectos que aquell»; LANGLE RUBIO, *La mujer...*, p. 89 para quien la intimidación «... no es un medio que demuestre menor perversidad y por ello hizo muy bien la ley equiparándola con la violencia...»; MENDOZA DURAN, *El delito de violación...*, p. 71; SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 163.

pena. Por ello, aunque sólo fuera por esa determinación de pena, es necesario distinguir entre la violencia y la intimidación como medios coactivos. Pero más aún debe valorarse esta distinción en aquellos delitos donde el legislador ha recurrido sólo a uno de los medios coactivos. Pues por ejemplo en el delito de coacciones del art. 172 donde sólo se prevé la violencia como medio coactivo y por extensiva que se haga la interpretación, nunca podría llegarse al extremo de considerar típicas conductas realizadas con intimidación, o al menos, no podrían calificarse de ese modo sin violentar la prohibición de analogía en materia penal²³⁵.

Todo ello, claro está, más allá de la significativa diferencia existente entre las conductas en las que la violencia es realmente concretada y aquellas en la que el mal solo se pone en perspectiva.

§ 2. EL CONCEPTO DE INTIMIDACIÓN EN LOS MODELOS HISTÓRICOS DE REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES

1. La regulación de los delitos sexuales, como se ha mostrado en los capítulos anteriores, ha sufrido una evolución importante que siguiendo a BASCUÑÁN RODRÍGUEZ puede clasificarse en tres momentos o modelos. El derecho común basado en la teología moral de la escolástica, la ilustración y la codificación²³⁶.

²³⁵ En igual sentido, RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad», pp. 81-90 y ss. Sobre el recurso a la *analogía legis* en material penal para suplir las supuestas lagunas por *infrainclusión*, *vid.* de modo especialmente claro, por todos, Eduardo J. RIGGI, *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 41.

²³⁶ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos...», pp. 73-75.

2. La teología moral escolástica construyó su modelo de moral sexual contraponiendo dos premisas básicas, a saber, el anti sensualismo y el naturalismo²³⁷. El naturalismo, como visión moralmente positiva de la sexualidad se mantiene sobre la idea del acto sexual como actividad destinada a la conservación de la especie humana y el fin unitivo de la pareja²³⁸. Mientras que el anti-sensualismo, como aspecto negativo, tiende a la represión de la sexualidad como pasión. Y ello es así porque la sexualidad se legitima en la moral escolástica en general, y en el pensamiento de SANTO TOMÁS en particular, sobre la base del dualismo expresado en las categorías de *ordo naturae* (orden genérico) y *ordo rationis* (orden específico). Ambos pertenecen a la ley natural y son, el primero, inmutable y común con todos los animales. El segundo, específico y exclusivo de nuestra especie en cuanto ser espiritual y porque a través del cual se logra la vinculación con Dios y se establecen contactos con las demás personas²³⁹.

3. A partir de allí plantea claramente BASCUÑÁN RODRÍGUEZ que «la síntesis de ambos extremos, consumada en la teoría de TOMÁS DE AQUINO, encuentra un punto de convergencia en la tesis de la legitimidad -y el valor-, de la actividad sexual en tanto su realización tenga lugar de modo conforme a lo "ordenadamente natural". Por "natural" debemos entender la actividad sexual orientada a la reproducción. Por "orden" debemos entender el marco de la unión permanente y exclu-

²³⁷ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos...», pp. 73-75.

²³⁸ Cfr. Waldo ROMO, «Credibilidad de la enseñanza de la Iglesia sobre la sexualidad», en Teología y vida, volumen XLV (2004), pp. 366-382 resaltando que “el orden natural” no surge concretamente en la escolástica, sino que los Padres de la Iglesia se apoyaron en esa visión antropológica tomada del estoicismo y que continúa hasta los albores del Concilio Vaticano II, «... la moral estoica se basa en la sabiduría, la cual consiste en vivir virtuosamente que, en definitiva, es seguir la razón, eliminando las pasiones. La tarea ética es, entonces, descubrir en nosotros la naturaleza y actuar conforme al orden expresado en ella (...) Despojándola de sus adherencias panteístas, IRENEO, CLEMENTE, JUSTINO, ÓRIGENES y luego AMBROSIO y AGUSTÍN recurrirían al concepto de naturaleza para hablar de sexualidad».

²³⁹ Cfr. ROMO, «Credibilidad de la enseñanza...», pp. 366-388 y 389.

siva entre un hombre y una mujer»²⁴⁰. Así las cosas, a la luz de la concepción de la moral escolástica de los delitos sexuales en el llamado Derecho común, la intimidación no es más que «un elemento puramente accidental en la configuración del delito sexual»²⁴¹.

Si los delitos sexuales se construyen a partir de la lujuria como elemento legitimante de la intervención jurídico penal en la sexualidad de las personas, el centro de atención se desplaza a la conducta misma de autor, con prescindencia de los medios que haya utilizado para lograrla. Es decir, si la lujuria es entendida como «... el placer sexual inmoral, o dicho más propiamente, el placer venéreo que no se sujeta al imperio de la razón práctica», poca relevancia tendrá la intimidación en el contexto de las categorías sexuales delictivas derivadas de la injuria. A saber, «la fornicación, el adulterio, el incesto, el estupro, el rapto y el vicio contra natura»²⁴².

En ese contexto, la intimidación no aporta más que un *plus* que, en su caso, podría llevar a agravar las conductas sexuales disvaliosas, pero no conformaría un elemento esencial para determinar la configuración de la conducta típica²⁴³.

²⁴⁰ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos...», pp. 73-75.

²⁴¹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos...», pp. 73-75, sosteniendo que «no es que la teología moral escolástica desconociera en abstracto lo ilícito de la coacción. Por ejemplo, TOMÁS DE AQUINO sostiene que la rapiña (robo) es más grave que el hurto, porque la fuerza (*vis*) constituye un grado de involuntariedad más grave que el engaño».

²⁴² BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos...», pp. 73-75.

²⁴³ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos...», pp. 73-75, agregando a modo de ejemplo que la coacción «... puede justificar que el rapto de una mujer casada sea considerado como un delito más grave que el adulterio con ella. Pero en ningún caso fundamenta lo ilícito de un delito sexual, ya que en el mero uso de fuerza no se encuentra la dimensión de sexualidad ilegítima -la lujuria-, que constituye la base conceptual de esta clase de delitos».

4. El concepto de intimidación, como también el de violencia, cambiaron su sentido en la visión del modelo de la ilustración fundamentalmente porque en aquel momento pasó a considerarse a algunos de los delitos sexuales -raptó, estupro y violación- como delitos contra la libertad²⁴⁴. Ello resultaba especialmente claro sobre todo en el raptó y la violación por caracterizarse por su comisión violenta -en sentido amplio-. Por su parte, el modelo de la codificación se destaca por su carácter sincrético, en el sentido de surgir del ideario político de la ilustración como producto legislativo de la restauración²⁴⁵. En este modelo se mantuvo el tratamiento de los delitos sexuales como delitos contra la libertad y hasta se generó la figura residual del abuso sexual genérico. Sin embargo, este grupo de delitos fue incluido en un grupo más amplio formado por los llamados «delitos carnales» que incluían la prostitución, la pornografía, el incesto y la sodomía, entre otros. Ello llevó a la búsqueda de un denominador común para todos esos delitos que según cada Código penal fue variando entre delitos contra las buenas costumbres, contra la moral social, contra el pudor, contra el orden de familia y contra la honestidad²⁴⁶. En esta idea y vuelta entre la protección de la libertad o la autodeterminación sexual y la honestidad, por citar sólo uno de los casos, los medios coactivos pasan de ser especialmente relevantes a meros medios de ejecución.

5. Finalmente, otra es la apreciación de la intimidación en el contexto del llamado «reformismo» de los delitos sexuales. Bajo ese nombre, como se indicara al iniciar este capítulo, se ha explicado el último peldaño del proceso de modificación desarrollado en el contexto de la re-

²⁴⁴ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos...», pp. 73-77.

²⁴⁵ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos...», pp. 73-77 y ss.

²⁴⁶ Mostrando la inconsistencia de este planteamiento y la tensión entre el principio sistemático ilustrado y la orientación moralizante de la escolástica, más la inconsistencia de la agrupación de estos delitos, claramente, CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, §§1478-1480.

gulación de los delitos sexuales tanto en Europa como en Sudamérica²⁴⁷.

El reformismo es básicamente un movimiento dirigido a despenalizar todas las conductas que no impliquen un atentado o abuso sexual de una persona por parte de otra. En este sentido, puede ser considerado como un replanteamiento más radical del modelo regulativo de la Ilustración.

Al reformismo no le basta con negar la aceptación de los "delitos carnales" en el sistema racional de la Parte especial, sino que dirige sus esfuerzos a su eliminación del Derecho penal positivo. Para el reformismo, la solución del Derecho penal positivo surgido de la Ilustración es tan inaceptable como la regulación del Derecho común.

Como primera consecuencia que se deduce de este planteamiento cabe mencionar que, para la configuración de las distintas hipótesis delictivas, pasa a tener prioridad sistemática la consideración del medio de ataque por sobre el objeto de la acción. Para el modelo escolástico, lo crucial era obviamente la naturaleza de la acción sexual realizada. La Codificación mantuvo la prioridad sistemática del objeto de la acción, al distinguir entre violación y abuso sexual genérico. Para el reformismo, en cambio, puesto que el objeto de protección es la autodeterminación, lo esencial es la modalidad de abuso empleada, ya que ella determina las características del atentado contra la esfera de autonomía del otro. Este cambio de enfoque intrasistemático es especialmente evidente en el Código Penal alemán reformado, de donde ha pasado también al nuevo Código Penal español de 1995.

6. Retomando la distinción de FEUERBACH entre abuso coercitivo y abuso no coercitivo, el Código Penal alemán diferencia la coerción sexual de otras formas de abuso, de las cuales establece un detallado catálogo, entre las que se incluye el abuso de la incapacidad de resistencia, el abuso de la situación de dependencia, el abuso del cargo, el

²⁴⁷ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos...», pp. 73-79 y ss.

aprovechamiento del abandono o del estado de necesidad, la explotación y el abuso de la inexperiencia sexual.

La evolución de la legislación española representa un caso especialmente interesante de asunción progresiva de los postulados del reformismo. La evolución comienza en 1978, con la modificación de los delitos de estupro, que se transforma de un delito de seducción a un delito de abuso de prevalencia, y del rapto, que de ultraje a la buena fama de la mujer adquiere el contorno de un atentado a la libertad. Después de experimentar con proyectos de regulación liberal (1980, 1983), en 1988 se reformaron las ofensas al pudor y la pornografía, y en 1989 los delitos de violación y abusos sexuales.

Finalmente, luego de ensayos aun más radicales (1992, 1994), el nuevo Código Penal de 1995, además de reducir la regulación de la prostitución al modelo del reformismo, introdujo la distinción entre agresiones coercitivas y abusos no coercitivos como principio central de sistematización de los atentados sexuales²⁴⁸.

§ 3. LOS CRITERIOS DOCTRINALES ACTUALES DE DETERMINACIÓN DE LA INTIMIDACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

1. Como en detalle se ha explicado en la primera parte de este trabajo, la intimidación, en la mayoría de los casos junto a la fuerza o violencia, se presenta en la parte especial del Cp 1995 como medio coactivo (*Nötigungsmittel*) para la configuración de distintos tipos penales.

²⁴⁸ Esta particularidad del Código penal español de 1995 ha sido detalladamente explicada en la primera parte de este trabajo, sosteniendo incluso que este, junto a otros factores, dotan de importante relevancia práctica a la delimitación de la intimidación como medio coactivos.

Tanto la violencia como la intimidación constituyen los únicos medios coactivos a los que ha recurrido el legislador penal español en el contexto de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales. Ello, como ya se ha explicado, en armonía con la mayoría de las legislaciones penales de nuestro entorno cultural. Esto es así, a tal extremo, que ambos conceptos han tomado el máximo protagonismo en la redacción actual pos-reformista de los delitos sexuales en España.

2. Las distintas legislaciones penales analizadas en los capítulos 2 y 3 han recurrido casi con similares criterios tanto a la violencia y fuerza como a la intimidación y amenaza. Sin embargo, esa paralela asiduidad no se ha mantenido a la hora del estudio dogmático de ambas figuras.

El concepto de violencia y el de fuerza han sido, sin dudas, mucho más debatidos en el ámbito de la dogmática jurídico-penal que la intimidación y amenaza. Quizás ello pueda explicarse por la importancia práctica que desde la antigüedad ha demostrado la violencia en el Derecho penal, por el orden sistemático con el que usualmente aparecen ambos medios coactivos, y seguramente también por la tendencia frecuente entre los dogmáticos penales al análisis de mayor a menor, en referencia, claro está, a la gravedad de las conductas.

Tal vez el estudio y el interés generado por el concepto de violencia desde la antigüedad constituya una de las únicas y claras excepciones a la afirmación vertida en la introducción de este trabajo, donde se sostenía aquella marcada diferenciación entre la frecuencia, cantidad y profundidad de los estudios de la parte general del Derecho penal en detrimento de la parte especial.

La violencia como concepto de la parte especial ha sido estudiada en detalle y con distintos niveles de profundidad²⁴⁹. En ese sentido, ya en

²⁴⁹ La importancia de la cantidad de estudios sobre el concepto de violencia, el gran debate generado en torno a su concepto y la frecuencia con la que aparece en distintos tipos penales ha sido claramente puesta de manifiesto, entre otros, en Alemania por MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil...*, p. 143 (marg. 11).

el actual contexto de resurgimiento del interés dogmático por la parte especial, es en la obra de SÁNCHEZ TOMÁS donde con mayor claridad puede notarse el interés y la trascendencia del concepto de violencia²⁵⁰.

3. La intimidación, como figura de la parte especial del Derecho penal, tiene la suficiente entidad y relevancia práctica como para ser analizada con independencia de otros medios coactivos existentes en las legislaciones penales. No obstante, la frecuencia con la que aparece en distintos tipos, y en particular en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, junto a la violencia hace necesario, al menos, un análisis global de la relación entre ambas.

La violencia y la intimidación exhiben una relación gradual que la doctrina y la jurisprudencia penal se han encargado de remarcar. Ello pese a la no tan clara significación que se maneja en torno a la comprensión coloquial de ambos conceptos. La relación gradual existente entre los *Nötigungsmitteln* resulta especialmente gráfica en aquellos tipos penales donde el legislador ha recurrido tanto a la violencia como a la intimidación como medios coactivos. En esos casos aparecen un grupo de supuestos que, por sus especiales características, se encuentran en una zona gris entre la violencia o la intimidación. Sin embargo, para la doctrina y la jurisprudencia penal el límite superior de la intimidación y el límite inferior de la violencia está dado por una misma línea. Es decir, que en esa clase de tipos penales no existen conductas humanas coactivas, en sentido penal, que no sean encuadrables o en el concepto de violencia o en el de intimidación, más allá de conductas claramente desiguales como pueden ser el aprovechamiento de situaciones especiales, el engaño, u otros medios comisivos diferentes.

²⁵⁰ SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia...*, *op. cit.* También resulta muy interesante el estudio transversal realizado con relación a la amenaza con un peligro actual para el cuerpo o la vida como *Nötigungsmittel* en el StGB realizado por BLANKE, *Das qualifizierte Nötigungsmittel...*, *op. cit.*; mostrando el claro resurgimiento del interés por el estudio de problemas concretos de los tipos penales de la parte especial que se repiten en la estructura del tipo objetivo de varios delitos.

Claro que de la comparación de ambos institutos, equiparables funcionalmente como medios coactivos, y de sus distintos niveles de estudio surgen una serie de importantes interrogantes. A saber, si la diferencia de interés generada en la dogmática jurídico-penal que ha estudiado con mucho mayor detalle el concepto de violencia se debe a un mayor interés dogmático del tema; o quizás a la mayor importancia práctica; o, en su caso, porque pudo haberse pensado que la delimitación del concepto de violencia resultaba más compleja que la del de intimidación. No obstante, creemos que la respuesta a esos tres interrogantes debe ser negativa.

Vayamos por partes. El interés dogmático en el estudio de la intimidación o amenaza tanto como medio coactivo como en términos generales frente al Derecho penal resulta, al menos, igualmente relevante que el interés sobre el estudio de la violencia. En cada uno de los contextos del Derecho penal, tanto especial como general, donde aparece la estructura de la intimidación o el concepto de amenaza, se presenta como equivalente funcional del concepto de violencia. Si bien los efectos pueden variar en cuanto a una valoración gradual las consecuencias jurídico-penales de un supuesto de violencia o intimidación resultan, en general, si bien no iguales, si funcionalmente equivalentes frente a las distintas estructuras del Derecho penal.

Se dice en general que no puede olvidarse que en determinados contextos de la parte general del Derecho penal aparece una relevante diferencia entre la violencia y la intimidación. A modo de ejemplo, una conducta típica realizada por un sujeto sobre el cual se ejerció un grado extremo de fuerza puede excluir directamente la conducta penal. Mientras que, en el caso aún más extremo, esa misma conducta realizada por el temor infundido por una amenaza podría determinar, en su caso, la falta de culpabilidad con las conocidas diferencias dogmáticas existentes en cada supuesto. Sin embargo, incluso en esos casos donde una conducta se analiza en el ámbito de la acción y la otra en la culpabilidad no es posible hablar de menor interés dogmático de una sobre otra. Por el contrario, podría pensarse a simple vista que reviste aún mayor interés el estudio de las complejas estructuras dogmáticas

necesitadas de objetivización que aparecen en la culpabilidad, ámbito donde tienen anclaje la intimidación y el miedo.

Por su parte, la delimitación del concepto de intimidación, como surgirá de las páginas que siguen, resulta tanto o más compleja que la interpretación de la figura de la violencia²⁵¹. Determinar cuándo se está ante un supuesto de intimidación típica resulta claramente mucho más complejo que la determinación de un supuesto de violencia penalmente relevante y ello porque en principio el ámbito de aplicación de la intimidación se presenta como más restrictivo que el de la violencia.

4. Si bien la violencia y la intimidación aparecen como equivalentes funcionales (*Nötigungsmittel*) en un número importante de delitos, la intimidación de modo autónomo constituye la estructura central del injusto de las amenazas condicionales, como así también el núcleo del delito de coacciones²⁵². Consiguientemente, la intimidación como medio coactivo, más allá de todo lo expresado en los párrafos anteriores en su relación con la violencia, alcanza en determinados tipos penales completa autonomía.

5. La interpretación del concepto de intimidación, como toda interpretación en Derecho penal, se perfila entre límites más o menos determinados. A saber, una exégesis amplia de la intimidación podría resultar contraria a los principios fundamentales del Derecho penal al cons-

²⁵¹ Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia...*, p. 288 (nota 2) para quien, como se citara en la presentación del trabajo, el concepto de intimidación al igual que el de violencia «...incluso más acusadamente, está necesitado de una interpretación unívoca y de un mínimo de consenso sobre su ámbito de significado».

²⁵² Este planteo puede resultar objetable a la luz del Cp 1995 donde las coacciones sólo están previstas con la violencia como medio coactivo. Sin embargo, entiendo que eso ha sido un error del legislador español, debiendo construirse las coacciones sólo sobre la base de amenazas y si se quiere ser más amplio incluyendo la violencia como medio coactivo, pero nunca con la violencia como único medio típico.

tituir una analogía *in malam partem*²⁵³. Mientras que una interpretación restrictiva llevaría en algunos casos a soluciones claramente injustas. Por ello, es tarea de la dogmática jurídico-penal proporcionar los criterios necesarios para evitar caer en la tan temida inseguridad jurídica y al mismo tiempo procurar que, en el caso concreto, no se llegue a soluciones contrarias a Derecho. Ese equilibrio es, a mi juicio, la “meca” de la dogmática jurídico-penal²⁵⁴. Justamente ese margen con el que trabajan tanto legisladores, doctrinarios, intérpretes y aplicadores del Derecho penal es lo que hace de la Ciencia penal un ámbito de estudio atractivo y desafiante donde tanto la dogmática como la Filosofía aúnan esfuerzos en la búsqueda del «Derecho».

6. La doctrina penal española, principalmente con anterioridad a la sanción del Cp 1995, desarrolló criterios destinados a delimitar la intimidación en los delitos sexuales. Las posturas van desde las más garantistas restringiendo al máximo el tipo penal, hasta las interpretaciones más abarcativas, llegando incluso en algunos casos a propuestas de *lege ferenda* de insospechada inclusión de conductas.

Hasta donde alcanzo, todas parten de una idea común sosteniendo que el “mal” núcleo de la intimidación es un concepto esencialmente valorativo²⁵⁵. Sin embargo, difieren en qué valoración es la que determina si algo debe o no ser considerado mal. Para algunos debe ser

²⁵³ Cfr., por todos, RIGGI, *Interpretación y ley penal...*, p. 41.

²⁵⁴ Sobre este tema *vid.*, especialmente, Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la «interpretación» teleológica en Derecho penal», en Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/Juan A. GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Bogotá, 2006, pp. 365-395.

²⁵⁵ Sobre el concepto valorativo de mal en el contexto del estado de necesidad *vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 462 (marg. 40) «me parece innegable que el concepto de “mal” es esencialmente valorativo. No existe ninguna lesión material que pueda considerarse como “mal” desde el punto de vista naturalístico. Tanto el “mal” como el “bien” presuponen necesariamente una valoración que hace el hombre». También SILVA SÁNCHEZ, «Sobre el estado de necesidad.», pp. 663-666 y ss.

apreciada una valoración jurídica, para otros una valoración social y finalmente, para un tercer grupo, la valoración corresponde al sujeto afectado o destinatario del anuncio.

Las posturas más “garantistas” utilizan, como criterios concretos, una valoración objetiva sin interesarse por el punto de vista de los sujetos que intervienen en el hecho, es decir el autor y la víctima. Mientras que por su parte, en sentido contrario, los menos “garantistas” proponen la reformulación de los tipos delictivos contra la libertad sexual excluyendo el requisito de la violencia o la intimidación como medios coactivos típicos.

Para presentar las posiciones adoptadas por la doctrina penal para la interpretación de las amenazas o la intimidación se han sistematizado los criterios en cinco categorías. Si bien cada una de ellas admite matices o subclasificaciones es posible agrupar el desarrollo doctrinal de la siguiente forma: a. la concepción tradicional del concepto de amenazas condicionales, teoría unitaria o criterio mixto; b. la teoría del ilícito o de la causa o criterio objetivo; c. la teoría de la voluntad o criterio subjetivo; d. el criterio de la comisión directa o sin más requisitos que la negativa de la víctima en el delito de agresión sexual; y, e. la limitación legislativa del concepto de amenaza con base en el ejemplo del StGB.

7. No obstante ello, antes de entrar la descripción concreta de los distintos criterios dogmáticos tendientes a delimitar la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales conviene hacer algunas importantes consideraciones previas.

La intimidación como medio coactivo aparece en varias estructuras típicas del Cp y allí donde ella aparece, como elemento tendiente a lograr determinada conducta específica del sujeto pasivo, se está, en principio, ante un supuesto de amenaza condicional. El hecho de que el principio de especialidad luego determine la tipificación por el delito concreto que, en general, se describirá con base en la condición exigida

da a la víctima, no significa que no se esté ante un supuesto de amenaza condicional²⁵⁶.

En definitiva, el robo con intimidación (arts. 237 y 242 Cp 1995), la extorsión (art. 243 Cp 1995), como así también las agresiones sexuales con intimidación (arts. 178, 179, 180 Cp 1995), que aquí nos ocupan más directamente, son supuestos específicos de amenazas condicionales. A saber, no existe ninguna diferencia estructural entre el supuesto en que: 1. el autor anuncia a la víctima que la matará si no le entrega el dinero que lleva consigo o 2. si no accede a tener un contacto sexual con ella. En ambos casos la equivalencia estructural es plena, mientras que la diferencia se construye a partir de la condición impuesta por el autor a la víctima. En un caso es la entrega de dinero que afectará su patrimonio y en el otro el contacto sexual no deseado que impacta directamente contra su libertad sexual. Tomando como punto de partida esa equivalencia estructural entre intimidación como medio coactivo y amenazas condicionales debe realizarse un estudio que, a mi juicio, tiene dos niveles de análisis.

Por una parte, corresponde en primer lugar determinar cuándo se está ante una verdadera amenaza condicional. Recién luego corresponderá determinar si los elementos concretos que integran esa estructura han aparecido de tal modo que pueda afirmarse la existencia de una conducta con relevancia jurídico penal. En otras palabras, deberá determinarse la estructura del proceso para asegurar que estén presentes todos los elementos que lo integran, para recién luego analizar individualmente dichos componentes y determinar si ellos han podido ser idóneos y poder afirmar la tipicidad general del proceso.

²⁵⁶ El mismo esquema puede plantearse en relación entre amenazas y amenazas condicionales. En éste último caso será el fin el elemento que lleve a distinguir entre una y otra. En ese sentido resulta especialmente gráfica la siguiente definición: «Amenaza es cualquier acto por el cual un individuo, sin motivo legítimo y sin pasar por medios o por el fin a otro delito, afirma deliberadamente que quiere causarle a otra persona algún mal futuro» CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, §1576, p. 356. Otro criterio para distinguir entre amenazas y coacciones en el Cp argentino, quizás trasladable a la distinción entre amenazas y amenazas condicionales puede verse en GONZÁLEZ GUERRA, «¿Amenaza, coacción, o libertad?»...», *op. cit.*

Una cosa es determinar la estructura del injusto de las amenazas condicionales y otra cosa es establecer el «...grado de “intensidad” que debe tener esta última (la amenaza condicional) para poder afirmar que estamos ante una verdadera restricción de la libertad jurídica de la víctima»²⁵⁷.

La necesidad de distinguir estos dos niveles de análisis es primordial como punto de partida de todo estudio de la intimidación como medio coactivo o de la estructura de injusto de las amenazas condicionales, pues en gran medida se han confundido ambos niveles generado dificultades de interpretación. Desde esta perspectiva, la concepción tradicional del concepto de intimidación como medio coactivo o de la estructura de injusto de las amenazas condicionales se presenta como una teoría que se ocupa de los dos niveles de análisis, mientras que por el contrario, aunque con ciertos matices, las concepciones objetivas y subjetivas que se explicarán en este capítulo se ocupan fundamentalmente del segundo nivel; es decir, de la determinación concreta de la “idoneidad” de la estructura del injusto para doblegar la voluntad de la víctima.

²⁵⁷ Nuria PASTOR MUÑOZ, «Sobre la estructura de la amenaza condicional como agresión contra la libertad», en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT /José A. CARO JOHN (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, Libro-Homenaje al Prof. G. Jakobs en su 70 Aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 479-502.

CAPÍTULO IV

LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL CONCEPTO DE INTIMIDACIÓN

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. La doctrina y la jurisprudencia penal mayoritaria se enrolan en una posición ecléctica a la que daremos el nombre de concepción tradicional del concepto de intimidación. Desde esa óptica la intimidación es entendida, como medio coactivo, estructuralmente idéntica a la figura de las amenazas condicionales²⁵⁸.

Ello significa que son amenazas condicionales, a la luz del primer nivel de análisis, aquellos supuestos en que el autor organiza su conducta sobre la base de dos elementos principales²⁵⁹. En primer lugar, la puesta en perspectiva a la víctima de un mal futuro que se producirá si ella no cumple con la condición impuesta por él -ya sea una acción u omisión-. Y, en segundo lugar, que el sujeto activo se presente ante a la

²⁵⁸ En ese sentido, entre otros, MUÑOZ CLARES, *El robo con violencia...*, p. 227.

²⁵⁹ Un tema importante en cuyo análisis no podemos entrar en este trabajo es la interpretación de las amenazas condicionales y su relación con el injusto de las amenazas simples. Sobre ese interesante debate *vid.*, entre otros, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «La regulación española de la coerción...», pp.191-306; PASTOR MUÑOZ, «Sobre la estructura de la amenaza...», pp.479-502; GONZÁLEZ GUERRA, «“¿Amenaza, coacción, o libertad?”...», *op. cit.*

víctima con capacidad suficiente como para hacer efectivo, por él o por otros, el mal que anuncia y de ese modo provocar miedo en ella²⁶⁰.

La historia y evolución de la dogmática jurídico-penal se ha dado entre criterios objetivos y subjetivos como fuerzas contrapuestas que en buena medida han llevado a posicionar a la doctrina mayoritaria en perspectivas generalmente eclécticas.

La concepción tradicional del concepto de intimidación debe ser encuadrada como una posición mixta que pretende, en una sola teoría, superar las deficiencias de las teorías objetivas y subjetivas radicales²⁶¹. A saber, la concepción tradicional centra su análisis, en el primer nivel de estudio, en el anuncio que el autor hace a la víctima y en su presentación como sujeto capaz de concretar el mal que anuncia. No obstante, a la luz del segundo nivel de análisis, se aparta de criterios generales o estandarizables y adopta una posición más bien subjetiva a la hora de estudiar cada uno de los elementos que integran la estructura de injusto de la amenaza condicional y determinar su idoneidad para doblegar

²⁶⁰ Cfr. por todos, en España, REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA / GARCÍA ARÁN, *Comentarios, PE*, I, p. 203; RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», pp. 109-112, ROBLES PLANAS, «Delitos contra el patrimonio I», pp. 183-203. También la jurisprudencia (por ejemplo, STS de 1 de junio de 2001); en sentido crítico, PASTOR MUÑOZ, «Sobre la estructura de la amenaza...», pp.479-480. En Alemania, cfr. Albin ESER en SCHÖNKE / SCHRÖDER, «StGB, previo al § 234», p.1990 (marg. 31); KINDHÄUSER, en NK-StGB, «vor § 249», p. 4347 (marg. 28); SONNEN en NK-StGB, «§ 234», p. 4092 (marg. 21); TOEPEL, NK-StGB, «§ 240», pp. 4171 y ss. (marg. 97 y ss.).

Con una crítica interesante a la teoría tradicional por no poder explicar la exclusión de las advertencias del grupo de las amenazas penalmente relevantes *vid.*, por todos, Wilfried KÜPER, «*Drohung um Warnung. Zur Rekonstruktion und Revision des klassischen Drohungsbegriffs*», en GA, (2006), pp. 439-468.

²⁶¹ En ese sentido son gráficas la palabras de ROBLES PLANAS, «Delitos contra el patrimonio I», pp. 183-204 «... son dos los elementos relevantes en el concepto de intimidación: la amenaza del mal y los efectos psicológicos que cause sobre la víctima. En función de si se pone el acento en uno u en otro el campo de aplicación del delito puede variar considerablemente» pues se pone allí claramente de manifiesto que las posiciones eclécticas pretenden neutralizar la tensión existente entre las perspectivas radicales.

la voluntad de la víctima²⁶². Eso podría llevar a pensar que esta metodología se construye sobre la base de criterios que, en principio, aparecen como contrapuestos²⁶³. Ello es así, porque por una parte recurre a criterios eminentemente objetivos o generales y por otra, a posiciones claramente subjetivas que, aunque trasladables a otros supuestos, siempre deben ser observadas a la luz del caso concreto²⁶⁴. Sin embargo, esa supuesta contradicción que surge inicialmente al observar el recurso a criterios contrapuestos se difumina si se divide el análisis en los dos niveles que aquí se sugieren.

En el primer nivel de análisis, al determinar la estructura de injusto de las amenazas condicionales, la teoría tradicional se mantiene dentro de pautas generales que deben cumplirse en todos los supuestos, más allá de la situación concreta del caso o de los sujetos intervinientes en el mismo. Será suficiente la existencia del anuncio de un mal futuro a la víctima bajo una condición de liberación del mismo y que el autor se presente como capacitado para realizar, por sí o por otro, el mal que anuncia como respuesta al incumplimiento de la condición impuesta. Para ello se requiere la existencia de dos o más personas, la puesta en perspectiva de un “mal”, que dicho mal sea futuro, que haya un camino creado por el autor para escapar al mal que se anuncia (condición)

²⁶² En esa línea, *vid.* Mercedes PÉREZ MANZANO, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Robos», en AA. VV., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.), volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 369-401 diferenciando por una parte la acción de amenaza del efecto real psicológico de intimidación. La concepción tradicional es seguida por la doctrina mayoritaria en Alemania, cfr. KINDHÄUSER, en *NK-StGB*, «vor § 249», p. 4346 (marg. 27) «*Die b.M. sieht -auf der Grundlage ihrer psychologischen Interpretation der Entscheidungsfreiheit -weitergehend jeden Nachteil als drohungsrelevantes Übel an, der fallweise geeignet ist, das Opfer psychisch zu lenken*».

²⁶³ BERISTAIN, «La intimidación...», pp. 11-34 sostiene que, también en el Derecho canónico, «... es casi unánime la opinión de que ambos elementos, objetivo y subjetivo, o sea, la gravedad del mal y personalidad del amenazado, deben valorarse conjuntamente para atender en definitiva en cada caso a la real y verdadera perturbación anímica sufrida por la víctima de la coacción».

²⁶⁴ Cfr., siguiendo cierta jurisprudencia del TS, CARMONA SALGADO, «Incidencias de la LO 15/2003...», pp. 1163-1171.

y finalmente que el autor se muestre capacitado para cumplir con lo que anuncia.

Esos elementos son requeridos por la concepción tradicional como elementos estándar exigibles para todos los casos de amenaza condicional y como tales se analizan bajo criterios objetivos. Ello, pese a que, si bien el anuncio de un hecho futuro es sencillamente objetivable, surge un problema, especialmente complejo con la determinación del contenido del anuncio, pues debe tratarse de un “mal” para determinar la estructura de injusto de la amenaza condicional y como tal puede ser abordado tanto a la luz de criterios objetivos como subjetivos.

Por su parte, en el segundo nivel de análisis, para determinar la idoneidad de la estructura de injusto previamente delimitada con frecuencia los partidarios de una concepción tradicional de amenaza condicional recurren a criterios eminentemente subjetivos. Ello es así porque es justamente en ese nivel donde asumen un papel central la posición de la víctima en concreto y su mayor o menor sensibilidad ante el mal anunciado, transformándose en elementos necesarios para la delimitación de la relevancia típica del hecho.

2. En el contexto de la concepción tradicional de injusto de las amenazas condicionales el recurso a criterios objetivos con la pretensión de limitar, desde los dos niveles de análisis, el ámbito de aplicación del tipo penal resulta demasiado abstracto y ello, fundamentalmente, por despreocuparse del aspecto subjetivo. Por ello, la división del estudio de las amenazas condicionales les permite recurrir a criterios objetivos para la determinación del primer nivel, optando luego por criterios intrínsecos para determinar los aspectos relativos a la identidad de la estructura de injusto. Logrando de ese modo la apreciación y valora-

ción de infinidad de notas subjetivas que aparecen en los casos concretos, lo que, según entienden, les permite llegar a soluciones justas²⁶⁵.

En consecuencia, los partidarios del criterio objetivo centran su propuesta sobre la gravedad e intensidad de la amenaza. Los defensores del criterio subjetivo ponen la atención en la víctima y sus especiales características. Los autores adscriptos a la concepción tradicional, o criterio mixto o ecléctico si se lo presenta a la luz de las teorías radicales, cambian el punto de referencia. A saber, para ellos el centro neurálgico de su propuesta (*Ausgangspunkt*), aunque no se haya dicho de ese modo expresamente, se constituye sobre la división en esos dos niveles del análisis. Es decir, recurren a criterios objetivos para la determinación de la estructura de injusto y a la apreciación del caso concreto y de los aspectos subjetivos y circunstanciales de tiempo y espacio para la determinación de la idoneidad o relevancia típica de la estructura²⁶⁶.

²⁶⁵ Cfr., en Alemania, MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil...*, p. 147 (marg. 24); Claus ROXIN, - «§ 240 - *Beschluß des BGH v. 13.1.1983* - 1 StR 737 /81 (BGHSt. 31, 915)», en JR, (1983), pp. 331-337; en la jurisprudencia, BGH 31, 201; NSTZ 92, 278 (BGH 32, 174).

²⁶⁶ Cfr., entre otros, José LORCA MARTÍNEZ, «El mal con el que se comina en la violación a la hija menor de edad», en AP, (1995-2), pp. 673-677 «para determinar que la amenaza ha sido eficaz para paralizar o inhibir la resistencia de la víctima, hay que ponderar las circunstancias que confluyen en estos casos: personalidad, edad de la víctima, perturbación anímica padecida, lugar en que se profieren las amenazas, por quién son proferidas, etc. Los tribunales tienen la tarea de concretarlas con arreglo al prudente arbitrio». Por su parte, Miguel A. GONZÁLEZ ORTÍZ, «La determinación del engaño típico en el delito de seducción», en Revista electrónica de Derecho penal, Derecho procesal penal y Criminología (www.derechopenalonline.com), 21 /04 /2006, pp.1-6 que las condiciones personales de víctima deben ser valoradas a la hora de determinar el engaño típico en el delito de seducción del CP peruano, debiendo observarse la situación socio-cultural, la personalidad, su posible déficit intelectual, el escaso nivel de instrucción, el grado de sugestión y la posible relación existente entre víctima y autor que podría generar mayor confianza, etc.

3. La intimidación se explica como un proceso relacional de elementos que llevan a la construcción de una situación concreta que según los casos podrá tener relevancia típica. Así podría decirse que en cuanto a esos elementos, si bien están íntimamente ligados entre sí, es importante no confundir el significado o concepto de cada uno de ellos²⁶⁷. A saber, la amenaza, exigida expresamente en algunas legislaciones, es un medio por el cual se puede arribar a la violencia moral jurídicamente relevante²⁶⁸, mientras que el miedo, el temor, como así también la intimidación en sentido estricto son el efecto que se produce o activa en el sujeto pasivo con motivo del mal puesto en perspectiva por la amenaza. Ello significa que cuando la amenaza genera miedo es violencia moral relevante, siendo posible que se genere intimidación o miedo sin amenaza; sin embargo, en principio tal situación sería irrelevante para el Derecho por la inexistencia de causa humana disparadora del proceso causal.

La interacción de casi la totalidad de los elementos que luego de modo selectivo integran las teorías radicales construye ese proceso relacional donde comparten espacio tanto institutos característicos de criterios objetivos como de criterios subjetivos. A saber, el primer elemento relevante en la delimitación de la intimidación típica a la luz de las teorías eclécticas es el concepto de amenaza como anuncio de un mal del autor a la víctima y la imposición de una condición. La necesidad de la

²⁶⁷ FUNAIOLI, citado por PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 77 (nota 7) «*la violenza e il motivo del volere, la minaccia è il mezzo col quale il motivo medesimo opera sul volere, il timore è la condizione (meglio si direbbe lo stato) del subbietto determinata dal mezzo con quale il motivo opera sul volere*».

²⁶⁸ Resulta especialmente interesante el concepto desarrollado por PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 78 «... *nel concetto generico di violenza - con cui si intende ogni energia diretta a creare coattivamente l'altrui volere - va individuato e circoscritto quello più preciso di minaccia, con cui si designa, anche dal nostro legislatore, la violenza (morale) penalmente rilevante*». Clasificando, de ese modo, a la amenaza como una especie dentro de la violencia moral, pero como una especie definitoria, sólo de entre los supuestos de violencia moral será relevante para el Derecho penal aquel donde se configure dicha especie, es decir la amenaza. Es importante recordar, que a diferencia del Cp 1995 el Codice penale no hace referencia a la intimidación como medio coactivo sino justamente a la minaccia.

existencia de amenaza es un elemento común de todos los criterios mixtos abarcados bajo la concepción tradicional del concepto de injusto de las amenazas condicionales y podría considerarse importada de las teorías objetivas. Si no hay amenaza no puede haber intimidación típica²⁶⁹.

Por su parte, el último elemento indispensable para la delimitación del concepto de intimidación en el contexto de las teorías eclécticas es la existencia de un efecto intimidatorio real en la víctima²⁷⁰. En este caso, el efecto intimidatorio como elemento común de todas las posiciones intermedias podría considerarse importado de las teorías subjetivas o de la voluntad²⁷¹. Siendo, claro está, el efecto psicológico un recurso para la determinación de la idoneidad del mal, es decir, para el segundo nivel de análisis de la estructura del injusto de las amenazas condicionales. Entre ambos elementos, amenaza y efecto psicológico real en la víctima, existen otros elementos que forman ese proceso relacional sobre el que se explica el concepto típico de intimidación²⁷². A saber, las características especiales que debe poseer la amenaza en sí misma - primer nivel- y que serán elementos indispensables para la prueba de su efecto concreto en la víctima más los elementos circunstanciales es-

²⁶⁹ Cfr., entre otros, GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-387 «intimidación es amenaza de causar un mal grave...»; RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», pp. 109-112 «...la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria acogen la definición según la cual intimidar es provocar miedo en otro persona mediante el anuncio de un mal»; ROBLES PLANAS, «Delitos contra el patrimonio I», pp. 183-203 y ss. «la intimidación en el robo se ha entendido tradicionalmente como el anuncio o conminación de un mal...».

²⁷⁰ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», pp. 109-112; ROBLES PLANAS, «Delitos contra el patrimonio I», pp. 183-203.

²⁷¹ Cfr. SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento...», pp. 1062-1077.

²⁷² Por ello, algunos autores aluden al carácter relativo de la intimidación y ponen el acento en su carácter circunstancial, *vid.*, entre otros, María J. ORDEIG OREIRO, «Violación con fuerza e intimidación: ¿modalidad imprudente?», (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1993), en Revista del Poder Judicial, núm. 34, (1994), pp. 313-317.

pacio-temporales serán, todos juntos, los que determinen la relevancia típica de la intimidación -segundo nivel-.

4. El hecho de constituir un proceso integrado por varios “elementos importados de las demás teorías” hace que la posición ecléctica resulte la más amplia y con mayor grado de matizaciones entre sus defensores²⁷³. Por ello, no resulta atinado unificar las propuestas bajo un criterio general único, sino que, por el contrario, es conveniente realizar, al menos, una subclasificación. En este sentido, existen matices de gran importancia pues dependiendo de si el proceso relacional de elementos que integran la intimidación típica se acentúan sobre los “elementos importados” de las teorías objetivas o subjetivas se estará ante un criterio mixto con tendencia objetiva o ante un criterio mixto con tendencia subjetiva, situación, ésta última, que resulta la más frecuente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia²⁷⁴.

²⁷³ Sostiene BERISTAIN, «La intimidación...», pp. 11-34 que «entre los canonistas [...] es casi unánime la opinión de que ambos elementos, objetivo y subjetivo, o sea, la gravedad del mal y la personalidad del amenazado, deben valorarse conjuntamente para atender en definitiva en cada caso a la real y verdadera perturbación anímica sufrida por la víctima de la coacción».

²⁷⁴ En este sentido, abordando el concepto de intimidación a partir del delito de robo con violencia o intimidación en las personas, adoptando un criterio mixto con tendencia subjetiva puede verse, entre otros, el trabajo de DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo...*, donde en las pp. 47 y ss. sostiene, que la intimidación no se trata de un concepto jurídico sino más bien de un concepto de índole descriptiva más que normativa. Por ello, normalmente en la jurisprudencia del TS se recurre al concepto de intimidación definido en el art. 1267 de CC para transpolar aquel significado al ámbito jurídico-penal.

§ 2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS HABITUALMENTE EXIGIDOS POR DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA A LA LUZ DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE DEMARCACIÓN DE LA INTIMIDAD

1. El análisis de la concepción tradicional de interpretación de la intimidación basado en la relación de varios elementos obliga a detenerse en el estudio de determinados requisitos que, si bien en general no han sido utilizados por el legislador penal para la delimitación legislativa de los tipos penales coactivos, y en concreto no han sido exigidos a la luz de la legislación penal española, se han convertido en los elementos imprescindibles para la existencia de delito.

El proceso intimidatorio continúa, luego de la existencia de amenaza, como *conditio sine qua non*, con una serie de requisitos específicos que ella debe poseer y que se transforman en elementos autónomos de ese proceso relacional. Dichos requisitos complementarios de la amenaza no se hallan expresamente previstos en el tipo objetivo del delito de agresión sexual. Sin embargo, son -con distintos matices- condiciones necesarias de la delimitación de la estructura de injusto de las amenazas condicionales y elementos especialmente tenidos en cuenta para la determinación de su relevancia penal. A tal punto ha llegado la exigencia de esos requisitos que, a mi juicio, en muchos casos han funcionado como equivalentes o verdaderos elementos objetivos del tipo penal²⁷⁵.

Esta situación no puede pasar inadvertida. La necesidad de adaptar el tipo penal mediante una interpretación restrictiva del mismo tiene, en principio, un claro interés político criminal con un fundamento en el

²⁷⁵ Tal construcción dogmática tendiente a crear adjetivos calificativos de determinados elementos del tipo objetivo con el fin de adecuar la redacción típica, de modo restrictivo, a las necesidades político criminales encuentra, a mi modo de ver, un sólido argumento en la estructura de la dicotómica creación entre tipo de texto y tipo de interpretación sobre los que se volverá con detalle al desarrollar los fundamentos de la propuesta personal.

carácter fragmentario del Derecho penal. A saber, si bien el legislador ha regulado la intervención penal en el contexto de las conductas sexuales humanas con algunos matices según la legislación nacional de que se trate, existe cierta similitud en la consideración de los medios coactivos como elementos definitorios de cada figura. Como ya se explicara en la primera parte de este trabajo, al menos en las legislaciones aquí estudiadas el legislador no ha delimitado legislativamente el concepto de amenaza o intimidación²⁷⁶. Por el contrario, se ha circunscrito a colocarlo como elemento del tipo sin la más mínima adjetivización. Ello ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia a intentar construir una delimitación dogmática de la intimidación que permita restringir la intervención penal y excluya del tipo determinadas conductas que a la luz del concepto común de intimidación quedarían incluidas en la estructura del tipo. Esa creación doctrinal y jurisprudencial de requisitos de la amenaza como causa necesaria del efecto intimidación es, a mi juicio, el aporte más interesante de la concepción tradicional de delimitación de la intimidación²⁷⁷.

En definitiva, el proceso debe explicarse partiendo de la base de que debe existir una amenaza, pero no de cualquier clase sino una cualificada y adaptada a la realidad del tipo penal y que además pueda lograr el “efecto psicológico” en el sujeto pasivo.

2. La exigencia de determinados requisitos específicos de la amenaza, como elementos necesarios para la determinación de su relevancia típica, ya había sido puesta de manifiesto por el propio BINDING²⁷⁸. Para él era necesario que el mal puesto en perspectiva para la configu-

²⁷⁶ Con la salvedad de la regulación alemana que en algunos párrafos exige una amenaza de segunda velocidad y en otros, una de tercera velocidad o cualificada.

²⁷⁷ Cfr., entre otros, Mario MANFREDINI, *Trattato di diritto penale. Delitti contro la moralità pubblica e il buono costume. Delitti contro la famiglia*, 4ª ed., Francesco Vallardi, Milán, 1934, pp. 137 y ss.

²⁷⁸ Karl BINDING, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonder Teil*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1902, pp. 87 y ss. (§ 22).

ración de una amenaza típica fuera grave, injusto, determinado, posible, futuro y dependiente de la voluntad del sujeto que realizaba la amenaza. En ese mismo sentido se había pronunciado la doctrina italiana clásica y entre ellos el propio MANCI en su trabajo específico sobre los delitos sexuales en la legislación italiana de principios de siglo pasado²⁷⁹. También en la doctrina penal española la exigencia de requisitos específicos de la amenaza se ha presentado como criterio mayoritario²⁸⁰.

La explicación de la estructura de injusto y la idoneidad de las amenazas condicionales desde la perspectiva de un proceso relacional de elementos separable en dos niveles, permite explicar, a la luz de la clasificación de BINDING, cada uno los niveles con sus elementos correspondientes y con los criterios desarrollados para determinar el contenido de cada uno de ellos.

²⁷⁹ MANCI, *Reati sessuali...*, p. 44 «*Il danno minacciato deve perciò essere non solo grave ed ingiusto, ma derminato nella sua gravità ed ingiustizia, possibile, futuro e dipendente dalla volontà e dall'opera di chi lo minaccia*» (el mal amenazado no sólo debe ser grave e injusto, sino que una vez determinada la gravedad e injusticia debe tratarse de un mal posible y dependiente de la voluntad y de la acción de quien lo ha puesto en perspectiva); también Eugenio FLORIAN, *Delitti contro la libertà*, Vallardi, Milano, 1923; PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 79 «*il concetto di minaccia viene ulteriormente circoscritto nel senso che debba essere vera, seria e ingiusta, che il male minacciato sia grave e notevole, che il timore sia ragionevole e che, infine, vi sia un nesso di causalità tra la minaccia e la dichiarazione, che cioè quella sia stata impiegata per estorcere questa*».

²⁸⁰ En ese sentido, más allá de la doctrina específica que se analizará en este apartado, *vid.*, entre otros, MARCHENA GÓMEZ, «Los delitos contra la libertad sexual...», pp. 1150-1155 para quien la intimidación es «...una fuerza moral, dirigida contra la víctima, amenazándola de un mal grave, injusto, posible, irreparable e inmediato, de tal entidad y signo que logra amedrantar el ánimo de la víctima, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva, sin que sea exigible una naturaleza invencible». En igual sentido, el contexto del delito de extorsión, *vid.*, entre otros, M^a. Isabel MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «El delito de extorsión», en CPC, núm. 44, (1994), pp. 371-392.

En la doctrina italiana también con esta posición, *vid.*, entre otros, MARCHETTI / DI TILLIO, *La violenza sessuale...*, pp. 31 y 73.

I. Elementos de determinación de la estructura del injusto de las amenazas condicionales

a) *Amenaza determinada*

1. La doctrina suele tratar como un punto común la gravedad del mal amenazado y la determinación o indeterminación de la amenaza. No obstante, al menos por una cuestión metodológica, conviene abordarlas por separado y ello aunque ambos conceptos puedan ser integrados en el más amplio del «*Drohungsinhalt*».

2. Anunciarle a una persona que «le irá mal en el futuro» si no se entrega carnalmente no resulta una amenaza apreciable a la luz de la tipicidad penal²⁸¹. No obstante, no se la descarta por la poca gravedad del mal anunciado, cosa que no puede ser evaluada, sino por su indeterminación.

Desde la perspectiva del juzgador, si el mal es indeterminado no puede ser ponderada su gravedad y consecuentemente no puede probarse un elemento central de la amenaza. Mientras que desde la perspectiva de la víctima tampoco será posible evaluar la gravedad, ni la seriedad de un mal indeterminado y consecuentemente, en términos normales, será poco probable que un mal de esas características pueda ser tomado seriamente en cuenta por el destinatario del anuncio.

²⁸¹ Cfr. Lisandro MARTÍNEZ ZUÑIGA, *Derecho penal sexual*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1977, p. 231.

b) Amenaza posible, seria y dependiente de la voluntad del que la emite

1. La posibilidad de concretar la amenaza debe ser analizada desde distintos frentes, aunque en términos generales la posibilidad de realización efectiva del mal amenazado redundará necesariamente en la fuerza realizativa de la amenaza como medio coactivo o como medio tendiente a intimidar²⁸². La posibilidad cierta de la realización del mal por parte de la persona que emite la amenaza también suele citarse por la doctrina con el nombre de “seriedad de la amenaza”²⁸³.

2. Lo mismo que sucede en el contexto de la política criminal donde se discuten los aumentos de penas con el objetivo de disminuir los hechos criminales se ve reflejando en los supuestos de amenazas como medios coactivos. Y ello es así porque la amenaza de pena que el Estado regula en el Código penal con el objetivo de desalentar conductas disvaliosas es idéntica, en términos estructurales, a la amenaza de mal que alguien utiliza para lograr una conducta determinada de otra persona. En definitiva, en ambos casos existe una amenaza con el objetivo de desalentar la realización de una conducta o en su defecto de alentarla (delitos de omisión). La única diferencia radica en el sujeto que pone en perspectiva el mal, en un caso el propio Estado, en el otro el autor de la amenaza condicional.

En ese contexto, el análisis realizado en el ámbito de la Política criminal mediante un gráfico de doble entrada donde al aumentar la «posi-

²⁸² Cfr. MANCI, *Reati sessuali...*, p.47 «Dovrà però aversi riguardo al fatto che la minore possibilità o meglio probabilità dello avverarsi della minaccia, fa diminuire proporzionatamente l'intimidazione della vittima sicchè potrebbe essere esclusa la gravità della minaccia, e restare solo una forma assai lieve che va a perdere ogni importanza, mano a mano che ancor meno probabile o possibile diventa lo avverarsi della minaccia»; BLANKE, *Das qualifizierte Nötigungsmittel...*, p. 245.

²⁸³ Cfr., entre otros, FONTAN BALESTRA, *Delitos sexuales*, p. 48.

bilidad de ejecutar» el mal anunciado en la pena, es posible ir disminuyendo la gravedad de la misma, puede sin modificaciones ser trasladado al contexto de las amenazas como medios coactivos. Ello lleva a determinar que a mayor posibilidad de concreción del mal, respetando un umbral mínimo de gravedad, podrá ir disminuyendo la gravedad del mal anunciando siendo el efecto idéntico o quizás mayor. El tema puede presentarse desde el siguiente ejemplo: *Alfa* amenaza a *Beta* con matarle con un tenedor que irá a buscar a su apartamento, si *Beta* no accede a mantener relaciones sexuales con él; o *Charly* a amenaza a *Delta* con cortarle el dedo meñique con el cuchillo que tiene en ese momento en su poder mientras le está sujetando fuertemente la mano a la víctima.

Obsérvese que el mal anunciado en el primer ejemplo es de mayor gravedad, pues en ese caso está en juego la vida, mientras que en el segundo lo está la integridad física de la víctima. Sin embargo, «la fuerza coactiva» de la primer amenaza, claramente superior en gravedad, se ve disminuida sensiblemente por el grado de posibilidad de ejecución. Ello es así porque la víctima del primer caso tiene la posibilidad de huir, de cerrar la puerta de su apartamento y pedir ayuda, etc.; mientras que la víctima del segundo ejemplo, amenazada con un mal menor, tiene reducidas al mínimo sus posibilidades de evitación del daño o, visto desde el autor, éste tiene todas las posibilidad de concretar el mal que él mismo puso en perspectiva.

Claro que sobre este punto podrán hacerse importantes matizaciones, toda vez que «la fuerza preventiva» de la tipicidad penal que el Estado utiliza para desalentar conductas socialmente disvaliosas dependerá de la efectiva posibilidad de concretarla en una pena y de la posibilidad de que delincuente sepa si su conducta será penada o pasará a formar parte de la cifra negra de delitos, por un motivo u otro, no perseguidos.

Ese mismo esquema trasladado a un proceso intimidatorio de los analizados en este trabajo nos introduce en los conocimientos de la víctima sobre la posibilidad del autor de concretar el mal anunciado. A saber, un supuesto de amenaza de imposible realización para el autor, puede desde la perspectiva de la víctima ser un mal posible. En este

contexto entrarían los innumerables ejemplos de amenazas con armas de fuego que no pueden ser disparadas o que se hallan descargadas.

3. Tanto aquí como en el análisis de la gravedad del mal se repiten las mismas dificultades para precisar bajo qué baremos debería concretarse la determinación. A saber, tanto la gravedad como la posibilidad de concreción de un mal pueden ser analizados desde una perspectiva objetiva «*appunto la media comune degli uomini*» o desde una perspectiva subjetiva, teniendo en cuenta las especiales condiciones de la víctima.

4. En ese sentido, toma especial relevancia que el autor del anuncio del mal se presente ante la víctima como sujeto capacitado para concretar el mal que anuncia²⁸⁴. No debe tenerse en cuenta la posibilidad real del autor de concretar la amenaza, entendida ésta como capacidad individual de realización del mal anunciado sino la forma en que el autor se posiciona ante el destinatario del anuncio²⁸⁵.

En ese sentido, si el autor no se presenta ante la víctima con capacidad de concreción del mal que está poniendo en perspectiva, se considera

²⁸⁴ En este sentido se ha expresado la doctrina penal mayoritaria, por todos, en España, REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA /GARCÍA ARÁN, *Comentarios, PE*, I, p. 203; RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», pp. 109-112. En Alemania, entre otros, Friedrich-Christian SCHROEDER «*Nötigung und Erpressung durch Forderung von Gegenleistungen*», en JZ, (1983), pp. 284-285; SINN, *Die Nötigung...*, p. 224, p. 231 ss.; Bern-Rudeger SONNEN, «§ 234» en NK-StGB, p. 4092, (marg. 21); Friedrich TOEPEL, «§ 240», en NK-StGB, pp. 4171 y ss. , (marg. 97 y ss.).

²⁸⁵ PASTOR MUÑOZ, «Sobre la estructura de la amenaza...», pp. 479-480. Sin embargo, para esta autora, la distinción entre amenazas y advertencias (*Warnung*) pierde relevancia, pues en su propuesta «...existen supuestos en los que, pese a que el autor no le trasmite a la víctima su “poder de realización” del mal, existe una amenaza condicional».

que no se está ante una amenaza típica, sino ante una mera advertencia (*Warnung*) sin relevancia para el Derecho²⁸⁶.

c) La puesta en perspectiva de un mal inmediato

1. El carácter inmediato o futuro del mal con el que se conmina es considerado por buena parte de la doctrina penal como un elemento sustancial para distinguir las amenazas de otras conductas típicas donde aparece la intimidación como medio comisivo, entre ellas el delito de agresión sexual, los delitos patrimoniales²⁸⁷ y las coacciones²⁸⁸.

2. Si bien la inmediatez del mal puesto es perspectiva puede ser un elemento interesante para distinguir la amenaza propiamente dicha de la intimidación, no es un dato que pueda ser analizado en abstracto²⁸⁹. La jurisprudencia y la doctrina penal, con el afán de distinguir los delitos contra la libertad de otros delitos, sostenía frecuentemente que en ellos la libertad no aparece lesionada como medio, sino como fin.

²⁸⁶ Cfr., entre otros, SONNEN, «§ 234» en NK-StGB, p. 4171, (marg. 97) «*Andernfalls handelt es sich nach b. M. um eine bloÙe Warnung, die nicht unter die Drohungsalternative subsumiert werden können*»; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil...*, p. 147 (marg. 24); Ingeborg PUPPE, *Kommentar BGH, Urteil v. 21.12.1988-2StR 613 /88 (LG Frankfurt am Main)*, en JZ, 89, pp. 595-598.

²⁸⁷ En el contexto del análisis de la intimidación en los delitos patrimoniales la doctrina ha recurrido a la inmediatez para distinguir entre amenazas condicionales y robo, pero no a la inmediatez del mal, sino a la inmediatez de la entrega de la cosa, de la *actio mixta*. *Velid.*, por todos, ROBLES PLANAS, «Delitos contra el patrimonio I», pp. 183-204 quien postula que «en cuanto a la distinción entre amenazas condicionales y robo con intimidación, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia estiman que existe robo si se exige la entrega inmediata de la cosa, mientras que si lo que se exige es la entrega diferida, habrá que apreciar amenazas».

²⁸⁸ Cfr., con referencias a la jurisprudencia mayoritaria, RAGUÉS I VALLES, «¿Coacciones sin violencia?...», pp. 483-485.

²⁸⁹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 391.

En los otros delitos donde la intimidación es medio coactivo, si bien hay afectación a la libertad, ésta se produce como medio para afectar otro bien jurídico²⁹⁰. No obstante ello, la estructura propia de las amenazas condicionales prevé supuestos en que la libertad es atacada como medio y ello llevó a la doctrina a buscar vías alternativas. Es por ello que el carácter futuro de la amenaza pasó a presentarse, a mi modo de ver erróneamente, como un modo válido de distinción entre el delito de amenazas y otros donde la intimidación se presentaba como medio coactivo²⁹¹.

3. El daño concretado en el mismo momento en que se lo amenaza o se lo pone en perspectiva o antes de que la víctima se determine a realizar la condición exigida por el autor puede dar lugar a constituir un supuesto de violencia o dar lugar a lesiones, pero no es posible considerarlo un caso de amenaza típica.

Claro que el carácter de “futuro” del mal amenazado tiene un significado limitado a “posterior en el tiempo” con respecto al anuncio del mal y no con respecto a la ejecución de la condición, lo que significa que debe ser considerada amenaza típica aquella que pone en perspectiva un mal inmediato al anuncio²⁹². Ello es así toda vez que una dilación en el tiempo podría merecer el calificativo de futura pero permitiría a la víctima recurrir a medios normativos o fácticos de autoprotección, generando una situación de imposibilidad de concreción del mal.

El anuncio a la víctima de un posible despido si no accede a mantener un contacto sexual, si bien podría ser considerado amenaza de un mal

²⁹⁰ Elena LARRAURI PIJOAN, «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de amenazas», en CPC, (1987), pp. 563-581.

²⁹¹ Sin embargo, MIR PUIG, «El delito de coacciones...», pp. 269-283 ha planteado que el mal en las amenazas debe ser futuro y que las amenazas son sinónimo de intimidación.

²⁹² En ese sentido, entre otras, vid. STS de 27 de junio de 2007.

grave y serio para el sujeto pasivo, admite, en principio y según el contexto laboral específico, un camino alternativo para librarse de la condición sin llegar a la concreción del mal. A saber, la víctima puede denunciar penalmente el hecho, hacerlo saber a un superior distinto al que la amenaza, etc.²⁹³.

4. Parte de la doctrina considera desafortunado exigir un mal futuro en las amenazas. Fundamenta dicha posición afirmando que ello no está expresamente exigido en la ley; que dificultaría la resolución de casos donde aparece una amenaza de un mal de presente; que resulta imprecisa la determinación de a partir de qué momento debe considerarse un mal como futuro; y, finalmente, que contribuye a confundir la problemática del bien jurídico²⁹⁴.

5. La doctrina penal alemana, como ya se puso de manifiesto al analizar las amenazas con un peligro “actual” contra el cuerpo -integridad física- o la vida en el StGB ha discutido fuertemente la medida del concepto de actualidad. Sin embargo parece existir un cierto consenso, al menos entre la doctrina que más se ha ocupado de este tema, en equiparar la actualidad del peligro en los medios coactivos con la ac-

²⁹³ En un contexto similar, aunque con una diferencia relevante que tiene que ver con la falta de potestad laboral del autor que ya no pertenecía a la firma, STS de 25 de marzo de 1997 «... ni puede calificarse como inminente, la amenaza de un mal futuro, alejado en el tiempo, frente al que (no) caben otras formas de reacción distintas a la de plegarse forzosamente a las exigencias del actor».

²⁹⁴ LARRAURI PIJOAN, «Consideraciones...», pp. 563-582 considera que «... alcanzado el delito de amenazas autonomía como delito contra la libertad, entendemos que ésta no queda reducida a un medio comisivo; por el contrario, son aptos para lesionar el bien jurídico protegido diversos medios distintos del mero anuncio. En conclusión (...) el delito de amenazas no requiere que el mal anunciado tenga carácter futuro, y, paralelamente, no se debería limitar los medios al mero anuncio».

tualidad del peligro que el propio StGB regula en el ámbito del estado de necesidad justificante y del estado de necesidad disculpante²⁹⁵.

En ese sentido, se considera el anuncio de un peligro como actual no tan sólo cuando es inmediata o inminente su ejecución, sino también cuando se trata de un peligro continuado donde el anuncio del mal aparece como el punto de partida²⁹⁶.

d) Amenaza injusta

«Non videtur vim facere, qui iure suo utitur, et ordinaria actione experitur»²⁹⁷

1. La determinación de la justicia o injusticia del mal puesto en perspectiva por el autor se ha convertido en los últimos años en uno de los temas de mayor interés dogmático, llevando en algunos casos a propuestas generales sobre el sistema de las coacciones en el Derecho penal.

La injusticia del mal forma parte de la estructura del injusto típico de las amenazas condicionales y como tal es común a un número importante de delitos. A saber, en todas aquellas figuras típicas donde el núcleo del injusto se construya sobre la puesta en perspectiva de un mal con una condición para la víctima es necesario que dicho mal sea «injusto». Ello, más allá de la posterior determinación en un segundo

²⁹⁵ En esa línea vid., por todos, BLANKE, *Das qualifizierte Nötigungsmittel...*, pp. 41-44 y 244 «*Insoweit besteht eine weitgehende Parallele zum Gegenwärtigkeitsmerkmal der §§ 34, 35 StGB*».

²⁹⁶ Con antecedentes jurisprudenciales en Alemania sobre el peligro permanente en el contexto del estado de necesidad disculpante vid., por todos, ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 16, p. 680 (marg. 18).

²⁹⁷ PAULO, Dig., 50, 17, 155, 1. «No hace violencia quien usa de su derecho y ejercita la acción ordinaria».

nivel de análisis de la gravedad. Ésta, como luego se analizará detenidamente, dependerá del tipo penal concreto.

2. La doctrina española coincide en la necesidad de exigir el carácter de injusto del mal como elemento indispensable para la tipicidad de la conducta²⁹⁸. En ese sentido, el anuncio de un mal justo hace atípica la conducta del sujeto que anuncia el mal²⁹⁹.

En el contexto del Derecho penal sólo puede ser considerado “mal” aquello que lesiona un interés jurídicamente protegido por el Estado, descartando de ese modo que puedan existir, desde una perspectiva jurídica, «males lícitos o justos»³⁰⁰. Postular lo contrario no sería más que incurrir en una contradicción terminológica. Si bien el reclamo de

²⁹⁸ *Vid.*, entre otros, GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 404 sostiene que el requisito que el mal con el que se amenaza sea injusto es una condición necesaria e ineludible para poder afirmar la existencia de intimidación en sentido típico, de lo contrario «...podrá hablarse de una “transacción”, una “compensación” o acuerdo más o menos obligado para la víctima...», pero no de intimidación en sentido penal; Antonio QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de Parte Especial del Derecho penal, Tomo I; II. Infracciones contra la personalidad*, 2ª ed., puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 1051 «... en lo que respecta a lo normativo, el mal se sobreentiende que haya de ser injusto (...) tal elemento es tan decisivo que su ausencia, esto es, la licitud del mal conminado, justifica sin más el acto de amenazar»; BERISTAIN, «La intimidación...», pp. 11-35, confirmando tal requisito para la determinación de concepto de intimidación tanto en el Derecho civil como en el Derecho canónico.

²⁹⁹ En ese sentido, también se venía pronunciando buena parte de la jurisprudencia española, entre otras, *vid.* STS de 5 de mayo de 2003; STS de 16 de abril de 2003.

³⁰⁰ Esta propuesta es desarrollada en España por José L. DIÉZ RIPOLLÉS, «Capítulo II. Amenazas», en José L. DIÉZ RIPOLLÉS/ Luís GRACIA MARTÍN (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 773-796 y ss.

un derecho, en buena medida, implica un perjuicio para quien debe soportarlo, resulta inapropiado en esos casos hablar de un “mal”³⁰¹.

3. El carácter injusto del mal anunciado en la amenaza, para buena parte de la doctrina, no puede ser entendido limitándolo tan sólo a conductas contrarias a la ley y menos aún a conductas delictivas. A saber, la alternativa anunciada por un sujeto para librarse de una condición, en nuestro caso de un acto sexual, sólo será un mal cuando sea injusta. Siendo injusta cuando afecte las legítimas expectativas de la persona a la que se le anuncia.

A la luz de dichos postulados, debería considerarse atípico el supuesto del sujeto que, siendo acreedor de una mujer por tener sentencia firme a su favor que le permitiría ejecutar rápidamente a su deudora dejándola en bancarota, le ofrece a cambio, antes de ejecutar los bienes, mantener un contacto sexual con él para liberarse de la ruina económica³⁰².

³⁰¹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 403.

³⁰² Cfr. MANCI, *Reati sessuali...*, pp.45-46 donde correctamente se distingue este supuesto de la jurisprudencia civil matrimonial de un caso de amenazas típicas de un delito de violación. A saber, resulta razonable considerar la nulidad de un matrimonio por vicio del consentimiento cuando el hombre logró el acuerdo de la mujer sólo para liberar a su padre de una ejecución que lo llevaría a la ruina económica. Tales supuestos se asemejan a los casamientos por conveniencia de los que en gran medida se ha librado la sociedad occidental moderna y que han quedado bien grabados en los magistrales «Caprichos» de Goya describiendo la sociedad de su tiempo.

No obstante, dicha situación no puede trasladarse sin más al contexto de las conductas sexuales. Si se admitiera que el sujeto activo en este supuesto realizó una agresión sexual con intimidación porque la víctima no dio libremente su consentimiento, sustentando esa supuesta falta de libertad en el hecho de evitar la crisis económica, todo contacto sexual con una prostituta que necesitaría del pago del cliente para subsistir sería, más allá del carácter inmoral o no del hecho sobre el cual no debemos entrar aquí, un supuesto de agresión sexual típica. Hasta donde alcanzo, en el contexto del Cp 1995, en su caso, estos supuestos deberían encuadrarse en el

Claramente en este caso, la mujer ve ampliado mediante la oferta del “autor” su horizonte de acción. Pues antes de la intervención del sujeto no tenía más alternativa que la liquidación de sus bienes, surgiendo ahora una, aunque objetable en términos morales, nueva vía de solución de sus problemas.

Un tratamiento similar merecería, según esta postura, el caso del agente de seguridad de un gran almacén que, habiendo descubierto a una mujer en una situación de hurto de mercadería, le ofreciera no delatar su hecho a cambio de un contacto sexual con él. Claro que aquí, a diferencia del caso anterior, aparece la obligación de denunciar el hecho que tiene el agente de seguridad que surge de un contrato, si se tratase de una empresa privada de seguridad, o de la propia ley, si se tratase de un funcionario policial. De todos modos ello no cambia el carácter no injusto del mal anunciado, al menos no lo hace desde la perspectiva del sujeto pasivo al que se le ve ampliado su ámbito de organización.

No puede hablarse en estos casos del carácter injusto de ambas «amenazas», pues quienes anuncian estas alternativas no sólo están legitimados sino incluso obligados a realizar lo que anuncian.

En el primer caso, no se estaría generando lesión alguna toda vez que los bienes en cuestión ya no forman parte del patrimonio de la joven, sino que por el contrario integran al acervo patrimonial del sujeto que ofrece la vía alternativa³⁰³. Mientras que, por su parte, en el segundo supuesto, el hecho delictivo descubierto en grado de tentativa, el agente no sólo está legitimado a denunciar sino obligado a hacerlo.

Surge de ello que la libertad de ambas mujeres no se ha reducido. Por el contrario, ambas han optado y en los dos casos con una importante ampliación de la libertad de elección, por una alternativa ante lo que veían como irremediable.

tipo penal del abuso sexual del art. 181, si es que pudiera afirmarse que efectivamente el contacto sexual fue realizado sin el consentimiento de las víctimas.

³⁰³ Cfr. MANCI, *Reati sessuali...*, p.46 a favor de ambos argumentos considerando atípica la “*coniunzione carnale*”.

La corrección de la solución puede verse claramente si se invierten los sujetos oferentes de la alternativa. Es decir si las mujeres de los casos anteriores fueran ellas mismas quienes ofrecieran la alternativa. Se estaría allí ante supuestos de miedo indirecto *-metus inconsultus-*, entendiéndose como tales aquellos en los que el sujeto activo no pone una condición, sino que el sujeto pasivo la ofrece como medio para librarse del “mal” puesto en perspectiva por el autor. Siendo las cosas de ese modo, en el supuesto de la deuda privada nada obstaría en términos legales a tal transacción, mientras que en el segundo supuesto podría estarse, según el caso, ante un delito por parte de la mujer que ofrece una “recompensa” para librarse de su responsabilidad penal.

II. Elementos de determinación de la idoneidad de las amenazas condicionales

1. La gravedad es quizás la característica de la amenaza a la que más tiempo ha dedicado la doctrina y sobre la que aún hoy existe menor claridad.

Sobre este punto es importante presentar alguna aclaración. A saber, con cierta frecuencia suele confundirse la gravedad de la amenaza con la relevancia jurídico penal de la misma o incluso con la existencia de intimidación típica en las legislaciones donde así aparece regulada en los tipos penales. En realidad, la gravedad de la amenaza es uno de los varios requisitos que la doctrina penal mayoritaria, enrolada en un criterio ecléctico, exige para la determinación posterior de la relevancia típica de la amenaza propiamente dicha o de la amenaza como elemento tendiente a lograr la intimidación como efecto.

2. La necesidad de la existencia de amenaza, incluso en legislaciones como la española que hace referencia la intimidación, es defendida por la doctrina mayoritaria y, en general, también por la jurisprudencia. No

obstante, la doctrina deja de ser conteste sobre la necesidad de que dicha amenaza posea especiales características y en concreto que sea de cierta gravedad.

Buena parte de la doctrina considera que no es necesaria la presencia de una amenaza grave en términos generales, estándares u objetivos, sino que será suficiente a la luz del tipo penal que sea idónea para vencer la resistencia o doblegar la voluntad de la víctima³⁰⁴. Ello no significa que para este último grupo de opinión baste con cualquier clase de amenaza, sino que por el contrario se exige una amenaza de ciertas características, en concreto que sea «idónea» para vencer la resistencia o doblegar la voluntad de la víctima.

Sobre este punto debe construirse la primera subclasificación de las teorías mixtas o eclécticas. A saber, la exigencia de la presencia de amenaza como mecanismo inicial del proceso intimidatorio es un elemento común a todos los defensores del criterio mixto de delimitación del concepto de intimidación. Del mismo modo también es un elemento común la exigencia de la existencia de una amenaza “especial” o cualificada.

La diferencia está en cómo determinar esa especificidad o cualificación de la amenaza. Por una parte, quienes podríamos agrupar en un criterio mixto con tendencia objetiva, se plantean la necesidad de una amenaza, cualificada por la gravedad o seriedad de la misma, debiendo determinarse esa gravedad con criterios generales, objetivos o estandarizados. Por otro lado, aquellos que encuadraríamos en una posición ecléctica con tendencia a lo subjetivo exigen, al igual que los anteriores, la existencia de una amenaza especial como punto inicial del proceso intimidatorio. Sin embargo, se diferencian de ellos al no exigir que la amenaza sea grave o seria, sino que por el contrario, a la luz del caso concreto, requieren que haya sido «suficiente» o «idónea», determinando esa idoneidad, en general, según haya o no logrado el efecto intimidatorio en la víctima concreta.

³⁰⁴ En la jurisprudencia, entre otras, ATS de 20 de mayo de 2009; STS de 21 de abril de 2009.

3. La doctrina alemana recurre a una expresión que entiendo especialmente gráfica para diferenciar algunos aspectos en torno a la gravedad de la amenaza y al mal anunciado en ella. A saber, el «*Drohungsinhalt*» que podría traducirse como «contenido de la amenaza» y hace referencia al mal concreto que el autor ha puesto en perspectiva de la víctima, siendo en definitiva, si bien importante, sólo una parte de la amenaza como concepto.

A la luz de dicha diferenciación se vislumbra una particularidad en relación a los conceptos de «idoneidad» o «gravedad» a los que se hacía referencia en el párrafo anterior. La idoneidad hace referencia, en general, a la amenaza en su conjunto como concepto, mientras que por su parte la gravedad está concretamente referida al «mal» puesto en perspectiva por el autor, es decir al «*Drohungsinhalt*».

Justamente, la legislación penal alemana, como se explicara en el capítulo II § 3, presenta de modo diferenciado el «*Drohungsinhalt*» según el tipo penal que se trate, estableciendo tres niveles de gravedad del mal puesto en perspectiva por el autor a la víctima y generando lo que hemos llamado la tres velocidad de amenaza. Por una parte, la amenaza simple, sin calificativos a su contenido; en segundo lugar, una amenaza con un mal sensible o relevante (*Drohung mit empfindlichem Übel*); y finalmente la amenaza más cualificada, en concreto la del delito de violación del § 177, con un peligro actual para el cuerpo -integridad física- o la vida (*Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben*).

4. Parte de la doctrina ha procurado determinar el límite mínimo de la intimidación en el delito de robo con intimidación sosteniendo que viene dado por la existencia de amenazas constitutivas de faltas -art.

620.1 o 620.2- o de la conminación de un mal constitutivo de malos tratos³⁰⁵.

§ 3. EL PRIMER CRITERIO DE GONZÁLEZ RUS

1. La concepción tradicional de injusto de las amenazas condicionales en el contexto concreto de los delitos contra la libertad sexual se ve gráficamente adoptada en la obra «La violación en el Cp español» de José Luís GONZÁLEZ RUS que, sin dudas, continua siendo el trabajo más completo realizado en España sobre el delito de violación. En dicho trabajo, de forma clara y extensa, se desarrolla la posición originaria del autor con respecto a la intimidación como medio coactivo en el contexto del delito de violación del antiguo Cp 1973³⁰⁶. Se dice concepción originaria porque posteriormente, como luego se analizará, GONZÁLEZ RUS desarrolló una nueva opinión en torno al concepto de intimidación en los delitos contra la libertad sexual y en concreto con relación al delito de agresión sexual luego de la entrada en vigor del Cp de 1995.

2. Tomando el propio concepto como punto de partida, GONZÁLEZ RUS define la intimidación como «... *el efecto psicológico que en el sujeto causa la amenaza que se le dirige*»³⁰⁷. En consecuencia, la intimidación es una secuela producida en el sujeto pasivo del delito³⁰⁸.

³⁰⁵ En ese sentido, con relación a la intimidación en el delito de robo, BRANDARIZ GARCÍA, *El delito de robo con violencia...*, p. 94; MUÑOZ CLARES, *El robo con violencia...*, p. 228.

³⁰⁶ Cfr. GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, op. cit.

³⁰⁷ Cfr. GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 390.

³⁰⁸ En igual sentido, los defensores del criterio subjetivo, entre ellos, especialmente, SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento...», op. cit.

El Cp español diferencia entre las amenazas como delito y las amenaza como medio coactivo en algunos delitos y utiliza para marcar la diferencia el término «intimidación». Tal terminología permite evitar los esfuerzos de parte de la doctrina penal que, a favor de entender las amenazas como medios coactivos en el sentido de un proceso, se veían obligados a sostener que la expresión amenaza hacía referencia al proceso y no la amenaza concreta como medio a través de la cual dicho proceso se iniciaba³⁰⁹. Esa utilización ha sido calificada de afortunada por algunos autores que se han dedicado al estudio de los medios coactivos en el Cp, fundamentalmente por los seguidores del criterio subjetivo, aunque no exclusivamente por ellos³¹⁰. Como luego se verá detenidamente, este mismo planteamiento fue puesto claramente de relieve por SUAY HERNÁNDEZ en el desarrollo de su criterio subjetivo, donde se restaba relevancia a la amenaza, que aparece tan solo como un posible elemento probatorio de la intimidación³¹¹, elemento, éste último, que es el efectivamente exigido en el tipo objetivo³¹².

³⁰⁹ En ese sentido resulta muy gráfico el esfuerzo de explicar la amenaza como proceso en las palabras de PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 81 «... con la voce minaccia; fermo però restando che, con tale espressione, non vogliamo indicare il mezzo minatorio, ma il complesso concetto risultante dall'uso dei mezzi minatori posti in essere dall'agente e dal timore che essi si ingenerano nell'animo della vittima: la forma, potrebbe anche dirsi, che la violenza morale assume nel diritto penale» «...sta a designare tutto il rapporto da cui il fenomeno risulta».

³¹⁰ Cfr. GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 391 para quien «... la intimidación es la consecuencia que la amenaza produce en el sujeto conminado. Efecto psicológico que, en cambio, no es preciso que provoque la misma amenaza. Es, por eso, mucho más precisa la terminología legal cuando se refiere a la amenaza como medio comisivo habla de intimidación, que la recoge aquella palabra; pues lo que se contempla en estos casos no es la amenaza en sí, sino su consecuencia: la intimidación».

³¹¹ En el mismo sentido, *vid.* ATS de 14 de octubre de 2010.

³¹² Cfr. SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento...», *op. cit.* En Argentina, a favor del recurso a la expresión intimidación por su mayor capacidad de rendimiento para explicar el efecto psicológico necesario para la configuración del tipo, cfr. Eusebio GÓMEZ, *Tratado de Derecho penal*, t. III, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940, p. 108 «una amenaza por seriamente manifestada que sea, puede no intimidar. Lo que la ley tiene en cuenta no es la amenaza en sí, sino su efecto psicológico, o sea la intimidación».

3. Definir la intimidación como un efecto psicológico o subjetivo producido en el sujeto pasivo aproxima la primera posición de GONZÁLEZ RUS a los criterios subjetivos puros. No obstante, existe un importante matiz en la propuesta aquí analizada que lo distancia sustancialmente de los criterios intrínsecos. A saber, la necesidad de amenaza como elemento inexcusable para la existencia del efecto psicológico, es decir, para la configuración de la intimidación. Como se afirmara al iniciar la explicación de los criterios mixtos o eclécticos, la amenaza como elemento inicial del proceso general intimidatorio es un elemento común a todo criterio mixto, siendo en su caso la determinación del contenido interno del mal anunciado mediante criterios subjetivos lo que permite determinar que cierta teoría pueda ser enmarcada en el contexto de un criterio mixto con tendencia subjetiva.

Como puede verse, de esta propuesta conceptual se desprende una distinción entre la intimidación y amenaza, pero sin descartar lo próximo de ambos conceptos y hasta reconociendo la necesidad de ésta última para que sea posible el efecto “intimidación”³¹³. Lo que no podemos soslayar en esta interpretación del tipo del delito de violación es que la existencia de una amenaza es condición necesaria, aunque no suficiente, de la intimidación, por lo que no habrá intimidación si antes no hubo amenaza, dejando fuera otras posibles causas de intimidación distintas de la amenaza³¹⁴. Ello plantea en definitiva una separación irreconciliable con los criterios subjetivos puros, y ello es así porque en estos últimos la «amenaza», no representa más que un elemento de utilidad para probar la existencia de «intimidación».

³¹³ GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 390 plantea claramente que «la diferencia entre amenaza e intimidación no es otra que la que media entre la amenaza como delito autónomo y la amenaza como medio comisivo de un determinado delito. En el primer caso basta con que reúna los requisitos objetivos, en cuanto a la entidad y características del mal, necesarios para otorgarle la cualidad de punible -junto con el subjetivo del que la profiere-, siendo indiferente que la misma llegue a producir temor o cualquier efecto de coacción psicológica sobre el que la recibe».

³¹⁴ Con la misma opinión, en Argentina, Carlos FONTÁN BALESTRA, *Delitos sexuales*, 2ª ed., Buenos Aires, 1953, p. 48.

4. En resumen: Planteada la necesidad de exigir la existencia de amenaza como medio necesario para la presencia de intimidación, se toma distancia de los criterios subjetivos. Mientras que, por su parte, planteada la necesidad de probar el efecto psicológico real en el sujeto pasivo se toma distancia de los criterios objetivos.

En ese contexto, como segundo elemento común a todos los criterios mixtos, se exige una amenaza “especial” o de ciertas características. Por ello, en este nivel de análisis, se exteriorizan una serie de formalidades relativas a la amenaza³¹⁵. O dicho de otro modo, se plantean una serie de requisitos específicos que deben caracterizar a la amenaza para poder afirmar que ha sido una amenaza que lleva a una «intimidación típica».

5. La forma de exteriorizar el mal que el autor pone en perspectiva de la víctima no tiene prevista ninguna exigencia concreta. Así, puede ser realizado o materializarse a través de palabras o de gestos³¹⁶. Sin em-

³¹⁵ En esa línea, aunque en torno a la intimidación en el delito de robo, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo...*, pp. 47 y ss. considera que la intimidación es una «...forma e influencia en la conducta ajena que tiene naturaleza exclusivamente psicológica». Sin embargo al mismo tiempo exige que posea una serie de requisitos que contradicen esa naturaleza psicológica. A saber, se requiere que en la intimidación se amenace con un mal, el anuncio o conminación del mal debe ser inminente y éste debe ser grave, personal, concreto y posible; y recién luego se exige, del mismo modo, que el mal despierte o inspire «...en el destinatario de dicho anuncio un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la proximidad de mal real o imaginario, paralizante de la normal reacción de rechazo o defensa frente a la avasalladora exigencia del autor intimidante». Agregando finalmente que si la conducta se realiza sin la finalidad de desposesión constituiría un delito de amenazas.

³¹⁶ En ese sentido, Jorge E. VALENCIA M., «El delito de acceso carnal violento», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, libro homenaje a Rodríguez Devesa*, tomo II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, pp. 427-452, sostiene los medios por los cuales la amenaza puede producir el efecto intimidatorio en el sujeto pasivo pueden ser muy variados. No es necesario determinar de ante mano como se realizó la amenaza, sino que será él interprete el que deberá consi-

bargo, GONZÁLEZ RUS, desarrolla una serie de criterios más específicos con respecto a la determinación del contenido de la amenaza (*Drohungsinhalt*). Ciertamente las mayores exigencias aparecen a la hora de analizar el mal objeto de la amenaza o el mal puesto en perspectiva por el autor. Ello se fundamenta, como ya se ha puesto de manifiesto, en el hecho de que el punto de partida de esta postura, como en las demás eclécticas, se construye sobre la necesidad de una amenaza especial. No toda amenaza es suficiente para producir el efecto psicológico exigido para poder hablar de intimidación en sentido típico³¹⁷.

Desde esa perspectiva, el centro de atención pasa a ser la necesidad de una amenaza cuyo mal puesto en perspectiva por el autor sea grave. Ello significa que, hasta el momento, la estructura de la intimidación típica requiere la existencia de una amenaza, que tenga especiales características, destacándose especialmente de entre ellas su gravedad como elemento indispensable para llegar al efecto psicológico que cierra la estructura de la intimidación.

Sobre el modo de determinar el contenido del mal puesto en perspectiva y su gravedad GONZÁLEZ RUS adopta una posición crítica con respecto al criterio de determinación de la gravedad del mal propuesto por GIMBERNAT que se analizará luego al explicar los criterios objetivos puros.

Para él, los estándares desarrollados en el criterio objetivo pueden servir como indicio, pista, ayuda o estela indicativa, pero no como ele-

derar en el caso concreto si la amenaza realizada produjo el efecto de atemorizar eficientemente a la víctima llevándola a realizar el acto sexual pese a su determinación contraria. Por lo tanto será indiferente si la amenaza se produjo por escrito, de forma oral, por señas, gestos, emblemas, situaciones concretas, etc., lo importante será determinar el efecto que la misma produjo en la víctima y si fue suficiente para cumplir así «... una verdadera mutilación de la libertad psíquica». En el mismo sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo...*, pp. 47 y ss. afirma que la intimidación debe ser entendida en un sentido amplio y omnicompreensivo, a saber, no limitado a las simples amenazas verbales sino también a casos de intimidación implícita.

³¹⁷ Cfr. GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 395.

mentos suficientes para determinar la gravedad del mal amenazado³¹⁸. A partir de allí se propone la comparación entre la gravedad legalmente otorgada al delito de violación a través del marco penal previsto y la correspondiente al delito con que se conmina a la víctima pero tan sólo como punto de referencia, pues siempre será necesario un *plus* para la determinación de la gravedad. A saber, será necesario tener en cuenta las circunstancias subjetivas que son las que permitirán, en definitiva, determinar si la amenaza fue de suficiente entidad como para poder producir el efecto psicológico requerido en el tipo.

6. Continuando con el análisis de las características necesarias exigidas a la «amenaza» para lograr la «intimidación típica», el momento de efectiva realización del mal puesto en perspectiva por el autor adquiere también especial relevancia. La doctrina mayoritaria³¹⁹ exige, al respecto, el carácter futuro del mismo. No obstante GONZÁLEZ RUS mantiene dicho criterio con algunas matizaciones. A saber, a modo de ejemplo, afirma que también debe considerarse «mal» válido en sentido de la amenaza susceptible de intimidar, o «mal idóneo» aquel que ya ha ocurrido pero que el sujeto pasivo o activo desconoce que se ha producido. Para explicar gráficamente dicho supuesto trae a colación el caso de la mujer a la que se amenaza con la muerte de su padre al que el autor tiene recluido en un lugar apartado. Se trata de un caso en el que el mal puesto en perspectiva a la víctima no es directamente contra ella sino contra una tercera persona ligada ella por parentesco. No obstante, pese a que objetivamente la amenaza carece de relevancia porque el padre de la víctima se había ya quitado su propia vida, al ser ese dato desconocido por la víctima al momento de recibir el anuncio del autor debe considerarse aún como un supuesto de amenaza típica.

³¹⁸ En similar sentido, enrolado en un también en un criterio ecléctico, VALENCIA M., «El delito de acceso carnal...», pp. 427- 452.

³¹⁹ Así, por todos, cfr., como doctrina mayoritaria sólo en este punto, GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre algunos aspectos...», *op. cit.*

7. La primera postura de GONZÁLEZ RUS constituye la posición intermedia a la hora de interpretar el concepto de intimidación en los delitos contra la libertad sexual y la jurisprudencia española, en muchos casos, ha optado por un camino similar, en ocasiones con algunas matizaciones, al determinar los límites de dicho medio coactivo. No obstante, al igual que los demás criterios desarrollados hasta el momento no está libre de críticas concretas que serán desarrolladas al iniciar la segunda parte de este trabajo.

§ 4. LA TEORÍA DE LA CONFRONTACIÓN INTIMIDACIÓN-VIOLENCIA

1. En el contexto de la concepción tradicional o ecléctica surge otra interesante propuesta que puede ser denominada teoría de la confrontación de la intimidación con la violencia³²⁰.

El primer punto de la propuesta de GARCÍA VALDÉS y FIGUEROA NAVARRO pasa por sostener, correctamente, que la intimidación y la violencia se equiparan como medios instrumentales para la realización de la conducta típica. Consiguientemente, ambos medios coactivos «... deben ser valorados en términos de paridad»³²¹. El segundo punto es la necesidad de una amenaza grave como fuente de la intimidación.

2. A partir de la situación dada por la equiparación típica entre la intimidación y la violencia y la necesidad de delimitar la entidad de la

³²⁰ GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-386 y ss.

³²¹ GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-387.

amenaza proponen un primer criterio de cierta objetividad. A saber, para que exista intimidación en el sentido del tipo de agresión sexual es necesaria la amenaza del empleo de violencia. Es decir, que sólo será mal constitutivo de amenaza viable para la intimidación típica la puesta en perspectiva de una violencia. «Sería pues, la intimidación la antesala de la violencia cierta»³²².

En lo que parece ser una reconfirmación sistemática de la teoría, se propone el recurso al delito de amenazas del art. 169 del Cp 1995. A saber, al igual que la segunda propuesta de GONZALEZ RUS que luego se analizará, se reconduce la interpretación de la intimidación típica al contexto del art. 169 considerando amenaza relevante tan sólo los anuncios de un mal contra la vida, la integridad personal, y la libertad.

Consiguientemente, la puesta en perspectiva de otros males regulados en el delito de amenazas, por no tener la entidad suficiente para la configuración de la intimidación típica, deben ser reconducidos al tipo residual de abuso sexual³²³.

3. En principio, podría pensarse que esta propuesta encuadra más adecuadamente en la teoría objetiva o de la causa. Y ello porque, en su contexto, sólo constituye delito de agresión sexual por intimidación típica la amenaza con el uso de violencia que implique un delito contra la vida, la integridad física y la libertad.

³²² GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-387 «... el ataque a la libertad sexual se realiza porque el autor emplea violencia o amenaza con usarla de manera inminente y firme».

³²³ Por ello, para GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-388 es correcto que «... accesos carnales conseguidos por el autor a cambio de abandonar a una mujer en la carretera (STS de 28 de noviembre de 1983), por no decir a los padres de la muchacha que llega tarde a casa (STS de 19 febrero 1984), por amenazar a la víctima con pincharla con un alfiler (STS de 16 de enero de 1991), o, en fin, por amenazar a la hija con mandarla interna a un colegio y manifestarle que se suicidaría (STS de 28 de marzo de 1995), no hayan merecido la consideración de violación».

Sin embargo, la teoría de la confrontación propone una serie de correctivos no estandarizados que llevan a enmarcarla como una teoría tradicional o ecléctica. Si bien se reconoce que la gran mayoría de los supuestos de intimidación se producen por la amenaza de atentar contra la vida o la integridad física, ello no significa que sólo mediante dichas amenazas se logre el efecto intimidante. Consiguientemente, siguiendo la doctrina del TS, sostiene que es necesario tener en cuenta las particularidades personales y circunstanciales de cada caso. En ese sentido afirman que:

«... al ponderar la intimidación que el agente proyecta sobre la víctima, el juzgador debe evaluar la entidad de la misma y su eficacia como medio de doblegar la voluntad, atendiendo no sólo a la concreta y específica modalidad amedrentadora, sino a otras circunstancias ambientales y personales entre las que destaca la edad, nivel de formación y personalidad del destinatario de aquellas, todo ello con el fin de determinar si, atendiendo a unos y otros factores, la intimidación ejercida es de suficiente gravedad para forzar el consentimiento de la víctima a realizar un comportamiento que, sin dicho amedrentamiento, no habría realizado»³²⁴.

La consideración de las circunstancias personales y eventuales del caso concreto reconduce a la teoría de la confrontación al grupo de las teorías mixtas.

§5.LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

1. La jurisprudencia española, al igual que la doctrina jurídico-penal mayoritaria, ha seguido la concepción tradicional para explicar la estructura de injusto de las amenazas condicionales. La intimidación

³²⁴ GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-389 siguiendo la STS de 28 de julio de 2004.

como *Nötigungsmittel* del delito de agresión sexual es entendida por la jurisprudencia como dentro de la especie de amenazas condicionales y como tal se exige que ella se configure mediante una serie de elementos, no expresamente exigidos por el tipo, que sirven para determinar el primer nivel de delimitación; es decir, el de la estructura típica.

La intimidación típica requiere, en ese sentido, la existencia de varios elementos y así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo español en numerosos pronunciamientos al sostener que:

«... uno de los supuestos más frecuentes de violación viene representado por el yacimiento conseguido merced a la instrumentación de la fuerza, ya se trate de una «*vis absoluta*», fuerza física de difícil contraprestación o de una «*vis compulsiva*» o moral dirigida contra la víctima, amenazándola con un mal grave, injusto, posible, irreparable e inmediato...»³²⁵

«... la violación mediante procedimiento intimidatorio supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza o amedrentamiento, uso de «*vis compulsiva*» o «*vis psíquica*», que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado...»³²⁶.

2. La estructura típica de las amenazas condicionales a la luz de la concepción tradicional utilizada en la jurisprudencia española requiere, a su vez, de determinadas circunstancias espacio-temporales de realiza-

³²⁵ STS de 11 de diciembre de 2000; ATS de 25 de junio de 1997; STS de 24 de enero de 1997; STS de 2 de julio de 1993; STS de 2 de diciembre de 1991; STS de 27 de febrero de 1991; STS de 20 de marzo de 1990; STS de 28 de mayo de 1986; STS de 16 de octubre de 1985; STS de 12 de junio de 1985; STS de 25 de enero de 1985; STS de 2 de julio de 1984; STS de 7 de mayo de 1984; STS de 25 de enero de 1984; STS de 16 de noviembre de 1981; STS de 1 de junio de 1981.

³²⁶ STS de 30 de abril de 2010; STS de 28 de febrero de 1997, rescatando también esta sentencia, *vid.* CARMONA SALGADO, «Incidencias de la LO 15/2003...», pp. 1163-1170; STS de 25 de marzo de 1994; STS de 24 de febrero de 1993; STS de 18 de diciembre de 1991; STS de 5 de diciembre de 1991; STS de 28 de abril de 1989; STS de 29 de febrero de 1988.

ción de la conducta. En este sentido, el TS no limita su atención a la amenaza del sujeto activo y las condiciones del sujeto pasivo sino que, por el contrario, en muchos casos analiza esas circunstancias en conjunto con la situación en que se desarrollan los hechos. Así, a la existencia de una amenaza grave, injusta, posible, inminente, racional, fundada, etc. se agregan las condiciones del lugar o del tiempo de ejecución de los hechos.

«... el lugar solitario, de madrugada, y el gesto del acusado llevándose una mano a la riñonera como si fuera a sacar algún objeto pudo producir un estado de miedo en la víctima que paralizó una posible resistencia, dado que se encontraba sola»³²⁷.

«...no cabe duda de que «los gritos, amenazas y gestos de los procesados constituirían en relación con las circunstancias temporales y locativas, medio comisivo adecuado y bastante...»³²⁸.

3. Realizado el primer nivel de análisis y comprobada la existencia de la estructura de injusto de una amenaza condicional queda evaluar cómo la jurisprudencia española, siguiendo la concepción tradicional, determina la relevancia típica de la estructura de injusto acreditada. La determinación de la relevancia típica de la estructura de injusto de la amenaza condicional se centra en la jurisprudencia en la valoración de la gravedad del mal puesto en perspectiva por el autor a la víctima.

Si bien la jurisprudencia mayoritaria mantiene la exigencia de una cierta gravedad del mal puesto en perspectiva, dichas exigencias de gravedad, inmediatez y seriedad del mal anunciado por el sujeto activo no llegan al extremo de requerir una gravedad inusitada. En este sentido, el TS realiza matizaciones y vuelve a limitar la exigencia del mal ame-

³²⁷ ATS de 10 de septiembre de 1997, fundamentos de derecho segundo.

³²⁸ STS de 28 de febrero de 1997, fundamentos de derecho tercero.

nazado a que sea suficiente para el logro del fin deseado por el autor o al menos que se trate de una amenaza concluyente³²⁹.

«En particular se ha dicho por este Tribunal que la violencia o intimidación en la violación no han de ser de tal grado que deban presentar caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de mantener o prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males»³³⁰.

«...de tal entidad y signo que logre amedrentar el ánimo de la víctima, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva. La violencia o la intimidación en la violación no ha de ser de tal grado que deban presentar caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no a resultado positivo, podrían derivarse mayores males»³³¹.

³²⁹ En ese sentido *vid.* Acuerdo de 24 de mayo de 1991 de la sala penal del TS, citado en Elena IÑIGO CORROZA/ Eduardo RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Los acuerdos de la sala penal del tribunal supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 128.

³³⁰ STS de 25 de marzo de 1994; STS de 2 de diciembre de 1991; STS de 27 de febrero de 1991; STS de 20 de marzo de 1990; STS de 2 de junio de 1986; STS de 28 de mayo de 1986; STS de 16 de octubre de 1985; STS de 12 de junio de 1985; STS de 25 de enero de 1985; STS de 2 de junio de 1984; STS de 7 de mayo de 1984; STS de 2 de febrero de 1984; STS de 16 de noviembre de 1981; STS de 1 de junio de 1981.

³³¹ STS de 3 de octubre de 2007; STS de 11 de diciembre de 2000; ATS de 25 de junio de; STS de 24 de enero de 1997; STS de 2 de julio de 1993; STS de 2 de diciembre de 1991; STS de 27 de febrero de 1991; STS de 20 de marzo de 1990; STS de 28 de mayo de 1986; STS de 16 de octubre de 1985; STS de 12 de junio de 1985; STS de 25 de enero de 1985; STS de 2 de julio de 1984; STS de 7 de mayo de 1984;

4. Sin embargo, en una posición claramente contraria a la anterior, catalogable como criterio mixto con matizaciones objetivas, el Tribunal Supremo ha expresado que:

«... la intimidación contenida en el texto de los arts. 178 / 179 CP no describe en el tipo objetivo una reacción psicológica de la víctima, sino una situación en la que ésta, según la experiencia general, se encuentra en una situación que normalmente debe limitar su capacidad de acción y de decisión. Otra interpretación implicaría que el legislador habría querido desproteger a aquellas personas que por alguna razón (por ejemplo ceguera) no han podido percibir los elementos intimidantes de la acción del autor. Dicho de otra manera, la intimidación es un elemento de la acción del sujeto activo y no una relación (psicológica) de la víctima»³³².

Indudablemente el criterio adoptado por el TS en esta sentencia se coloca en el límite superior del criterio mixto, estando muy próximo a los criterios objetivos. El centro de atención para la determinación de un elemento del tipo objetivo no puede ponerse en la cabeza de la víctima. Si, por el contrario, fuera la víctima, mediante el efecto psicológico por ella sufrido, la que determinara la existencia del elemento objetivo de la intimidación a la hora de analizar el tipo subjetivo, como se analizará más adelante, surgirán importantes problemas de determinación de la existencia del dolo. El autor debería conocer el efecto que su acción produjo en la víctima concreta, no pudiendo cambiarse de criterio en el tipo subjetivo y exigir tan solo que el sujeto activo sepa que su conducta es, normalmente, intimidante.

STS de 25 de enero de 1984; STS de 16 de noviembre de 1981; STS de 1 de junio de 1981.

³³² STS de 3 de mayo de 1999; en igual sentido STS de 27 de abril de 2010.

5. La jurisprudencia que sostiene el criterio mixto con matizaciones subjetivas parte de la idea de que la intimidación no puede considerarse sinónimo de amenaza, siendo ésta última, en la mayoría de los casos, tan sólo un medio para producir el efecto de intimidar y en tal caso pudiendo considerarse sinónimo de aterrorizar³³³.

«... capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos o contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva»³³⁴.

«La intimidación es un fenómeno psicológico consistente en aterrorizar a alguien, un ataque a la libre determinación de la voluntad o de decisión en íntima relación con las circunstancias concomitantes en cada caso concreto, que sea suficiente para acceder a las pretensiones del agente atendiendo a criterios de normalidad, pudiendo constituir la intimidación cualquier clase de coacción moral o psíquica»³³⁵.

«No puede ceñirse la intimidación al supuesto de procedencia por empleo de medios físicos o uso de armas, bastando las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando por las circunstancias coexistentes hayan de reconocérseles idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido, originación de un impacto psicológico en el sujeto pasivo»³³⁶.

«... para la existencia de violación cometida mediante intimidación no es preciso entenderse en forma tan radical que suponga una violen-

³³³ STS de 23 de mayo de 2002, fundamentos de derecho cuarto; STS de 11 de febrero de 1994; STS de 12 de diciembre de 1991.

³³⁴ STS de 28 de febrero de 1997, citando STS de 25 de marzo de 1994; STS de 24 de febrero de 1993; STS de 18 de diciembre de 1991; STS de 5 de diciembre de 1991; STS de 28 de abril de 1989; STS de 29 de febrero de 1988.

³³⁵ SAP de Cádiz de 6 de junio de 2001, fundamentos de derecho sexto.

³³⁶ ATS de 23 de junio de 1999, fundamentos de Derecho primero; con la misma argumentación la resolución del TS, en un caso de robo con intimidación, STS de 2 de junio de 1992.

cia moral generadora de una invencible inhibición psíquica, bastando que lo fundamental es el acceso al yacimiento por un temor real...»³³⁷.

6. Si bien resulta complicado clasificar con claridad la posición del TS en relación al concepto de intimidación en los delitos contra la libertad sexual, surge a la vista que, de forma prácticamente unánime, se rechaza la utilización de un criterio objetivo puro.

«...la intimidación no precisa ser de naturaleza invencible, sino simplemente eficaz en la ocasión concreta para paralizar o inhibir la voluntad de resistencia de la mujer; se acepta que el ataque a la libertad sexual ha de ser gravísimo para que pueda hablarse de violación intimidatoria, pero no puede prevalecer o predominar en este punto un criterio exclusivamente objetivo que margine o desconozca los elementos personales y subjetivos del caso concreto, entre los que pueden estar la edad, situación psicológica, condiciones y circunstancias de la persona que soporta la violencia sexual. Y al ensamblar ambos elementos ha de subrayarse que las amenazas del padre que, en ocasiones, llegaron a las vías del hecho mediante el uso de una navaja, fueron naturalmente aptas para crear un grave estado psicológico de intimidación en la hija de doce años, con la inmadurez afectiva y caracterológica propia de la edad, unida a la sumisión y respeto reverencial debido al padre que afectó acusadamente a su voluntad de resistencia»³³⁸.

³³⁷ ATS de 10 de septiembre de 1997, fundamentos de Derecho segundo; ATS de 10 de julio de 1996; STS de 6 de octubre de 1994; STS de 27 de febrero de 1991.

³³⁸ STS de 2 de junio de 1986.

CAPÍTULO V

LA TEORÍA DEL ILÍCITO O DE LA CAUSA O CRITERIO OBJETIVO.

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. Cuando el intérprete se enfrenta a una norma penal cuyo precepto incorpora elementos que describen una relación intersubjetiva las posibilidades de explicación del tipo penal se amplían sensiblemente. Es decir, las relaciones intersubjetivas descritas en el tipo puede ser abordadas desde dos claras perspectivas, a saber, desde una posición objetiva y libre de valoraciones personales o desde una perspectiva subjetiva con base en criterios individuales de apreciación. A su vez, la perspectiva subjetiva puede ser abordada desde el punto de vista del sujeto activo, del sujeto pasivo o de un observador externo de la situación como puede ser, por ejemplo, el propio juez penal.

Esta situación de confrontación entre criterios objetivos, subjetivos y mixtos es una constante en el estudio de la dogmática jurídico-penal. En todos los ámbitos del Derecho penal surgen posturas encuadrables en alguna de estas tres posiciones que pretenden resolver problemas concretos o incluso plantean una forma general de observar, pensar y planear el Derecho penal.

En este sentido, con mero afán ejemplificativo, el contexto de la teoría jurídica de la tentativa representa un ejemplo clarísimo de tensión entre criterios objetivos y subjetivos que, según sean adoptados, aportan soluciones diametralmente distintas. Más aún, en sentido amplio, el Derecho penal es abordado en general por una perspectiva subjetiva o una objetiva, con mil matices intermedios en cada una de dichas posturas.

2. El tipo penal de agresión sexual, en la regulación del Cp 1995, representa sin duda uno de aquellos ámbitos del Derecho penal en cuyo contexto se describe una relación intersubjetiva. La propia conducta típica configura una relación entre, al menos, dos sujetos con una serie de particularidades. Como así también, y de forma muy clara, los elementos violencia e intimidación describen una relación entre sujeto activo y sujeto pasivo que, a través de un proceso de relativa complejidad, llevan a su configuración y a partir de allí a la existencia de la conducta típica.

En particular, la relación intersubjetiva generada en un proceso de intimidación, que es el que aquí interesa, se aprecia con meridiana claridad. La relación y proximidad de actuación entre sujeto activo y sujeto pasivo en un proceso intimidatorio es plena. En la gran mayoría de los casos se configura a través de las palabras o de gestos que requieren, como en un proceso normal de habla, de recepción, aprehensión y efecto.

Sin duda el método con el que se aborde la interpretación de esta descripción de la relación intersubjetiva establecerá la amplitud del tipo penal. Es decir, la forma de delimitar la relación intersubjetiva ampliará o limitará la cantidad de conductas que puedan ser consideradas típicas con relación al tipo penal concreto, en este caso el delito de agresión sexual del art. 178 del Cp 1995.

El criterio objetivo de interpretación de la relación intersubjetiva generada por el concepto de intimidación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales lleva a una importante restricción de las conduc-

tas abarcables en los tipos sexuales coactivos. Quizás esa restricción de conductas abarcables dentro de la relación intersubjetiva de intimidación es lo que configura al criterio objetivo de interpretación en la posición caracterizada como más “garantista” desarrollada en este contexto.

3. La interpretación restrictiva del concepto de intimidación mediante un criterio objetivo no constituye el único medio posible para delimitar el concepto de intimidación. El legislador penal al momento de apreciar la materialidad delictiva de una conducta intentada, mediante la técnica legislativa, describirla de tal modo de transformar dicha conducta en formalmente delictiva.

Así las cosas, la técnica legislativa puede llevar al legislador a describir una conducta de una u otra forma siempre y cuando la descripción respete los principios penales constitucionales, a saber principio de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad. En ese contexto, el legislador penal a la hora de describir la relación intersubjetiva que surge en un proceso de intimidación puede optar por dos alternativas. A saber, puede describir la relación intersubjetiva sin calificaciones extras limitándose a exigir la existencia de simple intimidación; o por el contrario puede exigir que la intimidación posea unas características particulares. En este último sentido, es la propia ley penal la que prevé una limitación o restricción de las relaciones intersubjetivas abarcables en el concepto de intimidación típica.

Hasta donde alcanzo, la opción o alternativa legislativa de restringir el tipo penal es especialmente conveniente, en comparación con la restricción dogmático-interpretativa, a la luz de los principios constitucionales del Derecho penal. El legislador debe a la hora de tipificar conductas como delictivas respetar el principio de legalidad penal. El principio de legalidad paradigma del Derecho penal liberal y del respeto de la libertad humana, como bien sabemos, establece que la ley penal, entre otras exigencias, sea *stricta* y *certa*. A partir de allí, una ley penal indeterminada o imprecisa:

«...no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad»³³⁹.

En ese sentido, cabe preguntarse si puede considerarse estricta y cierta una ley penal que se limite a expresar que la conducta debió haber sido «intimidatoria» para configurar la existencia de delito. La respuesta debe ser afirmativa, pues aunque sea deseable y más conveniente una legislación penal con mayor concreción de las conductas típicas, en definitiva, más diferenciadora, no es posible considerar la técnica legislativa amplia como contraria al principio de legalidad. Y ello es así, a tal punto que de hecho salvo en casos excepcionales y de extrema gravedad los Tribunales constitucionales no han declarado nulas a leyes penales por contrariar el principio de certeza o determinación del principio de legalidad. Y ello aunque ya hace un tiempo afirmara WELZEL que «El auténtico peligro que amenaza al principio de *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!»³⁴⁰.

Seguramente, una redacción más precisa hubiese evitado importantes problemas de interpretación y no hubiese motivado la producción de complejas creaciones dogmáticas tendientes a explicar el tipo penal. No obstante, tampoco puede afirmarse con claridad cuál es el punto de precisión necesaria de la ley penal para evitar problemas de interpretación. Obsérvese como en el contexto de la regulación del StGB donde se presentan tres velocidades de amenaza según el tipo penal que se trate, incluso en la tercera velocidad o amenaza más cualificada que viene dada por el anuncio del un mal actual contra el cuerpo -

³³⁹ ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 5, p. 169 (marg. 65).

³⁴⁰ Hans WELZEL, *Derecho penal alemán*, (trad, Juan Bustos Ramírez / Sergio Yáñez Pérez), Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed. Castellana, Santiago de Chile, 1969, § 5, p. 27.

integridad física- o la vida, surgen importantes problemas de interpretación e intentos dogmáticos de concretización.

4. La tipificación española del delito de agresión incluyendo la intimidación sin delimitación legal como medio coactivo, al igual que en la gran mayoría de las legislaciones de nuestro entorno cultural, ha llevado a los autores preocupados por la restricción de los conceptos penales a desarrollar criterios dogmáticos de interpretación que cumplan dicha misión.

Entre ellos, el criterio objetivo en sus diversas formulaciones, sostiene que la solución no puede buscarse en un plano estrictamente subjetivo de interpretación del caso concreto, ni tampoco desde la perspectiva de la víctima según su debilidad o impresión personal. Para los autores enrolados en ésta posición, deben desarrollarse criterios objetivos que permitan determinar cuándo, con independencia de la víctima concreta, del lugar y del tiempo de comisión del hecho, puede afirmarse que una determinada conducta del autor puede ser considerada intimidación en el sentido del delito de agresión sexual.

Este criterio no es exclusivo del concepto de intimidación en los delitos contra la libertad sexual, ni siquiera aún del Derecho penal, pues también en distintos ámbitos del Derecho se ha recurrido a criterios similares.

Entre ellos, en el Derecho canónico, se recurre a esta clasificación objetivo-subjetiva para determinar la nulidad o validez de los matrimonios celebrados bajo el efecto de alguna clase de coacción. Así, para un sector del Derecho canónico, al igual que para los seguidores del criterio objetivo aquí desarrollado, en esta tendencia a la que llaman teoría del ilícito o de la causa o extrínseca, se debe tener en cuenta más «la

causa que el efecto de la violencia, o sea, la acción del violentador más que el estado volitivo del violentado»³⁴¹.

La búsqueda de la verdad objetiva que se postula en el ordenamiento jurídico-penal y el efecto comunicativo defendido por las corrientes dogmáticas que ven en la sanción penal la reafirmación de la vigencia de las normas negadas por el autor de un delito pueden llevar a la afirmación de que la sanción al autor que intimida a la víctima realizando ésta un acto sexual bajo coacción se justifica en la restauración del principio de justicia “violado” por la propia injuria del violentador. A saber, ello no significa que el acto sexual en sí no posea disvalor alguno; sin embargo, hablando en términos clásicos, lo que se estaría afectando es la libertad de la víctima que realiza una conducta sexual “elegida” para evitar el mal, pero bajo un consentimiento imperfecto³⁴². En ese contexto, el acto sexual tan sólo justificaría en este caso el incremento de pena que lleva a distinguir la agresión sexual mediante intimidación de un delito común de coacciones.

Siendo así que, si el acento, como se sostuvo en el párrafo anterior, debe ponerse en la conducta del autor y en su injuria que por sí sola viola el principio de justicia, corresponderá determinar que características debe poseer esa conducta con independencia del efecto que pueda o no producir. A saber, será necesario analizar cuando una amenaza

³⁴¹ El principal sostenedor de la teoría del ilícito o de la causa para la determinación de la relevancia jurídica del *metus* en el Derecho canónico ha sido Pío FEDELE, *Contributi alla teoria canonistica dei vizzi del consenso matrimoniale*, Dott. Carlo Cya, Firenze, 1940, p. 3 «... *la nulità del matrimonio «ex capite vis et metus» non sia fondata in modo assoluto sul principio dell'autonomia e della libertà del volere individuale, e porta a concludere che il diritto canonico tiene maggior conto della causa che non dell'effetto della violenza, cioè dell'azione del violentatore che non dello stato volitivo del violentato»*; en general, *vid.* CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, p. 31.

³⁴² Obsérvese que este es el segundo camino elegido, en el contexto del Derecho canónico, por Pío FEDELE, *Lo spiritio del Diritto canonico*, Padova, 1962, pp. 623-633, luego de la crítica que sufriera su posición original donde se fundamentaba el interés público, entendido como la restauración del principio de justicia violado por la injuria, se sustentaba en la represión del pecado del violentador y no la protección de la libertad de la víctima. Cfr. CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, p. 38.

posee la suficiente relevancia para ser contraria al ordenamiento jurídico, en este caso penal, con independencia de la víctima y del caso concreto.

A partir de allí debe ponderarse, en primer término, la gravedad de la amenaza, que lógicamente debe existir pues en ella se sustenta el injusto y en segundo lugar el carácter *ab extrinseco* e injustamente inferido.

5. En España la breve pero intensa discusión generada en torno a la interpretación del concepto de intimidación en el delito de agresión sexual se potenció con la propuesta restrictiva desarrollada por Enrique GIMBERNAT ORDEIG que representa, a mi juicio, el criterio objetivo mejor fundamentado con relación al concepto de intimidación en los delitos contra la libertad sexual y el punto de partida de esta investigación dogmática³⁴³. Allí, no sólo se limita a presentar la dificultad del problema, sino que propone una interesante formulación que permite realizar una interpretación restrictiva del precepto penal en perfecta armonía con el ordenamiento jurídico-penal en general.

§ 3. EL CRITERIO DE GIMBERNAT ORDEIG

I. Introducción

³⁴³ La postura del jurista español aquí analizada fue publicada en el trabajo titulado «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Cp español; con especial referencia a la violación intimidatoria» en un primer momento en ADPCP, 1969, fascículo 3, pp. 489-509, y posteriormente en su libro *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 287. Si bien el criterio objetivo desarrollado por GIMBERNAT ORDEIG se corresponde con la antigua legislación sobre los delitos contra la libertad sexual en España (Cp de 1973), su propuesta es completamente trasladable al debate actual sobre la materia.

1. Pese al tiempo transcurrido desde la primera publicación de la propuesta objetiva de GIMBERNAT, allá por 1969, su contenido no ha perdido actualidad y continúa siendo un criterio de referencia entre las interpretaciones restrictivas del tipo³⁴⁴. Si bien no ha sido esta la única idea preocupada por sostener una postura objetiva, sí ha sido una de las únicas en proponer una solución y no limitarse a plantear los inconvenientes de un tratamiento diferenciado según el caso concreto³⁴⁵.

2. La teoría se desarrolla partiendo de la distinción de las conductas intimidatorias típicas según el aporte del autor. Así, en el contexto del delito de violación del antiguo Cp español de 1973, se comienza con la distinción entre violación con fuerza y violación con intimidación.

Dentro de la primera se diferencia a su vez entre fuerza irresistible, *vis absoluta*, cuando la fuerza hace físicamente imposible cualquier tipo de resistencia por parte de la víctima³⁴⁶; y la violencia no irresistible que constituye un supuesto intermedio entre la violación con fuerza y la violación con intimidación³⁴⁷. En el primer caso, la víctima actúa co-

³⁴⁴ Sobre la importancia de GIMBERNAT para la dogmática penal, no solamente española, y en particular sobre el valor de su trabajo sobre la violación intimidatoria resultan especialmente sugerentes las palabras de Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009, p. 61 «A quienes nos iniciábamos en la dogmática penal a principio de los ochenta, nos parecía que la dogmática la había descubierto Gimbernat. La cosa empezaba, normalmente, con la lectura de sus trabajos sobre violación intimidatoria [...] Instantáneamente, uno quedaba fascinado por el estilo claro y directo de sus textos, por la potencia racional de su discurso, por el lenguaje persuasivo».

³⁴⁵ También se enrola en éste criterio exigiendo amenaza de un delito de gravedad semejante determinado a través de un proceso de equiparación de penas QUE-RALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español...*, pp. 185 y ss.

³⁴⁶ Para buena parte de la doctrina clásica es justamente el carácter de irresistibilidad de la *vis physica* lo que la distingue de la *vis moralis*, entendiendo la irresistibilidad como la impotencia física del sujeto pasivo a resistir la fuerza de la que es objeto, CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, p. 23.

³⁴⁷ El Cp 1995 ha dejado de utilizar el término fuerza como la hacía el art. 429. 1 del anterior Cp y ha optado por la utilización del término violencia. Si bien, en prin-

mo un mero instrumento del autor al que no puede bajo ningún medio resistirse. Mientras que el segundo supuesto estaría dado por los casos en que la víctima cede ante la fuerza del autor del delito por el convencimiento que una mayor resistencia de su parte implicaría mayor daño y en definitiva sería inútil para evitar el resultado³⁴⁸. Por tanto, se cede ante la violencia con la amenaza de que a más resistencia de la víctima mayor será la energía física utilizada por el sujeto activo para doblar la resistencia³⁴⁹. El sujeto pasivo del delito realiza una ponde-

cipio, debe considerarse afortunado el cambio por unificar el criterio del Cp en su conjunto y no recurrir a términos distintos pretendiendo asignarles el mismo significado, cabe la duda de cual podrá ser, si es que la hay, la interpretación doctrinal de dicho cambio. La doctrina no se ha detenido sobre este punto considerando la cuestión como un mero cambio de palabras pero sin ninguna modificación en cuanto al significado así CANCIO MELIÁ, «Los delitos...», pp. 1626-1627, afirma que el cambio se debe a que el término fuerza se reservaría para los casos de fuerza en las cosas; AA. VV., *Curso de Derecho penal parte especial*, Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 304; DEL ROSAL BLASCO, «Los delitos...», p. 165, considerando correcta el cambio de la expresión fuerza por violencia; Antonio GONZÁLEZ CUÉLLAR GARCÍA, «.....», en AA. VV., *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), tomo II, Trivium, Madrid, 2001, p. 2165; Fermín MORALES PRAT / Ramón GARCÍA ALBERO, «Delitos contra la libertad sexual», en AA. VV., *Comentarios al nuevo Código penal*, Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.) y José M. VALLE MUÑIZ, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 877; ORTS BERENGUER, *Comentarios...*, p. 915; EL MISMO, «Abuso y agresiones sexuales en el Proyecto de Código penal de 1994», en AA. VV., *Mujer y Derecho penal*, Virgilio LATORRE LATORRE (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 21-42, con relación a las razones que motivaron la modificación del término fuerza por el de violencia afirma que «... quizá para acentuar la naturaleza eminentemente personal de ésta, mejor dicho, para destacar que su destinatario es una persona»; SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia...*, pp. 79 y 80 afirma, en relación con éste tema, que «... debe entenderse que el legislador ha comenzado a sensibilizarse con problemas de técnica legislativa o de legística, lo que es de agradecer».

³⁴⁸ La posición de GIMBERNAT es seguida por la mayoría de la doctrina en España. Se trata del supuesto definido por GONZÁLEZ RUS, *El delito...*, p. 411 como causalidad física y psíquica; con algunas matizaciones, SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 126.

³⁴⁹ Un planteo similar ha realizado BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «La regulación española de la coerción...», pp.191-295 y ss. El ejemplo clásico de la *vis compulsiva conminatoria* es la tortura donde la víctima cede no por haber sido torturada sino pa-

ración personal de la situación y decide satisfacer las exigencias del sujeto activo, en una valoración clara de costes y beneficios³⁵⁰.

ra no seguir siendo torturada. Sin embargo, para este autor a diferencia de GIMBERNAT en los casos en los que ya se haya irrogado el mal o se esté irrogando en ese momento si existe la amenaza de continuación de la agresión se trata de un supuesto de coerción mediante amenaza y no de violencia.

³⁵⁰ En sentido contrario, considerando estos supuestos como amenazas, en Alemania, GÖSSEL, *Das neue Sexualstrafrecht...*, p. 32, aa) encuadra este grupo de casos como amenazas y no como violencia, en la jurisprudencia alemana siguen esa línea BGH NStZ 2005 268, 269; BGH NJW 1984 1632, salvo que entre la aplicación de la violencia anterior y el concreto acto sexual haya pasado un tiempo excesivo, en cuyo caso la conducta podría ser atípica, BGH NStZ 1986, 409; MAURACH/ FRIEDRICH/ MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1*, p. 147 (marg. 24). En el mismo sentido, en Argentina, Jorge R. MORAS MON, *Los delitos de violación y corrupción*, Ediar, Buenos Aires, 1971, p. 64 y en especial en la nota 98 donde reproduce su polémica con NÚÑEZ sobre este tema, considera que se trata de un grado avanzado de intimidación y ya no de violencia o fuerza física ya que en estos casos el autor aspira a destruir la decisión de la víctima. Considerando estos casos como intimidación y no como violencia, en la jurisprudencia española *vid.* STS de 27 de febrero de 1991 y siguiendo a la anterior STS de 24 de febrero de 1994. Ya Kart BINDING, *Die Normen und Ubertretung*, Leipzig, 1877, p. 526 se refiere a estos casos como aquellos en los que la *vis física* y las amenazas se mezclan e interaccionan, adoptando la posición opuesta. También, en su libro *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonder Teil*, Neudruck der 2. Auflage, Leipzig, 1902, *Sciencia Verlag Aalen*, 1969, pp. 80 y ss. con base en el clásico ejemplo del hombre que es golpeado para que cumpla con la voluntad del coaccionador al momento de ceder lo hace por el temor o miedo a que continúen los malos tratos, considerándose que se trata de una amenaza fáctica siendo el miedo a seguir siendo maltratado lo que ha hecho ceder al sujeto y no el maltrato físico ya recibido. Con una propuesta similar a la de BINDING aunque con algunos matices cfr. Volker BUSSE, *Nötigung im Strafsenvenkerbr, Strafrecht. Strafverfahren. Kriminologie*, Band. 27, Neuwied und Berlin, 1968, pp. 116-118. También sobre este tema calificándolo como un caso de violencia relativa ubicado en la zona fronteriza entre la violencia y la intimidación, *vid.* SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia...*, p. 86. En Argentina AGUIRRE OBARRIO, *El delito...*, p. 100 § 1.5.27 diferencia entre los supuestos de violencia del supuesto en que por ejemplo un sujeto «... da un golpe en un brazo para provocar dolor y anuncia que esto continuará si no le entregan el dinero, estamos frente a una demostración seguida de una argumentación que contiene una amenaza. En este caso, la impresión del cachiporrazo es una sensación muy vívida, y no se precisa mucha imaginación para saber cómo continuarán las operaciones».

En ese contexto, al colocar los supuestos de violencia no irresistible como casos de violencia y separarlos del ámbito del grupo de situaciones intimidatorias se produce una reducción sustancial de los supuestos de intimidación típica. Por su parte, dicho esquema, como luego se verá con mayor detalle, hace posible construir el segundo criterio de GIMBERNAT para brindar una solución a un grupo de casos cuantitativamente importante y muy frecuente en el ámbito de los delitos sexuales, a saber, la puesta en perspectiva de lesiones físicas al autor o a alguna persona cercana a este.

3. Descartados entonces del grupo de la intimidación los supuestos de fuerza física y los supuestos intermedios a los que GIMBERNAT ha dado el nombre de fuerza física no irresistible, resta por analizar el grupo específico de las intimidaciones propiamente dichas.

La doctrina se enfrenta aquí al inconveniente de determinar a qué clase de intimidación se refiere el legislador cuando recurre a ese concepto en la descripción del tipo objetivo del delito de agresión sexual. Así, se plantean algunos posibles criterios de solución que no pretenden resolver definitivamente el problema dogmático suscitado sino que tan sólo presentan el problema y proponen una posible línea de interpretación. La hipótesis de partida es que no todo yacimiento con intimidación es un yacimiento con intimidación de los tipificados en el Cp. Por tanto lo determinante en estos casos es saber a qué intimidación se refiere la ley como intimidación típica. En definitiva, aunque todo yacimiento con intimidación sea subsumible en la literalidad del tipo penal no todos ellos deben considerarse violaciones por intimidación, o si se prefiere intimidaciones en el sentido de tipo penal.

Para demostrar que no es posible considerar típica cualquier intimidación realizada en el contexto del delito de violación GIMBERNAT trae a colación dos ejemplos muy convincentes: en primer lugar el de la joven que sale a bailar sin permiso de sus padres y que consiente en mantener relaciones sexuales con un hombre que la amenaza con contarle a su familia dónde había pasado la noche anterior; y el segundo caso, el de la mujer que, obsesionada por su edad, mantiene engañadas

a sus amigas, y que admite relaciones sexuales con un hombre que la amenaza con contarles a las compañeras su verdadera edad si se opone a mantener un contacto sexual con él.

4. Cabe determinar entonces si el mal puesto en perspectiva por los autores de los dos ejemplos anteriores, siendo claramente encuadrables en la literalidad del tipo penal, en su momento, de violación y actualmente de agresión sexual, poseen suficiente relevancia como para determinar la tipicidad de los contactos sexuales “logrados” bajo su influencia.

La cuestión es que la «intuición jurídica» -dice textualmente GIMBERNAT- lleva a pensar que la amenaza del autor, a pesar de haber sido suficiente para lograr el cometido, no constituye un caso de intimidación al que se refiere el tipo penal. Es cierto que en buena medida la intuición puede mostrar como irrazonables determinadas soluciones a casos concretos. Sin embargo, no es menos cierto que ella carece por completo de reglas y que limitarnos a un concepto tan vago como guía interpretativa no haría más que llevar la cuestión a las tormentosas aguas de las infinitas apreciaciones subjetivas que se pretenden evitar con criterios objetivos como el que propone el propio GIMBERNAT³⁵¹. Claro que el autor es plenamente consciente de ello y trae a colación la “intuición jurídica” con el sólo propósito de llevar las teorías subjetivas al absurdo³⁵². Su objetivo es demostrar la necesidad de distinguir el

³⁵¹ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Problemas básicos...», pp. 73-81 «... el desconcierto no es en sí mismo una objeción concluyente: si las consecuencias lógicas de los principios asumidos como correctos nos parecen contra intuitivos, también puede ser que debamos cambiar las bases de nuestras intuiciones (nuestros hábitos lingüísticos o categorías mentales)». En algunos casos según expresamente han puesto de manifiesto en torno al delito de chantaje GÓMEZ POMAR/ ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación...*, p. 140 «La impresión de que a una intuición clara ha de corresponder una justificación expedita quizás contribuya a explicar ciertos deslices conceptuales de la doctrina...».

³⁵² La intuición jurídica, o mejor dicho el “enfoque intuicionista, característico del modelo anglosajón y su comparación con el “enfoque conceptualista” que caracteriza a la dogmática jurídico-penal continental han sido gráficamente compara-

concepto coloquial de intimidación del concepto jurídico-penal atado al tipo objetivo del delito que se trate, en este caso del delito de violación. No obstante, el recurso a la intuición no es exclusivo de GIMBERNAT, ni se circunscribe a la demarcación de la intimidación típica en el contexto de los delitos sexuales, por el contrario, buena parte de los tipos penales concretos suelen ser restringidos con criterios tan ambiguos como la intuición³⁵³.

II. La propuesta general

1. La intimidación, aunque no se afirme expresamente en la redacción del tipo objetivo, requiere en el contexto de esta propuesta, la existencia de una amenaza, que se convierte en la columna vertebral de la estructura desarrollada por GIMBERNAT³⁵⁴.

Sin embargo, no basta con la existencia de cualquier amenaza para la determinación de la existencia de intimidación típica; sino que, por el

dos en Santiago NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980. Por su parte, haciendo referencias y tomando posición a favor del conceptualismo como herramienta más adecuada en la búsqueda de la seguridad jurídica vid., entre otros, Jesús M. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, segunda edición ampliada y actualizada*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 65 y ss.

³⁵³ Cfr. GÓMEZ POMAR/ ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación...*, p. 66 (nota) donde demuestran la difícil delimitación teórica del chantaje frente a otras conductas lícitas recurriendo a la famosa frase del juez del Tribunal Supremo de los EEUU, Potter Stewart, en «*Jacobellis v. Ohio*» -378 U.S. 184, 197, 1964- citado por Ronald H. COASE, «*Blackmail*», en *Virginia Law Review*, vol. 74, (1988), pp. 655-669 «el chantaje, como la pornografía, es difícil de definir, pero lo reconoces cuando lo vez».

³⁵⁴ La doctrina penal mayoritaria se postula a favor de la necesidad de amenaza como elemento central para la delimitación del concepto de intimidación típica vid., entre otros, SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 164 con amplias referencias doctrinales en nota 359.

contrario, se requiere una amenaza con especiales características. Es decir, así como no toda intimidación es relevante en la trama del Derecho penal sexual, no toda amenaza es apreciable para la configuración de una intimidación en el sentido del tipo penal de violación o, en el nuevo Cp, de agresión sexual³⁵⁵.

En tal sentido, el primer punto de análisis y de prioridad insoslayable para GIMBERNAT ORDEIG, es la determinación de las exigencias necesarias para que una amenaza pueda llevar a intimidación y ésta a su vez tener relevancia típica. Así el punto central de análisis se coloca en la determinación de las especiales características que debe poseer la amenaza para llevar a la intimidación, siendo la gravedad del mal anunciando un elemento medular en tal proceso de concreción.

2. La reivindicación de que la amenaza debe ser grave se deduce según dos criterios de interpretación, el criterio sistemático y el teleológico³⁵⁶.

Partiendo de un criterio sistemático, se afirma que no es posible admitir que cualquier tipo de intimidación, por mínima que ésta sea, pueda ser considerada típica en el sentido de los delitos sexuales. Ello es así, porque el Cp tipifica conductas gravísimas contra la libertad e indemnidad sexuales y de máxima reprochabilidad. Situación que lleva a descartar la posibilidad de analizar el supuesto de la intimidación típica de forma aislada y sin atender a los criterios que el legislador ha adoptado en los supuestos más próximos.

Así, con el objetivo de fortalecer esta posición se argumenta que la pena prevista para el delito de violación, sea en cualquiera de los supuestos tipificados en el artículo, es la misma que la pena prevista para el delito de homicidio. Por ello, siendo coherente con el criterio de fi-

³⁵⁵ Cfr. GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 395.

³⁵⁶ De forma clara y didáctica, sobre los criterios de interpretación y la metodología del Derecho defendida por este autor puede verse GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y Método...*, *op. cit.*

nalidad de la ley o interpretación teleológica no podría admitirse que el legislador ha pretendido penar de igual manera un homicidio que una intimidación mínima que lleva al yacimiento³⁵⁷. Ciertamente, la gravedad de las conductas tipificadas y la magnitud de las penas previstas para esas conductas, llevan a GIMBERNAT al lógico convencimiento de la necesidad de requerir la máxima relevancia de la amenaza o mal puesto en perspectiva por el autor.

3. Por tanto, una vez admitido el requisito de una amenaza previa y a su vez la necesidad de un cierto grado de gravedad de la misma, se ha limitado en gran medida los supuestos que podrían considerarse intimidación típica a la luz de los delitos sexuales.

El paso es sin dudas importante. Sin embargo, sólo con ello no es posible determinar la tipicidad de los males puestos en perspectiva. Ello es así porque aún subyace la pregunta de cuándo una amenaza es lo suficientemente grave o relevante y cuando no lo es.

No obstante, antes de detenerse en la determinación del grado de gravedad de la amenaza como elemento central de su propuesta, el profesor español, descarta un cierto grupo de casos según dos criterios. A saber, la exigencia de la inmediatez del mal puesto en perspectiva por el autor y la necesidad, también, de un yacimiento inmediato.

A partir de allí, se descarta la posibilidad de considerar como supuestos de violación por intimidación, por más grave que sea la amenaza puesta en perspectiva por el autor, aquellos casos en los que el yaci-

³⁵⁷ El argumento de GIMBERNAT ORDEIG corresponde a las sanciones previstas para el delito de homicidio y el delito de violación en el Cp de 1973, actualmente la pena prevista para el delito de agresión sexual cuando implique el acceso carnal por cualquier medio (seis a doce años) es menor que la establecida para el delito de homicidio (diez a quince años). Sobre la insistencia de la doctrina anterior al Cp de 1995 sobre la necesidad de disminuir el marco penal vigente para el delito de violación, excesivo en comparación con otros delitos más graves, *vid.*, por todos, DIEZ RIPOLLÉS, «Las últimas reformas...», pp. 41-62.

miento no es inmediato; o es intentado a través de la amenaza de la realización de un mal alejado en el tiempo³⁵⁸.

Con este criterio quedan fuera del tipo penal un importante grupo de casos, debiendo analizarse en un segundo nivel aquellos supuestos en que la concreción del mal amenazado y el yacimiento son inmediatos y en los cuales será necesario determinar objetivamente la gravedad del mal amenazado.

III. Primer criterio de determinación de la gravedad de la amenaza

1. El núcleo de la teoría objetiva de GIMBERNAT lo constituyen la exigencia de una intimidación especial y la necesidad de llegar a ella sólo a partir de la existencia de una amenaza de cierta gravedad.

La gravedad de la amenaza es una característica exigida por la doctrina mayoritaria para la concreción de la relevancia típica de la intimidación. Sin embargo, no existían, hasta la propuesta de GIMBERNAT ORDEIG, criterios claros para la determinación general o estandarizada de la gravedad del mal puesto en perspectiva por el autor.

³⁵⁸ El criterio de la inmediatez del mal puesto en perspectiva por el autor ha sido frecuentemente utilizado por la jurisprudencia española como instrumento dogmático para distinguir entre el delito de robo con intimidación y el delito de amenazas. A saber, si el mal puesto en perspectiva de inmediata concreción se estaría ante un delito de robo con intimidación (“la bolsa o la vida”); mientras que si el mal puesto en perspectiva es de ejecución futura no inmediata se estaría ante un delito de amenazas, GÓMEZ POMAR/ ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación...*, p. 43 (nota 19).

2. En esa línea se desarrolla, con la aspiración de lograr una reducción teleológica, una propuesta muy convincente que se edifica siguiendo criterios extraídos de la misma ley penal.

El disvalor que la ley penal atribuye al mal objeto de la amenaza según la pena prevista para ese hecho en el Código es el criterio correcto para poder determinar la gravedad de la amenaza. A saber, la gravedad del mal puesto en perspectiva por el autor de la amenaza con condición sexual se determinará según la escala penal con la que el Cp sanciona de forma autónoma ese mal que se anuncia.

Ello significa que se construye la limitación teleológica del concepto de intimidación típica poniendo como cimientos la existencia de una amenaza grave y tal gravedad se consolida partiendo de la idea de que el mal puesto en perspectiva debe constituir un delito. Es decir, que no cualquier mal anunciado por el autor iniciará el proceso intimidatorio, sino que tan sólo podrá analizarse como relevante aquel mal materialmente delictivo y para el cual el legislador penal haya previsto una sanción específica.

En caso contrario, no se estaría ante una amenaza de suficiente gravedad y por lo tanto no podría configurarse la intimidación típica, descartando de ese modo la posibilidad de encuadrar la conducta en alguno de los delitos sexuales coactivos. Aunque quedando abierta, en la regulación del Cp 1995, la posibilidad de penar la conducta como delito de abuso sexual del art. 181 como tipo penal de recogida.

3. Se instaura, de este modo, un criterio objetivo con base en el mal puesto en perspectiva por la amenaza del autor, confrontándolo con la desvalorización que dicho mal ha merecido por parte del legislador penal. Es decir, según éste lo haya considerado materialmente delictivo y a partir de allí lo tenga incluido en el plexo de la ley penal como formalmente delictivo.

Se aporta de este modo un criterio objetivo o estandarizado para la determinación de la gravedad del mal que permitiría excluir de la conduc-

ta intimidatoria típica un importante grupo de casos que la “intuición jurídica” mantiene alejados del tipo, pero que no veían un sustento jurídico razonable.

4. La originalidad de la propuesta ya se veía garantizada con la limitación de la intimidación típica a aquellos casos en los que existiera una verdadera amenaza, debiendo ser esta encuadrable en alguno de los tipos penales de Cp.

No obstante, ello continuaba planteando importantes dificultades por la existencia de tipos penales que describían conductas que podrían ser consideradas de poca gravedad en términos comparativos con un delito sexual coactivo. Por ello, GIMBERNAT va incluso más allá con su propuesta y luego de probar la necesidad de amenazas con un mal que autónomamente analizado constituya un delito en la legislación penal, presenta un segundo escalón en el proceso objetivo de delimitación.

A saber, no basta con la tipicidad del mal puesto en perspectiva por el autor para que se configure una intimidación típica, sino que será también necesario que el Cp prevea una escala penal determinada para el mal amenazado. Es decir, no bastará con la amenaza de un mal constitutivo de cualquier delito, sino que, por el contrario, será necesaria la amenaza con mal que constituya un delito de cierta gravedad.

A modo de ejemplo, se presenta el caso de la mujer que para evitar que el sujeto activo informe a su marido sobre una inexistente pasada infidelidad suya realiza el acto sexual. En este supuesto el autor amenaza a la víctima con revelar a su marido la existencia de contactos sexuales extramatrimoniales por parte de la mujer. El mal anunciado podría encuadrar quizás en el delito de injuria. Así las cosas, continúa siendo difícil afirmar que dicho mal es de suficiente gravedad como para determinar la existencia de una intimidación típica a la luz de los delitos sexuales.

La pena prevista para el delito de injuria es menor a la que preveía el Cp anterior para el delito de violación y es justamente a partir de esa

comparación que GIMBERNAT termina de desarrollar su propuesta de limitación teleológica del concepto de intimidación. El criterio propuesto se sustenta sobre la comparación de marcos penales o la ponderación de penas previstas en el Cp. Es decir, para poder afirmar que la intimidación ha sido relevante y como tal típica se exige que el mal puesto en perspectiva por el autor constituya un delito que a su vez esté previsto en el Cp con una pena mayor o igual que la establecida en el delito sexual para el cual pretenda determinarse la tipicidad de la intimidación. Con ese criterio, al estar penada, en su caso, como injuria la revelación al marido de una supuesta infidelidad de su mujer, la amenaza, si bien podría ser constitutiva de delito no llega a cumplir con los estándares de gravedad exigidos por la teoría y debería sostenerse la inexistencia de intimidación típica³⁵⁹.

Es decir, a la luz del Cp 1995, si el mal amenazado no es constitutivo de un delito para cuya sanción el mismo Cp no prevea una pena igual o mayor que la establecida para el delito de agresión sexual no podrá afirmarse la existencia de intimidación típica y consecuentemente no cabría imputar al autor el delito de agresión sexual, sino, en su caso, el delito de abuso sexual del art. 181.

5. Debido al momento en que se desarrolla la propuesta, estando vigente el Cp 1973, como la pena allí prevista para el delito de violación era la reclusión menor, llega GIMBERNAT a la conclusión de que esa pena marcaría el límite para determinar cuándo una amenaza es de suficiente entidad como para intimidar, y se aproxima a tal solución mediante dos criterios.

El primer criterio es el de la libertad de la víctima para elegir entre el mal con el que se la amenaza o el delito de violación. A saber, si la

³⁵⁹ Es posible y se volverá luego sobre este tema, que la puesta en perspectiva de “males” como la revelación de pasadas infidelidades de la mujer constituyan amenazas suficientes para configurar la tipicidad en otros tipos penales, a saber, a modo de ejemplo, en el delito de chantaje, *vid.*, por todos, AGUIRRE OBARRIO, *El delito de chantaje...*, p.

víctima se decide en yacer con el delincuente por proteger un bien jurídico de menor valor, según la pena prevista en el Cp, que la libertad sexual, no será posible considerar como grave la amenaza realizada. Mientras que en el segundo criterio, se afirma que la amenaza debe colocar a la víctima en una situación límite, desesperada y sin salida. Para determinar en qué caso una persona se encuentra en esta situación, GIMBERNAT ORDEIG realiza una búsqueda en el Código y llega a la conclusión de que en el estado de necesidad y en el miedo insuperable se dan estas condiciones. Así las cosas, en ambos casos, para admitir la exclusión de responsabilidad se requiere para el mal causado se prevea en el Cp una pena menor que la prevista para el mal evitado. Con este mismo criterio el autor considera que el mal amenazado deberá estar tipificado con una penal mayor que el mal exigido, condición del sujeto activo -delito contra la libertad sexual-. Por tanto si la violación está penada con reclusión menor el mal amenazado para tener la suficiente entidad como para intimidar y ser típico deberá estar penado al menos con esa misma pena.

IV. Segundo criterio de determinación de la gravedad de la amenaza

1. La coherencia interna del criterio teleológico de determinación de la gravedad de la amenaza y como consecuencia la tipicidad de la intimidación se ve insuficiente ante determinados grupos de casos en que la víctima es amenazada con la ejecución de determinado tipo de delitos que no son penados con una pena equivalente o mayor que el delito sexual contextualizado.

A modo de ejemplo, en el contexto del Cp anterior, si una mujer es amenazada con sufrir lesiones si no acepta yacer con el sujeto activo, siguiendo a rajatabla el criterio teleológico se debería admitir que no estamos ante un delito de violación con intimidación. Ello es así porque el Cp, al determinar el marco penal en cada caso, asignaba mayor

pena al delito de violación que al de lesiones. Existe, no obstante, un grupo de casos de amenaza con violencia o malos tratos que sí podría resolverse satisfactoriamente según el criterio teleológico, a saber aquellos casos en los cuales el sujeto activo amenaza a la víctima con una violación por fuerza si no cede ante una violación intimidatoria, y ello porque el Cp establece una pena igual para el delito de violación por fuerza y el de violación intimidatoria lo que determinaría la gravedad suficiente de la amenaza.

2. Sin embargo, los casos de amenaza con lesiones o malos tratos deberían considerarse atípicos a la luz del criterio teleológico de determinación de la gravedad de la amenaza. Consciente de la importante dificultad de considerar irrelevantes los supuestos de amenazas con lesiones a la luz del tipo penal de violación, GIMBERNAT guiado, quizás nuevamente, por la “intuición jurídica”, propone para estos casos un segundo criterio para determinar la gravedad de la amenaza. Este segundo criterio al que llama criterio sistemático, se construye sobre la comparación entre las distintas modalidades de ataque a la libertad sexual.

3. En el criterio sistemático de comparación de ataques a la libertad sexual se vuelve a la primera clasificación entre violencia irresistible, violencia no irresistible e intimidación. A partir de allí, si en casos donde el sujeto activo lesiona a la víctima y ésta última en lugar de continuar resistiendo cede para evitar mayores lesiones se considera la existencia de violación por fuerza por la mayoría de la doctrina y violencia no irresistible para GIMBERNAT, no sería correcto admitir que no hay violación en el caso en que la mujer cede aunque no se hayan producido las primeras lesiones.

En otras palabras, en la violación por violencia no irresistible la víctima es lesionada y cede luego ante la amenaza de seguir siendo lesionada. Por su parte, en la violación intimidatoria con amenaza de lesiones, la víctima cede directamente aunque no se hayan producido lesio-

nes previas. Es decir que la diferencia sustancial entre los supuestos de violencia no irresistible y los supuestos de intimidación con la amenaza de lesiones es que en el primer caso las lesiones comenzaron a realizarse, mientras que en el segundo caso sólo han sido puestas en perspectiva por el autor.

Desde ese punto de vista sistemático, cree GIMBERNAT que ambos supuestos, aunque uno pertenezca a la violencia y el otro a la intimidación, deben ser equiparados como medios coactivos. En ese sentido sostiene que no es posible considerar que en el segundo caso la gravedad de la amenaza no es suficiente y consecuentemente, siguiendo este criterio admite la gravedad del mal y como secuela la existencia de intimidación típica.

§ 3. LA PROPUESTA OBJETIVA DE GONZÁLEZ RUS

1. Las propuestas teleológica y sistemática desarrolladas por GIMBERNAT con la pretensión de brindar criterios objetivos generales para la determinación de la intimidación típica en el contexto de los delitos sexuales constituyó un punto de inflexión en el debate dogmático sobre el tema en la Ciencia penal española. Así, a la luz de esas propuestas surgieron criterios claramente antagónicos, como también nuevos intentos de objetivización o estandarización mediante la creación de criterios generales³⁶⁰.

2. En ese contexto, aparece el cambio de razonamiento desarrollado por GONZÁLEZ RUS con la pretensión de crear un criterio general y objetivo que permita interpretar de modo similar el concepto de inti-

³⁶⁰ Entre otros, siguiendo las premisas y los lineamientos principales de GIMBERNAT, *vid.* QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español...*, pp. 185 y ss.

midación en los delitos sexuales y en especial la ponderación de la gravedad del mal como requisito insoslayable.

Si bien en un primer momento, en la trama de su tesis doctoral sobre los delitos contra la libertad sexual, se había enrolado entre los defensores de un criterio mixto en el que se combinaban algunos aspectos objetivos con otros subjetivos, posteriormente en una segunda publicación sobre la materia adoptó una posición estrictamente objetiva³⁶¹.

Es importante resaltar que este esfuerzo de objetivización aporta una visión interesante de la problemática de la interpretación del concepto de intimidación luego de la sanción del Cp de 1995. Como así también que, en cierto modo, reabre un debate que estaba latente en la doctrina penal española tras el aporte de GIMBERNAT y la respuesta subjetiva de SUAY HERNÁNDEZ. Debate que, a mi juicio, había pasado bastante desapercibido por la jurisprudencia.

3. La propuesta parte de una crítica a la redacción actual de los preceptos contra la libertad sexual en el Cp español, desarrollando una serie de criterios correctivos que son considerados necesarios para la interpretación del delito de agresión sexual. Su análisis no se limita a la determinación del concepto de intimidación sino que se trata de un estudio global del precepto que según se afirma resulta poco respetuoso del principio de taxatividad. Así, procurando demostrar la inconsistencia de la redacción típica, se trae a consideración un ejemplo donde se vislumbran las dificultades de delimitación de las conductas típicas de contenido sexual y los límites del concepto de intimidación. Pues, según la literalidad del tipo, debería imputarse por el delito de agresión sexual, incluso el caso del que hace oír a otro un relato erótico con la

³⁶¹ La postura mixta fue desarrollada por GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, *op. cit.* Sobre el criterio mixto desarrollado por este autor *vid.* el punto A del tema núm. 3 de éste trabajo donde se describen los distintos criterios mixtos formulados en España. La propuesta objetiva corresponde a un trabajo muy posterior GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-371.

amenaza de comunicar a sus padres que sale con un joven que a ellos les disgusta.

4. Pese a la redacción de los preceptos penales dedicados a la tutela de la libertad sexual considera GONZÁLEZ RUS que los resultados surgidos de la interpretación literal de los mismos no reflejan la voluntad del legislador. En ese contexto, sostiene que es necesario realizar una restricción teleológica del tipo de agresión sexual y la misma puede fundamentarse recurriendo al criterio sistemático de interpretación sin necesidad de salir del título correspondiente a los delitos contra la libertad.

Para evitar los casos absurdos en los cuales con una interpretación literal se debería condenar por agresión sexual en supuestos donde sin dudas el legislador no pretendió entrometerse, se plantea la necesidad de exigir para la intimidación una cierta relevancia. A partir de allí, no toda intimidación pese a encuadrar en la literalidad del precepto será típica a la luz del delito de agresión sexual del art. 178. En virtud de ello define la intimidación diciendo que: «... es la amenaza de un mal posible, ineludible para el sujeto, dependiente de la voluntad del que amenaza, y que constriñe efectivamente la voluntad de la víctima; su papel es el mismo que el de la violencia»³⁶².

5. Tal posición lleva como lógica consecuencia a la afirmación de que no toda intimidación es típica, sino sólo aquella que tiene especial relevancia. Así las cosas, de la definición anterior surgen una serie de requisitos que serán necesarios para la existencia de una conducta penalmente relevante, y como primer requisito se exige la presencia de una amenaza y no de cualquier amenaza sino de una amenaza específica que pueda ser equiparada, como equivalente funcional, a la violencia.

³⁶² Cfr. GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-329.

La amenaza debe ser suficiente para constreñir la voluntad de la víctima o para haberla constreñido, considerando que sólo de esta forma podrá admitirse que la conducta sea encuadrada en el tipo penal del delito de agresión sexual.

6. Se propone a partir de aquí pensar a la amenaza y a la intimidación como sinónimos y luego de requerir que la intimidación para ser típica debe partir de una amenaza especial se vuelve a la intimidación exigiendo gravedad de la misma. Ciertamente, se sostiene que la necesidad de la gravedad de la intimidación puede extraerse del mismo tipo del artículo 180.1 de Cp 1995, pues allí se exige, en el caso del agravante, que la violencia o la intimidación sean “particularmente” degradantes o vejatorias, lo que explicaría que en el tipo básico ya se exigen estos adjetivos de la intimidación. Con el mismo criterio, el inciso 5 del artículo 180 del CP 1995 que agrava la pena cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o lesiones graves, revelarían la necesidad de que tanto la violencia como la intimidación deban tener una cierta intensidad³⁶³.

Consecuentemente no cualquier intimidación puede ser considerada típica en el sentido del art. 178 del Cp, sino que por el contrario es necesario que la misma posea una cierta entidad. En éste sentido, para objetivizar la determinación de cuándo una intimidación será o no típica, sostiene que sólo pueden considerarse relevantes aquellas conductas del sujeto activo que consistan en una amenaza de producir un mal de la misma magnitud a los establecidos en el art. 169 del Cp de 1995 para considerar cumplido el tipo de amenazas³⁶⁴.

³⁶³ Cfr. GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-331.

³⁶⁴ Obsérvese que en cierto modo la propuesta objetiva de GONZÁLEZ RUS intentando explicar la determinación del concepto de intimidación a la luz del tipo penal de amenazas, coincide con la remisión realizada por BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 98 y nota 47, explicada en este trabajo al analizar la legislación italiana, para explicar la descompensación de interés entre el estudio de la violencia y la amenaza

En efecto será necesaria para considerar la tipicidad de la intimidación la existencia de una conducta que amenace con matar, lesionar, producir un aborto, torturar, producir cualquier otro delito contra la libertad, contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socio-económico³⁶⁵.

7. Para descartar determinado grupo de casos como supuestos de intimidación típica recurre nuevamente al criterio sistemático de interpretación y afirma que si la amenaza pusiera en perspectiva la realización de un mal en las legítimas expectativas del sujeto pasivo no sería un caso típico de intimidación en el sentido del delito de agresión sexual, sino un caso típico del delito de acoso sexual.

Esto demuestra la voluntad del legislador que ha considerado que esa clase de conductas no tienen la entidad suficiente como para ser consideradas intimidación. Y ello es así, porque de lo contrario el delito de acoso sexual vendría a tipificar conductas de tentativa de agresión sexual con una pena inferior a la que le correspondería si dicho tipo penal no existiese. Situación que implicaría una clara contradicción con los propósitos político-criminales que se pretendían con la incorporación del delito de acoso sexual al Cp de 1995³⁶⁶.

en la doctrina italiana y ello, aunque la redacción del tipo penal de amenazas en el Cp italiano no se aproxime al método enumerativo adoptado en el art. 169 del Cp 1995.

³⁶⁵ En sentido similar, en Argentina, sostenía ODERIGO, *Código penal...*, p. 237, en el contexto del delito de extorsión, que «...el mal con que se amenaza puede consistir en atentados contra cualquiera de los derechos jurídicamente protegidos: la vida, la salud, la integridad corporal, el patrimonio, la libertad, el honor, etc...». Expresamente en contra de tal posición, en España, *vid.* PÉREZ MANZANO, «Delitos contra el patrimonio...», pp. 369-403.

³⁶⁶ Cfr. GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-332.

CAPÍTULO VI

EL CRITERIO SUBJETIVO -TEORÍA DE LA VOLUNTAD-

«Hay muchas maneras de influir sobre las personas
para que hagan lo que deseamos.
Y ya que la gente obra por amores y enojos,
por simpatía y antipatía, por necesidad y gusto,
por orgullo, dolor, miedo y esperanzas, engaño, aliento o amenaza,
vemos que muchas veces basta con saber tocar la cuerda correspondiente
para conseguir algún resultado.»

Eduardo AGUIRRE OBARRIO, *El delito de chantaje*,
Buenos Aires, 2005, p. 13.

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. Las argumentaciones teóricas y las consecuencias prácticas de las teorías objetivas no son aceptadas por buena parte de la doctrina española. En clara contraposición con los criterios objetivos, en una posición pura, libre de apreciaciones impersonales, se presentan otras

posturas extremas que, aunque con matices individuales, pueden ser agrupadas entre los que llamaremos criterios o teorías subjetivas o de la voluntad.

Al igual que sucedía en el criterio objetivo, las posiciones sostenidas en el contexto de las teorías subjetivas no son exclusivas del análisis de los delitos contra la libertad sexual, ni siquiera aún del Derecho penal. En la dogmática del Derecho canónico, se recurre a esta clasificación objetivo-subjetivo para determinar la nulidad o validez de los matrimonios celebrados bajo el efecto de alguna clase de coacción.

Así, un sector del Derecho canónico considera que, en esta tendencia a la que llaman teoría de la voluntad o intrínseca, debe valorarse «... *de modo preeminente, el factor o efecto psicológico que tiene lugar en el sujeto, sin dar relevancia a los factores externos productores de dicho efecto*»³⁶⁷.

2. Por tanto, quienes postulan tendencias subjetivas afirman que la interpretación o demarcación de la intimidación no puede realizarse con criterios objetivos, estandarizados y generales alejados del caso concreto³⁶⁸.

³⁶⁷ El principal defensor de la teoría de la voluntad en el ámbito del Derecho canónico es Orio GIACCHI, «*Sul fondamento della nullità per violenza nel matrimonio canonico*», en *Estratto dall'Ephemerides Iuris Canonici, Annus IV* (1948), núm. 4, pp.1-14 quien sostiene que la gravedad del mal amenazado «... *debe essere considerato da un punto di vista nuovo; e questo è il punto di vista del metum patiens. È nella percezione che questi ha del male minacciato che deve trovarsi il requisito della gravitas. La minaccia di un male pur gravissimo che tale non sembri al nubente non può avere alcuna rilevanza sulla validità del vincolo; d'altra parte, la minaccia di un male anche lieve, se apparsa al nubente per la particolari condizioni soggettive od oggettive di lui, tale da togliergli la libertà di scelta, non può non invalidare il matrimonio*», EL MISMO, *Il consenso nel matrimonio canonico*, A. Giuffrè, Milano, 3ª ed., 1973, pp. 92-106; EL MISMO, *La violenza nel negozio giuridico canonico: contributo alla dottrina canonista dei nozozi giuridici*, A. Giuffrè, Milano, 1937. Cfr. CASADO ABAD, *Influjos de las amenazas...*, p. 31.

³⁶⁸ En esa línea sostiene Miriam CUGAT MAURI, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Juan CÓRDOBA RODA/ Mercedes GARCÍA ARÁN (dirs.),

En la relación intersubjetiva que caracteriza el proceso de intimidación en los delitos contra la libertad sexual intervienen al menos dos sujetos. Por una parte el sujeto activo, en general, autor del anuncio de un mal y el sujeto pasivo que se identifica con la persona cuya voluntad se ve doblegada. Junto a ellos, en algún caso, aparecen terceras personas que pueden incluso ser los destinatarios del mal con el que el autor amenaza al sujeto pasivo o los responsables de la ejecución del mal anunciado. En esa lógica de intersubjetividad no es posible establecer parámetros generales, estándares u objetivos que permitan aportar una solución para la totalidad de los supuestos de hecho. Ello es así porque en el proceso intimidatorio participan al menos dos individuos con sus subjetividades o particularidades y nada justifica que ellas sean descartadas o no tenidas en cuenta a la hora de explicar dicho proceso y delimitar su relevancia jurídico-penal.

A saber, las especiales condiciones del sujeto pasivo o del sujeto activo, sus debilidades o fortalezas ante situaciones comprometidas, las especiales circunstancias de espacio y tiempo en que se producen los hechos y demás condiciones particulares del caso son fundamentales para entender el proceso intimidatorio como una relación de intersubjetividad. Siendo deseable y hasta necesario que se valoren cada uno de

Comentarios al Código penal. Parte especial, t. I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 311-328 que «*el grado de violencia o intimidación necesario para apreciar la restricción de la libertad sexual no está predeterminado por el tipo legal, sino que depende de las condiciones de cada sujeto*» (cursivas en el original); también VALENCIA M., «El delito de acceso carnal...», pp. 427-452 parte de una posición crítica de los intentos de determinar la intimidación mediante criterios objetivos, absolutos o generales, sosteniendo que no resultan válidos en el contexto de los delitos sexuales. Y ello porque, según entiende, es un ámbito donde todo es relativo.

En Alemania, entre otros, MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1.*, p. 147 (marg. 26) «*Wann mit einem empfindlichen Übel gedroht wird, ist Frage des Einzelfalles*» en el contexto de determinación del mal de la amenaza del § 240, sostiene que la determinación de la intensidad, gravedad o relevancia del mal debe hacerse según el caso concreto.

esos elementos individuales aportados por los intervinientes y su situación particular a la hora de delimitar el concepto de intimidación³⁶⁹.

3. Los planteos subjetivistas parten de la interpretación literal del tipo y de la exigencia, en el contexto del art. 178 del Cp 1995, de intimidación como elemento del tipo objetivo. En ese sentido, el punto de partida de la teoría es que no es posible exigir mayores requisitos que los establecidos en el tipo penal, pues tan contraria al principio de legalidad resulta una interpretación extensiva como restrictiva del tipo cuando excede los términos previstos.

Con tal esbozo se objeta el postulado fundamental de las teorías de la causa o criterio objetivo que estructuran toda su teoría sobre la necesidad de iniciar la explicación del proceso intimidatorio con base en una amenaza, exigiendo luego ciertas y especiales características de la misma.

A saber, sobre el análisis de la literalidad del tipo se plantea que el art. 178 del Cp 1995, a diferencia de tipos penales equivalentes de otros países de nuestro entorno cultural, exige intimidación y no amenaza. Siendo ello así no es posible requerir como parte del tipo objetivo elementos que no lo integran. Haciendo un paralelismo con otro componente del tipo objetivo; a saber, la falta de consentimiento, se sostiene que ni la amenaza, ni la resistencia de la víctima son parte necesaria del tipo objetivo, sin perjuicio de que ambos constituyan herramientas muy apropiadas para la prueba de la intimidación o la falta de

³⁶⁹ Afirmando la necesidad de tener en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas pero ya no del caso concreto sino del sujeto pasivo Javier BOIX REIG, «De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual», en AA. VV., *Mujer y Derecho* penal, Virgilio Latorre Latorre (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 11-15 sostiene que sobre la intimidación «...habrá de pronunciarse el Tribunal atendiendo a circunstancias objetivas y subjetivas del sujeto pasivo». En la doctrina extranjera adoptan una posición subjetiva, por ejemplo en Chile, cfr. RODRÍGUEZ CALLAO, *Delitos sexuales...*, pp. 150 y ss.

consentimiento respectivamente³⁷⁰. Pero su capacidad de rendimiento como elemento probatorio de un elemento del tipo objetivo no puede convertirlo en uno de ellos, sólo el legislador está legitimado para incluirlo en el tipo.

§ 2. EL CRITERIO DEFENDIDO POR SUAY HERNÁNDEZ

I. Crítica a la posición objetiva y punto de partida

«La misma amenaza puede infundir pavor a una persona;
a otra, puede causarle risa o inspirarle desdén».

Eusebio GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal*,
Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1953, T. III, p. 109.

1. La posición más radical y destacada, entre los defensores del criterio subjetivo de interpretación del concepto de intimidación en los delitos contra la libertad sexual, ha sido desarrollada por Celia SUAY HERNÁNDEZ³⁷¹.

A partir del análisis de un fallo paradigmático resuelto en la Audiencia Provincial de Barcelona y que posteriormente fuera materia de análisis del Tribunal Supremo, conocido como “el caso del alfiler” la profesora española se plantea una serie de interrogantes y dudas que la llevan a

³⁷⁰ Sobre la resistencia de la víctima y la diferencia de tratamiento jurisprudencial de ese “requisito” en el delito de agresión sexual y en el delito de robo vid., recientemente con un interesante planteo, GONZÁLEZ RUS, «¡No!», y basta...», pp. 2011-2036.

³⁷¹ Cfr. SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento...», pp. 1062-1063.

desarrollar, con buenos argumentos, un criterio subjetivo de interpretación³⁷².

2. El enfoque de SUAY, al igual que el anteriormente analizado de GIMBERNAT, debe ubicarse en el contexto del Cp español de 1973 donde la pena prevista para el delito de violación, incluso en su versión intimidatoria, se presentaba como claramente desproporcionada, al menos en términos comparativos con otros tipos penales regulados en el mismo Cp.

Justamente por ello la jurisprudencia española venía exigiendo una serie de requisitos, no previstos expresamente en el tipo penal, con el objetivo de realizar una limitación racional de las posibles conductas encuadrables en el tipo.

La situación se presentaba en los siguientes términos: si el legislador penal estableció para el delito de violación una pena especialmente alta ello se debe a que quiso castigar las conductas más graves contra la libertad sexual. Siendo ello así pasaba a ser competencia de la jurisprudencia, mediante la vía interpretativa, limitar los supuestos de hecho encuadrables en el tipo³⁷³.

No obstante ello, para SUAY esa limitación del tipo penal realizada por la jurisprudencia en los casos de violación intimidatoria del antiguo art. 429 del Cp español no era racional y llevaba a una situación claramente antidemocrática. Continuaba afirmando que si era necesaria una limi-

³⁷² STS, sala 2, de 16 de enero de 1991, publicado en La Ley, 1991-2, p. 490.

³⁷³ Con un criterio similar procura, de modo crítico, LORCA MARTÍNEZ, «El mal...», pp. 673-682 explicar la causa de la constante negativa del Tribunal Supremo Español en reconocer como supuestos de intimidación y como tales de violación del antiguo art. 429 del Cp los casos de relaciones sexuales de padres con menores de edad, siendo una constante la opción por el estupro de prevalimiento. Para él, eso se implica por la diferencia de tratamiento punitivo tan desproporcionado existente entre ambas figuras típicas, dejando una gran franja punitiva intermedia, a su modo de ver, inexplicable.

tación del tipo penal, ésta no podía realizarse exigiendo requisitos o elementos que el tipo penal no exigía. Por el contrario, existía una única forma legítima de hacerlo; pero que ya no era competencia ni de la jurisprudencia, ni directamente de la doctrina sino del legislador penal. A saber, la única forma de limitar el tipo penal era la reforma de la legislación mediante la previsión de las distintas formas de abuso y su correspondiente respuesta jurídico-penal. Resulta oportuno mencionar sobre este punto que, en cierto modo, la propuesta tuvo eco en la legislación penal española, pues el Cp 1995 presenta un sistema claramente más diferenciador de tipificación de las conductas sexuales teniendo especialmente en cuenta los medios coactivos como elementos determinantes de la estructura de los tipos penales. Ello a partir de la creación de la figura del abuso para los supuestos de conductas sexuales no consentidas realizadas sin el arbitrio de medios coactivos.

3. Si bien la propuesta partía de una posición fuertemente crítica de las interpretaciones restrictivas del precepto de violación con intimidación, no dejaba de reconocer que tal restricción, aunque objetable desde esta perspectiva, encontraba fundamento en la gravísima pena prevista en el antiguo artículo 429 del Cp que llevaba a los magistrados a limitar el tipo a casos de extrema brutalidad³⁷⁴.

La objeción se presentaba justamente porque, para los defensores de un criterio subjetivo de delimitación del concepto, ni siquiera esa situación justificaba dejar fuera del tipo penal, por interpretación restrictiva, las conductas claramente violatorias de la libertad sexual que por no ser tan aberrantes o graves se consideraban amenazas con condición sexual, o en su defecto ni siquiera eran consideradas delictivas.

La crítica se centraba en la idea de la creación, vía interpretación judicial, de espacios de riesgo permitido, que en cierto modo los defensores del criterio de la voluntad consideraban más próximos a lagunas de

³⁷⁴ El art. 429 del Cp español anterior preveía una pena de doce a veinte años de privación de la libertad, exactamente la misma que se establecía para el delito de homicidio.

punibilidad que a espacios de riesgo permitido propiamente dichos. La intervención penal se limitaba a los casos brutales generando un grupo de supuestos que en caso de existir una legislación menos severa hubiesen sido encuadrados como delito de violación y no, como pasaba bajo el sistema del Cp 1973, donde eran penados como simples amenazas con condición sexual o, por el contrario, ni siquiera eran sancionados penalmente.

Consecuentemente, se afirmaba que la elevada pena prevista para el delito de violación producía un efecto claramente contraproducente. Pues la finalidad del tipo era proteger el bien jurídico libertad sexual y el legislador apreciando su importancia establecía severas penas para las conductas que lo lesionaban. No obstante, el fin buscado con las elevadas penas parecía no lograrse y ello porque los jueces al considerar la gravedad de la amenaza penal y realizar una interpretación sistemática comparativa de las distintas escalas penales previstas en el Código llegaban a la conclusión de que sólo las conductas más graves debían ser imputadas por este delito.

4. Los argumentos en torno a la necesidad de limitar la conductas encuadrables en el severo tipo penal de violación del antiguo CP 1973 y los contra argumentos que, en sentido crítico, planteaban la creación jurisprudencial de lagunas de punibilidad encuentran, hasta donde alcanzo, puntos cuestionables.

A saber, las escalas penales previstas por el legislador en cada tipo quedan, en principio, dentro de su exclusivo ámbito de competencia. La determinación legislativa del marco penal comprende uno de los ámbitos de la Política criminal del Estado y en gran medida quedan abarcadas por cuestiones de necesidad, mérito y conveniencia del legislador. Claro que luego el control judicial de constitucionalidad con base en los «principios» tendrá de algún modo la última palabra, no obstante el margen legislativo resulta considerablemente amplio.

En ese sentido, la comparación que la doctrina española hacía entre el marco penal del delito de violación del Cp de 1973 y el delito de

homicidio con penas similares pretendiendo justificar la interpretación restrictiva del tipo penal de violación que mantenía la jurisprudencia es, al menos, cuestionable. A saber, de una interpretación comparativa de esas características pueden surgir dos cosas. Por una parte, que la pena del delito de homicidio sufra por defecto, mientras que por otra, que la pena del delito de violación sufra de exceso, pero no exclusivamente esto último.

Ello significa que la pena establecida por el legislador, en su ámbito de competencia, para el delito de homicidio puede resultar escasa desde la perspectiva del principio de proporcionalidad y no necesariamente la pena del delito de violación resultar excesiva en ese contexto. El análisis comparativo de los marcos penales, si bien es un criterio útil y razonable para la determinación de posibles incoherencias internas, no indica, de modo aislado, la falta de razonabilidad del marco penal establecido para una determinada conducta.

5. Como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, SUAY HERNÁNDEZ estructura su postura subjetiva partiendo de la crítica a la interpretación restrictiva generada en la jurisprudencia española a la luz de la gravedad de la escala penal prevista en el Cp 1973 para el delito de violación. En ese sentido, sostiene que la interpretación restrictiva de la jurisprudencia producía un efecto comunicativo claramente equívoco y ambiguo. Ello alcanzaba a llevar, incluso, a la convicción de que conductas sexuales realizadas sin consentimiento, con violencia o intimidación, que no produzcan lesiones físicas en la víctima podían ser consideradas como comportamientos lícitos³⁷⁵.

³⁷⁵ En referencia a la STS de 16 de enero de 1991 casando la resolución de la AP de Barcelona «caso del alfiler» y en cuanto al efecto comunicativo de las sentencias antes señalado SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento...», pp. 1062-1063, afirma que: «En los titulares de prensa diaria se dijo: «el Supremo anula una condena por violación por “poca” resistencia ante una “simple amenaza”» (*vid.* El País de 20 de marzo de 1991). Las decisiones jurídicas que dan lugar a esta clase de noticias provocan una imagen distorsionada de lo que es lícito e ilícito, de lo que es admisible y de lo que es delictivo en el ámbito de las relaciones (sexuales) entre hombres y mu-

A partir de allí, la crítica se centra en los argumentos utilizados por la jurisprudencia para realizar una interpretación restrictiva del tipo penal. A saber, para poder limitar la cantidad de conductas factibles de ser encuadradas en la estructura del tipo se fueron desarrollando una serie de requisitos que, en principio, calificaban los medios coactivos previstos en la ley.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia española llegaban a exigir elementos del tipo objetivo que no aparecían expresamente en la literalidad del tipo. Así, confundían en la redacción antigua del tipo violación, y confunden aún en la redacción actual de la agresión sexual, como requisitos del tipo objetivo del delito, la amenaza con la intimidación³⁷⁶. Confusión que, como ya se hiciera referencia, también existe entre la ausencia de consentimiento y la exigencia de resistencia de la víctima³⁷⁷.

jeros». Si bien es un tema sobre el que no puede abundarse en este trabajo, el efecto mediático viene siendo considerado desde hace algún tiempo como una de las causas de expansión del Derecho penal en la actualidad o al menos como uno de los motivos que generan el efecto psicológico de inseguridad o sensación de inseguridad que sin duda es causa directa de la llamada expansión, *vid.*, por todos, Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, *op. cit.*

³⁷⁶ STS de 11 de diciembre de 2000, en AP, núm. 15, (2001), pp. 732-734, donde en el contexto del delito de robo con intimidación se muestra claramente la relación causa a efecto entre la amenaza y la intimidación, aunque se exige la primera y de cierta gravedad para la configuración del tipo «... la gravedad de la amenaza, y de la intimidación que es su consecuencia, se debe apreciar según el nivel de riesgo que representa para los bienes jurídicos del sujeto pasivo del robo».

³⁷⁷ En esta misma línea, GONZÁLEZ RUS, «¡No!», y basta...», pp. 2011-2014 sostiene gráficamente «...que sería bueno que la violación y las agresiones sexuales fueran consideradas, [a] estos efectos, como si de un robo, de una extorsión o de unas coacciones se tratara, de manera que la resistencia deje de tener, ni siquiera simbólicamente, el papel central que todavía se le reconoce».

En la doctrina penal española más moderna hay quienes aún continúan postulando la necesidad de un cierto grado de resistencia de la víctima en el delito de agresión sexual, *vid.*, entre otros, José L. DIÉZ RIPOLLÉS/ Carlos M. ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Madrid, 2004, p. 289; En-

Para SUAY, ni la existencia de amenaza ni la resistencia de la víctima son requisitos del tipo penal de violación intimidatoria³⁷⁸ y por tanto resulta excesivo que estos sean exigidos como requisitos indispensables para la imputación de estas conductas como delictivas³⁷⁹.

II. La ausencia de la exigencia de amenaza como condición necesaria

1. El contexto práctico de los delitos sexuales coactivos presenta una gran cantidad de casos en los que se destaca la existencia de una amenaza grave y en los que la víctima despliega una activa e importante resistencia para impedir el acto sexual. Sin embargo, ello no significa que todos los contactos sexuales coactivos típicos se desarrollen bajo ese patrón estructural³⁸⁰. Con buen criterio sostiene SUAY que en su caso,

rique ORTS BERENGUER/ Carlos, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 36 y ss.

³⁷⁸ En el mismo sentido, *vid.* ATS de 14 de octubre de 2010 «... la necesidad de resistencia o de oposición de la víctima al contacto sexual no es ciertamente un elemento del tipo, sino que tiene más bien el significado de un hecho relativo a la prueba de la falta de consentimiento de la víctima o de la idoneidad de la intimidación».

³⁷⁹ En esta misma línea, Elena LARRAURI PIJOÁN, «La mujer ante el Derecho Penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, n.º 2, (1992), pp.-305, menciona como una de las causas de ausencias de denuncias en delitos contra la libertad sexual la exigencia de requisitos no previstos en la ley; ORDEIG OREIRO, «Violación con...», pp. 313-317 «... aunque la amenaza constituye el medio más frecuente de intimidar, ni se identifica con la intimidación, ni es elemento del tipo».

³⁸⁰ En ese sentido plantea CUGAT MAURI, «Delitos contra la libertad...», pp. 311-332 y ss. la desvinculación de la intimidación respecto de la amenaza, pues según entiendo en un primer momento la jurisprudencia española sostuvo que en los ataques a menores e incapaces no era necesario recurrir a amenazas concretas para asegurar la presencia de intimidación y ello también se ha venido dando, últimamente, con respecto a adultos.

si ello se produce de ese modo, la grave amenaza y la resistencia activa de la víctima podrán ser útiles para facilitar, por un lado, la prueba de la intimidación y, por el otro, la falta de consentimiento y de tal modo allanar la resolución del caso. A saber, la existencia de una amenaza grave puede actuar como un claro indicio de la existencia de intimidación y la comprobación de la existencia de una fuerte resistencia de la víctima puede al mismo tiempo ser prueba de la falta de consentimiento de ella para la realización del acto³⁸¹. Es decir, pueden ser elementos idóneos, que de producirse durante el desarrollo de la conducta sean de gran utilidad como elementos probatorios de la existencia de los elementos expresamente exigidos en el tipo objetivo.

Sin perjuicio de ello y como enfáticamente afirma SUAY HERNÁNDEZ, que la amenaza y la resistencia tengan una interesante capacidad de rendimiento como elementos probatorios de la intimidación y de la falta de consentimiento no quiere decir que el tipo penal exija ambos elementos como requisitos del tipo objetivo del delito sexual coactivo.

Tanto la intimidación como la falta de consentimiento son elementos expresamente exigidos en el tipo penal, pero que ambos extremos sean más fácilmente probados cuando existe amenaza grave y resistencia de la víctima no puede llevar a exigir a estos últimos como requisitos necesarios y suficientes del tipo.

³⁸¹ En ese sentido, *vid.*, entre otros, LORCA MARTÍNEZ, «El mal...», pp. 673-680 «Si no hay resistencia, la actividad probatoria tendente a demostrar la existencia del delito de violación se torna, ciertamente, más compleja (...) La resistencia, por tanto, es una forma de manifestar la oposición a la relación sexual. El elemento del tipo es la ausencia de consentimiento». En el mismo sentido, la sala II del Tribunal Supremo Español, se ha referido con claridad al tema, STS de 4 de julio de 1991, «... si la jurisprudencia de esta Sala ha hablado con frecuencia de resistencia en esta clase de delitos, no ha sido para exigir un elemento del tipo que obviamente el Código no impone, sino como medio para comprobar si en el caso concreto existió o no la intimidación o la fuerza, a los efectos de precisar si la persona ofendida realmente consintió o no libremente en mantener algún tipo de contacto sexual con el otro sujeto».

2. A partir de allí, sostiene SUAY HERNÁNDEZ que bajo ningún punto de vista la «amenaza» puede ser considerada un requisito del tipo objetivo del delito de violación intimidatoria y fundamenta su posición con dos sólidos argumentos³⁸².

En primer lugar, en que en el tipo penal en ningún momento se hace mención a la palabra amenaza y el principio de legalidad impide extender o reducir el ámbito de lo punible mediante términos distintos a los previstos en la ley penal³⁸³. El Cp español, tanto el de 1973 como el de

³⁸² En una postura contraria, exigiendo la necesidad de amenaza como requisito de la violación intimidatoria *vid.*, entre otros, Aníbal BASCUÑÁN VALDÉS, *El delito de abusos*, Jurídica de Chile, Santiago, 1961, p. 111; Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 136; Concha CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, ediciones Universidad de Granada, Granada, 1982, p. 123; CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1519, p. 253; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo...*, p. 48; José I. GARONA, «El delito de violación», en AA. VV., *Violación. Estupro. Abuso deshonesto*, Jorge D. LÓPEZ BOLADO, (coord.), Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1971, pp. 53 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre algunos aspectos...», p. 291; GONZÁLEZ RUS, *La violación...*, p. 389; GÓMEZ, *Tratado de Derecho...*, T. 3, p. 108; Alejandro GROIZAR Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870...*; Jorge D. LÓPEZ BOLADO, *El abuso deshonesto...*, p. 182; MORAS MON, *Los delitos de violación...*, pp. 58 y ss.; Enrique ORTIZ BERENGUER, *El delito de violación*, colección de estudios, serie Minor, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, Valencia, 1981, p. 47 y ss.; el mismo, *Derecho penal...*, p. 625; Joaquín F. PACHECO, *El Código penal concordado...*, p. 125; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español...*, p. 185; RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», pp. 109-111, aunque no haciendo referencia expresa a la amenaza sostiene que debe existir el «anuncio de un mal»; ROBLES PLANAS, «Delitos contra el patrimonio I», pp. 183-204; Luís RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1987, p. 177; Luís RODRÍGUEZ RAMOS/ FRANCISCO J. ÁLVAREZ GARCÍA/ Pilar GÓMEZ PAVÓN, *La justicia ante la libertad sexual de las mujeres. Jurisprudencia, datos estadísticos y doctrina*, Instituto de la mujer, Ministerio de Cultura, Madrid, 1988, p. 14; SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 164; VALENCIA M., «El delito de acceso carnal...», pp. 427- 453; Ángel VELÁSQUEZ BARÓN, *Las agresiones sexuales*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 16.

³⁸³ Una situación similar plantea MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 605 (marg. 27) en el contexto del miedo insuperable, pues para él «una vez suprimido el requisito que exigía en el anterior CP de que el miedo insuperable lo fuera de «un mal igual o mayor», deja de ser necesario, para que concurra efectivamente la exigente, que exis-

1995, a diferencia de varias legislaciones penales de su entorno cultural, recurre a la expresión intimidación para acompañar de forma alternativa a la violencia como medios coactivos en los delitos contra la libertad sexual. En la gran mayoría de los casos el legislador penal ha optado por la expresión amenaza en lugar de la expresión intimidación y más aún en ciertos casos, como en el StGB, no sólo se exige amenaza sino una amenaza, como ya se ha explicado, con especiales características o cualificada. Claro que en ese contexto, SUAY valora positivamente la redacción del Cp español exigiendo intimidación y haciendo expresa mención, ya en la propia literalidad del tipo penal, a un proceso eminentemente subjetivo, pues sobre dicha expresión es posible estructurar la totalidad de su postura³⁸⁴.

En segundo lugar, sostiene SUAY, en línea con lo anterior, que ni toda amenaza produce intimidación, ni toda intimidación es sólo producida por una amenaza³⁸⁵. A saber, es posible que determinada amenaza concreta analizada desde la perspectiva de la víctima carezca de relevancia jurídico penal. Ello porque no ha sido suficiente para lograr el efecto sobre la víctima exigido por el tipo³⁸⁶. Es decir, es posible que

ta o no realmente la amenaza que origina el miedo. Lo único que se exige ahora es la existencia o no de miedo insuperable».

³⁸⁴ En igual sentido, Carlos SALVAGNO CAMPOS, *Los delitos sexuales*, Montevideo, 1934, p. 141.

³⁸⁵ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «La regulación española de la coerción...», pp.191-296 (nota 233) pone también de manifiesto el uso del término intimidación en un sentido más amplio que el de amenaza y como efecto de ésta.

³⁸⁶ En una posición más próxima a la de SUAY HERNÁNDEZ, se ha afirmado que no puede confundirse la causa con el efecto y por tanto la amenaza con la intimidación. La amenaza constituye uno de los medios, el más común, para lograr la intimidación pero no es el único, así Enrique ORTS BERENQUER, «Abuso y agresiones sexuales en el Proyecto de Código penal de 1994», en AA. VV., *Mujer y Derecho penal*, (coord. Virgilio Latorre Latorre), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 21-44 aunque luego al momento de establecer las características de la intimidación sostiene que «... normalmente, la intimidación traerá causa de una amenaza formulada por el autor o por un cómplice del mismo, con signos de gravedad, seriedad, inmediatez, injusticia...».

determinada amenaza no haya logrado intimidar y si ello es así la conducta sería atípica.

Por otra parte, es posible, en sentido contrario, que sin la existencia de una amenaza se logre la intimidación de la víctima por distintas circunstancias contextuales de la situación fáctica.

3. La falta de identidad entre intimidación y amenaza, o dicho de otro modo, el hecho de que no toda intimidación se produzca sólo con una amenaza se convierte en otro punto de interés en la teoría de SUAY. En efecto, sostiene que existen casos en que una persona puede considerarse intimidada sin que aparezca ninguna clase de amenazas. Si intimidar es atemorizar, asustar, amedrentar, acobardar o amilanar no puede decirse que sólo con una amenaza se logra ese efecto, ya que este puede lograrse por distintos medios. Así, con gestos, actitudes, un trato cotidiano vejatorio o humillante, con la mirada, valiéndose de símbolos culturales, emblemas o estereotipos, por las características del tiempo o el lugar del encuentro, por la sorpresa, por la apariencia o cantidad de los agresores, o por varios de estos factores en conjunto puede alcanzarse un efecto intimidatorio muy superior al obtenido mediante una amenaza concreta.

La distinción entre la amenaza y la intimidación puede pensarse teniendo en cuenta que en ésta última, se alude a ciertos efectos que se producen en el sujeto pasivo, mientras que la amenaza es una conducta del sujeto activo³⁸⁷. Por ello el Cp al utilizar la expresión intimidación en lugar de amenazas se está refiriendo a la actitud que determi-

³⁸⁷ Cfr. SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento... », pp. 1062-1065 «si la redacción legal menciona la palabra «intimidación» y no «amenaza», nada justifica la traslación de perspectiva del sujeto pasivo al activo, de la intimidación como efecto subjetivo a la amenaza como actividad intimidatoria». Alertando sobre el cambio en el campo de aplicación del delito de robo con intimidación según se tenga en cuenta la perspectiva del autor -amenaza de un mal- o la perspectiva de la víctima -efecto psicológico- *vid.*, también, ROBLES PLANAS, «Delitos contra el patrimonio I», pp. 183-204.

nadas circunstancias pueden producir en la víctima y tan sólo esto será lo que deba determinarse para saber si se produjo o no una intimidación en el sentido del tipo.

Es por ello que afirma SUAY HERNÁNDEZ, que «... el razonamiento no vale negar que no haya violación porque no hubo amenaza, o amenaza de un mal muy grave. Ni de *lege lata* ni político criminalmente ello está justificado»³⁸⁸.

4. La necesidad del efecto psicológico o subjetivo en la víctima como elemento indispensable de una intimidación es lo que diferenciaría las agresiones sexuales con intimidación de las amenazas con condición sexual.

Así, continuando en el contexto del Cp 1973, quedan abarcados dentro del tipo de violación intimidatoria aquellos supuestos en los cuales la víctima haya sido efectivamente intimidada. A saber, en aquellos casos donde haya sentido miedo o temor y ello independientemente de la existencia o no de amenaza en el caso concreto. Mientras que los demás casos en los que la víctima haya sido amenazada, aunque dicha amenaza no haya producido efecto intimidatorio sobre ella, quedan encuadrados en el tipo de amenazas con condición sexual³⁸⁹. De lo contrario el límite entre ambos delitos sería borroso y difícilmente se podría determinar cuando se trata de uno o de otro.

³⁸⁸ Cfr. SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento...», pp. 1062-1065.

³⁸⁹ Cfr. SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento...», pp. 1062-1066, donde con relación a los supuestos abarcables en el delito de amenazas con condición sexual afirma que son «...supuestos en que a la víctima se le ha dado a «escoger» entre un mal y la relación sexual no deseada». Debe recordarse que el trabajo de SUAY HERNÁNDEZ ha sido publicado en el año 1992 antes la reforma del Cp de 1995 donde se introduce el tipo de abuso sexual, art. 181 Cp, para los casos de actos sexuales realizados sin consentimiento pero sin violencia o intimidación como se exigen para el delito de agresión sexual del art. 178 Cp.

Quizás, SUAY podría mantener esta interpretación a la luz del Cp 1995. A saber, podría sostenerse en coherencia con su planteamiento, y exactamente en los mismos términos que en el párrafo anterior, que quedan abarcados dentro del tipo penal de agresión sexual con intimidación aquellos supuestos en los cuales la víctima haya sido efectivamente intimidada. Es decir, en aquellos supuestos donde haya sentido miedo o temor y ello independientemente de la presencia de amenaza. Mientras que los demás casos en los que la víctima haya sido amenazada, aunque dicha amenaza no produjera un efecto intimidatorio sobre ella, quedan encuadrados en el delito de abuso sexual como tipo de recogida.

Si bien SUAY no ha recurrido a esta evidencia, justamente porque su trabajo fue publicado bajo la vigencia del Código penal español anterior, creo que el propio Cp 1995 brinda una sólida herramienta argumental en este sentido. Obsérvese que en el art. 498 se castigan los ataques a la libertad de los miembros de las instituciones con una particularidad especialmente interesante desde las perspectivas de las teorías subjetivas o intrínsecas. En dicho tipo penal el legislador recurrió al mismo tiempo a la fuerza, la violencia, la intimidación y las amenazas graves como medios coactivos, generando de este modo la duda sobre la diferencia conceptual entre intimidación y amenaza, especialmente entre intimidación y amenaza grave.

Ello permite sostener a favor de los partidarios de las teorías subjetivas que una cosa es la intimidación y otra distinta es la amenaza. Incluso aventurándose aún más, se puede afirmar que ni siguiera las amenazas graves son sinónimos de la intimidación, pues son conceptos diferentes. En un caso se tiene en cuenta el efecto producido en la víctima, más allá del medio utilizado para ello (intimidación). Mientras que en el otro se tiene en cuenta tan sólo el medio, sin importar si dicho medio produjo o no algún efecto en el sujeto pasivo (amenaza).

5. En coherencia con su punto de partida, del mismo modo que se niega la exigencia de amenaza como elemento del tipo objetivo del delito por no encontrarse expresamente estipulado en la literalidad del ti-

po, se rechaza también la exigencia doctrinal y jurisprudencial de resistencia de la víctima³⁹⁰. Para SUAY, resistencia de la víctima y falta de consentimiento son cosas distintas y esta última, a diferencia de aquella, sí constituye un elemento del tipo objetivo del delito de violación. La resistencia de la víctima resulta un medio idóneo para comprobar su falta de consentimiento para el acto sexual, del mismo modo que se ha sostenido con respecto a la amenaza, pero nunca puede la resistencia adoptar el lugar del consentimiento como exigencia típica.

Tanto doctrina como jurisprudencia han ido disminuyendo la exigencia de la resistencia de la víctima y en muchos casos ni siquiera es requerido un mínimo de resistencia para imputar la conducta al autor. No obstante, ese avance interpretativo reconociendo la falta de necesidad de resistencia de la víctima para la configuración del tipo, marcando a contrario *sensu* la necesidad de falta de consentimiento, no se ha trasladado al ámbito concreto de la intimidación. A saber, como tal vez hubiese sido deseable para SUAY, no ha existido un paralelismo entre la disminución de la exigencia de resistencia con una disminución en la exigencia de amenaza. Aunque la tendencia podría quizás estar marcando un camino hacia la eliminación de amenaza como elemento necesario para la comprobación de la intimidación típica.

³⁹⁰ Sobre la resistencia de la víctima en los delitos sexuales con amplio análisis jurisprudencial y doctrinal *vid.*, por todos, GONZÁLEZ RUS, «¡No!», y basta...», pp. 2011-2036.

III. La solución propuesta. La perspectiva de la víctima como punto central

«... individualistischer Maßstab...
genötigt ist, wer sich genötigt fühlt».

MAURACH/ FRIEDRICH/ MAIWALD,
Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1, p. 147 (marg. 26) ³⁹¹.

1. La teoría subjetiva puede resumirse partiendo de la idea de la negación de la exigencia de amenaza como requisito insoslayable de la intimidación. En consecuencia, si de la correcta interpretación del tipo surge que la amenaza no constituye un elemento del delito no será necesario probar que ella ha existido, y como lógica consecuencia, tampoco será imperioso probar que ha tenido determinadas características especiales. Ello significa que si no se exige amenaza poco interesa si esta fue grave, inmediata, posible e injusta o cualquier otro calificativo que la doctrina o la jurisprudencia española venían exigiendo.

2. En ese contexto, SUAY recurriendo a la distinción entre la violación intimidatoria y las amenazas con condición sexual sostiene la exigencia del efecto psicológico o subjetivo en la víctima como único requisito para apreciar la intimidación típica del delito de violación. Para ello utiliza el ejemplo académico ideado por GIMBERNAT de la mujer que es amenazada con divulgar su verdadera edad entre sus amigas si no accede a mantener relaciones sexuales.

Sostiene que hay supuestos donde pueden existir excesos subjetivos o anormalidad de la víctima, aunque pese a ello, considera que si con tales amenazas se logra una verdadera intimidación estaríamos ante una

³⁹¹ Contexto completo de la frase «... *der rein individualistische Maßstab führt in der Konsequenz zu der gleichen Überspitzung wie beim Betrüge: genötigt ist, wer sich genötigt fühlt*».

violación intimidatoria. Mientras que si por el contrario el sujeto no logra atemorizar, asustar o amedrentar a la víctima no habría delito de agresión sexual sino un delito de amenazas condicionales³⁹². En este sentido es la persona particularmente amenazada la que determinará, según su mayor o menor pusilanimidad, la gravedad del mal y con ello la suficiencia para inhibir su propia capacidad de resistencia³⁹³.

Distinto sería el caso si el contenido de la amenaza pudiese considerarse objetivamente como un mal, pues en ese caso si no se diera la intimidación, no habría agresión sexual y estaríamos ante amenazas con condición sexual.

§ 3. EL RECURSO A CRITERIOS SUBJETIVOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

1. La jurisprudencia española en torno al concepto de intimidación como medio coactivo no ha mantenido un criterio uniforme de delimitación. Justamente por ello los intentos de demarcación, tanto del concepto de violencia como del de intimidación y especialmente éste último adquieren una importante relevancia práctica. Aunque no es posible afirmar una cierta unidad interpretativa en el ámbito jurisprudencial, lo cierto es que la gran mayoría de los fallos de los tribunales españoles sobre el concepto de intimidación, especialmente en el contexto de los delitos sexuales, puede ser encuadrada dentro del criterio mixto. Sin embargo, como ya se puso de manifiesto, dentro del criterio

³⁹² En ese mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, «¡No!», y basta...», pp. 2011-2031 sostiene que «si se profiere una amenaza que reúne los caracteres necesarios para intimidar, pero la víctima no se siente coaccionada por ella, si finalmente realiza el comportamiento sexual con el autor, podrá haber un delito de amenazas, pero nunca unas agresiones sexuales o una violación, porque para que éstas se produzcan es imprescindible que la amenaza cause temor efectivo a la mujer y sea la razón determinante de que tolere el comportamiento sexual».

³⁹³ LORCA MARTÍNEZ, «El mal...», pp. 673-678.

mixto, caracterizado por construirse con elementos extraídos tanto de las propuestas objetivas como de las subjetivas, existen matices importantes que pueden llevar a subdividir el criterio mixto o ecléctico, al menos, en dos subconjuntos. A saber, por una parte criterios mixtos con mayor tendencia a lo subjetivo y por otra criterios mixtos con mayor tendencia a lo objetivo.

En ese contexto, la mayoría de la jurisprudencia española sobre la materia puede ser encuadrada dentro del criterio mixto y la falta de unidad a la que se hacía referencia al iniciar este punto se pone de manifiesto en la distinta subclasificación sobre la que han pretendido los tribunales explicar o delimitar el concepto de intimidación.

2. Pese al posicionamiento mayoritariamente ecléctico de los tribunales españoles existen, en la jurisprudencia de este país distintos ejemplos donde los jueces han recurrido a criterios subjetivos u objetivos puros. Así, a modo de ejemplo y sin pretensiones de exhaustividad, pueden citarse distintos casos donde se ha intentado explicar la intimidación a la luz de posiciones subjetivas radicales.

«...intimidación por parte del denunciado intimidador [...] significa: «infundir o causar miedo» que no es sinónimo a causar amenaza»³⁹⁴.

Obsérvese que, en estas líneas, la Audiencia Provincial de Cádiz distingue claramente los conceptos de amenaza e intimidación con base en la relación causa-efecto sobre la que se estructura el criterio de la voluntad. Intimidación significa infundir y causar miedo, en los mismos términos que lo define el diccionario de la RAE. Sin embargo, no

³⁹⁴ SAP de Cádiz de 6 de junio de 2001, fundamentos de derecho sexto. Con una postura similar la STS de 23 de diciembre de 1986 sostiene que es necesario «... no desatender el factor subjetivo de la agraviada», en esa línea, *vid.*, MARCHENA GÓMEZ, «Los delitos contra la libertad sexual...», pp. 1150-1155 alegando «... la necesidad de destacar el criterio subjetivo como dato interpretativo ineludible a la hora de afirmar o negar la existencia de fuerza o intimidación».

hace mención a que medios son requeridos para lograr ese efecto. Si bien los conceptos de amenaza e intimidación no son sinónimos, nada se dice sobre la causa mediante la cual se llega a la intimidación como efecto, debiendo suponerse que no interesa la determinación de la causa sino tan sólo de la consecuencia y con ello que, para la AP, la intimidación se delimita subjetivamente.

3. En esa misma línea, en un caso donde un tío amenazaba a su sobrina de escasa edad con mostrar a sus padres fotos de ella desnuda que había hecho en otras ocasiones mientras, siendo la niña menor de edad, él abusaba de ella dijo el TS:

«... la mejor prueba que aquella amenaza fue capaz de atemorizarla hasta el punto de acceder a someterse durante años contra su voluntad, a los torpes deseos del procesado, es que cuando la ofendida tuvo la suficiente madurez y capacidad de autodeterminación, cuando decidió poner fin a la situación que sufría, ya con catorce años, no se atrevió a poner los hechos en conocimiento de sus padres sino de primas de su edad y de una tía...»³⁹⁵.

En ese contexto, el TS consideró que para esa víctima particular, menor de edad e inmadura, la amenaza del autor de mostrarles a los padres de la niña fotos de ella desnuda lograba intimidarla. Tal situación demostraría, en cierto modo, el consentimiento de la menor para ser fotografiada desnuda por su tío y ello tuvo, hasta determinado estado de madurez de la víctima, relevancia suficiente como para configurar la intimidación típica del delito de agresión sexual del art. 178 del Cp 1995. Reforzando la posición en el hecho de que a la menor, ya con cierto grado de madurez, le fue posible considerar alternativas a la amenaza puesta en perspectiva por el autor, aunque no aún recurriendo a sus padres, sino a sus primas con las que podría tener mayor proximidad.

³⁹⁵ STS de 23 de diciembre de 1999.

Aparece en este caso, nuevamente, aunque esta vez en palabras del TS, la relación causa-efecto entre la amenaza y la intimidación. No obstante, aquí se pone el acento en que la amenaza fue suficientemente relevante como para intimidar a la víctima, buscando la prueba de ese efecto en determinados comportamiento externos de sujeto activo posteriores a la realización del acto. En ese sentido, se entremezclan en esta sentencia elementos de las teorías objetivas que se vislumbran en la necesidad de la existencia de amenaza y elementos de las teorías de la voluntad que pueden verse en la búsqueda que el tribunal hace del verdadero efecto logrado en la víctima. No obstante, a mi juicio, se acentúa la necesidad del efecto, siendo este el punto central en la determinación del concepto típico de intimidación en esta sentencia del Supremo. Es importante resaltar el esfuerzo de la sentencia por fundar la intimidación en el efecto psicológico, y fundamentalmente la búsqueda de factores externos que permitan «probar» dicho efecto.

4. Es interesante observar los cambios de criterio del TS sobre el camino adecuado para lograr la delimitación del concepto de intimidación en el contexto de los delitos sexuales según el tipo penal concreto que se trate. En ese sentido, muy gráficamente ha sostenido LORCA MARTÍNEZ que en general la jurisprudencia del TS español tiende a delimitar la intimidación en los delitos sexuales con base en criterios subjetivos. Eso se vislumbra en los intentos por definir la intimidación como equivalente de la causación de miedo o temor, debiendo valorarse en cada caso concreto las posibilidades de realización efectiva de esa intimidación. Poniendo especial atención en que la situación intimidatoria «despierte o inspire en el receptor un sentimiento de temor, angustia o coacción psicológica, eficiente para producir una inhibición anímica». Sin embargo, parece cambiar abruptamente de criterio al momento de determinar la línea fronteriza que separa «la intimidación (violación) y el abuso de la situación de superioridad en la relación sexual (prevalimiento), o mejor, a la hora de resolver si concurren o no las notas de suficiencia e inmediatez de la intimidación en la relación sexual paterno filial». En estos últimos casos, se enrola en la teoría de

la causa u objetiva, «con vocación de generalidad»³⁹⁶. Hasta donde alcanzo a ver, los vaivenes de la jurisprudencia española no son tan extremos como los plantea este autor. En realidad los fundamentos de la interpretación caben generalmente dentro del criterio ecléctico. Sin embargo fluctúan, como sostiene LORCA MARTÍNEZ, pero siempre dentro de una posición intermedia entre criterios mixtos con tendencia subjetiva y criterios mixtos con tendencias objetivas.

«El delito de violación no requiere la resistencia de la víctima, sino ejercicio de violencia por parte del autor. Es indudable que el propio texto legal no requiere que la víctima haya resistido, pues sólo requiere que su comportamiento haya sido determinado por la intimidación, es decir por los efectos psicológicos de la amenaza de violencia. La tesis del recurrente ha sido abandonada hace ya tiempo por esta Sala, que ha admitido que la tipicidad no se excluye por la pasividad de la víctima cuando la resistencia aparece como inútil o el temor la inhibe»³⁹⁷

³⁹⁶ LORCA MARTÍNEZ, «El mal...», pp. 673-679; STS de 6 de abril de 1992.

³⁹⁷ ATS de 10 de julio de 1996; ATS de 10 de julio de 1996; STS de 3 de febrero de 1995; STS de 12 de julio de 1990; STS de 3 de mayo de 1990; STS de 17 de marzo de 1987; STS de 10 de diciembre de 1986; STS de 12 de junio de 1985.

CAPÍTULO VII

CRITERIOS PROPUESTOS DE *LEGE FERENDA* POR LA DOCTRINA

§ 1. EL CRITERIO DE LA COMISIÓN DIRECTA O SIN MÁS REQUISITOS QUE LA NEGATIVA DE LA VÍCTIMA

«... un claro y rotundo: ¡no!, es bastante para llenar el requisito legal de voluntad contraria del sujeto pasivo a la pretensión sexual del activo. ¡No!, pues, y basta».

Juan J. GONZÁLEZ RUS, «¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y agresión sexuales», en AA. VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, 2008, t. II, , pp. 2011 ss.

I. Introducción

1. Las teorías anteriormente explicadas representan intentos, más o menos amplios, de interpretación de la legislación vigente. Sin embargo, existen propuestas alternativas que, aún siendo de *lege ferenda*, se ha considerado necesario explicar en este capítulo. La primera de ellas viene representada por el criterio al que hemos denominado de la co-

misión directa o sin más requisitos que la negativa de la víctima como estructura central en los delitos sexuales.

Esta posición parte de una premisa completamente original, intentando construir la estructura típica de los delitos sexuales sobre la base del mero disenso de la víctima como elemento necesario, pero suficiente.

2. La propuesta de construir la estructura de los delitos sexuales sobre el mero disenso de la víctima, descartando cualquier clase de recurso a los medios coactivos tradicionales, fue debatida en la doctrina italiana y llegó a configurar una propuesta legislativa concreta por parte de Marta BERTOLINO. Hasta donde alcanzo, la doctrina española no se ha hecho eco de tal propuesta y ni siquiera aparecen planteos críticos en la bibliografía especializada. No obstante, entiendo que es razonable presentar esta propuesta a la luz de la discusión española en torno a la determinación de los medios coactivos y, en concreto, desde la perspectiva de este trabajo encuadrarlo como posible cuarto método en la delimitación de los *Nötigungsmitteln*.

La necesidad de explicar esta teoría resulta obligada si se entiende que la estructura típica del abuso sexual del Cp 1995, donde la descripción de la conducta tiene como punto central la falta de consentimiento de la víctima, puede explicarse gráficamente a la luz del mero disenso de la víctima³⁹⁸. Obsérvese que la descripción típica del abuso sexual del art. 181 no sólo no requiere la existencia de medios coactivos, como el caso de la agresión sexual, sino que por el contrario, es justamente la ausencia de los mismos lo que determina la posibilidad de encuadrar la conducta en el tipo.

³⁹⁸ En términos similares entendiendo a los abusos sexuales como supuestos de mero disenso *vid.*, GONZÁLEZ RUS, «¡No!», y basta...», pp. 2011-2034.

II. El mero disenso de la víctima como elemento típico suficiente para la configuración de delitos de contenido sexual

1. La discusión sobre incluir en la estructura típica del delito de *Violenza sessuale* del actual art. 609 *bis* del *Codice penale* italiano el mero disenso de la víctima como elemento suficiente se centralizó casi exclusivamente en la doctrina penal. Si bien el legislador italiano se planteó la posibilidad de recurrir al mero disenso como medio comisivo, no consideró oportuno eliminar la violencia y la amenaza como medios coactivos necesarios para la comisión del tipo³⁹⁹. Todo ello pese a que habían existido propuestas parlamentarias concretas que propiciaban, junto con parte de la doctrina, la modificación de los medios coactivos como corolario natural y necesario al cambio de bien jurídico protegido.

En ese sentido, el Proyecto de ley de iniciativa popular del 19 de marzo de 1980 n. 1551 estructuraba el tipo penal de *violenza sessuale* sobre la *mancanza di consenso* (falta de consentimiento). Por su parte, en el Proyecto legislativo presentado a la Cámara de diputados, n. 393 de 1983⁴⁰⁰, se configuraba el tipo penal tan sólo cuando la conducta era realizada contra o sin el consentimiento de la víctima. En esa misma línea, también el Proyecto elaborado por una comisión de notables, integrada por los profesores BRICOLA, MANTOVANI, PADOVANI y FIORELLA propiciaba eliminar del tipo penal de *stupro* y *molestie sessuali* toda referencia a la amenaza y la violencia como medios coactivos, tipificando como delictivo el contacto sexual realizado contra la voluntad de la víctima⁴⁰¹.

³⁹⁹ En sentido crítico con esa posición legislativa, *vid.* PAVARINI, «*Il mero dissenso della vittima...*», pp. 771-772 y 773.

⁴⁰⁰ El texto completo de este Proyecto puede verse en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, pp. 1528 y ss.

⁴⁰¹ El texto completo de este Proyecto de la *Comisión Ministerial* puede verse en *Documenti Giustizia*, 1992, n. 3.

2. La propuesta doctrinal, plasmada en algunos proyectos legislativos, de centrar la estructura típica de los delitos sexuales sobre el disenso de la víctima como elemento suficiente no tuvo finalmente acogida en la legislación penal italiana. No obstante, como se mencionó anteriormente, aunque quizás sin la influencia directa de la doctrina italiana, fue en cierto modo recogida en la regulación del abuso sexual del art. 181 del Cp 1995.

Sin embargo, a la hora de analizar la relevancia del mero disenso de la víctima en los delitos de contenido sexual ha sido la interpretación jurisprudencial que los tribunales italianos han venido dando al tipo penal del art. 609 *bis* desde 1996 la que en cierto modo ha dado espacio y relevancia a la propuesta. Ciertamente, resulta significativo observar cómo pese a la negativa legislativa de incorporar el mero disenso como requisito suficiente, la jurisprudencia italiana ha prescindido en un número importante de casos del requisito típico de la violencia o la amenaza⁴⁰².

III. La propuesta de BERTOLINO

1. La propuesta de BERTOLINO, en sentido formal, como toda propuesta de *lege ferenda*, no tiene valor dogmático sin una reforma legislativa orientada en ese sentido. Sin embargo, puede ser de utilidad co-

⁴⁰² Cfr. PAVARINI, «*Il mero dissenso della vittima...*», pp. 771-772 «*Un ruolo fondamentale è però riservato al **formato giurisprudenziale** che, nel compito precipuo di informare le ipotesi concrete al dato normativo, ha mostrato, fin dalla vigenza della precedente normativa, un orientamento diretto ad ampliare progressivamente l'art. 609 bis, fino a ritenere il mero dissenso della vittima non soltanto elemento costitutivo del reato, ma **requisito sufficiente** per la sussistenza del reato, a prescindere dalla contemporanea dimostrazione della violenza e della minaccia*» (negritas en el texto original).

mo elemento de Política criminal tendiente a reformas legislativas, como herramienta interpretativa en aquellos procesos de reformas donde tales posturas fueron discutidas y, como se pusiera de manifiesto en el punto anterior, como herramienta tendiente a orientar la interpretación legal de los tipos desde una perspectiva jurisprudencial y dogmática.

2. El principal punto de atención en la obra de BERTOLINO en el contexto de los delitos sexuales ha sido el concepto de violencia como elemento del tipo, y más específicamente como medio coactivo necesario para la configuración material del delito. Al mismo tiempo, ha equiparando en muchos aspectos la violencia con la amenaza, por lo que su obra, en gran medida, resulta fundamental en este trabajo.

Es importante tener presente que la obra *Libertà sessuale e tutela penale* fue publicada en Italia en el año 1993, época especialmente relevante para los delitos sexuales en la legislación penal italiana. A saber, en ese momento Italia vivía un proceso de plena discusión parlamentaria con distintos y variados proyectos legislativos en torno a los delitos sexuales.

a) *Violencia o amenaza versus disenso o falta de consentimiento*

1. El aporte gira en torno al concepto de disenso, o más específicamente a la falta de consentimiento, y la necesidad de seguir exigiendo como elementos del tipo medios coactivos como la violencia o la amenaza orientados a doblegar la voluntad del sujeto pasivo⁴⁰³. Si-

⁴⁰³ En el contexto del análisis del delito de estupro CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1484, pp. 188 y ss. sostenía que «La mayor parte de los tratadistas del siglo pasado designó dos clases de estupro: el *voluntario* y el *violento*, a las que al-

guiendo a PADOVANI⁴⁰⁴, se afirma que los delitos de violencia carnal pueden ser reconstruidos a partir del disenso del sujeto pasivo y no de su coartación⁴⁰⁵. Para ello realiza BERTOLINO un detenido análisis del concepto de disenso al que considera tema común en casi todos los tipos del Cp. Sostiene que solo en referencia a los delitos sexuales se exige la prueba cierta del disenso de la víctima y se es más propenso a las dudas sobre la credibilidad de las afirmaciones realizadas por ella. Llegando incluso a la consecuencia de exigirse como prueba a su favor, aunque cada vez con menor frecuencia, la decidida resistencia al acto⁴⁰⁶.

2. En ese orden de ideas, plantea BERTOLINO una serie de dudas sobre el tratamiento y las exigencias impuestas por la interpretación judicial en torno a los delitos de contenido sexual. Así, afirma que tanto en las

gunos agregaron una tercera, que llamaron ni *violento* ni *voluntario*, en la cual incluían todos los casos en que faltara el consentimiento racional y jurídicamente eficaz de la mujer, pero hubiera concurrido su consentimiento animal, es decir en que faltara su disentimiento manifiesto»; o, en sentido crítico, en referencia al robo § 1484 pp. 207 y 208 «... no os contentáis con que no haya *consentimiento jurídico*; exigís además que no haya *consentimiento natural*, es decir, exigís un *disentimiento* expreso...».

⁴⁰⁴ Cfr. Tullio PADOVANI, «*Violenza carnale e tutela della libertà*», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, (1989), pp. 1301-1303. En ese sentido resulta interesante el planteo de CARMONA SALGADO, «*Incidencias de la LO 15/2003...*», pp. 1163-1171, citando la STS de 28 de abril de 1998, al considerar que «... cabe concluir que lo esencial debe ser que «el violador actúe contra la voluntad de la persona violada porque obra conociendo su oposición»».

⁴⁰⁵ Cfr. BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 159.

⁴⁰⁶ Cfr. BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 141, resultando interesantes las afirmaciones realizadas en la n. 1 «... *logica sottesa a tale impostazione è dunque quella di presumere il consenso al rapporto sessuale, salvo prova contraria. In tale ottica diventa significativo il fatto che la vittima avesse avuto relazioni sessuali frequenti, prima del fatto, con diversi uomini...*» donde presenta de alguna forma la llamada segunda victimización a la que es sometido el sujeto pasivo de un delito contra la libertad sexual en el contexto de un proceso penal.

agresiones personales, como en los delitos contra el patrimonio, como puede ser el delito de hurto, nunca se responsabiliza a la víctima por su conducta imprudente de caminar a horas nocturnas por un barrio peligroso o dejar su dinero sin la debida custodia, mientras que en los delitos sexuales tales conductas resultan decisivas a la hora de probar el hecho.

En los delitos contra la libertad sexual, las conductas imprudentes, provocativas o simplemente irreflexivas por parte de la víctima adquieren un relieve significativo a la hora de realizar las valoraciones sobre el requisito de la voluntad en las relaciones sexuales⁴⁰⁷. Continuando con la importancia que las conductas previas de la víctima adquieren a la hora de demostrar su disenso, presenta los ejemplos de mujeres que por haber hecho una caricia, haber dado un beso afectivo, haber aceptado una cita o incluso por haber consentido una relación sexual previa ven difícilmente aceptables sus pruebas a favor del disenso en una relación sexual posterior. Un ejemplo extremo de este razonamiento es la no punición en algunos Estados de los EEUU de la violencia sexual entre cónyuges dentro del matrimonio, resultando el consenso matrimonial una especie de consenso ilimitado para cualquier acto sexual realizado en tanto que perdure la relación matrimonial⁴⁰⁸.

3. Según la profesora italiana, las exigencias de violencia o amenaza resultan incongruentes con la evolución que los delitos sexuales han venido teniendo desde hace años en todas las legislaciones Europeas y Americanas⁴⁰⁹. El importante cambio legislativo y el paso de su tipificación como delitos contra la moral y las buenas costumbres al título

⁴⁰⁷ Cfr. BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 144, para quien: «...sempre con riferimento ai reati sessuali sembra emergere a carico della vittima una sorta di responsabilità fondata sul versari in re illicita. Mentre in generale si riconoscono dei limiti all'oggetto del consenso, oltre i quali eventuali condotte lesive del bene si reputano avvenire contra la volontà del titolare, tale riconoscimento difficilmente si dà nell'ambito dei reati contro la libertà sessuale...».

⁴⁰⁸ Cfr. BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 144 y n. 5.

⁴⁰⁹ En igual sentido, PAVARINI, «*Il mero dissenso della vittima...*», pp. 771-773.

correspondiente a los delitos contra la libertad no parecen coherentes con el mantenimiento de determinadas exigencias del tipo penal y muy especialmente con las exigencias de amenaza o violencia que resultan antagónicas a la propia evolución de la disciplina⁴¹⁰.

4. La propuesta encuentra un sólido argumento en la comparación entre los delitos de violencia carnal o violación sexual y el delito de violación de domicilio (allanamiento de morada)⁴¹¹. Considerando que la supuesta incongruencia legislativa al establecer diferentes exigencias, mayores en el contexto de un delito que viene a reafirmar un bien jurídico incluso de mayor relevancia, permite extraer un argumento difícil de rebatir⁴¹². A partir de dicha comparación, para BERTOLINO, parece ingenuo que en los delitos de violencia carnal sea reservada a la integridad física y a la libertad sexual de la mujer menor tutela que la que se garantiza a la víctima en el delito de violación de domicilio con relación a la inviolabilidad de su residencia. Y más aún, con buen criterio, pone de manifiesto que en los supuestos de allanamiento de morada se presume la falta de consentimiento de la víctima. Es decir que ni siquiera corresponde a ella la prueba de su disenso; debiendo ser, en su caso, el autor quien deberá probar el consentimiento de la víctima⁴¹³.

⁴¹⁰ Cfr. BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 145.

⁴¹¹ Obsérvese que, casualmente, ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, p. 683, (marg. 23), al analizar la comparación de los marcos penales como criterio directriz para determinar el valor de los intereses puestos en juego en el estado de necesidad como causa de justificación, recurre al ejemplo de la comparación de las penas del allanamiento de morada (§ 123 StGB) con respecto al delito de violación (§ 177 StGB).

⁴¹² Sobre el concepto de bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada es interesante, entre otros, el trabajo de Elena LARRAURI PIJOÁN, «El allanamiento de morada y el derecho a la vivienda», en CPC, núm. 23, (1984), pp. 291-309.

⁴¹³ Cfr. BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 142.

5. En el delito de violación de domicilio, tipificado en el art. 614 del Cp italiano, basta la voluntad expresa o tácita del titular del derecho de expulsión para que el delito se considere consumado. Mientras que, por su parte, en el caso del delito de violencia sexual del art. 609 *bis* debe existir violencia o amenaza para que la conducta pueda considerarse típica⁴¹⁴.

Este argumento también puede ser trasladado a la legislación española donde el delito de allanamiento de morada -art. 202-, en los mismo términos que su correspondiente en Italia, exige tan solo la voluntad contraria del morador y en su caso resulta agradaba la conducta si es realizada con violencia o intimidación.

6. Luego de una interpretación realizada bajo criterios deductivos llega a concluir que el disenso de la víctima debe ser considerado un elemento constitutivo del tipo. Y yendo aún más lejos, sostiene que el disenso es, más precisamente, un presupuesto de la acción necesario para que la conducta pueda ser considerada típica⁴¹⁵.

Nuevamente siguiendo a PADOVANI, vuelve a insistir sobre la necesidad de observar el cambio de bien jurídico protegido que sufrieran los delitos sexuales en casi todas las legislaciones penales. Afirma que desde esa nueva perspectiva, que considera a los delitos sexuales delitos contra la libertad, la única exigencia razonable a la víctima es que ella

⁴¹⁴ El delito de violación de domicilio se regula en el art. 614 del Código penal italiano en los siguientes términos: «*Violazione di domicilio.- Cinque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con l'inganno, è punito con la reclusione fino a tre anni...*».

⁴¹⁵ Así, afirma, BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 142, «*Alla estrinsecazione della volontà si attribuisce dunque un ruolo fondamentale. Nessun interesse della comunità sociale alla tutela della libertà sessuale sembra residuare infatti oltre il rispetto della volontà del singolo, al quale si riconosce il diritto di disporre liberamente di quel bene, al punto che, quando tale libertà viene esercitata, viene meno addirittura la tipicità della condotta del soggetto agente*».

expresé su disenso, no pudiendo exigirse que afronte el riesgo de una oposición activa⁴¹⁶.

El hecho de continuar exigiendo como estructura central del tipo de los delitos sexuales la violencia y la amenaza como medios coactivos, y muy especialmente la primera, entiende que pone de manifiesto la protección de algo distinto a la libertad sexual de la víctima, pues parecería que tiene más en cuenta su integridad física que la propia determinación sexual⁴¹⁷.

7. Como consecuencia de la tesis hasta aquí explicada, una interpretación del precepto penal que además de exigir como elementos del tipo la violencia y a la amenaza, exija también el disenso de la víctima limitaría solo la tutela del sujeto pasivo a los casos de conductas realizadas con violencia en sentido físico o con amenazas de un grave daño a la persona. Y, para esta corriente, una interpretación en este sentido debería considerarse demasiado restrictiva e inadecuada a las exigencias de tutela del bien objeto de protección⁴¹⁸.

⁴¹⁶ BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 148 «...Così come nell'acien régime l'illiceità del fatto si fondava sull'idea semplice e primordiale dell'illiceità del rapporto stesso, essa deve oggi ricondursi all'idea altrettanto semplice e primordiale del dissenso. Solo così si potrà parlare di tutela della libertà sessuale».

⁴¹⁷ BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 153 «Il continuare a rimanere fedeli al requisito della violenza e della minaccia, in particolare se interpretate in senso stretto, quali elementi tipici della condotta dell'agente significa, in ultima analisi, muovere da un'idea di preminenza del bene dell'integrità fisica della vittima su quello della libertà di scelta per quanto attiene alla sfera sessuale, ma nello stesso tempo e paradossalmente significa esporre il bene tutelato come preminente al rischio di essere costantemente violato o messo in pericolo, dato che i requisiti della violenza e della costrizione vengono messi [...] in stretta relazione con il terzo elemento, quello della resistenza, che sul piano processuale gioca notevole ruolo come indice del dissenso della vittima».

⁴¹⁸ Cfr. BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 154.

b) *La propuesta de lege ferenda*

1. La propuesta de *lege ferenda* de BERTOLINO consta de dos pasos que debe seguir el legislador a la hora de tipificar las conductas sexuales contra la libertad del sujeto pasivo.

La primera, es la necesidad de terminar con el criterio según el cual en los delitos sexuales se protege el honor y las buenas costumbres; siendo el criterio adecuado el que sostiene que en los las conductas sexuales no consentidas el bien jurídico protegido no es ya la honestidad, la moral o las buenas costumbres sino la libertad. En concreto la libertad sexual del sujeto pasivo que se ve forzado a realizar el acto sexual no deseado.

Mientras que el segundo paso, más próximo al tema analizado en este trabajo y más actual habida cuenta de la reforma que ya tuvieron los delitos sexuales en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido, tiene que ver con la necesidad concreta de exigir medios coactivos.

2. En ese sentido, a modo de resumen de la propuesta, para una regulación coherente de los delitos contra la libertad sexual es necesaria la eliminación de requisitos que dificultan el cumplimiento de los fines político criminales para los cuales ha sido regulado el precepto. A saber, la eliminación de los requisitos de violencia o amenaza de los tipos penales relativos a la libertad sexual se presenta como una medida indispensable para respetar la lógica interna de los delitos sexuales como delitos contra la libertad⁴¹⁹.

Como ya se desarrolló más arriba, para BERTOLINO es necesario prescindir de tales exigencias que hacen excesivamente restrictiva la inter-

⁴¹⁹ En este sentido ha afirmado: «*Tali fattispecie dovrebbero essere ridisegnate attorno alla sola costrizione al rapporto sessuale, attraverso l'eliminazione dalla descrizione legale del requisito della violenza o minaccia quali modalità tipiche della azione coattiva*», BERTOLINO, *Libertà sessuale...*, p. 183.

pretación de un tipo penal, que analizado en términos comparativos con otros tipos del Cp, aparece como contradictorio. Es decir, si en un delito como el de violación de domicilio donde se protege un bien jurídico de notable menor valor que la libertad sexual sólo basta con el disenso del sujeto con derecho de exclusión, no es posible que en los delitos contra la libertad sexual sea a su vez necesario un plus de gravedad constituido por la violencia o la intimidación.

§ 2. NUEVAMENTE EL EJEMPLO ALEMÁN

1. La inclusión en esta parte del trabajo de la descripción de la propuesta de *lege ferenda* desarrollada, en el contexto de la reforma penal italiana en materia de delitos sexuales, por Marta BERTOLINO legitima la incorporación de una nueva propuesta de reformulación legislativa. En el párrafo anterior se intentaba mostrar que, pese a tratarse de una propuesta de *lege ferenda*, resultaba interesante como elemento argumental para explicar el concepto de intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales; o, al menos, las propuestas más amplias de interpretación de dicho concepto. A su vez, se ponía de manifiesto la utilidad de la teoría para explicar la estructura típica del delito de abuso sexual del art. 181 del Cp 1995.

Desde esa misma perspectiva estructural, pero con el objetivo claramente opuesto corresponde analizar otra propuesta de *lege ferenda*.

2. Al describirse, en el capítulo segundo, el sistema penal alemán de *Nötigungsmitteln* y, en particular, la estructura de las amenazas como medios coactivos se puso de manifiesto que el StGB presentaba tres velocidades de amenaza.

A saber, desde la amenaza simple o de primera velocidad, sin calificativos; hasta la amenaza cualificada de tercera velocidad donde se exigía

que el mal puesto en perspectiva a la víctima fuera de un peligro actual para el cuerpo -integridad física- o la vida. Justamente, desde la redacción actual del StGB donde los medios coactivos y en especial la amenaza no presenta las mismas exigencias en todos los tipos penales, es posible realizar una propuesta de *lege ferenda* para la legislación penal española. Ello, más allá de que, como luego se verá claramente, la estructura alemana pueda servir como argumento sólido para justificar la delimitación interpretativa del concepto de intimidación.

3. Ciertamente, CANCIO MELIÁ en un breve trabajo sobre el delito de agresión sexual, plantea la necesidad de realizar una restricción legislativa del concepto de intimidación. Para él, es especialmente relevante prestar atención a aquellas conductas que se sitúan en el límite inferior de gravedad y sobre todo si a ellas no les es aplicable de forma directa una sanción por falta⁴²⁰. A saber, aquellas conductas donde la amenaza pone en perspectiva un mal de dudosa gravedad a la luz del concepto de intimidación típicamente relevante.

Se hace mención, por expresarlo en otros términos, a aquellas conductas utilizadas por el sujeto activo para lograr cercenar la libertad jurídicamente garantizada de la víctima que no se encuentran tipificadas en el Código penal ni como delitos ni como faltas. La relevancia o irrelevancia penal de una intimidación debe medirse, según este criterio, a la luz del mal puesto en perspectiva por el autor. Pues, así entendido, parecería irrazonable considerar penalmente relevantes aquellas amenazas que pongan en perspectiva males que de modo autónomo no configurarían siquiera una falta en el sentido del Cp 1995.

4. Ante ese estado de cosas, sostiene CANCIO que hubiese sido más adecuado en la legislación penal española optar por una delimitación legal de la intimidación típica como lo hacen los § 177 y 178 StGB en Alemania. Recordando que sin perjuicio de ello se admite que en los

⁴²⁰ Cfr. CANCIO MELIÁ, «Los delitos...», pp. 1626-1628.

casos de menor gravedad, donde no se pueda establecer la violencia o la intimidación, podrá imputarse conforme al artículo 181.1 del Cp español por un delito de abuso sexual. En este sentido no será admisible la incorporación en las agresiones sexuales de aquellas conductas con empleo de “astucia”, ya que al faltar uno de los elementos típicos deberá reconducirse al delito de abuso sexual⁴²¹.

Como puede verse, la limitación o restricción de la interpretación de las relaciones intersubjetivas que puedan considerarse intimidatorias no se limita a un tema exclusivamente dogmático. Por el contrario, como se ha intentado explicar en estos párrafos, el propio legislador mediante una descripción más precisa puede aportar algo de claridad a la discusión, matizando incluso la necesidad de distintos grados de gravedad de las amenazas según el tipo penal del que se trate.

Ello no significa que la problemática delimitación de la intimidación relevante como medio coactivo se pueda solucionar por completo en el contexto de la redacción del tipo. Prueba de ello es la extensa e interesante doctrina desarrollada en torno al concepto de amenaza cualificada en el Derecho penal alemán. No obstante, cuanto más rica sea la descripción de la figura típica, tanto más sencilla resultará la delimitación dogmática del medio coactivo. Obsérvese que incluso en la redacción de la amenaza cualificada como medio coactivo en el StGB tanto en la jurisprudencia como en la doctrina penal alemana se ha discutido los límites de los peligros contra el cuerpo -integridad física- o la vida. En ese sentido, se han planteado la discusión en torno a la puesta en perspectiva de un mal de poca entidad contra el cuerpo de una persona; a saber, amenazar a alguien con cortarle el cabello, con darle un empujón, con pellizcarlo, propinarle una fuerte cachetada, etc.

No obstante, la entidad del mal se limita, como grado mínimo, a lesiones físicas resultando una importante restricción, en comparación con las legislaciones menos distintivas, donde aparecen como posibles un número ilimitado de males que el autor puede poner en perspectiva de la víctima según su mayor o menor ingenio.

⁴²¹ Cfr. CANCIO MELIÁ, «Los delitos...», pp. 1626-1628.

CAPÍTULO VIII

CRÍTICA A LOS CRITERIOS ACTUALES DE DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE INTIMIDACIÓN EN LOS DELITOS SEXUALES

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. Los distintos criterios desarrollados por la doctrina jurídico-penal con el objetivo de concretar el concepto de intimidación como medio coactivo plantean una serie de dificultades y, en mayor o menor medida, han sido criticados o puestos en duda.

Como se ha manifestado al analizar cada uno de los abordajes alternativos a la concepción tradicional de interpretación de la estructura de injusto de las amenazas condicionales, estos no han sido prácticamente de recibo en la jurisprudencia española que se ha alineado mayoritariamente en una concepción mixta. Los distintos esfuerzos doctrinarios elaborados con intenciones científicas de delimitación del concepto de intimidación, ya sea en sentido restrictivo o ampliatorio, han sido utilizados generalmente de modo tangencial o parcialmente para explicar la parte objetiva o subjetiva del criterio mixto pero no en su versión pura.

§ 2. CRÍTICA AL CRITERIO MIXTO

I. Introducción

1. El criterio tradicional de interpretación suele ser presentado por sus defensores como una posición superadora en términos comparativos con las posiciones más radicalizadas. Evidentemente, se recurre al «...argumento del término medio, consistente en alegar en pro de la verdad de una afirmación su equidistancia respecto de dos extremos»⁴²². A saber, se afirma que con el criterio mixto se salvan las dificultades de las posiciones objetivas y subjetivas extremas por tomar, en cierto sentido, los elementos argumentativos menos objetables de cada una de ellas.

2. Sin embargo, en muchos casos estas posturas no merecen el calificativo de superadoras por contener en sus fundamentaciones argumentos, también objetables, pertenecientes a las posturas extremas que vienen a reformular. Ciertamente, las posiciones mixtas son pasibles de críticas similares, en cada punto, a las que fueran sometidas las posiciones radicales de las que extraen fragmentos argumentativos.

A modo de ejemplo, el criterio mixto se construye sobre la base de la necesidad de existencia de una amenaza como elemento disparador de la intimidación entendida ésta como proceso causal. Desde esa perspectiva todas las críticas que desde la posición subjetiva se hacen con respecto a la necesidad de la amenaza como elemento inicial son directamente trasladables al análisis crítico de la posición mixta, pues tanto para ella como para el criterio objetivo la amenaza es un elemento inicial e irremplazable del proceso causal intimidatorio.

⁴²² CORRAL TALCIANI, *Cómo hacer...*, p. 54.

3. Más allá de esta crítica general por la exportación de argumentos “objetables” de las teorías extremas, es posible realizar una crítica puntal al criterio mixto. Hasta donde alcanzo a ver, la crítica central al criterio mixto se concentra en su falta de precisión para determinar el proceso intimidatorio en sentido jurídico-penal.

A saber, los seguidores del criterio mixto parten de la crítica al criterio objetivo que limita, a su entender, en demasía los supuestos típicos de intimidación. Y de la crítica al criterio subjetivo por las dificultades, fundamentalmente probatorias, de determinación del efecto psicológico que necesariamente debe producirse en la víctima. Pues bien, que tanto el criterio objetivo como el criterio subjetivo se enfrenten a concretas dificultades para la determinación del concepto típico de intimidación no basta como único argumento de legitimación de un criterio intermedio. Es necesario demostrar las ventajas de una postura de estas características y fundamentalmente precisar sus postulados.

En efecto, si el criterio mixto exige una amenaza concreta, grave, real y que además produzca un determinado efecto en el sujeto pasivo será necesario, en primer lugar, precisar bajo qué condiciones una amenaza es de suficiente entidad o seriedad. En definitiva, cabe preguntarse si ¿Es necesaria una amenaza?, en ese caso, ¿La amenaza debe ser con un mal grave?, si ello fuera así, ¿Cómo se determina la gravedad del mal amenazado?

Si se afirmara que esa determinación corresponde a los tribunales, se estaría pretendiendo erróneamente que estos deben «...juzgar cuándo una conducta es “seria” desde la perspectiva interna de quien lo formula»⁴²³.

En segundo lugar, además, corresponde en el siguiente nivel de análisis probar el efecto psicológico en la víctima. ¿Llegó la víctima efecti-

⁴²³ Manuel CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia - J. M. Bosch, Bogotá, 2001, p. 407.

vamente a temer? o ¿Es la acción del autor intimidatoria? ¿Conoció el autor el efecto intimidatorio de su amenaza?

Siendo así que, como claramente expresáramos al iniciar este apartado, se replantean aquí todas las críticas realizadas al criterio objetivo por su exigencia de un mal relevante, como así también todas las críticas al criterio subjetivo por su necesidad de probar el efecto en la víctima. Pero más allá de eso, se esboza la inseguridad de una postura con infinidad de puntos librados a la libre apreciación del intérprete y en ese sentido se presenta como un criterio impreciso.

4. A la exportación de elementos de los criterios radicales y la falta de presión de la teoría mixta como críticas generales se suman las críticas puntuales que pueden realizarse a los criterios mixtos concretos. Por ello parece razonable presentar mínimamente las debilidades de las aportaciones puntuales en torno a la concepción tradicional.

II. Críticas al criterio mixto originario de GONZÁLEZ RUS

1. La postura originaria desarrollada por GONZÁLEZ RUS en su tesis doctoral de 1982 representa el criterio mixto o ecléctico más gráfico desarrollado para la delimitación del concepto de intimidación en los delitos sexuales. No obstante, su postura plantea una serie de interrogantes, dudas y críticas concretas.

Los interrogantes, dudas y críticas que se plantean de todos los criterios eclécticos en general pueden trazarse más gráficamente diferenciando las posiciones desde las que se generan. Es decir, distintos serán los planteos críticos para un observador defensor de criterios subjetivos que para otro defensor de los criterios subjetivos.

2. En ese sentido, en primer lugar, posicionándonos en la situación de defensores de criterios subjetivos, debe afirmarse que no se explica claramente por qué motivo luego de plantear la necesidad de diferenciar entre los conceptos de amenaza e intimidación y al mismo tiempo valorar como positiva la opción del legislador español que recurrió a éste último como elemento esencial del tipo, se exige la presencia de amenaza, como *conditio sine qua non* para la existencia de intimidación típica.

A saber, si, como coherentemente se ha planteado en el ámbito de los criterios subjetivos puros, la intimidación no es más que un efecto psicológico producido en la víctima y ello configura el punto de partida de la postura ecléctica, con qué argumento se exige una amenaza previa, si al efecto psicológico es posible llegar por medios alternativos distintos a la amenaza.

Si ello es así, si se pone en duda la exigencia de amenaza como elemento necesario para la existencia de intimidación típica, obviamente resultarán intrascendentes los demás requisitos que como consecuencia de su existencia se exigen de la amenaza.

3. Así las cosas, en segundo término, posicionándonos en la situación de defensores de criterios objetivos, las cuestiones que no se explican son más numerosas. Y ello es así porque, pese a partir de la necesidad de una amenaza para la configuración de una intimidación típica, no se coincide en el modo de establecer los criterios generales para concretizar las exigencias específicas.

En ese sentido, el primer punto y quizás más conflictivo de la propuesta mixta de GONZÁLEZ RUS, analizado a la luz de un criterio objetivo puro, es la determinación de la gravedad de la amenaza. Pues, si bien se exige una amenaza y se sostiene que no se trata de cualquier amenaza, sino concretamente de la puesta en perspectiva de un mal grave, no se establece un criterio general para determinar dicha gravedad. A saber, se parte de la crítica al criterio teleológico de comparación de males desarrollado por GIMBERNAT sosteniendo que con él

tan sólo se presenta una indicio de la gravedad del mal y se corrige tal criterio con la incorporación de criterios subjetivos. Es decir, se traslada la determinación de la gravedad del mal poniéndola en cabeza de la víctima. Un mal será grave, sólo si lleva a la producción del efecto psicológico en la víctima. A partir de allí, resurgen en este contexto las críticas con respecto a la determinación de un elemento objetivo del tipo a través de la mayor o menor sensibilidad de una víctima concreta.

III. Críticas a la teoría de la confrontación intimidación-violencia

1. La propuesta de interpretación del concepto de intimidación desarrollada por GARCÍA VALDÉS y FIGUEROA NAVARRO represente un interesante intento de delimitación⁴²⁴. Ello, fundamentalmente, por los dos puntos centrales de la teoría, a saber, la necesidad de amenaza grave y su equiparación con la violencia típica.

La confrontación entre los dos medios coactivos regulados en el tipo penal de agresión sexual permite delimitar el menos grave -la intimidación- con base en los postulados del más grave -la violencia-⁴²⁵. Es decir, sólo puede ser intimidación la puesta en perspectiva de un mal grave, tan grave como la violencia. A partir de allí sólo puede ser considerada intimidación típica la amenaza de un mal contra la vida, la in-

⁴²⁴ GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-387 y ss.

⁴²⁵ Entre otros, ha puesto de manifiesto esta posibilidad, BRANDARIZ GARCÍA, *El delito de robo con violencia...*, pp. 83 y ss aunque remarcando las claras diferencias entre ambos medios coactivos.

tegridad física o la libertad, es decir la proyección a la víctima de una violencia contra ella.

Hasta aquí, la teoría de la confrontación resulta completamente razonable ya que respeta tanto la interpretación gramatical como sistemática del Código, conduciendo a la restricción de los tipos penales.

2. No obstante ello, la propuesta de GARCÍA VALDÉS y FIGUEROA NAVARRO pierde estandarización al incorporar correctivos a la teoría de la confrontación sobre la base de las circunstancias personales y eventuales del caso concreto. A saber, siguiendo los lineamientos del TS propone tener en cuenta tanto las condiciones personales de la víctima como las circunstancias espacio-temporales del caso. Si bien la evaluación de las consideraciones concretas del caso no puede ser considerado algo crítico de la propuesta, sí lo es el hecho de proponer su apreciación sin criterios delimitadores del valor que dichas circunstancias tendrán para la determinación global del proceso intimidatorio.

En ese sentido, podrían quizás proponerse algunos correctivos que permitan delimitar valorativamente las circunstancias concretas. Sin embargo, algunos de los ejemplos propuestos para justificar la necesidad de la ponderación de las circunstancias del caso, hasta donde alcanzo, pueden ser reconducidos a la propia teoría de la confrontación.

Así, por ejemplo, «el hecho de que una joven acceda a yacer con uno de los atacantes para que no lo efectue con su amiga, que se encontraba en un estado lastimoso por la agresión sexual previamente sufrida»⁴²⁶, debe ser considerado intimidación típica no por las circunstancias concretas del caso sino porque el autor pone en perspectiva de la víctima la realización de un mal equiparado a la violencia contra una tercera persona «próxima» a la víctima. O, a su vez, «el hecho de encontrarse la víctima detenida en un calabozo suponiendo, razonablemente, que la resistencia al ataque del autor puede ocasionarle mayores

⁴²⁶ STS de 6 de abril de 1995.

perjuicios»⁴²⁷, implica necesariamente la puesta en perspectiva de un mal contra, al menos, su integridad física y en ese sentido encuadra perfectamente en el esquema de la confrontación.

3. En resumen, la teoría de la confrontación intimidación-violencia aporta un criterio estandarizado, valorativo y confiable de delimitación del concepto de intimidación. El intento de incluir supuestos, en principio no abarcados dentro de la teoría, genera un ámbito de inestabilidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, al menos, los ejemplos presentados para justificar la necesidad de valorar las circunstancias concretas del caso pueden reconducirse sin dificultades a la propia sistemática de la teoría de la confrontación. Haciendo, de ese modo, innecesario ampliar la teoría, y de esa manera se puede evitar el riesgo de caer en criterios difícilmente delimitables sin el recurso a figuras más estandarizadas.

No obstante las correcciones propuestas, esta teoría no aporta una solución general y estandarizada, siendo su máximo mérito la valoración comparativa de ambos medios coactivos y a partir de allí la delimitación restrictiva de la intimidación a la luz del concepto de violencia.

§ 3. CRÍTICA AL CRITERIO OBJETIVO

I. Introducción

1. El criterio objetivo o extrínseco de delimitación del concepto de intimidación fue y continua siendo el blanco de las críticas más fuertes por parte de la doctrina y prácticamente no se ha recurrido a él en la

⁴²⁷ STS de 3 de mayo de 1999.

jurisprudencia, salvo por la utilización aislada de algunas de las propuestas.

Las críticas al criterio extrínseco pueden ser agrupadas en tres puntos directamente relacionados entre sí. A saber, en primer lugar, que es un criterio estrictamente formalista que no tiene en cuenta la naturaleza eminentemente heterogénea de la amenaza como medio coactivo⁴²⁸. En segundo lugar, que al no tener en cuenta la naturaleza de la amenaza donde interactúan distintos sujetos se despreocupa de la perspectiva de la víctima concreta⁴²⁹. Y finalmente, como consecuencia de los dos puntos anteriores, que su interpretación fuertemente restrictiva, llevaría a dejar fuera del tipo penal de agresión sexual un grupo importante de casos no susceptibles de ser valorados bajo criterios objetivos. Incluso, en algunos casos, que por tratarse de una situación o un contexto intimidatorio, y no de una amenaza concreta de la víctima, no podrían ser aceptados según los parámetros de la concepción objetiva pese a que, la “intuición jurídica” -por usar la misma expresión de GIMBERNAT-, indicaría que deben ser considerados a la luz del delito de agresión sexual.

2. La intimidación implica un proceso en el que interactúan, al menos, dos sujetos; el autor que anuncia un mal y la víctima que recibe el anuncio. En tanto proceso intersubjetivo, la intimidación, como cualquier otro medio coactivo, debe ser analizada abarcando todos los elementos que integran su naturaleza. En virtud de ello la primera crítica realizada a la teoría extrínseca se centra en la heterogeneidad de los distintos supuestos de intimidación y en la imposibilidad de ofrecer un criterio general o estándar para explicar dicho proceso.

⁴²⁸ Cfr. MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1.*, p. 147 (marg. 26); SCHROEDER, «*Nötigung...*», pp. 285-287.

⁴²⁹ En ese sentido, *vid.*, entre otros, MARCHENA GÓMEZ, «Los delitos contra la libertad sexual...», pp. 1150-1155 sosteniendo que las distintas capacidades de reacción en función del rol que se le imponga al sujeto «... desaconsejan los filtros puramente objetivos e imponen una insalvable preponderancia de lo subjetivo».

3. El segundo punto de crítica a la teoría extrínseca es su despreocupación por la perspectiva de la víctima concreta en cada supuesto⁴³⁰. A tal punto ello es así que la teoría se construye y fundamenta sobre la inconveniencia de tener en cuenta a la víctima para delimitar la estructura de la intimidación típica. Recuérdese que justamente la teoría intrínseca, en el sentido exactamente opuesto, construía su delimitación del concepto de intimidación como medio coactivo poniendo el acento en el efecto psicológico que se producía en la víctima.

La posición más sólida en este sentido es desarrollada partiendo de la base de la diferenciación de los conceptos de amenaza e intimidación. A saber, afirmando que intimidación es un efecto psicológico subjetivo que sólo puede producirse en la víctima⁴³¹. Con ello es posible afirmar que a la intimidación puede llegarse mediante una amenaza pero no solamente mediante ella, sino también a través de otros medios. Si ello es así, lo importante y lo que determina el elemento distintivo

⁴³⁰ *Vid.*, entre otros, GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 397 afirmando que el criterio extrínseco y en particular la propuesta de GIMBERNAT en España «... desconoce que al valorar la posible eficacia intimidativa de un mal han de tenerse en cuenta la influencia y la importancia de las condiciones subjetivas de la víctima, sobre todo en relación al daño con se conmina».

⁴³¹ Aunque no es posible detenernos aquí sobre este tema que se analizará con detalle en el capítulo VII, a mí entender la diferencia entre amenaza e intimidación es claramente presentada en la Filosofía del lenguaje cuando se construye la diferencia entre «acto ilocucionario» y «acto perlocutorio». El acto ilocucionario es aquel que llevamos a cabo al decir algo: prometer, afirmar, felicitar, saludar, insultar, definir, **amenazar**, etc. Uno de los caracteres constitutivos de este tipo de actos es su convencionalidad. Una ilocución no sólo puede realizarse mediante actos lingüísticos, sino que también es factible que se efectúe mediante gestos, posturas, u otros tipos de actos que, ajustados también a convenciones, puedan producir el mismo efecto. Mientras que el acto perlocucionario o perlocución consiste en los efectos que el acto verbal genera en los sentimientos, pensamientos o acciones del destinatario, del auditorio, de quien emite la expresión o de terceras personas. Estaríamos pues, ante aquellos casos donde al decir algo, lo hacemos con el propósito, intención o designio de producir alguno de estos efectos, por tanto, porque decimos algo logramos asombrar, convencer, ofender, apenar, **intimidar**, etc.

de la intimidación como elemento del tipo penal no será el medio utilizado, sino más bien el efecto producido. Y es justamente el efecto, la intimidación, la que sólo puede producirse en una persona, en este caso la víctima.

4. Desde una perspectiva de *lege lata*, otra crítica que han merecido los criterios objetivos hasta ahora desarrollados es excluir del tipo penal de agresión sexual aquellos casos que en la legislación alemana serían encuadrados en el párrafo 3 del § 177 StGB y que en la legislación penal argentina aparecen como aquellos supuestos en que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. Dicho grupo de casos está integrado por los supuestos en que el autor aprovecha una situación de indefensión, independientemente de cuál haya sido la fuente que originó esa situación. Es decir aquellos casos donde el sujeto activo del contacto sexual no ha tenido injerencia en el momento previo que llevo a la víctima a una situación de indefensión o miedo.

Pensemos en un ejemplo: una mujer víctima de un robo con fuerza es abandonada desnuda y atada a un árbol de un descampado por el autor del robo con el único propósito de dificultarle el pedido de ayuda. Al cabo de unos minutos pasa por el lugar el sujeto X que al percatarse de la situación decide mantener un contacto sexual con la mujer que se halla en una situación de máxima indefensión. En el caso no ha sido X el que ha colocado a la víctima en esa situación de indefensión que ha llevado a neutralizar al máximo su voluntad; sin embargo, se ha valido de un contexto claramente desfavorable para la víctima.

Desde una interpretación literal y restrictiva del tipo penal de agresión sexual, como es la del criterio objetivo aquí puesto en duda, el hecho de aprovecharse de una situación intimidatoria previa no puede encuadrar en el tipo penal pues falta un elemento indiscutible del tipo, la existencia de una amenaza por parte del autor del contacto sexual pos-

terior⁴³². Sin embargo, lo correcto, y por tanto sin sustento para la crítica, es afirmar que dichas conductas encuadran en el tipo del delito de abuso sexual donde el único requisito del tipo objetivo, además de la conducta sexual, es la falta de consentimiento por parte de la víctima sin la exigencia de violencia o intimidación.

Si bien el legislador no tipifica expresamente el aprovechamiento de una situación de indefensión o de necesidad las mismas deben quedar comprendidas dentro del abuso sexual. Es justamente para este tipo de casos que se justifica la existencia de una figura de recogida como lo es el abuso sexual.

Sobre este caso se ha expresado GONZÁLEZ RUS negando la tipicidad como agresiones sexuales de las «... relaciones con persona incapacitada para resistir, tanto si es por imposibilidad deriva de las condiciones del sujeto pasivo (persona parapléjica) como si lo es por el comportamiento previo de un tercero no partícipe en el hecho (víctima atada) dado que en supuestos de este tipo no concurre la violencia o la intimidación que requiere el tipo». Para este autor el aprovechamiento o la explotación de la fuerza ajena no corresponde con la literalidad del tipo que establece expresamente «el que atentare... utilizando violencia o intimidación»⁴³³.

⁴³² No obstante la crítica aquí formulado, un contra argumento a favor del criterio objetivo podría ser consiedar que en estos supuestos existiría violencia típica por el aprovechamiento que realiza el autor del acto sexual del efecto violento de la imposibilidad de resistencia de la víctima.

⁴³³ A favor de esta solución *vid.* GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-329. El mismo criterio debería mantenerse con la nueva regulación luego de la LO 5/2010 que cambia la expresión «... con violencia o intimidación» por «... utilizando violencia o intimidación».

II. Críticas al criterio objetivo de GIMBERNAT ORDEIG

1. El criterio objetivo desarrollado por GIMBERNAT en España, como ya se ha expresado, constituye uno de los más sólidos criterios para la delimitación de la intimidación y es el punto de partida para la vía de interpretación que se propone en este trabajo. No obstante, ha sido el que más críticas ha merecido por parte de la doctrina española.

2. Las objeciones que desde aquí se formulan contra el criterio objetivo de GIMBERNAT parten de la base de su carácter claramente restrictivo. Como ya se ha destacado la teoría objetiva deja fuera del ámbito de persecución penal muchas conductas para las cuales, en términos político criminales, no podría negarse su necesidad y merecimiento de pena. Creemos que, como se desarrollará *infra* al explicar la postura personal, la limitación del criterio de GIMBERNAT -primer criterio o restricción teleológica- se debe a que en él sólo se recurre a uno de los supuestos de ponderación de intereses en el estado de necesidad, a saber, el criterio de comparación de los marcos legales previstos en cada caso por el legislador penal⁴³⁴.

3. Recordemos que en su primer criterio plantea GIMBERNAT la necesidad de un cierto grado de gravedad de la amenaza. Para su determinación se proponía la comparación del mal puesto en perspectiva con la escala penal que el legislador estableció en el Cp de forma autónoma para el mal objetivo con el cual se amenaza.

⁴³⁴ *Vid.*, con una posición también crítica en este sentido, GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 397 «reducir la cuestión a una simple comparación de penas (la de la violación y la del delito con que amenaza) creemos que es simplificar el problema en demasía».

4. La interpretación restrictiva propuesta surge de una visión parcial del concepto de intimidación en los delitos sexuales. A saber, limitar las situaciones o procesos intimidatorios a aquellos casos donde el mal con el que se amenaza es delictivo y considerablemente grave. Hasta allí no habría, al menos en principio, mayores dificultades. No obstante, en su afán por desarrollar un criterio objetivo puro o neutro y libre de valoración subjetiva cae, posiblemente por la época en la que desarrolla su postura, en la necesidad de no ir más allá de la comparación de los marcos penales del Código. A saber, limitar la objetivización de la gravedad del mal con el que se amenaza a un criterio de ponderación exclusivo de comparación de escalas penales.

Tal solución tiene importancia limitada, pues las penas establecidas «... en el campo de la criminalidad media difieren sólo en pequeña medida y por tanto tampoco permiten reconocer tendencias claras en cuanto a prioridad»⁴³⁵.

5. Sin embargo, la mayor dificultad de la postura de GIMBERNAT aparece en el marco de su propuesta correctiva o criterio sistemático. Al recurrir a esta segunda propuesta, para pretender salvar las dificultades de su primer criterio que lo llevaba a dejar fuera del ámbito típico las amenazas de lesión, crea un contexto de cierto grado de ambigüedad⁴³⁶.

⁴³⁵ ROXIN, *Derecho penal...*, t. I..., p. 684, (marg. 24); en igual sentido, Mateo G. BERMEJO, «La ponderación de intereses en el estado de necesidad y el delito de tráfico de drogas», en ADPCP, (2005), pp. 939-946.

⁴³⁶ En igual sentido, GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 398 (nota 266) sostiene que el propio GIMBERNAT «... rompe en parte con su propio criterio cuando hace excepción al principio en el caso de amenaza de lesiones, en donde la pena que corresponde al daño conminado no llega ni con mucho a la reclusión menor. La explicación que da sobre el tema, en el sentido de que es casi como la violación mediante fuerza, no parece muy convincente».

6. Para GIMBERNAT los más graves no admiten dudas. Si una mujer accede a mantener un contacto sexual con un sujeto que la amenaza diciendo que si no acepta aplicará la fuerza física para doblegar su voluntad, se trata de un caso de amenaza con agresión sexual por fuerza. Si no acepta, una agresión sexual intimidatoria y podría ser mantenida la tipicidad ya con el primer criterio propuesto por este autor.

No obstante ello, existen casos en los cuales el sujeto activo amenaza a la víctima, ya no con una agresión sexual con fuerza, sino simplemente con lesionarla sino accede a cumplir sus deseos. En este caso, como el delito de lesiones conlleva una pena menor que el delito de agresión sexual siguiendo el primer criterio debería alegarse la atipicidad de la conducta.

7. Justamente para salvar este inconveniente, donde a GIMBERNAT la “intuición jurídica” le indica la necesidad de pena por tratarse de una amenaza grave, desarrolla su segundo criterio o criterio sistemático. En la misma línea que el primero, extrae su sustento jurídico de la propia ley penal y consiste en una comparación sistemática de las distintas modalidades de ataque al bien jurídico libertad sexual. Puede parecer bien fundado sostener que existe suficiente gravedad cuando se amenaza con lesionar teniendo en cuenta que la única diferencia entre la agresión sexual con fuerza y la agresión sexual con amenaza de lesión es sólo que en el primer caso la violencia comenzó a ejercerse sobre la víctima⁴³⁷.

8. No obstante, a mi juicio este criterio forzado para salvar un grupo de casos excluidos del primer criterio hace agua por dos motivos. En primer lugar, no puede sostenerse que entre la violencia ejercida y la amenaza de violencia sólo hay una diferencia, a saber que una se comenzó a ejecutar y la otra no. Con este criterio debería el Cp tipificar

⁴³⁷ A favor de la equiparación general entre fuerza e intimidación, *vid.* en otros en España, SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 163.

con la misma pena el delito de lesiones y el delito de amenaza con lesiones, o yendo más lejos, los delitos de lesión deberían ser valorados por el legislador de la misma forma que los delitos de peligro, o más aún, la tentativa debería ser tipificados con la misma pena que el delito consumado. Como puede verse, no es posible mantener este criterio, el disvalor de injusto de unas lesiones ya iniciadas no puede equipararse a unas potenciales lesiones puestas en perspectiva⁴³⁸.

9. En segundo lugar, otra factible crítica a este criterio sistemático es que no establece un criterio objetivo y claro para determinar que lesiones serán suficientes para afirmar la tipicidad de la conducta. Es decir, todas las amenazas de malos tratos son suficientes para considerar la gravedad de la amenaza y alegar la tipicidad de la conducta.

A modo de ejemplo, el caso comentado por SUAY HERNÁNDEZ de la amenaza con el alfiler, sería entonces un supuesto de grave amenaza siguiendo el criterio sistemático de GIMBERNAT. Ello lleva inmediatamente a la pregunta ¿la amenaza con violencia o malos tratos exige una cierta entidad en la teoría de GIMBERNAT? Es allí donde al parecer la teoría con pretensiones de pureza objetiva deja abierto márgenes de duda.

10. La cuestión, aunque pueda parecer menor, no lo es. Un estudio superficial empírico sobre los supuestos de agresiones sexuales intimidatorias demuestra con absoluta claridad que en la gran mayoría de los casos la amenaza utilizada por el autor como medio para lograr la agresión sexual es la lesión de la víctima.

⁴³⁸ En contra, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español...*, p. 186 sosteniendo que «para las lesiones (...) no creo que haya que exigir una correspondencia penal estricta: ello es ciertamente admisible en atención al pavor que se puede sentir por daños en la integridad física, que en todo caso estarían por determinar».

Siendo ello así, no puede resultar menor la vaguedad de la propuesta de GIMBERNAT justamente en los grupos de casos más frecuentes en la práctica tribunalicia. Hasta donde alcanzo, la necesidad de salvar el vacío dejado por el primer criterio lleva a GIMBERNAT a proponer un criterio de auxilio o subsidiario que descalabra la valoración general de su propuesta.

La crítica, de todos modos, puede ser razonablemente contestada. Obsérvese que estas mismas dificultades aparecen en Alemania a la hora de interpretar las amenazas de tercera velocidad reguladas en los delitos sexuales. Allí se discuten tanto en la jurisprudencia como en la doctrina ¿qué clase de amenaza contra el cuerpo -integridad física- o la vida es necesaria? ¿Toda amenaza contra el cuerpo posee relevancia típica? ¿Amenazar a alguien con darle un buen empujón es intimidar en los términos del § 177 del StGB?⁴³⁹

En resumen, este criterio objetivo destinado a apreciar la gravedad del mal puesto en perspectiva mediante la amenaza «... puede servir muy bien como indicio de cuál es la gravedad a la que se refiere la ley; pero solo de eso, de pista, de ayuda, de estela indicativa»⁴⁴⁰.

III. Críticas al criterio objetivo de GONZÁLEZ RUS

1. El criterio objetivo desarrollado por GONZÁLEZ RUS también es factible de algunas críticas⁴⁴¹. Los fundamentos sistemáticos presentados para justificar la necesidad de una cierta entidad en la amenaza para poder hablar de intimidación típica resultan satisfactorios. Pero a la

⁴³⁹ Cfr. REUTER-STRACKE, *Gewalt oder Drohung...*, p. 133 «Das Opfer lässt sich eher durch eine lebensgefährliche Drohung durch Vorhalten einer Pistole als durch eine Ohrfeige zum geforderten Verhalten bewegen».

⁴⁴⁰ GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 398.

⁴⁴¹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-332.

hora de precisar cuándo una amenaza es de suficiente entidad sostiene un criterio interesante aunque discutible. A saber, afirma que una intimidación será o no típica dependiendo de que el mal puesto en perspectiva sea de la misma magnitud que los establecidos en el art. 169 del Cp de 1995.

Por tanto, será necesaria una conducta que amenace con matar, lesionar, producir un aborto, torturar, producir cualquier otro delito contra la libertad, contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socio-económico⁴⁴².

2. La opción por exigir que la intimidación sea típica sólo cuando se trate de una amenaza con un mal de los previstos en el delito de amenazas propiamente dichas, resulta, a mi juicio, un tanto forzada.

GONZÁLEZ RUS no fundamenta el motivo por el cual el intérprete debe limitar el concepto de intimidación típica a esa clase de conductas. Si bien es cierto que ha sido el legislador penal el que ha limitado la tipicidad de las conductas de amenaza a aquellas que pongan en perspectiva la lesión de alguno de los bienes jurídicos surgidos de la descripción taxativa del art. 169 Cp 1995 debe explicarse con más detalle el pretendido paralelismo de situaciones. A saber, en primer lugar, debería GONZÁLEZ RUS explicar por qué sólo las amenazas típicas son relevantes a la luz del tipo penal de agresión sexual intimidatoria cuando el legislador no ha hecho ninguna mención al respecto. En segundo término, cabe preguntarse ¿toda afectación a los bienes jurídicos descritos en el art. 169 determinará la relevancia típica de la amenaza? o por el contrario ¿será necesaria una afectación de cierta entidad?

⁴⁴² En contra, BRANDARIZ GARCÍA, *El delito de robo con violencia...*, pp. 90 y ss. sostiene que no es necesario exigir determinada entidad del mal anunciado, sino por el contrario idoneidad objetiva de los medios para causar un efecto psicológico en el «hombre medio» ubicada en el hecho con los condicionantes particulares de la víctima.

3. Puede reproducirse aquí la crítica desarrollada contra el criterio sistemático de GIMBERNAT con relación a la amenaza de lesiones y la necesidad de una cierta entidad, como así también la problemática surgida a partir de la estructura legislativa delimitada del StGB.

4. El punto más discutible de la propuesta, al igual que la teoría teleológica de GIMBENART, es que los males susceptibles de generar intimidación típica se limitan a conductas delictivas. En este caso se amplían sensiblemente los supuestos abarcados en el tipo por la amplitud de la enumeración del art. 169. Sin embargo al igual que en el criterio de GIMBERNAT no toda amenaza con conducta delictiva será relevante para la configuración de una intimidación típica. Quedando fuera del tipo las amenazas con males no delictivos, como así también la amenaza con males delictivos de los no expresamente previstos en el tipo básico de las amenazas del art. 169.

5. No obstante las críticas aquí presentadas la teoría objetiva de GONZÁLEZ RUS implica un esfuerzo dogmático interesante construido sobre la propia sistematicidad del Cp 1995.

§ 4. CRÍTICA AL CRITERIO SUBJETIVO

«En este mundo traidor, nada es verdad ni es mentira;
todo es según el color del cristal con que se mira».

Ramón de COMPOAMOR Y CAMPOOSORIO.

La teoría subjetiva ha merecido también importantes críticas. Ellas pueden ser agrupadas fundamentalmente en dos ámbitos. El primero,

relativo a la falta de necesidad de amenaza como medio para lograr el “resultado intimidación”. El segundo, el hecho de dejar supeditada la relevancia penal de una conducta a la sensibilidad de un sujeto⁴⁴³. Aunque ambos argumentos críticos pueden incluirse en un planteo de carácter más general, como lo es la necesidad de aplicar el principio *semper in poenalibus benignior interpretatio sumenda est*⁴⁴⁴.

I. La falta de necesidad de amenaza como medio para lograr el resultado de intimidación

1. En una posición claramente minoritaria SUAY HERNÁNDEZ niega la exigencia de amenaza en la estructura típica de la violación intimidatoria mediante una interpretación meramente gramatical del antiguo art. 429 del Cp 1973.

Para ella la redacción legal del tipo no exige que haya amenaza y ni siquiera que a la víctima se le haya puesto un mal en perspectiva, sino que solo exige intimidación. Ello, sin hacer ninguna clase de mención al medio a través del cual esa intimidación fue lograda. Reafirmando su postura en la comparación de la amenaza con la resistencia de la víctima, sosteniendo que ambos elementos son útiles y facilitan la prueba de la falta de consentimiento y de la intimidación respectivamente, pero no forman parte del tipo objetivo según la redacción expresa de la descripción penal.

⁴⁴³ Si bien deben distinguirse los problemas de sensibilidad de la víctima para valorar la gravedad de un peligro de la mera imaginación de la situación de peligro, en muchos casos la especial configuración de la víctima, sin llegar a extremos de víctimas constitutivamente débiles, hace que ésta considere como real un peligro solo imaginado por ella. En el contexto del estado de necesidad ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, p. 677, (marg. 12) deja claramente fuera de la justificación los casos de mera imaginación del peligro.

⁴⁴⁴ «En asuntos penales siempre ha de seguirse la interpretación más benigna».

2. No obstante, si se mantuviera una interpretación gramatical tan cerrada debería con ese mismo criterio afirmarse que el precepto penal no exige la intimidación como resultado, sino la intimidación como medio. Ello es así toda vez que la redacción anterior hacía mención al “uso” de intimidación y la redacción actual del Cp 1995 en su art. 178 hace mención al atentar contra la libertad sexual de una persona “con” intimidación, es decir también con la intimidación como medio y no como resultado.

El legislador penal español al exigir el “uso” de intimidación o “con” intimidación está aludiendo tanto al resultado o estado de atemorización como a la actividad desplegada por el autor o acción intimidante⁴⁴⁵. Es decir, que no basta con alguna individualmente, sino que por el contrario para la configuración del tipo es necesaria la amenaza (medio-acción intimidante) como el estado de atemorización (resultado-temor miedo).

Se llega a tal conclusión recurriendo al significado general de los términos intimidación y amenaza. Así desde la apreciación de ambas palabras en la redacción del diccionario de la Real Academia Española se extrae que la intimidación es la acción y efecto de intimidar⁴⁴⁶. A saber, medio y resultado, y que intimidar es causar o infundir miedo. De allí que cuando el legislador penal español optó por la expresión intimidación no quiso limitar la intimidación como medio coactivo al resultado “miedo” en la víctima, ni limitarlo a la causa concreta que podría generarlo como sucede en otras legislaciones donde se hace referencia sólo a la amenaza como medio coactivo.

La propia sistemática del Cp 1995 ofrece un sólido argumento para demostrar que el legislador penal no se está refiriendo en la intimidación al efecto psicológico o miedo en la víctima. Entre las causas que

⁴⁴⁵ En ese sentido SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 165.

⁴⁴⁶ SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 165.

eximen de responsabilidad penal el legislador español previó en el art. 19.6 el miedo insuperable. En ese caso, donde el legislador quiso expresamente regular el efecto concreto que se produce en una persona recurrió a la expresión «miedo». Mientras que al hacer mención a la intimidación parece indicarse un proceso con sus causas y consecuencias.

En efecto, como dice SUÁREZ RODRÍGUEZ, debe aplaudirse la opción del legislador penal español por recurrir a la expresión intimidación, expresión que permite describir más acabadamente el proceso o esquema de la intimidación como medio coactivo⁴⁴⁷.

3. Un planteo similar, aunque con algún matiz, fue presentado por GÓMEZ en Argentina, quien sostenía la importante ventaja de utilizar la expresión intimidación por sobre la expresión amenaza, como la hacía en ese momento el Cp argentino⁴⁴⁸. Para él, por más seriamente que fuera planteada una amenaza, podrían existir supuestos en los que no intimidara, siendo absurdo sostener que con ella se había doblegado la voluntad de la víctima, cosa que ciertamente no había sucedido. No obstante, GÓMEZ a diferencia de SUÁREZ RODRÍGUEZ ponía el acento en el efecto, restando total importancia a la amenaza o acción intimidante como causa de dicho efecto y por tanto realizando un análisis parcial del esquema intimidatorio que se aproxima en ese sentido a la propuesta *ab intrinseca* desarrollada por SUAY HERNÁNDEZ y que aquí se critica⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 166.

⁴⁴⁸ GÓMEZ, *Tratado de Derecho...*, t. 3, p. 108; también GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 391 «es (...) mucho más precisa la terminología legal que cuando se refiere a la amenaza como medio comisivo habla de intimidación, que la que recoge aquella palabra (amenaza); pues lo que se contempla en estos casos no es la amenaza en sí, sino su consecuencia: la intimidación».

⁴⁴⁹ Con una posición distinta BERISTAIN, «La intimidación...», pp. 11-12 sostiene incluye la expresión «intimidación» entre las expresiones que representan el aspecto activo o causal de la atemorización equiparándola con las expresiones «amenaza»,

En resumen, es cierto que limitar el medio coactivo a la expresión «amenaza», que ni siquiera aparece exigida en la literalidad del tipo penal, resulta circunscribir injustificadamente el tipo. También lo es limitarla a una de las partes que constituyen la acepción de la expresión «intimidación» en el diccionario de la propia Real Academia de la Lengua Española. En ese sentido, la expresión intimidación utilizada por el legislador penal español exige probar en el proceso penal concreto, tanto la acción intimidante con sus especiales características, como el efecto intimidatorio expresado en el miedo o temor generado en abstracto.

Desde esa perspectiva, la necesidad de probar ambas partes del esquema, medio-resultado, concluye en definitiva con una interpretación más restrictiva, o al menos, más exigente del tipo penal. Es decir, en los casos en los que el legislador penal optó por la amenaza como medio, bastará con la prueba de la realización de una amenaza por parte del autor para la configuración del tipo, mientras que en los casos en los que el legislador recurrió a la expresión intimidación se deberá probar que el autor intimidó (medio) y que a causa de ello se produjo la intimidación en la víctima (resultado).

Tal posición debe surgir de la correcta interpretación de la situación generada por el medio coactivo como un fenómeno complejo e integrado por varios elementos que no pueden ser analizados de modo aislado y menos aún prescindiendo de alguno de ellos. A saber, concurrir y debe probarse la relación existente entre la amenaza o intimidación como medio y la intimidación, propiamente dicha, como resultado; de lo contrario el proceso intimidatorio general estaría inconcluso⁴⁵⁰.

«coacción» y «violencia moral», dejando la expresión «miedo» como descriptiva del aspecto subjetivo o resultado causado.

⁴⁵⁰ Cfr. PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 81 «Il vero è che il concetto di minaccia - come quello di violenza (fisica) - è un fenomeno complesso, risultante dal rapporto tra i mezzi minatori che ne costituiscono il primo termine, cioè la causa, ed il timore, che ne rappresenta l'effetto» y agrega más abajo «... noi preferiamo indicare - anche per evitare pericolose confusioni con la imprecisa terminologia adottata dalla dottrina privatistica, che chiama violenza solo quella morale, giuridica-

II. Dejar supeditada la relevancia penal de una conducta a la sensibilidad de un sujeto

1. La segunda crítica importante que puede hacerse a los criterios intrínsecos más radicales y fundamentalmente a la propuesta subjetiva de SUAY HERNÁNDEZ es que en la misma la calificación legal definitiva, a saber, si se trata de una agresión sexual intimidatoria o de un abuso sexual depende exclusivamente de la sensibilidad de la víctima⁴⁵¹.

El análisis del proceso intimidatorio limitado a su efecto pone el acento en el miedo o temor producido en la víctima concreta haciendo depender de su mayor o menor sensibilidad la tipicidad de la conducta⁴⁵².

mente rilevante- con la voce minaccia; fermo però restando che, con tale espressione , no vogliamo indicare il mezzo minatorio, ma il complesso concetto risultante dall'uso dei mezzi minatori posti in essere dall'agente e dal timore che essi si ingenerano nell'animo della vittima: la forma, potrebbe anche dirsi, che la violenza morale assume nel diritto penale» (la negrita me pertenece).

⁴⁵¹ CARRARA, *Programa...*, Parte especial, vol. II, § 1565, p. 341 pone claramente de manifiesto las dificultades de hacer depender la tipicidad de la conducta de la sensibilidad de la víctima, a saber, dice expresamente, con respecto al llamado delito de violencia privada: «en la práctica, he oído que los jueces le preguntan a la víctima si sintió miedo; no desapruébo esa pregunta si se hace con el fin de obtener una aclaración más; pero creo que sería errónea, si se hace con el prejuicio de que la consumación del delito depende de la intimidación, conseguida o no conseguida», y continúa más abajo «... un pusilánime puede sentirse intimidado por las palabras más ineptas, proferidas por burla o por vana jactancia, sin que se incurra en el título de violencia privada, únicamente porque aquel hombre afirme que fue atemorizado».

⁴⁵² En ese sentido también, BRANDARIZ GARCÍA, *El delito de robo con violencia...*, p. 87.

Es importante distinguir, como acertadamente lo hace CUGAT MAURI, «Delitos contra la libertad...», pp. 311-331 que una cosa es hacer depender el tipo objetivo de la mayor o menor sensibilidad de la víctima y otra cosa distinta es tener en cuenta las circunstancias personales de la víctima.

Anticipándose a esa crítica, SUAY HERNÁNDEZ responde que los preceptos penales no se limitan a describir conductas sino también situaciones en las que se producen relaciones sociales intersubjetivas que no sólo deben definirse desde la posición del autor, prescindiendo de la víctima, sino que también debe ser considerada ésta última.

Esta postura la lleva necesariamente a afirmar que no tiene ninguna jerarquía el valor que objetivamente se le pueda asignar a un mal, sólo importa el efecto que ese mal produce en el sujeto pasivo concreto⁴⁵³. Por ello, llega a la conclusión de que en el famoso caso académico de amenazar a la mujer con decirles a sus amigas su verdadera edad podría ser un supuesto de agresión sexual si esa simple amenaza lograra atemorizar, asustar o amedrentar a la víctima, en definitiva si logra el efecto de intimidarla. Si por el contrario esa amenaza no produjera el efecto intimidatorio en el sujeto pasivo al autor de la conducta se le podría imputar el delito de amenazas condicionales no delictivas, o con la actual redacción del Cp el delito de abuso sexual del art. 181.

2. Así las cosas, al igual que sucedía con la teoría objetiva aparecen en este contexto grupos de casos de, al menos, discutible solución. Los defensores de la teoría subjetiva, para ser coherentes con su postura, deben admitir que una conducta en la que la amenaza, por más grave que ésta sea, no produce el efecto intimidatorio en el sujeto pasivo no podría ser considerada como típica de agresión⁴⁵⁴.

Intentemos aclararlo con un ejemplo. Quien amenaza a una mujer que desea perder su vida (suicidarse) con provocarle la muerte si ella no

⁴⁵³ En el contexto de la valoración del mal en el estado de necesidad tanto la doctrina como la jurisprudencia entiende que no que atender a la valoración individual del sujeto, en ese sentido, *vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 462 (marg. 41).

⁴⁵⁴ Como gráficamente afirma José RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *La nulidad del matrimonio por miedo en la jurisprudencia pontificia*, Eset, Vitoria, 1962, p. 39 «... la amenaza de prisión, mal serio para la mayoría, puede resultar casi indiferente para un delincuente endurecido acostumbrado a la prisión».

acepta mantener relaciones sexuales no podría ser penado por agresión sexual (o violación) porque con esa amenaza no produciría ninguna clase de temor o miedo en la víctima y consecuentemente no se lograría intimidarla, sino todo lo contrario. Tampoco si la mujer a la que se amenaza con matarle a su hijo con el que ella tiene una gran enemistad, al que no le desea la muerte pero sí le es muy indiferente. Mientras que en el otro extremo, debería considerarse agresión sexual el contacto sexual logrado mediante la amenaza a una mujer con destruirle la caja musical que es recuerdo de familia y viene pasándose de generación en generación; el caso de la niña que es amenazada con contarles a sus padres que la noche anterior fue a bailar sin su permiso; o el caso de la amenaza con destruir una caja de fósforos desprovista de valor objetivo de la compilación de un coleccionista⁴⁵⁵.

Tal crítica podría ser objetada sosteniendo que la mujer que desea suicidarse o a la que le es indiferente la vida de su hijo no llegará al contacto sexual pues prefiere su propia muerte o la de su hijo al contacto sexual con el autor. En definitiva, como tales amenazas no llegan a intimidar a la víctima no existirá contacto sexual sino, en su caso, asesinato de la mujer o de su hijo si el autor cumple con la amenaza puesta en perspectiva. Sin embargo, aunque salvada la crítica perdura la inconsistencia del planteo limitado a la sensibilidad de la víctima. Y más aun, en tales supuestos como el mal anunciado no tendría, a la luz de la subjetividad de la víctima, valor intimidatorio no podría sostenerse tampoco la existencia de un delito de tentativa de agresión sexual.

Para este grupo de casos la solución propuesta por los defensores del criterio subjetivo sería el recurso a las amenazas condicionales. Pues si bien el mal anunciado no logró intimidar a la víctima sí fue objetivamente grave y por lo tanto, en ambos casos por tratarse de amenazas contra la vida propia o de un tercero se estaría ante amenazas condicionales con un mal delictivo.

⁴⁵⁵ Caso presentado por KOHLRAUSCH (1944 § 240, Núm. 4, citado por MEZGER, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, p. 93)

3. El sentido relativo de la intimidación al que apuntan los defensores del criterio subjetivo no puede negarse. Nadie duda que el efecto que puede producir la amenaza de determinado mal puede variar, y mucho, en diferentes sujetos. Los efectos serán distintos dependiendo de las condiciones personales de la víctima y, entre otras cosas, de las circunstancias de lugar y tiempo en que el proceso intimidatorio tiene lugar⁴⁵⁶.

«... la ilimitada variedad de la personalidad humana y la misma infinita variedad de la forma en que se producen los actos humanos determina que una misma violencia moral produzca muy distintos efectos o resultados según la clase de persona que la sufra y las circunstancias que concurren en su producción»⁴⁵⁷.

No obstante, ese carácter relativo no puede llevar inmediatamente a afirmar que el ordenamiento jurídico y en concreto el ordenamiento jurídico penal deba proteger a todos los sujetos y todas las circunstancias. Si ello se mantuviera sin más valoraciones podría llegarse a una relativización de la protección del ordenamiento jurídico-penal.

«... atender en cada caso a las condiciones psicológicas del individuo supondría introducir en el orden del Derecho, que en todo caso reclama fijeza, la inseguridad que lleva consigo la determinación de la personalidad psíquica»⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ A modo de ejemplo autoreferencial. Sin lugar a dudas no es lo mismo que se le anuncie a uno de los miembros de mi tribunal de tesis que se le destruirá la única copia que hay de mi trabajo (exigiendo a cambio una determinada condición) o que ese mismo anuncio se me ponga en perspectiva a mí después de tanto tiempo de trabajo en ella. Indudablemente la importancia individual para las personas involucradas en una situación intimidatoria debe ser tenida en cuenta. Justamente por ello ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, p. 704, (marg. 61) prevé la importancia individual del daño evitado y del causado para los respectivos afectados como un elemento necesario, entre otros, para la ponderación de los intereses en conflicto en el estado de necesidad.

⁴⁵⁷ BERISTAIN, «La intimidación...», pp. 11-12.

⁴⁵⁸ Así, BERISTAIN, «La intimidación...», pp. 11-12. Trayendo a colación un interesante trabajo sobre la naturaleza humana de Alexis CARREL, *La incógnita del hombre el hombre, ese desconocido*, (trad. María Ruíz Ferry), 10ª ed., Iberia, Barcelona,

Y continúa diciendo BERISTAIN:

«Parece evidente, en conclusión, que coacciones morales objetivamente insuficientes no deben influir en el campo jurídico, aunque recaigan sobre personalidades pretendidamente débiles, fácilmente modificables por el ambiente y las circunstancias. Esto no quiere decir que no deban valorarse las condiciones personales de la víctima en orden a su sexo, edad o condiciones, pero siempre en atención a criterios medios o normales, sin pretender una subjetivización absoluta de cada personalidad».

3. Como ya se ha apuntando más arriba, la determinación del concepto de intimidación como elemento del tipo objetivo del delito de agresión sexual no puede limitarse a una interpretación gramatical. El criterio subjetivo o intrínseco se sostiene tan sólo en la interpretación lingüística al considerar a la intimidación como sinónimo de miedo o temor sufrido por el sujeto pasivo.

No obstante, la equiparación entre los conceptos de violencia e intimidación a la que el legislador penal recurre en muchos tipos de la parte especial descarta de plano la posibilidad de interpretar la intimidación en sentido amplio, o al menos, con la amplitud que proponen los defensores del criterio intrínseco. El legislador ha considerado que la violencia y la intimidación son circunstancias suficientes como para agravar el delito de abuso sexual, entendido este como «negación al derecho», y considerarlo un delito de agresión sexual, de la misma manera que lo hace en el delito de robo como tipo agravado del hurto por la existencia de alguno de estos motivos o de la fuerza en las co-

1951, p. 266 «...no es posible aún hacer un inventario completo de la individualidad psicológica y medir los elementos que la componen. Tampoco podemos determinar con exactitud su naturaleza y cómo difiere un individuo de otro. Ni siquiera somos capaces de descubrir las características esenciales de un hombre determinado».

sas⁴⁵⁹. Indudablemente no conlleva el mismo disvalor de injusto la conducta de quien abusa sexualmente de alguien, que la de quien agrede sexualmente, en el sentido del Cp de 1995. La diferencia se explica por el plus de disvalor que implica la utilización de medios como la violencia o la intimidación. Hasta aquí el porque de la agravación de las conductas, pero ello no explica la equiparación que el legislador realiza de la violencia y de la intimidación en el delito de agresión sexual y de éstas con el delito de robo⁴⁶⁰.

Hasta donde alcanzo, la única posibilidad de explicar dicha equiparación es, lejos de una mera interpretación gramatical del concepto de intimidación, procurar realizar una interpretación sistemática de dicho elemento del tipo. Es decir interpretar la intimidación a la luz la violencia como su compañera de viaje. Situación que necesariamente lleva a restringir los supuestos de intimidación para aquellos que puedan, en cierto modo, ser equiparados con los supuestos de violencia.

4. Como acertadamente afirma BACIGALUPO, presumir el temor producido en la víctima es insostenible⁴⁶¹. La crítica más sagaz que puede formularse contra la teoría subjetiva es que no es válido el intento de

⁴⁵⁹ Sobre la equiparación entre violencia e intimidación en la doctrina penal española, *vid.* por todos, SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 163 «... revela el uso de intimidación por parte del autor, un *modus operandi* de similar factura al ya estudiado supuesto de uso de fuerza, toda vez que uno y otro proceder delatan un absoluto desprecio por la voluntad ajena, evidenciado a través de unos medios igualmente reprochables».

⁴⁶⁰ En este sentido Enrique BACIGALUPO ZAPATER, «Robo con intimidación violenta fingida», en PJ, núm. 5, 1987, pp. 101-102, donde realiza un interesante análisis dogmático, contrario al criterio subjetivo de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, con relación a la interpretación del concepto de intimidación en el delito de robo a la luz de la problemática de considerar típicos los casos de amenazas con armas de juguete, intimidación fingida.

⁴⁶¹ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «Robo con intimidación...», pp. 101-104.

hacer depender de un criterio subjetivo un factor estrictamente objetivo como es la libertad sexual⁴⁶².

Es necesario hacer una diferenciación de planos de análisis. En un plano estrictamente dogmático podría presumirse la utilidad de los criterios subjetivos de interpretación del concepto de intimidación y hasta alegarse la justicia de sus soluciones. Sin embargo, el Derecho es una Ciencia práctica y como tal sus postulados están orientados a un fin concreto de realización de la justicia pero no de forma aislada. A saber, el Derecho sustancial requiere para su concreción en los supuestos particulares del llamado Derecho formal o procesal. Es justamente en este segundo plano donde las teorías subjetivas se encuentran con mayores dificultades.

Todas aquellas afirmaciones sostenidas por la dogmática deben ser probadas en un proceso penal con una serie de particulares y exigencias. Es allí donde se pone en duda la capacidad de rendimiento de los criterios subjetivos que exigen demostrar la existencia de elementos de prueba diabólica como lo es el efecto psicológico producido en la víctima concreta⁴⁶³.

El análisis dogmático aislado de los distintos elementos del tipo no deja de ser un estudio parcial de la problemática. Es necesario pues analizar de forma conjunta las estructuras dogmáticas con su prueba en el proceso penal. De lo contrario, los esfuerzos dogmáticos no tendrían trascendencia práctica y el Derecho penal como Ciencia perdería por completo su virtualidad⁴⁶⁴.

⁴⁶² La misma crítica era realizada por DOSSETTI, *La violencia nel matrimonio...*, p. 52 en el Derecho canónico contra el criterio intrínseco o de la teoría de la voluntad con relación al factor objetivo de la estabilidad del vínculo matrimonial.

⁴⁶³ Sobre la dificultad de la prueba del miedo, vid., en el ámbito el Derecho canónico, Pedro-Juan VILADRICH, *El consentimiento matrimonial. Técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad (cc. 1095 a 1107 CIC)*, EUNSA, Pamplona, 1998, pp. 337 y ss.

⁴⁶⁴ La relación entre el Derecho penal material y el Derecho penal formal ha sido objeto de importantes trabajos en la Ciencia penal moderna. Incluso los planes de

5. Puede hacerse a esta altura un paralelismo. Pensemos por ejemplo en la meteorología. En el contexto del estudio de las temperaturas los meteorólogos de ciertos países recurren a un concepto de utilidad práctica diaria que es la llamada «sensación térmica». Es común ver en los informes meteorológicos de los telediarios la temperatura real y la sensación térmica como dato complementario. Es decir, se informa la temperatura real objetiva obtenida a través de un termómetro, más la temperatura que presumiblemente siente un ser humano según las condiciones reinantes en determinado momento. Así las cosas, si los meteorólogos se basaran en criterios subjetivos similares a los propuestos por la teoría subjetiva de interpretación del concepto de intimidación llegarían a la absurda conclusión de que existen tantas sensaciones térmicas como sujetos que se hayan encuestado como muestra.

estudio de las Facultades de Derecho han tenido una clara tendencia hacia la unificación del Derecho penal y el Derecho procesal penal, pasando el Derecho procesal penal de ser una parte del Derecho procesal a general a ser estudiado de forma conjunta con el Derecho penal material. En ese contexto puede verse en Argentina el plan de estudios de la Universidad de Buenos Aires donde la primera materia de Derecho penal «Elementos del Derecho penal y procesal penal» estudia de forma conjunta la teoría del delito con el proceso penal donde la misma debe ser probada. En la doctrina penal contemporánea son muchos y cada vez más frecuentes los trabajos donde se procura una acercamiento entre la dogmática penal y el Derecho procesal o para ser más específicos entre determinados institutos de la teoría del delito y su prueba en el proceso penal, así a modo de ejemplo, con respecto al problema del dolo y su prueba en el proceso penal, entre otros, Urs KINDHÄUSER, «*Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*», ZStW 96, (1984), pp. 96 y ss.; Joachim HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo» en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la Teoría de la imputación*, (trad. Pablo Sánchez Ostiz), ed. Thomson Aranzadi, 2005, pp. 145 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999. En sentido contrario, planteando la distinción entre la perspectiva procesal y la sistemática del delito, Bernd SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», (trad. José Milton PERALTA), en *Indret*, (1 /2008), pp. 1-7 «la norma de sanción dirigida al juez expresa las consecuencias que se siguen de la lesión de una norma de conducta. Aquella incluye la perspectiva procesal general y está asentada, desde un punto de vista teórico lingüístico, en un meta nivel que debe ser claramente diferenciado del nivel objeto de la norma de conducta y su sistemática (...) no se pueden definir los conceptos fundamentales de la imputación penal desde la perspectiva procesal, porque, de esa manera, se destruiría la norma de conducta misma y, con ella, se llevaría a la desaparición, otra vez, del objeto de la norma de sanción».

Tal solución resulta sin duda insatisfactoria. La meteorología recurre a datos objetivos para determinar la «sensación térmica» a partir de las condiciones de presión atmosférica, sector e intensidad del viento, etc. sin necesidad de recurrir a un criterio de menor rigor científico como lo es la determinación de sensaciones subjetivas en individuos concretos.

En definitiva, como gráficamente ha sostenido RAGUÉS I VALLÉS, en relación al delito de amenazas:

«De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, parece ajustado considerar atípicos aquellos casos en que la víctima -a causa de su especial cobardía- se sienta intimidada pese a que las palabras del autor habrían carecido de capacidad intimidatoria para cualquier persona normal»⁴⁶⁵.

6. Por otra parte, la supuesta interpretación amplia del concepto de intimidación por parte de los defensores del criterio subjetivo debe ser puesta en duda. Para los defensores de éste criterio, el estado psicológico de la víctima en el momento de la comisión del delito será lo que determine si el sujeto activo logró o no la intimidación. La intimidación es definida, por tanto, como el efecto psicológico de atemorizar que el sujeto activo produce en el sujeto pasivo determinando su voluntad o decisión. No obstante, éste criterio que en principio parece ampliar el ámbito de protección del Derecho penal, al no limitar su intervención sólo para los casos de amenazas graves como se afirmaba en el criterio objetivo, hace agua a la hora de analizar el tipo subjetivo.

Si la intimidación es el efecto psicológico producido en el sujeto pasivo dicho resultado debe ser considerado, como contenido de la intimidación, un elemento objetivo del tipo de injusto. Consecuentemente, para que pueda afirmarse que la conducta del autor es dolosa debe necesariamente sostenerse que el autor conoce el efecto producido. El dolo requiere el conocimiento por parte del autor de todos los elemen-

⁴⁶⁵ RAGUÉS I VALLÉS, «Delitos contra la libertad», pp. 81-94.

tos del tipo objetivo y siendo la intimidación uno de esos elementos, el autor debe conocer que la víctima «está intimidada». En caso contrario, no puede afirmarse la existencia de dolo y en consecuencia la conducta también sería atípica y la atipicidad de la conducta acaecida en el tipo objetivo o en el tipo subjetivo no aportaría ninguna diferencia de orden práctico.

Si se sostiene que la intimidación está constituida por ese efecto psicológico, difícilmente podría probarse la existencia de dolo, ya que dicho efecto es imposible de ser percibido directamente por el autor⁴⁶⁶. La única forma de salvar esta dificultad es afirmar que es suficiente que el sujeto conozca que su conducta conllevaba normalmente según la experiencia el efecto de intimidar, independientemente de efecto logrado en la víctima y en el caso concreto.

En consecuencia, si no puede probarse la existencia del conocimiento del efecto psicológico en el sujeto activo para afirmar su conducta dolosa, ¿cómo puede sostenerse ese criterio para integrar el concepto de intimidación y consecuentemente el tipo objetivo del delito de agresión sexual? A saber, si no es posible probar el efecto psicológico para determinar el carácter subjetivo de la conducta, de la misma forma tampoco puede probarse dicho efecto para configurar el tipo objetivo. En definitiva, como acertadamente afirma BACIGALUPO con la agudeza que lo caracteriza:

«Por lo tanto, conviene subrayar que la intimidación contenida en el texto de los arts. 178 /179 no describe en el tipo objetivo una reacción psicológica de la víctima, sino una situación en la que ésta, según la experiencia general, se encuentra en una situación que normalmente debe limitar su capacidad de acción y decisión. Otra interpretación impli-

⁴⁶⁶ Esta idea se encuentra perfectamente desarrollada por el Tribunal Supremo en su STS de 5 de mayo de 1999, en la que se sostiene: «...la intimidación no requiere que el autor haya percibido el estado psicológico de la víctima, toda vez que dicho elemento no puede ser percibido directamente. A los efectos del dolo es suficiente, por el contrario, con que el autor haya sabido que su acción se desarrolla en un contexto que por sí mismo es intimidante para la otra persona, es decir, que haya conocido que su conducta -según la experiencia tenía una significación intimidante».

caría que el legislador habría querido desproteger a aquellas personas que por alguna razón (por ejemplo ceguera) no han podido percibir los elementos intimidantes de la acción del autor. Dicho de otra manera, la intimidación es un elemento de la acción del sujeto activo y no una reacción subjetiva (psicológica) de la víctima»⁴⁶⁷.

6. Con la intención de fundamentar más su postura, lejos de posibles argumentaciones dogmáticas, los defensores del criterio subjetivo utilizan el fuerte efecto comunicativo creado por esta clase de delitos para generar en los operadores de los medios de comunicación una sensación de inseguridad y desconfianza en el sistema judicial que dista en mucho de la realidad jurídica de los problemas analizados⁴⁶⁸. Discutir o criticar en un trabajo con pretensiones dogmáticas planteos de estas características conlleva el reconocimiento implícito de un cierto grado de errónea relevancia de los mismos y por tal motivo no nos ocuparemos de ellos.

§ 4. CRÍTICA A LA PROPUESTA DE BERTOLINO

1. El criterio de *lege ferenda* propuesto por BERTOLINO durante el extenso proceso de reforma de los delitos sexuales en la legislación penal italiana, explica tan sólo una parte de las posibles conductas que afectan a la libertad sexual.

⁴⁶⁷ En este sentido, para subsanar la dificultad en la sentencia antes citada (STS de 5 de mayo de 1999).

⁴⁶⁸ *Vid.* SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento...», pp. 1062-1063 donde se afirma que: «Las decisiones jurídicas que dan lugar a esta clase de noticias (... «el Supremo anula una condena por violación por “poca” resistencia ante una “simple amenaza”» El País de 20 de marzo de 1991) provocan una imagen distorsionada de lo que es lícito o ilícito, de lo que es admisible y de lo que es delictivo en el ámbito de las relaciones (sexuales) entre hombres y mujeres».

La propuesta de tipificación de los delitos sexuales basada tan solo en el disenso de la víctima se olvida de las conductas de mayor disvalor que en el contexto de esta clase de delitos son las más frecuentes.

2. Sobre el simple disenso del sujeto pasivo se construyen los tipos básicos de «negación al Derecho». Sin embargo, en determinados ámbitos del Derecho penal es necesario regular los supuestos con un plus de disvalor.

En esa lógica la propuesta de BERTOLINO es la explicación más razonable de las conductas que por negar la libertad sexual como derecho han sido reguladas como abusos sexuales. Allí basta tan solo con la falta de consentimiento del sujeto pasivo para estar ante un delito sexual. No obstante ello, resta al legislador tipificar los ataques más graves a la libertad sexual y esos vienen dados por los supuestos donde el autor se valió de medios coactivos, entre ellos la intimidación o la violencia.

3. En ese sentido, como ya se ha puesto de manifiesto, debe considerarse positiva la distinción que en el Cp 1995 se hace entre conductas sexuales realizadas con medios coactivos -agresiones- y conductas sexuales realizadas sin medios coactivos -abusos-.

4. No puede confundirse el concepto de violencia en sentido amplio con el mero disenso del sujeto pasivo. En términos generales, la persona víctima de un delito hubiese querido no serlo y de allí que no pueda considerarse, en todos los casos, que basta para la configuración del delito la mera falta de adhesión del paciente. En efecto, «si la violencia se constituyera únicamente por la falta de adhesión del sujeto pasivo, ciertos delitos como el hurto deberían llamarse violentos»⁴⁶⁹. Ello significa, siguiendo al mismo CARRARA que la voluntad contraria

⁴⁶⁹ CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1549, p. 308.

del sujeto pasivo no es suficiente para configurar un delito violento, sino que por el contrario si no existe por parte del sujeto activo voluntad de someter a la víctima mediante el uso de la fuerza u otro medio funcionalmente equiparable a este no realiza un tipo sexual violento. Ese grupo de casos representan los supuestos de negación del Derecho y como tales deben ser calificados, en España, como delitos de abusos sexuales edificados sobre el mero disenso.

§ 5. CRÍTICA A LA PROPUESTA DE CANCIO MELIÁ

1. La propuesta de CANCIO MELIÁ como toda propuesta de *lege ferenda* está dirigida fundamentalmente al legislador penal.

Indudablemente los criterios desarrollados en el StGB regulando tres velocidades distintas de amenazas según el tipo resultan especialmente atractivos. Con una legislación de tales características se limitan significativamente los supuestos de hecho relevantes como medios coactivos. Quizás en futuras reformas el legislador penal español pueda tener en cuenta estas sugerencias y restringir, sin definir, la intimidación como medio coactivo.

2. Sin embargo, la experiencia del StGB puesta de manifiesto por CANCIO puede ser, como ya se ha puesto de manifiesto, una herramienta interpretativa válida toda vez que ofrece motivos sólidos para justificar una limitación dogmática de los medios coactivos.

TERCERA PARTE

**PROPUESTA DE UNA TEORÍA GENERAL SUPER-
ADORA PARA LA INTIMIDACIÓN EN LOS DELITOS
SEXUALES**

CAPÍTULO IX

NECESIDAD DE ESTANDARIZAR EL CONCEPTO DE INTIMIDACIÓN EN LOS DELI- TOS SEXUALES

§ 1. EL MÉTODO AXIOLÓGICO PARA EL ESTUDIO DOGMÁTICO

«[E]l Derecho como arte, con una precisa función social,
no se comprende desligado de la comprensión de la justicia,
tesis que pone en jaque desde el comienzo
toda concepción de la ciencia del Derecho como aséptica o no valorativa».

Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ, «Presentación»,
en Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*,
Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2008, pp. 17 ss.

1. El conocimiento científico del Derecho, como nivel intermedio del conocimiento jurídico, desarrolla los conceptos y aborda la realidad jurídica «con miras a la acción» no siendo su objeto la solución de un caso individual y concreto, sino que por el contrario pretende el desa-

rollo de criterios o directrices para la solución de diversos casos típicos⁴⁷⁰.

Cuando un jurista se enfrenta a la difícil tarea de interpretar y procurar soluciones útiles a los prácticos del Derecho penal debe partir desde una posición clara que permita al lector descubrir, desde el primer momento, cuáles son los criterios de los que parte y que impregnan inevitablemente todo su desarrollo posterior⁴⁷¹.

En no pocos casos el Derecho penal coloca al intérprete en la obligación de adoptar una postura restrictiva de determinado concepto basada en una interpretación teleológica; o una posición extensiva basada en una interpretación literal y descriptiva de los institutos. La primera opción se juzgará como una tendencia hacia la reducción del Derecho penal y hacia la descriminalización de determinadas conductas que, en este caso, por tratarse particularmente de delitos sexuales podrá suscitar infinidad de críticas. Mientras que la elección por una interpretación literal que amplíe el ámbito de aplicación del tipo llevaría a una importante limitación en la libertad de acción de las personas⁴⁷². Y, en

⁴⁷⁰ CORRAL TALCIANI, *Cómo hacer...*, p. 85. El conocimiento científico en Derecho ha sido presentado por José M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, pp. 42 y ss en tres niveles, a saber, a) el conocimiento prudencial, b) el conocimiento científico y c) el filosófico. Especialmente claro sobre los niveles del conocimiento jurídico, HERVADA, *Introducción...*, *op. cit.*

⁴⁷¹ Cfr., entre otros, LARENZ, *Metodología...*, p. 235; MARTÍNEZ DORAL, *La estructura...*, p. 128; CORRAL TALCIANI, *Cómo hacer...*, p. 83 «lo más honesto científicamente es declararlo en forma explícita y no negarlo, ya que la misma negación: decir que se puede estudiar el Derecho sin valorarlo previamente como algo bueno y distinguible, es ya una posición filosófica».

⁴⁷² Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (trad. Joaquín Cuello Contreras / José Luís Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 175 al desarrollar la temática de las conductas que posibilitan autodaños de personas responsables sostiene gráficamente que «...proteger a personas de las consecuencias de sus propias actividades peligrosas, prohibiendo a terceros determinadas acciones posibilitadoras o favorecedoras, conduce a no respetar la libertad de desarrollarse de la víctima que se trata de proteger y se manifiesta frente a una persona responsable como una tutela imposible de plantear».

particular, difuminaría los límites entre lo que es intimidación en sentido del tipo de agresión sexual y lo que coloquialmente se conoce como “ligar”⁴⁷³.

Quizás sea por ello que resulta especialmente interesante un intento de delimitación dogmática del concepto de intimidación, pues, al igual que en el caso del chantaje, al que tantas veces se ha hecho referencia en este trabajo, existe una gran distancia entre lo natural y sencillo que parece afirmar la reprochabilidad moral y jurídica de estas conductas y la enorme dificultad para fundamentar esa reprochabilidad⁴⁷⁴.

Desde el punto de vista metodológico la propuesta de delimitación aquí desarrollada, sin dejar de considerar importante el “sistema”, desplaza el punto de análisis o considera especialmente el “problema”, al modo de la sistemática neokantiana y el pos finalismo⁴⁷⁵.

2. La existencia del valor justicia y de la posibilidad de su realización en el caso concreto me aproxima a criterios subjetivos donde el juez deberá evaluar cada una de las circunstancias, temporales, espaciales y

⁴⁷³ La distinción entre la conquista o seducción legal y la configuración de un delito sexual, en particular del delito de estupro, aparecía claramente graficado en el Código toscano «... mediante la fórmula *fraudes de seducción extraordinaria* (art. 298, letra c), con la cual distingue entre seducción criminosa y seducción ordinaria; ésta consiste en regalos, súplicas y hechos semejantes, y por regla no constituye delito...» CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1519, p. 253 (nota 1).

Este límite borroso entre la conquista legítima y la conducta penal aparece en igual sentido en el contexto del acoso sexual. En este caso, debe distinguirse la persecución constante con propósitos sexuales de los simples avances que, a lo sumo, denotan un propósito seductor no correspondido o del simple «flirteo» entre compañeros de trabajo.

⁴⁷⁴ Cfr. GÓMEZ POMAR / ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación...*, p. 140 con este planteo para el delito de chantaje siguiendo las palabras de EPSTEIN.

⁴⁷⁵ Cfr., explicando sencillamente esta metodología, en otros, RIGHI, *Derecho penal...*, p. 177.

personales, tanto del autor como de la víctima para poder afirmar que ha existido intimidación. Y consecuentemente imputar por el delito de agresión sexual o violación según la legislación de país que se trate.

Sin embargo, creo que la dogmática tiene como fin fundamental realizar una interpretación restrictiva del Derecho penal que permita aclarar los espacios de libertad en los que los ciudadanos pueden organizarse libremente sin incurrir en negaciones del ordenamiento jurídico y en consecuencia de la propia sociedad. Incluso en el llamado Derecho penal nuclear, en contraposición con los nuevos ámbitos de expansión del Derecho penal⁴⁷⁶, es necesario realizar interpretaciones en favor de la libertad.

Tal vez el tema analizado constituya uno de los ámbitos del Derecho penal más delicados en este sentido. Y ello, por la trascendencia social de los hechos contra la libertad sexual y su inmediata repercusión por el interés de los medios en la difusión de tales contenidos⁴⁷⁷. Sin embargo, constituye un ámbito necesitado de interpretación razonable, desinteresada y fundamentalmente alejada de las influencias externas de fuertes grupos de presión social que estigmatizan la intervención del Derecho penal con penas durísimas como estandarte de sus ideales.

El Derecho penal, como *ius puniendi*, es monopolio exclusivo del Estado y la dogmática jurídico-penal es una herramienta idónea y necesaria para evitar que sea utilizado como instrumento para la consecución de fines políticos o intereses alejados de su función original⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, *op. cit.*

⁴⁷⁷ En ese sentido *vid.*, también, RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», pp. 109-110 para quien el proceso de endurecimiento de la legislación penal sexual en España a partir del año 1999 alejándose de la tendencia moderada que había iniciado el Cp 1995 «... se explica en buena medida por la fuerte presión que en este ámbito ejercen los medios de comunicación sobre el legislador...».

⁴⁷⁸ Mucho se ha dicho sobre la necesidad de la dogmática penal, entre todas esas afirmaciones me resulta especialmente interesante la de SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos...*,

3. La arbitrariedad judicial siempre ha sido y continua siendo uno de los temas centrales de la Filosofía del Derecho y la arbitrariedad judicial en materia penal constituye una de sus facetas más sensibles.

«Hay momentos en que es mejor tener malas reglas antes que no tener ninguna regla»⁴⁷⁹.

Sin embargo, aclara Robert ALEXY que:

«... a veces es mejor tener reglas y aspiramos a tener reglas. Pero esto no es el único punto. Gustav RADBRUCH ha señalado que el Derecho está conectado con tres ideas que conforman la idea de Derecho. En primer lugar la certeza, respecto de la cual necesitamos las reglas. Pero también están la justicia y la eficacia. Y sería un modelo demasiado simple si dijéramos que únicamente la certeza conforma la idea de Derecho. Esto no es suficiente, y si SCALIA sugiere esto, yo estoy en desacuerdo con él. Pero sería igualmente errado afirmar que el Derecho es solo justicia. En tal caso no tendríamos un sistema legal, sino un sistema moral y esto no sería suficiente. La justicia precisa reglas, y mucha gente se olvida de la eficacia. La economía debe funcionar. El Derecho es un instrumento técnico para hacer efectiva a la economía, para proteger el medio ambiente, para organizar la ayuda social, y demás. Por lo tanto, el Derecho es un sistema más complejo (...) y un buen abogado es un abogado que es capaz de combinar las exigencias de la certeza legal, la justicia y la eficacia»⁴⁸⁰.

pp. 28 y 29 «La subsistencia de la dogmática (...) se halla íntimamente ligada a la concepción de ésta como una disciplina que tiene que ver con la construcción, reconstrucción y sistematización de reglas para llevar a cabo una imputación de responsabilidad penal conforme a Derecho, segura e igualitaria».

⁴⁷⁹ La frase pertenece al Juez de la Corte Suprema de los EEUU, Antonin Gregory SCALIA, «*The rule of law as a law of rule*», *University of Chicago Law Review*, (1989), p. 1179.

⁴⁸⁰ Entrevista a Robert ALEXY, «Sobre reglas y principios», en *La Ley - Argentina-* (30 de octubre 2008), (traducción de Pilar Zambrano), pp. 1-3.

La facultad del juez penal de imponer penas privativas de la libertad convierte su ámbito de intervención en el más delicado del mundo jurídico.

La dogmática jurídico-penal trabaja en este sentido para proponer teorías que clarifiquen y establezcan la aplicación del Derecho material y fundamentalmente para limitar la arbitrariedad judicial⁴⁸¹. Normalmente se piensa que la pretensión de limitar la arbitrariedad judicial conlleva la reivindicación de limitar el ámbito de intervención del Derecho penal, pero ello no es así. Arbitrariedad judicial en Derecho penal puede existir tanto en sentido ampliatorio del tipo penal como restrictivo del mismo⁴⁸².

La posición de la víctima y la generalidad de circunstancias del hecho en el delito de agresión sexual son, en algunos casos, puntos imprescindibles en la interpretación del tipo penal. Llegan incluso a determinar la existencia de alguno de los elementos del tipo objetivo. Mientras que en otros casos se considera que esas mismas circunstancias no pueden ampliar la discrecionalidad judicial si la pretensión es atenuar la pena. Por ello, la limitación del arbitrio judicial resulta vital en sentido general, es decir, es fundamental delimitar el arbitrio judicial mediante construcciones dogmáticas que permitan al juez un ámbito concreto de decisión sin excederse tanto en sentido ampliatorio como restrictivo del tipo.

⁴⁸¹ En ese sentido resultan especialmente interesantes las palabras de SILVA SÁNCHEZ, «La interpretación de las leyes...», pp. 201-206 cuando sostiene que «La garantía derivada de la obtención de usos aplicativos estables en el ámbito judicial y, consiguientemente, de sentencias previsibles, se convierte, entonces, en lo esencial».

⁴⁸² En este sentido, por poner un ejemplo relativo al tema de análisis, MARÍA A. GARCÍA GARCÍA, «Los delitos de violación y estupro en el Proyecto de Código penal», en Poder Judicial, núm. 28, (1992), pp. 123-125 y 127 se opone a dejar al arbitrio judicial la atenuación de la pena del delito de violación según las circunstancias personales de la víctima, las circunstancias del hecho y su relación con el sujeto activo. Así, oponiéndose a la introducción de atenuaciones específicas según la relación existente entre sujeto activo y pasivo rechaza también el incremento del arbitrio judicial «... a pretexto de la individualización de la pena».

4. Este no es un trabajo de Política criminal ni se pretende aquí presentar nuevos tipos penales para mejorar el funcionamiento de los delitos contra la libertad sexual. Por el contrario, es un trabajo dogmático de interpretación del tipo objetivo de un delito de la parte especial, que como tantos otros puede realizarse recurriendo a los criterios fervientemente logrados por la doctrina de la parte general durante años.

En consecuencia, se reivindica aquí un método de trabajo que pretende mantener aún más próximas las dos partes del Derecho penal divididas en su momento por motivos didácticos. Si ello se logra, con seguridad aparecerán más y mejores trabajos que utilicen los criterios desarrollados en la parte general para solucionar problemas de la parte especial, dando a la Ciencia penal en su conjunto una mayor coherencia y uniformidad intrasistemática.

5. En definitiva, se intenta huir de los criterios psicológico-naturales procurando alcanzar un razonamiento estrictamente jurídico que no obligue a determinar la intervención penal recurriendo a inseguros criterios subjetivos debiendo determinar si la víctima pudo anticipar mentalmente el resultado⁴⁸³, sino mediante un criterio general, abstracto y preciso⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Considerando la anticipación mental del resultado como decisivo factor de motivación, cfr. LK-HERDEGEN, § 249, p. 150, marg. 9, «*Die geistige Antizipation der Folgen solchen Schießens ist der entscheidende Motivationsfaktor*». Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre algunos aspectos...», pp. 287-301, para quien, al defender su argumento de las posibles críticas por descuidar el aspecto subjetivo ha afirmado que limitar la determinación de la gravedad del mal a un criterio estrictamente subjetivo según el sentir de la víctima llevaría a un terreno de fronteras imprevisibles.

⁴⁸⁴ Con éste mismo objetivo con relación al delito de amenazas *vid.* José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «El injusto de las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación)», en CPC, (1991), núm. 44, pp. 421-429.

El problema de la delimitación de conceptos del Derecho penal mediante el recurso, a mi modo de ver imposible, de entrar en la cabeza del autor o de la víctima no es exclusivo del tema que aquí se analiza⁴⁸⁵. A modo de ejemplo, como es por todos conocido, en el ámbito de la determinación del elemento subjetivo del tipo se ha discutido en profundidad sobre éste tema existiendo actualmente criterios normativos que facilitan la determinación del límite entre el dolo y la culpa, como así también la prueba concreta del primero⁴⁸⁶.

6. El legislador penal español pudo, con base en el ejemplo alemán impulsado en la doctrina española por CANCIO MELIÁ⁴⁸⁷, utilizar un criterio más restrictivo de *vis relativa* como medio coactivo en los delitos sexuales. Sin embargo, la regulación existente en el Cp de 1995 hace necesaria, más allá de las posibles propuestas de *lege ferenda*, la búsqueda de una solución satisfactoria que sirva de límite a posibles interpretaciones extensivas del tipo que impidan la entrada al Derecho penal de criterios exclusivamente morales. Sin perjuicios de las críticas a la legislación en la materia, con la distinción entre agresiones y abusos con base en la existencia o inexistencia de medios coactivos el legislador español propone un marco sistemático más que adecuado pa-

⁴⁸⁵ También, a modo de ejemplo, las dificultades de determinación del conocimiento del riesgo por parte de la víctima para la determinación de su posible consentimiento, así CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 198 sostiene que «...si se tiene en cuenta que desde la perspectiva del consentimiento no puede existir una especie de “obligación de conocer el riesgo”, toda valoración jurídico-penal se haría depender de lo que suceda en la cabeza de la víctima, sin ninguna referencia a la configuración fáctica de la realidad [...] De hecho, esta dependencia de la solución del “elemento intelectual” de la víctima lleva a curiosas discusiones acerca de qué es aquello en lo que se consiente en determinados grupos de casos».

⁴⁸⁶ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba...*, *op. cit.*

⁴⁸⁷ CANCIO MELIÁ, «Los delitos...», *op. cit.*

ra una interpretación restrictiva de los medios coactivos sin caer en las tan temidas “lagunas de punibilidad”⁴⁸⁸.

Justamente por ello, es posible realizar una interpretación restringida de los medios coactivos que permita llegar a soluciones justas sin tener que recurrir a criterios estrictamente subjetivos, equívocos e inseguros. El punto de partida es considerar que no toda intimidación es intimidación típica en el sentido del art. 178 del Cp⁴⁸⁹. Para ello, es necesario exigir a las víctimas de conductas sexuales no consentidas un cierto «deber de no ceder», en la medida de sus posibilidades⁴⁹⁰.

7. En este sentido, se trata de determinar una correcta distribución de responsabilidades entre autor y víctima bajo los lineamientos de un criterio de delimitación de esferas de competencias entre ambas, sin limitar el análisis a la conducta del autor prescindiendo de los aportes de la víctima en la producción del injusto.

No obstante, ello lleva necesariamente a afirmar que existe intimidación no típica que configuraría un supuesto intermedio entre la que sí lo es, y los supuestos de actos sexuales no consentidos sin intimidación que merecen una pena menor. Entonces, el supuesto más grave se pena como agresión sexual -porque hay intimidación típica- y el supuesto más leve se pena como abuso sexual -porque no hay intimidación-. Finalmente queda la duda sobre los casos de intimidación no típica, ¿de qué delito se trata? La respuesta es sencilla, no se trata de otro delito distinto sino que la intimidación típica del 178 requiere de una serie de características que permitan afirmar que hay otra intimi-

⁴⁸⁸ Sobre las lagunas en distintos ámbitos del Derecho penal *vid.*, por todos, RIGGI, *Interpretación y ley penal...*, *op. cit.*

⁴⁸⁹ Con igual criterio, con relación al Cp anterior, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre algunos aspectos...», pp. 287-299, «... no todo yacimiento con intimidación constituye violación».

⁴⁹⁰ Introduciendo en España esta expresión desarrollada por ARZT, MschrKrim 67 (1984), p. 113, *vid.* Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Abaco, Buenos Aires, 1998, p. 180.

dación no tan grave que el legislador ha tipificado en el 181, de lo contrario, ¿cuándo puede afirmarse que una conducta sexual es no consentida y fue realizada sin intimidación?

Si el precepto del 178 no fuera interpretado bajo un criterio sistemático el art. 181 tendría poco sentido puesto que no, prácticamente, conductas encuadrables en el mismo. A saber, para que la regulación actual en los delitos contra la libertad sexual en el Cp de 1995 no se convierta en extremadamente limitada es imprescindible interpretar que, cuando el legislador dijo en el art. 181 «...sin intimidación y sin que medie consentimiento...» quiso decir sin intimidación típica del 178 pero sí con algún grado de intimidación menor, de lo contrario el precepto sería muy limitado. No existe en la práctica un caso de acto sexual no consentido sin al menos un mínimo grado de intimidación, salvo el caso de engaño, actuación por sorpresa y los supuestos de víctimas constitutivamente débiles.

Este argumento es central para determinar que no toda intimidación es típica del 178 sino que algunos casos sólo podrán serlo del delito de abuso sexual debido al «menor grado de intimidación».

§ 2. ARGUMENTOS DE ORDEN SISTEMÁTICO A FAVOR DE LA POSTURA PERSONAL

I. Justificación

1. El punto de partida para una interpretación restrictiva del concepto de intimidación es la convicción de la existencia de determinadas amenazas que no llegan al calificativo de típicas, como medios coactivos, o que no llegan a configurar una intimidación en sentido técnico jurídico.

En sus versiones más antiguas el Diccionario de la Real Academia española citaba el enunciado «*los amenazados comen pan*» como expresión con la que se hacía referencia para explicar «*que no todas las amenazas tienen efecto, o que no se hace caso de ellas*»⁴⁹¹. Ello tiene aún más trascendencia en el contexto específico del Derecho penal, donde por tratarse de la *ultima ratio*, no toda amenaza, pese a serlo fuera del contexto del Derecho, será relevante a la luz de la dogmática jurídico-penal⁴⁹².

La doctrina penal tradicional que se ocupó del estudio de la violencia y las amenazas remarcó especialmente la diferencia existente entre el género violencia moral y la especie amenaza, siendo sólo las encuadrables en este último concepto las jurídico-penalmente relevantes⁴⁹³. A saber, es posible la existencia de *vis moralis* pero no siempre ella tendrá significación jurídica en el contexto del Derecho penal.

2. Para poder realizar un estudio dogmático serio que permita desarrollar criterios sólidos para la determinación de un concepto de intimidación es necesario tomar como punto de partida una descripción lo más clara posible de la situación generada en el contexto que hemos llamado «proceso intimidatorio».

La víctima de un delito mediante intimidación es colocada por el sujeto activo en una posición particular. En esa situación se ve obligada a decidir entre dos males, el puesto en perspectiva por el sujeto activo o el cumplimiento de la condición por él exigida, y por tanto al realizar una conducta cognitiva que la llevará a una conducta motora posterior

⁴⁹¹ Diccionario RAE, 2 ed., Madrid, 1770, p. 221, archivo de la RAE,

⁴⁹² En ese sentido, *vid.*, por todos, CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1519, p. 253 (nota 1) «... ni siquiera toda y cualquier amenaza de males basta para constituir su esencia de hecho; es necesario que el mal amenazado sea *grave, presente e irreparable*». En igual sentido, GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 395.

⁴⁹³ PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 76 «*Violenza (morale), infatti, è concetto più ampio e generico, mentre la minaccia è soltanto un suo modo di attuarsi; ed anche se è il solo modo giuridicamente rilevante in cui essa può concretarsi, non perciò i due concetti si identificano*».

que será lo que exteriorizará de aquella primera conducta de decidir por uno u otro mal⁴⁹⁴.

El esquema no parece complicado. Sin embargo, pretender explicar la conducta cognitiva de la víctima de decidir por uno u otro mal a través de supuestas «causas internas» no es más que una simplificación de un problema mucho más complejo. La delimitación de todos los ámbitos del Derecho penal, y no solamente de las instituciones de la parte general, debe realizarse, como de forma categórica afirma ROXIN, echando mano a criterios normativos⁴⁹⁵.

La objetividad como contracara de la arbitrariedad es la meta de la dogmática penal⁴⁹⁶. El desarrollo de argumentación racional implica el

⁴⁹⁴ Sobre los tipos de conductas humanas, *vid.* Francisco J. LABRADOR, «El control de las conductas humanas. Por qué funcionan las conductas», en AA. VV., *Aportaciones de la psicología al ámbito jurídico*, Francisco J. LABRADOR (dir.), en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, pp. 9-18, donde se clasifican las conductas humanas en tres categorías, las conductas fisiológicas, las conductas motoras y las conductas cognitivas.

⁴⁹⁵ Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, t. I..., p. 264, (marg. 66), «Las soluciones jurídicas no se derivan nunca de hallazgos puramente ontológicos, sino sólo y en todo caso de la aplicación a aquéllas de criterios normativos decisivos». Esa afirmación general del profesor ROXIN se puede ver, a modo de ejemplo, concretizada en su defensa del criterio de la responsabilidad jurídica en la determinación del dominio de la voluntad en la estructura dogmática autoría mediata, afirmando la necesidad de dicha teoría de la responsabilidad «... sin la cual la teoría del dominio del hecho en todas partes llevaría a resultados absurdos: que el concepto de dominio no puede estimarse exclusivamente con arreglo a criterios psicológicos y que, sobre la base de la ley, hay que imputar una decisión al sujeto de detrás que determina siempre que se exima de consecuencias penales al agente merced a la situación creada por el sujeto de detrás», Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6ª ed., (trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gómez de Murillo), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, § 21, p. 190.

⁴⁹⁶ Cfr. Entrevista a ALEXI, «Sobre reglas...», pp. 1-3 donde expresamente sostiene que «...la objetividad en Derecho no significa verificabilidad (*proovability*), como en las matemáticas o las ciencias naturales. La objetividad es la contracara de la arbitrariedad».

acercamiento de Derecho penal a los estándares de “Ciencia” y a la dogmática a cumplir su función originaria.

3. Sin embargo, es necesario desarrollar y precisar los criterios objetivos. Con teorías que postulan que el anuncio del mal debe ser juzgado desde el punto de vista objetivo *ex ante* de un hombre razonable en el lugar de la víctima contando también con los eventuales conocimientos especiales de la víctima⁴⁹⁷ nos quedamos a mitad de camino. Y más aún, no se dice nada nuevo con respecto a lo que ya venían sosteniendo, entre otros, SCHAFFSTEIN en la determinación del peligro en el estado de necesidad⁴⁹⁸.

II. La intimidación y su comparación con la violencia

1. La necesidad de limitar el concepto de intimidación encuentra un sólido argumento a partir de la comparación con la violencia como equivalente funcional o medio coactivo alternativo⁴⁹⁹.

La redacción de los preceptos recurriendo a la violencia y a la intimidación como medios coactivos puede desde algún punto de vista re-

⁴⁹⁷ BLANKE, *Das qualifizierte Nötigungsmittel...*, p. 245 «...einer Täterankündigung dieses Inhalts auszugehen ist, beurteilt sich aus der objektiven *ex ante* Sicht eines verständigen Menschen aus dem Verkehrskreis des Opfers, der auch über eventuelle spezielle Kenntnisse des Opfers verfügt».

⁴⁹⁸ SCHAFFSTEIN, *Bruns-FS*, 1978, pp. 89 y ss (marg. 106) quien determina el peligro con base en «... el juicio objetivo del observador inteligente del sector del tráfico del agente, que disponga también de los conocimientos especiales de éste».

⁴⁹⁹ En ese sentido, ha sostenido CARMONA SALGADO, «Incidencias de la LO 15/2003...», pp. 1163-1169 en referencia a la intimidación y la violencia como medios coactivos del delito de agresión sexual que «... sería recomendable evitar, en la medida de lo posible, interpretación y exigencias apriorísticas discriminatorias entre ambos tipos de violencia».

sultar redundante⁵⁰⁰. Un número importante de supuestos en los que la violencia es considerada medio coactivo también podrían ser encuadrados como conductas de intimidación. A saber, en un determinado momento de la agresión (violencia) la víctima cede a los deseos del agresor para evitar que la violencia continúe y eso es, a mi juicio, un claro ejemplo de intimidación⁵⁰¹. No obstante, es preciso recordar que GIMBERNAT ORDEIG distinguía este grupo de casos de los de violencia e intimidación, considerándolos una tercera categoría intermedia entre ambos. Es decir, por una parte la violencia irresistible, por otra la intimidación y en medio este grupo de casos a los que daba el nombre de «violencia no irresistible», donde agrupaba los supuestos en los que la violencia comenzaba, pero no continuaba porque la víctima cedía para evitar que se prolongara la violencia contra ella.

2. Si bien es cierto que hay una diferencia sustancial entre la violencia y la intimidación lo importante es establecer el límite mínimo. Es decir

⁵⁰⁰ Es interesante sobre el tema de la tipificación exclusiva de las amenazas como medio coactivo el breve análisis del tema de HRUSCHKA, «La coacción...», pp. 51-64 y ss. Incluso ya a principios de siglo CARRARA, *Programa...*, Parte especial, vol. II, § 1519, p. 252 y ss. consideraba que la violencia moral equivale a la física. No obstante no faltan quienes creen de modo completamente contrario que el concepto de violencia abarca al de amenaza ya que tanto doctrina como jurisprudencia siempre han interpretado “las violencias” como violencia física y violencia moral así, entre otros, *vid.* Jorge Luis VILLADA, *Delitos contra la integridad sexual. Análisis dogmático, victimológico y criminológico situación en el Derecho comparado vigente*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 44.

⁵⁰¹ La doctrina mayoritaria es contraria considerando que en estos casos se está ante violencia y no ante amenaza o intimidación, *vid.* por todos con referencias a la doctrina anterior, GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre algunos aspectos...», pp. 287-288. Comparte esta posición en Argentina MORAS MON, *Los delitos de violación...*, p. 64 y en especial en la nota 98 donde reproduce su polémica con NÚÑEZ sobre este tema. En general la jurisprudencia alemana realiza la equiparación inversa, es decir, considera como casos de violencia conductas claras de amenaza como por ejemplo el caso de amenazar a alguien con una pistola, así, BGHSt 23, p. 126; Bay ObLG, JR, 94, p. 112 con comentario de DÖLLING. En contra de la posición de la jurisprudencia HRUSCHKA, «La coacción...», pp. 51-66.

que se determine cuándo hay, al menos, intimidación. Claro que no podemos soslayar que, por una parte, la distinción entre supuestos donde se ha recurrido a la violencia o a la intimidación como medios coactivos tiene un significativo interés dogmático y por otra, claro está, importancia práctica a la hora de la determinación concreta de la pena.

3. Aunque la equiparación del legislador entre violencia e intimidación no hace que la intimidación se convierta en violencia, a la hora de interpretar el tipo es necesario valorar que ha recurrido a ambos conceptos como medios coactivos y consecuentemente deben ser interpretados uno en relación con el otro, pues son equivalentes funcionales a la luz del tipo penal concreto⁵⁰². A saber, la violencia limitada por la intimidación y a la inversa la intimidación aproximada a la violencia.

Ello quiere decir que al momento de interpretar el concepto de intimidación debe valorarse que el legislador se refiere a una intimidación de tal entidad que pueda ser comparada a la violencia misma. En consecuencia, se trata de una violencia puesta en perspectiva, de una violencia que se podría producir en caso de no satisfacer los pedidos del autor pero que, aunque futura, debería tener las mismas exigencias que la violencia presente en sí misma.

Intimidar a alguien mediante una amenaza de lesión grave de su integridad física puede ser equiparado, salvando las diferencias, con una lesión grave contra la integridad física⁵⁰³. Sin embargo, pretender inti-

⁵⁰² Como sostiene Friedrich TOEPEL, «§240», en Urs KINDHÄUSER / Ulfrid NEUMMAN / Hans-Ullrich PAEFFGEN, (Hrsg.), *Nomos Kommentar: Strafgesetzbuch, Band 2*, (§§146-358), 2. *Aufgabe*, Baden Baden, 2005, (Rn. 105), p. 4173 ambos son equivalentes funcionales a la luz del tipo penal concreto en el que actual como medios coactivos.

⁵⁰³ Es importante recordar aquí que ha sido justamente la equiparación entre la lesión presente y la lesión puesta en perspectiva uno de los puntos que nos llevara a criticar el criterio objetivo de GIMBERNAT ORDEIG en su versión sistemática. Sin embargo, ello no quiere decir que, sin ser el fundamento único, pueda sostenerse la necesidad de equiparar un medio con el otro a la hora de determinar el límite externo de uno de ellos.

midar a una mujer mediante una amenaza de anunciar a sus amigas su verdadera edad difícilmente podría ser interpretada como una intimidación equiparable a la violencia⁵⁰⁴.

4. Existe una clara desigualdad ontológica entre la intimidación y la violencia. Sin embargo, el legislador penal, al establecer la misma consecuencia jurídica para ambas conductas, realiza una equiparación valorativa⁵⁰⁵. Si el legislador hubiese considerado que cualquier conducta, incluso de escasa gravedad, constituye intimidación en el sentido del tipo penal estaría incurriendo en una clara infracción del principio de proporcionalidad de las sanciones penales al aplicar la misma sanción a casos diferentes.

A saber, si el legislador pretendió agravar el delito de abuso sexual considerando agresión sólo la realizada a través de violencia o intimidación no puede entenderse que se está refiriendo a conductas de inferior gravedad, sino todo lo contrario⁵⁰⁶. El principio de *ultima ratio* del Derecho penal obviamente serviría de argumento para esta afirmación.

Lo correcto es entender que entre violencia e intimidación existe sólo una diferencia cualitativa y no cuantitativa⁵⁰⁷. La redacción actual de

⁵⁰⁴ Conocido caso presentado por GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre algunos aspectos...», pp. 287-289.

⁵⁰⁵ Cfr. CASTILLO ALVA, *La violación...*, p. 66, para quien incluso GIMBERNAT debió recurrir a este criterio de la equiparación valorativa como otro argumento a favor de la exigencia de la gravedad de la amenaza además del criterio sistemático de la gravedad de la violencia y del criterio teleológico de la gravedad de las penas previstas (nota 71).

⁵⁰⁶ En este sentido, resulta especialmente gráfica la afirmación del STS de 27 de enero de 1990 (A. 517) «... la intimidación parificada a la fuerza material, en cuanto precisa del requisito de que el mal conminado para vencer la voluntad sea grave e inmediato...».

⁵⁰⁷ En este sentido, ha sostenido gráficamente NK-KINDHÄUSER § 249 p. 4345 (marg. 23) que la violencia y la amenaza se diferencian en la realización concreta de la agresión física en un caso y en el carácter comunicativo del mal en el otro, «*Beide*

los tipos penales en los que el legislador ha recurrido a la violencia o intimidación como medios coactivos nos resultan favorables para realizar matizaciones entre ambos conceptos que podrían ser de utilidad para la consecución de soluciones adecuadas al principio de proporcionalidad⁵⁰⁸.

La única explicación posible del concepto de intimidación como medio coactivo surge de una interpretación teleológica que respete la sistematicidad del Código y que limite el concepto de intimidación para los casos más graves. A saber, para los supuestos que puedan, por su grado equivalente de disvalor, ser equiparados a la propia violencia⁵⁰⁹.

5. La gravedad de esos casos no puede determinarse mediante el miedo sufrido por la víctima sino por el peligro exteriorizado por la propia conducta. Es decir, si el fundamento de la agravación de la pena en los casos de agresión sexual se basa en la utilización de violencia o intimidación, para que la mayor pena sea proporcional debe existir una mayor gravedad del hecho punible y esa mayor gravedad del hecho punible viene dada por la mayor peligrosidad de la conducta exteriorizada

Nötigungsmittel unterscheiden sich nur dadurch, dass Gewalt physisch realisiert wird, während für die Drohung ihr kommunikativer Charakter kennzeichnend ist.

⁵⁰⁸ Así Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «Robo violento o intimidatorio «de menor entidad» con «medios peligrosos»: ¿una contradicción?», en RDPyC, núm. 6, (2000), pp. 407-428 (nota 64) sostiene que «... podría llevar a plantearse si el tradicional binomio «violencia e intimidación», empleado para constituir el delito de robo, habría de separarse si se desean tomar decisiones atentas a la distinta gravedad en cada caso concurrente».

⁵⁰⁹ Con la misma idea de equiparar intimidación con violencia GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-387 sostienen que «intimidación es amenaza de causar un mal grave, que debe ser equiparado en sus consecuencias posibles a la violencia, con la que hace unión típica» y continúan luego «... resulta conveniente no perder de vista que la intimidación se equipara, como medio instrumental para realizar la conducta típica, con la violencia. Que ambas modalidades, por tanto, deben ser valoradas en términos de paridad». En esa misma línea, *vid.* PÉREZ MANZANO, «Delitos contra el patrimonio...», pp. 369-403.

por el sujeto activo al utilizar violencia o intimidación. Es decir, por la mayor peligrosidad puesta de manifiesto por el autor del hecho, y en este último caso no sólo por lo que la víctima pudo o dejó de sentir.

La misma sanción prevista para los dos casos es un argumento más a favor de la equiparación valorativa de ambos conceptos⁵¹⁰. Por ello, el legislador alemán, basándose en este criterio de la equiparación violencia-intimidación, ha limitado acertadamente el alcance del concepto de intimidación a determinados males facilitando la interpretación del precepto en los términos restrictivos que son aconsejables.

III: La interpretación del tipo de chantaje como límite de la intimidación

1. La observación de los medios coactivos previstos en el Cp 1995, pero en este caso más allá de los límites del delito de agresión sexual en particular, permite determinar un segundo argumento de orden sistemático.

En el delito de robo con violencia en las personas, como se ha desarrollado *ut supra*, el legislador español ha recurrido a la violencia o intimidación en las personas como medios coactivos. Tanto la doctrina

⁵¹⁰ Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, p. 514, (marg. 7) al explicar la diferencia entre acuerdo y consentimiento sostiene que no cualquier coacción por parte del autor convertiría en ineficaz el acuerdo, salvo que en el caso del § 177 se trate justamente de una amenaza, que es presupuesto de la realización del tipo. Esto demuestra con claridad la posición del autor exigiendo una cierta entidad de la coacción, lo que no resulta extraño a la luz de la regulación del tipo penal de violación en el Derecho penal alemán. Esa postura es confirmada por el propio ROXIN en la misma obra p. 552 (marg. 82) cuando afirma que «... del tenor literal de los §§ 177 y 178 (“amenaza con un peligro actual para la integridad física o la vida”) se desprende que no es punible según estos preceptos la conducta de quien con la amenaza de originar un escándalo obliga al consentimiento en actos sexuales; en tales casos basta con la punibilidad por coacciones».

como la jurisprudencia han debatido sobre los límites del concepto de intimidación en los mismos términos que en el delito de agresión sexual⁵¹¹.

Sin embargo, a mi juicio, con la tipificación autónoma del delito de chantaje se ha establecido un límite a la interpretación del concepto de intimidación en el contexto del delito de robo. En ese sentido, desde una perspectiva sistemática se establece una interpretación restrictiva de la intimidación típica de robo que puede ser válida también, al menos, como argumento tendiente a determinar el grado de intimidación relevante requerido por el legislador penal de 1995.

2. Los supuestos de posible tipificación en el tipo penal del art. 171.2 Cp 1995, al que la doctrina ha dado el nombre de delito de chantaje, pueden ser al mismo tiempo encuadrables en la literalidad del tipo penal de robo con violencia o intimidación en las personas⁵¹². A saber,

⁵¹¹ En ese sentido, *vid.*, por todos, Carlos GRANADOS PÉREZ, *Acuerdos del pleno de la sala penal del T.S. para unificación de jurisprudencia, años 1991-2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 101 «... robos con violencia o intimidación de orden menor no deberían estar sancionados con la misma pena que los atracos hechos con armas de fuego, por ejemplo».

⁵¹² *Vid.*, sobre el delito de chantaje en el Derecho penal español, entre otros, Ángeles JAREÑO LEAL, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 88 y ss. La doctrina diferencia entre la intimidación del delito de robo y las amenazas, así Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ, *El delito de amenazas (En el nuevo Código Penal). Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y modalidades*, Editorial General de Derecho S. L., Valencia, 1997, p. 81 sostiene que en el delito de amenazas el miedo producido sobre el ánimo de una persona para conseguir de ella un objeto determinado es mediante el anuncio de causarle un mal o daño no inmediato, mientras que en el caso de la intimidación en el delito de robo el daño o mal anunciado es inmediato. Mantiene el mismo criterio la jurisprudencia del TS, así por ejemplo, *vid.* STS de 18 de noviembre de 1994; STS de 27 de octubre de 1982; STS de 23 de mayo de 1977.

No obstante, considero que es incorrecto mantener la diferencia entre la intimidación en el delito de robo con intimidación en las personas y el delito de chantaje con el sólo argumento de la inmediatez del mal anunciado. Tal posición llevaría a

amenazar a una persona con revelar o difundir determinada información personal a cambio de una cantidad o recompensa puede ser perfectamente encuadrado en la literalidad del tipo del art. 237 como un supuesto de robo con intimidación sobre la persona.

3. En ese sentido, los defensores del criterio subjetivo de interpretación del concepto de intimidación se verían obligados a sostener, en este caso, que la conducta debe ser encuadrada en el tipo de robo intimidatorio en el supuesto que la amenaza haya logrado el efecto intimidatorio en la víctima, o en el tipo penal de chantaje si no se pudo lograr dicho efecto. En consecuencia sólo dependería de la mayor o menor sensibilidad del sujeto pasivo, como expresáramos al desarrollar la crítica a los criterios subjetivos, si una conducta debe ser encuadrable en uno o en otro tipo penal, solución que a todas luces resulta insatisfactoria. Obsérvese que difícilmente alguien que no se haya sentido “intimidado” por la revelación de una información personal realizaría la entrega de la cantidad requerida como condición.

4. Hasta donde alcanzo a ver, si el legislador español ha tipificado de forma autónoma el delito de chantaje, estableciendo una pena sensiblemente menor a la prevista para el robo con intimidación⁵¹³, es porque ha entendido que los supuestos encuadrables en el chantaje no podían ser considerados como un supuesto de robo con intimidación

afirmar que si se amenaza a un sujeto con contarle inmediatamente a su mujer que él mantiene relaciones sexuales con su secretaria sería un delito de robo, mientras que si se le amenazara con contarle eso a su mujer mañana sería un delito de chantaje, hasta donde alcanzo, el criterio de la inmediatez del mal resulta en este caso artificial, debiendo afirmarse que existe un claro concurso de leyes.

⁵¹³ El delito de robo con violencia o intimidación en las personas es castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, mientras que para el delito de chantaje el Cp 1995 prevé una pena de dos a cuatro años si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido y de seis meses a dos años si no lo hubiese conseguido.

en las personas y ha pretendido, mediante el criterio sistemático adoptado, salvar ese ámbito de desprotección.

5. Consecuentemente, ello lleva a pensar que el legislador penal español no considera que en el supuesto de intimidación del delito de robo puedan encuadrarse todas las conductas intimidatorias sino sólo algunas. Es decir, aquellas que revistan una cierta entidad, de lo contrario la tipificación autónoma de las conductas de chantaje sería completamente innecesaria.

En conclusión, en el Cp de 1995 la amenaza con un mal no prohibido como lo es la difusión o revelación de hechos referentes a la vida privada o familiar que no sean públicos no puede ser considerada como un supuesto de intimidación. En consecuencia, la amenaza con hacer público o denunciar a alguien que ha cometido un delito, que ha faltado al colegio, que ha incumplido una obligación laboral, que ha mantenido una relación extramatrimonial, etc. son conductas que no pueden ser encuadrables en el concepto de intimidación en el sentido que al mismo le ha dado el legislador penal español.

En virtud de ello, el famoso caso de la amenaza con revelar la edad de la víctima presentado por GIMBERNAT como amenaza con condición sexual, si se tratase de una amenaza condicional de entregar dinero, no sería un supuesto de robo intimidatorio sino que, por el contrario, se trataría, en su caso, de un supuesto de chantaje. En esa misma línea argumental resulta difícil afirmar que la misma amenaza, cambiando la condición, sea suficiente para configurar un delito de agresión sexual, más aún existiendo el tipo “residual” del abuso sexual del art. 181.

IV. La interpretación del tipo de acoso sexual y la delimitación de la intimidación

1. Un tercer argumento de orden sistemático, pero en este caso estrictamente relacionado con el concepto de intimidación en los delitos contra la libertad sexual ha sido puesto de relieve por GONZÁLEZ RUS.

Al formular su criterio objetivo de interpretación del concepto de intimidación del Cp 1995 cambiando el criterio mixto que venía proponiendo con la legislación española precedente, este autor excluye de la intimidación los males relacionados con las legítimas expectativas en el ámbito laboral. Según postula, la existencia del delito de acoso sexual en el art. 184 hace evidente que para el legislador penal español hay males que no tienen entidad suficiente para ser considerados intimidación. Entre ellos «la amenaza de causar al sujeto pasivo un mal relacionado con las legítimas expectativas en el ámbito en el que eventualmente puedan tener relación con el sujeto activo»⁵¹⁴.

2. Ello se justifica porque de lo contrario el delito de acoso sexual habría sido tan sólo la tipificación expresa de tentativas de agresión sexual con una pena sensiblemente menor, situación insostenible desde una perspectiva de Política-criminal⁵¹⁵.

⁵¹⁴ GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-332.

⁵¹⁵ *Cfr.* GONZÁLEZ RUS, «Los delitos...», pp. 321-332.

V. La interpretación del delito de amenazas y la delimitación de la intimidación

1. Por su parte, en el contexto del libro VI «delitos contra la libertad», en el capítulo II correspondiente a las amenazas aparece un interesante argumento de orden sistemático que justifica la delimitación del concepto de intimidación según la gravedad del mal anunciado siempre, claro está, que se considere que el proceso intimidatorio parte de una amenaza con un mal puesto es perspectiva.

2. El tipo básico de las amenazas del art. 169 del Cp 1995, como ya se ha analizado oportunamente, se construye sobre la base de un mal puesto en perspectiva por el autor contra la víctima, su familia o personas relacionadas íntimamente con ella. Dicho mal debe ser constitutivo de delitos específicos tipificados en el Cp como son el homicidio, las lesiones, el aborto, cualquiera contra la libertad, las torturas, contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. Cabe recordar que sobre este argumento se construye la propuesta objetiva desarrollada *supra* de GONZÁLEZ RUS.

3. Sin embargo, es interesante el esquema general de las amenazas que se presenta con el art. 171 del Cp 1995. A saber, se describe allí la conducta típica de amenaza con un mal que no constituya delito. Es decir que no debe tratarse de un mal delictivo sino que bastará con la puesta en perspectiva de cualquier otro mal. Este dato es especialmente significativo toda vez que si existe la amenaza con un mal delictivo la conducta encuadrará en las amenazas del art. 169, mientras que si el mal no es delictivo la conducta podrá ser penada por el art. 171.

4. Así las cosas, un dato significativo se plantea a la hora de determinar la existencia real o no del hecho con el que el autor amenaza. A saber, no puede ser considerada de igual modo la amenaza con revelar una supuesta relación extramatrimonial si ella efectivamente existió o tan sólo es inventada por el autor para obtener una ventaja indebida de la víctima. Pues, en un caso, en el de la amenaza con la divulgación de una relación extramatrimonial real, estaríamos ante la existencia de un conducta típica del chantaje del art. 171.2. Mientras que, por el contrario, en el caso de la amenaza con la revelación de una relación extramatrimonial falsa, la conducta no podría encuadrar en el tipo de chantaje, pues se amenaza con una conducta delictiva. A saber, con una injuria, delito contra el honor que está expresamente previsto en las amenazas del art. 169. Desde esta perspectiva, es especialmente importante determinar si, en los casos de amenaza con divulgación de alguna conducta inmoral (injuria) o delictiva (calumnia) de la víctima, esa conducta fue real o pura invención del autor.

5. No obstante, existe un supuesto donde el legislador penal ha dejado, seguramente sin percatarse de ello, un vacío significativo. Obsérvese que existen amenazas con divulgar determinadas conductas que no se halla previstas en el *numerus clausus* del art. 169. Por tanto si se considera que esas conductas son factibles de interpretarse como calumnias, podría perseguirse la conducta del amenazador como delito del art. 169, mientras que si se interpreta tan sólo como una falsa denuncia, no sólo no podría encuadrar en el art. 169, por no hallarse prevista entre los delitos enumerados en ese artículo, sino que tampoco podría encuadrar en el art. 171 por tratarse de la amenaza de una conducta delictiva, no quedando otra alternativa que penarla como falta de amenaza del art. 620.2, pudiendo generar una importante desigualdad en la práctica⁵¹⁶.

⁵¹⁶ Cfr. GÓMEZ POMAR / ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación...*, pp. 234 y 235 donde en el contexto del análisis de la jurisprudencia penal española sobre chantaje se describe con detalle esta situación a la luz de las sentencias SAP de Cáceres de 30 de diciembre de 2002 en la que se condenó por el 171.2 a

VI. La graduación de la intimidación a la luz de las faltas del art. 620 inc. 2

1. Finalmente, en el contexto de las faltas reguladas en el libro III del Cp 1995 y en particular entre las faltas contra las personas del título I aparece un último argumento de orden sistemático a favor de la restricción de la interpretación de la intimidación.

2. En el art. 620 inc. 2 del Cp 1995 se tipifican como faltas dependientes de instancia privada las amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve. La tipificación específica de conductas leves de amenazas o coacciones, por limitar la interpretación al contexto del presente trabajo, indican de por sí una graduación en el propio contexto penal de los medios coactivos o de las conductas específicas por su gravedad. Es decir, que el propio legislador penal español sostiene que no todas las amenazas o coacciones son lo suficientemente graves como para configurarse como medios coactivos que lleven a la tipicidad.

3. En resumen, el legislador admite grados de intimidación o coacción, considerando unos supuestos más graves que otros y regulando sólo

quién chantajeó a un supuesto homosexual con denunciarlo por haber abusado de su hermano más pequeño; y SAP de Huelva de 7 de junio de 2001 en la que se condenó, también por el art. 171.2, a quien había amenazado a la víctima con denunciarlo por haber mantenido relaciones sexuales delictivas con menores. En ese contexto, si las conductas que pretendía divulgarse efectivamente se habían concretado podría pensarse por el 171.2, pues se trataría de la divulgación de un secreto. Mientras que si las conductas nunca se había producido, divulgación de una mentira, estaríamos ante una calumnia o ante una denuncia falsa. En el primer supuesto debían ser perseguidas como amenazas del art. 169, mientras que en el segundo caso, no es posible ir más allá de una falta de amenazas del art. 620.2 del Cp 1995.

los primeros como medios coactivos de los delitos contra la libertad en general y contra la libertad sexual en particular.

§ 3. ARGUMENTOS DE ORDEN TELEOLÓGICO A FAVOR DE LA POSTURA PERSONAL

1. Los argumentos de orden sistemático dan una idea aproximada de la finalidad del legislador penal a la hora de incluir la intimidación como medio coactivo en la parte especial. No obstante ello, resulta importante desarrollar los argumentos de orden teleológico que ayudan a fundamentar las manifestaciones sostenidas en este trabajo.

Para ello se parte de las siguientes premisas que, según SILVA SÁNCHEZ, explican la interpretación teleológica de los enunciados jurídico-penales: « a. Que en relación con dichos enunciados existe un *telos*, llámese a éste “fin de regulación” (*Zweck*), “idea fundamental” (*Grundgedanke*), “razón justificante, etc.; b. Que el *telos* de referencia no lo expresa (o no lo expresa siempre) el propio enunciado jurídico, ni tampoco otro enunciado jurídico; c. Que, sin embargo, dicho *telos* es susceptible de ser descubierto (o, mejor, asignado); y d. Que, una vez descubierto (o asignado) el *telos*, cabe reconstruir el sentido del enunciado jurídico en términos de racionalidad teleológica, es decir, configurarlo como medio para el cumplimiento de dicho fin»⁵¹⁷.

«La interpretación teleológica conduce a contraponer la norma con su fin, y la norma-medio con la norma-fin»⁵¹⁸. Claro que el punto pasa

⁵¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la «interpretación»...», pp. 365-373.

⁵¹⁸ Juan CIANCIARDO, «Los límites del sistema normativo», en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, vol. 5, (2004), pp. 421-427.

por determinar, una vez superada la letra de la ley, cuál es el límite de sustento en fines superiores hasta la llegada del fin último⁵¹⁹.

2. Indudablemente el legislador penal del Cp 1995 pensó en dos niveles de afectación del bien jurídico libertad sexual. Como se explicó claramente en la primera parte del trabajo se construyeron dos velocidades de afectación.

Por una parte aquella donde sin consentimiento de la víctima se desarrollaba un acto de contenido sexual que se abarcaba entre los abusos sexuales. Por otra, el caso de las agresiones sexuales, donde además de la falta de consentimiento de la víctima el autor agregaba el plus de utilización de medios coactivos, sean estos violentos o intimidatorios. Este plus de gravedad de la intervención del autor que utiliza medios coactivos ha sido puesto de manifiesto por el propio TS español.

A saber, en el contexto del delito de robo con intimidación ha sostenido gráficamente el TS que «... la gravedad de la amenaza, y de la intimidación que es su consecuencia, se debe apreciar según el nivel de riesgo que representa para los bienes jurídicos del sujeto pasivo del robo. *Cuando dicho riesgo afecta a bienes personales, como el cuerpo y las lesiones* que, de concretarse la amenaza, pudieran haberse producido al

⁵¹⁹ CIANCIARDO, «Los límites...», pp. 421-427, este esquema resulta especialmente interesante, toda vez que como sostiene este autor «todo fin, en las cosas humanas, es a la vez medio, o caso particular de un fin más amplio. Ahora bien, llegados a la norma-fin más elevada que puede imaginarse -v.gr., «actuar para favorecer el bien común», la *salus animarum* del Derecho canónico o, más apropiadamente aún, «lo justo debe hacerse y lo injusto evitarse»-, el interprete cae en la cuenta de que permanecer allí resulta imposible: a esta altura el Derecho positivo es indeterminado y cada uno es libre de determinarlo a su modo. Para determinar el bien común hay que emprender el camino de descenso, hasta llegar al punto de partida: el fin de la norma es su propia letra».

sujeto pasivo, es de consideración la gravedad de la ilicitud y no se debe valorar como de menor entidad»⁵²⁰.

3. Al establecer las dos velocidades de afectación el legislador toma clara posición sobre la finalidad de la incorporación de medios coactivos en los delitos sexuales. Es decir, por una parte queda planteado el tipo básico donde se afecta la libertad sexual sin más -abusos sexuales- y por otra el tipo penal donde el medio utilizado justifica una intervención más severa del Derecho penal -agresiones sexuales-.

En ese contexto resulta claro que la finalidad del legislador ha sido la agravación de las conductas en las que se han utilizado medios coactivos. No obstante, cabe pensar que no se ha considerado cualquier medio, sino que por el contrario se ha puesto el acento en los más graves, la violencia y la intimidación. En concreto, dentro de esta última, sólo en aquellos casos especialmente relevantes que se distancian del tipo básico de los abusos sexuales construidos tan sólo sobre el mero disenso del sujeto pasivo.

4. La limitación teleológica del concepto de intimidación es el fundamento último de este trabajo. Por tal motivo se remite en esta parte al núcleo de la propuesta personal desarrollada en las páginas que siguen.

⁵²⁰ STS de 11 de diciembre de 2000 (AP, núm. 15-abril 2001, pp. 732-734 (la cursiva es mía).

CAPÍTULO X

ESQUEMA DEL PROCESO INTIMIDATORIO

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. La intimidación como medio coactivo no se configura como un mero hecho aislado e individual, sino que por el contrario forma parte de un proceso que como tal tiene un esquema específico y ciertas particularidades. En ese proceso intimidatorio intervienen diversos sujetos que cumplen, según su posición dentro del mismo, distintos roles específicos⁵²¹. En primer lugar, según sus distintas denominaciones en cada caso, el sujeto activo, autor, *cogenes*, *metus inferens*, violentador, amenazante; por otra parte, la víctima, *patiens*, *coactus*, violentado, amenazado y finalmente terceros.

Habitualmente, un esquema de intimidación se estructura partiendo de la amenaza del autor a la víctima con la realización de un mal futuro contra ella si no accede a cumplir determinadas exigencias suyas⁵²². En

⁵²¹ Cfr. BERISTAIN, «La intimidación...», pp. 11-12.

⁵²² LORCA MARTÍNEZ, «El mal...», pp. 673-674 (nota 2) describe lo que a su modo de ver sucede, según un proceso de fases sucesivas, en un supuesto normal de violación intimidatorio «1ra) La manifestación por el agente de sus lúbricas pretensiones. 2da) La negativa del sujeto pasivo, con ánimo resuelto, a acceder a la realización del acto sexual. 3ra) El empleo de fuerza o de amenaza suficientes por el sujeto activo para doblegar la voluntad de la víctima. Y 4ta) El temor racional y fundado de sufrir un mal de carácter grave e inminente que padece la víctima y que vicia o some-

ese sentido puede verse claramente que la *vis* y el *metus* son el contexto de la fuerza moral las dos caras de una misma moneda. A saber, desde la perspectiva del que infiere la amenaza se trata de un supuesto de fuerza, mientras que por el contrario desde la perspectiva del sujeto receptor de ese mal, *patiens*, es un supuesto de miedo⁵²³.

Sin embargo, ese esquema de configuración tradicional o clásico de proceso intimidatorio admite varias reformulaciones. No necesariamente siempre debe ser el autor el que amenaza con un mal que él mismo podría concretar. Como tampoco debe ser siempre la víctima la destinataria del mal anunciado pues, puede aparecer un «tercer hombre» como destinatario del mal comunicado a la víctima⁵²⁴.

2. La estructura general de un proceso intimidatorio es la misma que la del tipo de injusto de cualquier amenaza condicional⁵²⁵. Desde esa

te su voluntad». También ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad...*, p. 44 sostienen que el esquema descrito es que normalmente sucede en los procesos intimidatorios en el ámbito de los delitos sexuales.

⁵²³ Cfr. CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, p. 23.

⁵²⁴ AGUIRRE OBARRIO, *El delito de chantaje...*, p. 96 llama «tercer hombre» al sujeto que en un esquema simple de chantaje sería quien «... recibirá la noticia que él no conoce o mención infamante para el extorsionado». En un esquema intimidatorio general el tercer hombre puede ser el destinatario de males que se le anuncian a la víctima con la intención de doblegar su voluntad, pero su influencia en la determinación del hecho no tiene tanta relevancia. Distinta es la situación en el chantaje donde el «tercer hombre», resulta hasta donde alcanzo el «primer hombre», pues la gravedad del mal anunciado por el autor dependerá directamente de la trascendencia que este «tercer hombre» de al contenido del mensaje del autor. A saber, como el propio AGUIRRE OBARRIO sostiene, «...la reacción esperada del tercer hombre es la base del chantaje. Es el mal que asusta, y porque así es, aterra la comunicación del secreto o el informe sobre el deshonor a esa persona o grupo». Sobre este tema se volverá detenidamente al estudiar los procesos intimidatorios de configuración alternativa.

⁵²⁵ PASTOR MUÑOZ, «Sobre la estructura de la amenaza...», pp. 479-480, equipara su interpretación de las amenazas condicionales del Cp español con todos los deli-

perspectiva coincide plenamente con la estructura del delito de chantaje; pudiendo llegar a afirmarse que el chantaje constituye un supuesto específico de intimidación, aunque con un importante matiz. Si bien en las estructuras generales es idéntico el esquema del chantaje se distancia de un supuesto concreto de intimidación, pues en él «el acto ilícito es el resultante de la conexión o combinación de dos actos, en sí, lícitos»⁵²⁶.

Ello es así porque la revelación de un secreto, en términos normales una conducta lícita e incluso una conducta obligatoria en los supuestos de delitos de acción pública, se transforma en los casos de intimidación en el anuncio de un mal puesto en perspectiva. No obstante, existen varios supuestos de hecho donde también el chantaje se configura sobre la conexión o combinación de dos actos que aisladamente también son ilícitos. Como también existen, para parte de la doctrina, supuestos donde la estructura de injusto de la amenaza condicional se construye sobre la base del anuncio de un mal que en sí mismo, de modo aislado, no constituye delito. Es justamente en estos supuestos donde ambas estructuras se igualan mostrando su relación de género a especie.

3. La estructura de la intimidación puede ser sistematizada como un proceso de relaciones intersubjetivas con ámbitos perfectamente diferenciables. En ese sentido, el esquema general puede ser presentado mediante un proceso que tiene, al menos, tres partes, eslabones o peldaños. Cada uno de esos peldaños posee sus características, sujetos y momentos de realización, siendo sólo un supuesto de intimidación típica, es decir, con relevancia jurídico penal aquel proceso que se desarrolle siguiendo y completando tal esquema.

tos donde aparece la intimidación como medio para doblegar la voluntad de la víctima para conducirla a un determinado comportamiento u omisión.

⁵²⁶ GÓMEZ POMAR/ ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación...*, p. 42.

Sin embargo, como se verá en el tratamiento concreto de cada uno de estos estratos analíticos, es posible asignar en determinados casos la existencia de conductas con relevancia jurídico-penal a la luz de otros tipos concretos de la parte especial. En ese sentido, es importante no perder de vista el objetivo general del trabajo que pretender explicar la intimidación como medio coactivo, dejando en este análisis la puerta entre abierta para la realización de posibles abordajes de otros temas colaterales.

§ 2. PRIMER PELDAÑO: PUESTA EN PERSPECTIVA O ANUNCIO

I. Introducción

1. El esquema de proceso intimidatorio se inicia con lo que a partir de aquí llamaremos primer peldaño o puesta en perspectiva. Esta segunda denominación se debe, precisamente, a que es en esta etapa del proceso intimidatorio donde se anuncia la realización de una conducta condicionada al comportamiento del destinatario del mensaje. A saber, el sujeto activo anuncia o pone en perspectiva ante el sujeto pasivo la realización de un comportamiento, en principio negativo para éste último, en caso de que no acceda a la realización de la conducta de contenido sexual solicitada.

2. La conducta humana que concreta el esquema del primer peldaño puede, por sí misma, ser pasible de reproche jurídico-penal. La descripción típica de las amenazas condicionales representa justamente esta estructura donde el autor amenaza con la realización de un mal si el sujeto pasivo no actúa según sus requerimientos. En esta línea argumental puede ya afirmarse que el proceso intimidatorio que se describe como medio coactivo en el delito de agresión sexual es una especie de

la figura general de las amenazas condicionales reguladas en el mismo Cp. A saber, la agresión sexual intimidatoria es una amenaza con condición sexual.

Las amenazas, incluso las condicionales, constituyen un delito de mera actividad. No se exige en ellas más que el simple anuncio de un mal por parte del sujeto activo independientemente del efecto subjetivo o previsible que dicho anuncio puede causar.

3. El hecho de considerar a la intimidación del delito de agresión sexual una amenaza condicional específica no significa que baste con este primer peldaño o con el mero anuncio o puesta en perspectiva de un mal para la existencia de intimidación típica. Por el contrario, la sistemática del proceso requiere aún dos pasos complementarios. No obstante, es necesario justificar esta ampliación del proceso intimidatorio con más requisitos que el mero anuncio de un mal, pues de la legislación penal, o al menos, de su interpretación literal no surge la necesidad de mayores exigencias.

En la primera parte de este trabajo se describió, en sus puntos más significativos a la luz del tema que aquí nos ocupa, la estructura típica de las amenazas como medio coactivo en los delitos sexuales en distintas legislaciones penales. Pudo observarse en ese contexto que en legislaciones como la italiana y la argentina el legislador había recurrido a la figura de la amenaza, sin más consideración, como medio coactivo y equivalente funcional de la violencia en los delitos sexuales. Por su parte, en el extremo opuesto, el StGB, como también se explicó, recurre a la figura de las amenazas pero con un importante matiz. Se exige allí que la amenaza consista en el anuncio de un mal actual contra el cuerpo -integridad física- o la vida del sujeto pasivo. A saber, no basta cualquier amenaza como parece surgir de la propia letra de la ley de las legislaciones anteriores. Por su parte, el Cp 1995, en lugar de recurrir a la expresión amenaza, describe el medio coactivo recurriendo a la expresión intimidación, entendida aquí como proceso, y por algunos como efecto producido en el sujeto pasivo concreto.

La diferencia de criterios que sobre este tema han adoptado los distintos legisladores no es un punto menor. Ya en el orden legislativo, en el caso alemán, se ha puesto claramente de manifiesto la necesidad de distinguir las amenazas en sentido coloquial, las amenazas como medio coactivo para determinados delitos como las coacciones y las amenazas como medio coactivo para el delito de violación. No obstante ello, incluso en el caso del StGB, también es necesario realizar un aporte dogmático sistematizador del medio coactivo. Pues tampoco queda allí claro si tendrá relevancia típica toda amenaza contra el cuerpo -integridad física- o la vida de una persona. Ciertamente, de la misma forma debe observarse que una amenaza con cortarle a alguien el cabello, con darle un empujón o una simple cachetada parecen, en principio, irrelevantes como medios coactivos en el contexto de un delito sexual.

Por lo expuesto hasta aquí, es necesario legitimar el camino que se propone exigiendo otras condiciones -dos peldaños más- para que el mal anunciado pueda llegar a ser relevante como “intimidación” en el sentido del delito de agresión sexual. Es importante poner de relieve que tanto la jurisprudencia como la doctrina han ido sobre este punto siempre más allá de la propia literalidad del tipo. Recuérdese que salvo para los defensores de un criterio subjetivo puro, todas las demás teorías, incluso la ecléctica, exigen una amenaza especial. A saber, no basta con cualquier amenaza, sino que la misma debe poseer una serie de condiciones para ser penalmente relevante.

4. Así las cosas, si las amenazas que los Códigos penales prevén como medios coactivos deben poseer una serie de características especiales que no surgen expresamente de la literalidad de la ley, cabe hacerse una primera pregunta. De dónde surgen esas exigencias del tipo o, si se prefiere, qué legitima una restricción del tipo sobre la base de exigencias que la letra de la ley no prevé.

II. Tipo de texto y tipo de interpretación

1. El Derecho penal como *ultima ratio*, los fines del Derecho penal, el principio de legalidad y la exigencia de taxatividad de la ley se disputan un espacio permanente en el ámbito de las conductas contra la libertad. Cabe preguntarse, pues, hasta dónde puede avanzar la intervención jurídico-penal limitando conductas, cuáles son los límites de las tan recurridas «necesidades de Política criminal», qué tanta certeza debe tener el tipo penal para respetar el principio de legalidad o qué grados de afectación de la libertad personal justifican la intervención jurídico penal⁵²⁷.

Sin dudas estos dilemas son de una enorme complejidad. Sin embargo, hasta donde alcanzo a ver, para mediar en aquella puya de espacios puede resultar interesante recurrir a la distinción realizada en la doctrina de habla española por BACIGALUPO siguiendo los planteos de SCHMIDHÄUSER entre «tipo de texto» y «tipo de interpretación»⁵²⁸.

A saber, distinguir una primera comprensión del tipo vinculada al lenguaje corriente y jurídico ordinario, llamada «tipo de texto»; de una in-

⁵²⁷ Estos dilemas ya han sido planteados y se les ha procurado dar una solución parcial, también con el recurso a la estructura de los tipos de texto y de interpretación, en mi trabajo GONZÁLEZ GUERRA, «“¿Amenaza, coacción, o libertad?”...», *op. cit.* donde se procuraba distinguir las figuras típicas de amenazas y coacciones en la legislación penal argentina. De modo integral, *vid.*, en lengua castellana, RIGGI, *Interpretación y ley penal...*, *op. cit.*

⁵²⁸ Cfr. Enrique BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1994, p. 8. En nuestro país también han recurrido a esta funcional distinción, con relación al delito de estafa, Gladis ROMERO, *El tipo de interpretación del delito de estafa*, Fabián di Plácido, Buenos Aires, 1999; LA MISMA, *El delito de estafa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 111, «...Lo dicho permite sostener que el *tipo de texto* se apoya en una comprensión de la ley que permanece en las cercanías del sentido original de las palabras. El *texto de interpretación* producto de una comprensión de la ley en la que “el sentido particular de las palabras retrocede cuando el sentido total de la disposición lo exige en función de la aplicación del Derecho». En el contexto del delito de chantaje, sobre este tema, *vid.* AGUIRRE OBARRIO, *El delito de chantaje...*, pp. 253-254.

interpretación aplicada al supuesto de hecho, en el sentido de aplicación del Derecho al hecho, denomina «tipo de interpretación»⁵²⁹. Sin dudas en esta comprensión pueden explicarse más fácilmente determinadas exigencias de los tipos penales a la luz de las interpretaciones histórica, sistemática y teleológica; o de las necesidades Político criminales de intervención jurídico-penal. Pues en un número importante de casos el sentido general de determinada estructura típica exige mayores requisitos del precepto penal que los que surgen de la propia taxatividad del tipo.

Ello es así, porque si nos limitásemos a una interpretación literal llevaríamos a desvirtuar por completo el objetivo que el tipo penal está llamado a cumplir, incluyendo en la configuración típica una cantidad de conductas que exceden por completo los fines del Derecho penal, la *ultima ratio* y los intereses de Política criminal de un Estado de Derecho⁵³⁰. El escenario descrito ha sido denominado por la doctrina,

⁵²⁹ Una explicación similar en RIGGI, *Interpretación y ley penal...*, pp. 60 y ss. Sosteniendo que el juez «... a partir del texto legal, estaría en condiciones de descubrir el programa normativo embrionado por el legislador. Éste le permitirá concretar la norma jurídica que se encuentra detrás del texto».

⁵³⁰ En este sentido resulta especialmente gráfica, por citar una referencia a mí país, la jurisprudencia argentina en el contexto de las discusiones entre vecinos y el tipo penal de amenazas. A saber, claramente la Cámara Nacional Criminal y Corrección ha venido sosteniendo que los dichos vertidos en el fragor de una discusión, las amenazas en el contexto de una acalorada discusión y las amenazas que sólo transitan estados de ira o de ofuscación carecen de la entidad suficiente que requiere el tipo penal para configurar el delito de amenazas y ello, claro está, aunque cada una de estas conductas encuadren en la literalidad del tipo. En este sentido, entre otros fallos, CNCCorr., Sala IV, 08 /11 /01, causa 17.286, “Herrera, Alejandro” «no encuadra en la figura penal de amenazas, los dichos vertidos en el fragor de una discusión pues no revisten entidad suficiente para interpretar que anuncian un daño real que efectivamente se llevara a cabo»; CNCCorr., Sala III, C.17.211, Rta. 14 /2 /84 «no configura el delito de amenazas las expresiones -te voy a matar- y -te voy a desfigurar el rostro- si fueron proferidas dentro del contexto de una acalorada discusión»; CNCCorr., Sala IV, 28 /06 /93, “Victorio, Carlos” «escapan a la figura típica del caso, aquellas amenazas que solo transitan estados de ira o de ofuscación y que no persiguen amedrentar al destinatario»; CNCCorr., Sala IV, c. 44.383, “Pacheco, Omar”, Rta. 29 /11 /94 «no son reprimibles las amenazas que se pronuncian en un momento de ira, a título de provocación o amago de concreción inmediata de un mal, sino

en especial en el ámbito de la Filosofía del derecho, como supuestos de «reglas sobre-incluyentes»⁵³¹.

2. La diferenciación entre tipo de texto y tipo de interpretación como criterio para justificar la existencia de elementos necesarios del tipo penal no expresamente exigidos por la letra de la ley es una herramienta útil, pero riesgosa. Por ello, es necesario ser prudentes a la hora de utilizar conceptos como el de *tipo de interpretación*, pues si escudándonos en estructuras similares llegamos a negar determinadas exigencias del *tipo de texto* estaríamos en una interpretación ampliatoria del tipo “*in malam partem*” y como consecuencia necesaria llegaríamos a la violación del principio de legalidad.

Desde esa perspectiva, entiendo que a la luz de los principios fundamentales del Derecho penal podría legitimarse la figura del tipo de interpretación, siempre que ella sea un recurso limitador. Es decir, toda vez que el tipo de interpretación lleve a limitar las conductas encuadrables en la descripción típica la herramienta será legítima; mientras

aquellas futuras, capaces de una disminución de la libertad psíquica por un complejo de inseguridad, que obliga a una actividad de relación restringida respecto de la normal en resguardo de un peligro próximo, debiendo hallarse presididas por la dirección intencional de amedrentar, recordando que en Italia se propuso reprimir solamente la amenaza escrita porque la amenaza verbal no tiene el carácter de alarma que requiere una pena»; CNCCorr., Sala VI, causa 13.635, 18 /04 /02, “Peri, Jorge E. y otro” «carecen de la entidad que requiere el tipo penal de amenazas los términos intimidatorios vertidos si las particulares circunstancias en que tuvieron lugar dan la pauta de haber sido producto de un momento de ira, en el marco de una discusión - en el caso, entre vecinos- o consecuencia de un exabrupto»; CNCCorr., Sala II, 10 /8 /82, *in re* “Reynoso, Héctor A.” - en JA(a), (1984)-II-394 «las amenazas proferidas irreflexivamente al calor de un altercado verbal o en un arrebató de ira no son idóneas para amedrentar y resultan, por lo tanto, atípicas».

⁵³¹ Cfr. Frederick SCHAUER, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 31-34, en castellano, describiendo el *presumptive positivism* de SCHAUER, *vid.*, Juan B. ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 60 y ss.

que en los casos que la figura lleve a ampliar el tipo, la herramienta no encontraría legitimación⁵³².

§ 3. SEGUNDO PELDAÑO: SITUACIÓN DE INSEGURIDAD

*«Quamvis hoc quod fit non fit per se voluntarium,
tamen, consideratis circumstantiis, hic et nunc, voluntarium est».*

TOMÁS DE AQUINO, *In 4 Sent.*, dist. 29, p. 1a, art. 1, a. ⁵³³

1. El primer peldaño del proceso intimidatorio se concluye con el anuncio concreto de un mal. En el segundo peldaño la víctima receptora de dicho anuncio con un mal futuro para sí se encuentra en una posición particular a la que daremos el nombre de “situación de inseguridad”.

En dicha situación de inseguridad la víctima encuentra limitada la libre determinación de su voluntad, siendo llevada a la posición de tener que decidir si cumplir con las exigencias del autor o por el contrario sufrir el mal que le es anunciado⁵³⁴.

⁵³² «Si un comportamiento merecedor de pena pero todavía no punible debe convertirse en punible, es el legislador quien está llamado a producir ese efecto y no los tribunales»; Joachim HRUSCHKA, «La coacción en el sistema del Derecho penal», (trad. M. Teresa Madiedo Hontañón), AP, núm. 3, (2000), pp. 51-64.

⁵³³ «Las acciones, en este caso, más que mixtas de voluntario e involuntario, se deben considerar como voluntarias».

⁵³⁴ El receptor del mensaje o del anuncio debe necesariamente coincidir con la víctima, eso es así porque en el proceso intimidatorio se busca doblegar la voluntad de la víctima y no la de otra persona, pudiendo en su caso ser una tercera persona a

2. El sujeto pasivo, en el segundo peldaño del proceso intimidatorio, encuentra disminuida su voluntad, sin embargo dicha mengua de la voluntad no es total y en ese sentido puede afirmarse que el sujeto mantiene un cierto grado de determinación porque su voluntad no ha sido suprimida por completo o anulada⁵³⁵. Por el contrario, en los casos de intimidación, a diferencia de los supuestos de violencia o fuerza física, existe una disminución del *liber consensus* pero no una limitación absoluta de la voluntad⁵³⁶. Es justamente ésta la característica que establece el principio de diferenciación entre la violencia y la intimidación⁵³⁷.

3. En consecuencia, este estadio del proceso intimidatorio se caracteriza porque en él la persona coaccionada, por miedo, presta un consentimiento positivo de voluntad, con conocimiento pleno del acto que

la destinataria del mal que se anuncia a la víctima, como se da en los casos de amenazas indirectas o *Dreiecke*. Así SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 167 «...recayendo en persona distinta, mal puede verse afectado al paciente por una amenaza que ignora; otra cosa serán los supuestos de interposición de un tercero entre emisor y receptor, actuando aquél como correo o emisario...».

⁵³⁵ En este sentido se ha expresado claramente, entre otros, Antonio VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código penal colombiano*, Parte especial1-2, 6ª ed., Temis, Bogotá, 1986, p. 150 para quien la amenaza debe ser seria, aunque no es necesario que aniquile por completo la posibilidad de elección de la víctima.

⁵³⁶ Por ello no puede coincidirse con Edgardo A. DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II-A, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2003, p. 254 cuando sostiene que en el delito de coacciones “la libre determinación se anula, toda vez que únicamente le queda actuar como le es impuesto por el sujeto activo”.

⁵³⁷ En el Derecho canónico esta cuestión ha sido muy trabajada con relación al consentimiento en el matrimonio, *vid.*, en este sentido, subrayando la diferencia en el grado de afectación de la voluntad, total en la violencia y parcial en la intimidación, CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, pp. 27-28 «la persona coaccionada quiere, y ciertamente de modo positivo, habiendo plena concordancia entre su voluntad interna y la manifestación exterior de ésta. Pero quiere a fin de librarse del miedo que le ha sido inferido»; BOGGIANO PICO, *El matrimonio...*, p. 388.

en sí misma realiza, aunque coaccionado. Es decir, imperfecto y por tanto disminuida su voluntariedad mediante una fuerza moral, aunque pese a todo positivo y como tal, es pues, aunque imperfecto, un positivo consentimiento de la voluntad⁵³⁸.

Ello significa que el *coactus* ha elegido, al menos, entre el mal amenazado por el miedo y el mal que el *cogens* le ha puesto en perspectiva⁵³⁹.

4. Por lo expuesto hasta aquí parece razonable preguntarse si el hecho de que exista voluntad y elección por parte del *patiens* lleva necesariamente a la inexistencia de un esquema intimidatorio.

La respuesta debe ser negativa, pues, que el sujeto elija no quiere decir que haya elegido libremente. Por el contrario en estos supuestos ha elegido, pero limitado a sólo dos opciones entre las infinitas posibilidades que por su dignidad como persona le hubiesen correspondido.

Existen pues dos actos de voluntad, por una parte, el acto de querer la condición puesta por el *cogens* por sobre el mal que él puso en perspectiva, acto de voluntad positivo. Y por otra, el acto de voluntad, negativo, de no querer realizar la condición si no existiese el mal con que fue amenazado. Siendo este último un querer puramente hipotético, condicionado por la hipótesis no verificada de la inexistencia del mal amenazado⁵⁴⁰.

5. En este peldaño del proceso intimidatorio, si la víctima accede a cumplir con las exigencias del autor puede, al igual que en el primer peldaño, imputarse responsabilidad penal al autor. A saber, sin necesidad de probar la existencia de un mal “especial”, en el caso de contac-

⁵³⁸ CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, p. 29.

⁵³⁹ «*Coacta voluntas est semper voluntas y qui mavult vult*».

⁵⁴⁰ FEDELE, *Contributi alla teoria...*, p. 52.

to sexual no consentido entre el autor y la víctima, podrá imputarse al primero por el delito de abuso sexual.

La estructura, como injusto de amenazas condicionales en general, también puede ser trasladable a otros tipos penales. Hasta donde alcanzo, es justamente en este peldaño donde se explica la estructura de injusto del chantaje donde no es necesaria la existencia de un mal “especial”, bastando la amenaza con la divulgación de un hecho que la víctima desea que no sea conocido por tercera o terceras personas.

No obstante, el hecho de que la conducta pueda ser penalmente reprochable no significa que exista una intimidación típica, para ello será necesario determinar la existencia de un mal especial que legitime una intervención penal mucho más severa.

6. La “situación de inseguridad” generada en este segundo peldaño del proceso intimidatorio es en sí misma una “situación de necesidad” (*Notslage*). Sin embargo, se ha preferido darle aquel nombre para evitar su confusión con la situación de la víctima en el tercer peldaño del proceso intimidatorio.

KANT entendía la coacción como «*Necessitation*», por medio de la cual una acción es realizada por un sujeto necesariamente⁵⁴¹. En este sentido afirma HRUSCHKA que en el actual Derecho:

«... (1) se exige el empleo de un auténtico medio coactivo, es decir, de un medio por el cual el coaccionado sea *forzado* a algo, lo que excluye la sugestión, el fraude, y otros como medios coactivos (2) siempre la acción se describe como «coaccionar», «forzar» u otras expresiones similares, con las que se expresa que el coaccionado por el empleo de un medio coactivo es llevado a una situación de necesidad (3) siempre se exige una reacción del coaccionado condicionada por la situación de ne-

⁵⁴¹ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, 1797, vol. VI, p. 222, líneas 12-15.

cesidad que se desarrolla, sea objetiva o al menos meta del actuar coactivo. *Coacción es [...] siempre el empleo de un medio coactivo que lleva al coaccionado a una situación de necesidad con la que se causa la correspondiente reacción o que al menos debe poder causarlas*⁵⁴².

«La característica decisiva de la coacción es, según esto, la relación final (objetiva o al menos tenida en cuenta por la intención del autor) entre la acción coactiva, el estado de necesidad surgido de la acción coactiva y la reacción del coaccionado que surge de la situación de necesidad»

7. Desde esta perspectiva, si se acepta la clasificación de HRUSCHKA, siguiendo el *De Iure Naturae et Gentium* de PUFENDORF y la diferenciación propuesta por CICERÓN, la situación de necesidad, para nosotros situación de inseguridad, admite dos posibilidades⁵⁴³. Por una parte, el *Necessitudo simplex seu absoluta* estado de necesidad absoluto o estado de necesidad por antonomasia. Donde la resistencia a dicha situación, a pesar del esfuerzo, resulta imposible y al sujeto no le es viable ni evitar ni disminuir el mal. Y por otra, el *necessitudo cum adjunctione* o estado de necesidad con limitaciones en el cual, a diferencia del *necessitudo absoluta*, el sujeto pasivo, a pesar del peligro que lo amenaza, tiene siempre la posibilidad de elegir⁵⁴⁴. En concreto, en el contex-

⁵⁴² Cfr. HRUSCHKA, «La coacción...», pp. 51-53.

⁵⁴³ CICERON, *De Inventione*, Lib. II, cap. LVII.

⁵⁴⁴ Sobre este tema vid. Joachim HRUSCHKA, «*Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant*», en GA, (1991), pp. 1-10; el mismo, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», (trad. Frances Baldó Lavilla), en ADPCP, (1994), pp. 343 y ss.

En este sentido resultan gráficas las palabras de PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 109 «*Non sarebbe esatto, però, affermare che la minaccia escluda del tutto la volontà dell'agente...*»; también CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, p. 30, afirmando que «... el sujeto que padece el miedo manifiesta externamente lo que quiere en su interior. No obstante, lo hace mediante una coacción moral injusta que le lleva a elegir necesariamente (necesidad moral) lo deseado por el inferens metum».

En el contexto del delito de chantaje GÓMEZ POMAR/ ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación...*, p. 33 sostienen que «... quienes entienden la libertad como «posibilidad de elección» negarán que ésta se vea atacada en los casos de

to de la teoría de la imputación de la responsabilidad penal o teoría del delito, los casos de estado de necesidad justificante o disculpantes abarcan los casos de *necessitudo cum adjunctione*.

8. La posibilidad de elegir entre un mal u otro en el caso de una situación de necesidad con limitaciones fue descrita por primera vez por ARISTÓTELES en su *Ética a Nicómaco*⁵⁴⁵.

«El afectado puede elegir entre el acto con el que evita el mal amenazado o el mal con el que se amenaza» dando el nombre de *actio mixta* (acción mixta) al acto elegido por el sujeto para evitar el mal. Se trata de una acción elegida por el sujeto en una situación de necesidad y consecuentemente realizada de modo voluntario, pero sin embargo no deseada (*actio invita*)⁵⁴⁶. Es decir, el sujeto no desea ni la realización de la *acción mixta* ni la realización de mal, pero al estar colocado en una situación de necesidad elige la *actio mixta*⁵⁴⁷.

9. La violencia, tanto como la amenaza, colocan al sujeto pasivo en la situación de inseguridad que corresponde a la categoría de las *necessi-*

chantaje, toda vez que con el ofrecimiento a la víctima de la opción de pagar para evitar que la información sea revelada el chantajista no sólo no restringe, sino que aumenta el conjunto de oportunidad (los cursos de actuación posibles) del chantajeado».

⁵⁴⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, II, 1, 1110. Sobre el sistema de imputación en ARISTÓTELES *vid.* Richard LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena, 1903 (reimpreso en Hildesheim en 1967), pp. 200 y ss.

⁵⁴⁶ Sobre la *actio invita vid.*, fundamentalmente, Christian WOLFF, *Philosophia Practica Universalis pars prior*, Halle, 1738, §§ 581 y ss, pp. 429 y ss.

⁵⁴⁷ En ese sentido, en el contexto particular de las amenazas, LARRAURI PIJOAN, «Consideraciones...», pp. 563-573 sostiene que «... característico de las amenazas es que la víctima siempre puede elegir entre sufrir el mal con que se le amenaza o acceder a cumplir con la condición».

tudo cum adjunctione. No obstante, cada una de ellas tiene sus propias características.

PUFENDORF utiliza la distinción entre las dos situaciones de necesidad para diferenciar entre dos clases de fuerza, la *vis absoluta* y la *vis compulsiva*⁵⁴⁸. En los casos de *vis absoluta* se elimina completamente la libertad de sujeto. Sin embargo, en los casos de *vis compulsiva* el sujeto puede elegir⁵⁴⁹. Es decir, se le pone un mal en perspectiva y tiene la posibilidad de optar por la acción que el sujeto activo le exige o, por el contrario, por la conducta con la que se lo amenaza en caso de omitir las exigencias⁵⁵⁰. Si bien no puede afirmarse que en este caso la libertad está intacta, tampoco puede sostenerse que se ha eliminado por completo⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ PUFENDORF, *De Officio Hominis et Civis*, 1673.

⁵⁴⁹ Cfr. MANCI, *Reati sessuali...*, p. 43 «... la minaccia no abolisce la libertà física del potere che resta anzi integra ed efficiente, ma solo modifica la ragione psichica e morale del volere»; GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 392 «la violencia [...] se dirige y vence la manifestación exterior de la voluntad contraria al yacimiento», la intimidación «... produce sus efectos antes de la exteriorización, atacando la decisión misma».

⁵⁵⁰ En el antiguo Derecho penal alemán el concepto de *vis compulsiva* fue utilizado ya por John Samuel F. BÖHMER, *Observationes Selectae*, Frankfurt /Main, 1759, parte segunda, observaciones a la cuestión LXXV núm. 14, p. 43, el mismo, *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, Halle, 1770, pp. 423, 435 y 519; Karl GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2ª ed., Gießen y Darmstadt, 1805, § 41, p. 47; Gallaus Aloys KLEINSCHROD, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*, Erster Theil, 3ª ed., Erlangen, 1805, pp. 288 y ss. ; Georg Jakob F. MESTER, *Principia Iuris Criminalis Germaniae communis*, 6ª ed., Göttingen, 1819, §§ 92, 221, y 276, pp. 97.

⁵⁵¹ GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 393 sostiene que el temor creado con la amenaza del autor «... es lo que hace *preferir* el yacimiento antes que el mal» (la cursiva es mía). En igual sentido, haciendo referencia a la necesidad de una amenaza seria para configurar la intimidación típica VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código penal...*, p. 150 ha sostenido que aunque no es indispensable que la violencia moral aniquile por completo la posibilidad de elección, será necesario que lleve a la víctima a elegir el mal menor.

La posibilidad de elegir es en sí misma libertad de acción⁵⁵². Y, continuando con la terminología de HRUSCHKA, «una *vis compulsiva* genera para el afectado un estado de necesidad con limitaciones». En consecuencia, toda *vis compulsiva* genera una *necessitudo cum adjunctione* pero no a la inversa, es decir, la *vis compulsiva* no es el único medio para llegar a una *necessitudo cum adjunctione*⁵⁵³.

Estos planteos nos introducen necesariamente en la discusión surgida a partir de las ideas doctrinales aparecidas en torno a la idea de JAKOBS de libertad jurídicamente garantizada como bien jurídico protegido⁵⁵⁴.

⁵⁵² Si bien es cierto que el sujeto tiene la posibilidad de elegir entre un mal u otro, no es menos cierto que su libertad se haya afectada, por un lado por la disminución de las alternativas entre las que puede optar y por el otro por lo que se ha llamado lesión a la libertad interna. En ese sentido sostiene CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1560, p. 330 (nota 1) «se lesiona la libertad interna cuando la presión nos obliga a querer lo que no hubiéramos querido, entonces la acción externa procede de un acto de nuestra voluntad, pero la determinación no es libre». Se distingue pues entre libre acción y libre determinación. En sentido similar, PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 109 «... tra volontà di dichiarazione e volontà di negozio, non contrappone due volontà, come si crede, ma piuttosto la volontà a ciò che tale non è, cioè al desiderio. In diritto penale potrebbe anche dirsi che la volontà è presente, ma manca l'intenzione, cioè la direzione allo scopo che la caratterizza».

⁵⁵³ Cfr. HRUSCHKA, «La coacción...», pp. 51-56 (nota 30). Con esto se rebaten las posibles críticas a nuestra propuesta, como se desarrollará luego más extensamente, porque el sujeto activo puede aprovechar una *necessitudo cum adjunctione* existente al momento de su intervención y aunque él no haya ejercido *vis compulsiva* sobre el sujeto activo la situación debe ser considerada como intimidación en el sentido del tipo penal, siempre que cumpla con las condiciones para ser considerada una conducta realizada bajo las condiciones de un estado de necesidad disculpante.

⁵⁵⁴ Estos planteamientos fueron presentados originalmente en un trabajo de 1974 de Günther JAKOBS, «Las coacciones por medio de amenazas como delito contra la libertad», en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, (trad. Manuel Cancio Meliá/ Enrique Peñaranda Ramos/ Carlos Suárez González), Civitas, Madrid, 1997, pp. 461-473; y posteriormente ampliados por el mismo JAKOBS en 1986, «Coacciones por medio de violencia», en *Estudios de Derecho penal*, (trad. Manuel Cancio Meliá/ Enrique Peñaranda Ramos/ Carlos Suárez González), Civitas, Madrid, 1997, pp. 439-459; continuaron luego en esa línea varios de sus discípulos, así Heiko LESCH, «Die Nötigung als Delikt gegen die Freiheit», en *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Luchterhand, Neuwied, 2004, pp. 483-496; TIMPE, *Die*

A saber, a partir de la idea original del profesor de Bonn, algunos de sus discípulos continuaron desarrollando estos postulados, llegando a sostener que en realidad en supuestos como el descripto, el autor al ofrecer una alternativa de acción a la víctima, no sólo no le hace perder su libertad jurídicamente garantizada, sino que, por el contrario y a partir de esa oferta le amplía su libertad, entendida esta en sentido fáctico⁵⁵⁵.

Ello introduce dos cuestiones especialmente importantes a la hora de abordar el análisis de los delitos donde la puesta en perspectiva de un mal se presenta como el centro estructural del tipo; es decir, en el chantaje, en las coacciones⁵⁵⁶, en la agresión sexual intimidatoria, en el robo intimidatorio, etc.

Obsérvese que en esa clase de delitos las preferencias de las víctimas podrían influir sensiblemente, tanto para el análisis de la necesidad de

Nötigung, *op. cit.*; Eckhard HORN, «§ 240», en RUDOLPHI /HORN /GÜNTHER, *Systematischer Kommentar*, 6ª ed., Luchterhand, Berlin, 1998, pp. 36-69 y en España COBO DEL ROSAL/ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Gestión de cobro...*, *op. cit.* En Alemania también Urs KINDHÄUSER, «§ 253 Erpressung», en NEUMANN *et al.*, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, volumen 4, 6 entrega, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp.1-37 parecía enrolarse en esta postura. Sin embargo, su fuerte crítica a las ideas centrales sostenidas por sus defensores hacen difícil poder calificarlo como uno de sus sostenedores.

⁵⁵⁵ Cfr. LESCH, «*Die Nötigung...*», pp. 483-490. Afirmaciones de este clase han sido fuertemente criticadas en la doctrina española, llegando en algún caso a ser catalogadas de aportaciones cínicas, así José L. SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, «El injusto de las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación)», CPC, 1991, núm. 44, pp. 421-434 «... los defensores de esta corriente doctrinal (en referencia a quienes sostienen la libertad jurídicamente garantizada como bien jurídico protegido en el contexto de las coacciones) afirman, no sin cierto cinismo, que cuando el sujeto activo anuncia un mal lícito, que conforme a Derecho le está permitido ejecutar, en realidad, en vez de recortar el ámbito de libertad de la víctima, lo que hace es ampliarlo».

⁵⁵⁶ Justamente sobre el mal puesto en perspectiva por el autor y la posibilidad de la víctima de elegir puede verse mi propuesta para distinguir los delitos de coacciones y amenazas en el Cp argentino, en GONZÁLEZ GUERRA, «“¿Amenaza, coacción, o libertad?”...», *op. cit.*

pena desde una perspectiva Político criminal⁵⁵⁷, como para un acercamiento a la dogmática de los tipos y una vía alternativa de interpretación de los mismos.

§ 4. TERCER PELDAÑO: INTIMIDACIÓN O ATIPICIDAD

«Coacta voluntas est semper voluntas y qui mavult vul».

Jesús M. CASADO ABAD,

Influjo de las amenazas de suicidio en el consentimiento matrimonial,

Pamplona, 1965, p. 29.

1. El tercer peldaño representa el último paso del proceso intimidatorio y al que debe dedicarse mayor atención, pues es aquí donde se de-

⁵⁵⁷ Es especialmente interesante el análisis Político criminal del delito de chantaje que se realiza a partir de la preferencias de las partes, a saber, autor y víctima, desde los postulados del Análisis económico del Derecho, cfr., especialmente sobre este punto donde se presenta a tales preferencias como una de las paradojas del delito de chantaje, GÓMEZ POMAR / ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación...*, pp. 101, 102 y ss. «... es perfectamente posible que el chantaje sea un acuerdo mutuamente beneficioso para chantajista y víctima, de modo que ambos, estén en mejor situación tras la consumación del chantaje. Su ilicitud puede acarrear para las potenciales víctimas la pérdida de la oportunidad de evitar (mediante el cumplimiento de la condición que exige el chantajista) el mal mayor que acompaña a la diseminación de información (castigo por el delito cometido, pérdida de reputación, etc.). Esto es: con cierta probabilidad, la prohibición legal del chantaje deja a las víctimas (y al chantajista) en peor situación respecto a una situación de chantaje legalizado y en forma de contrato vinculante».

termina la relevancia jurídico-penal de la conducta como intimidación típica⁵⁵⁸.

Como claramente se analizó en las páginas anteriores, ni en doctrina ni en jurisprudencia existe un criterio unánime para determinar la existencia de intimidación típica en los delitos contra la libertad sexual. Los defensores del criterio subjetivo, hipotéticamente ubicados en el proceso intimidatorio aquí descrito, afirmarían que en este tercer peldaño sólo habría que analizar la situación en particular y la víctima concreta, siendo sólo ella quien pueda considerarse intimidada o, por el contrario, libre al tomar la decisión de mantener relaciones sexuales con el autor.

En el sector opuesto, los defensores de un criterio objetivo, afirmarían que, para poder sostener que se trata de una intimidación típica, sería necesario que el mal amenazado posea la suficiente gravedad y probabilidad, determinada según distintos criterios objetivos y no desde la perspectiva de la víctima concreta.

Y finalmente la postura mayoritaria, sostendría una posición intermedia exigiendo una amenaza de cierta gravedad evaluada desde la posición concreta de la víctima en el caso particular.

2. A primera vista alguien podría afirmar que luego de varias páginas nos encontramos nuevamente en el punto inicial. No obstante, hasta donde alcanzo a ver, se han clarificado algunos conceptos y particularmente se ha descrito un proceso que nos permitirán a partir de aquí realizar una búsqueda más prolija, en primer lugar de la estructura formal del proceso intimidatorio y en segundo término de los criterios de decisión o las posibles vías de delimitación de la intimidación como medio coactivo típico.

⁵⁵⁸ Cfr. LK-HERDEGEN, § 249, p. 151, marg. 10, «Die konkreten Umstände des Tätigsebens können für die Frage, ob der Täter konkludent gedroht und welches Übel er ange droht hat, von wesentlicher Bedeutung sein».

3. La intimidación implica un proceso que no puede ser analizado de modo estático sino que por el contrario requiere un análisis particular en cada uno de los estratos que lo configuran. Si bien, en principio, parece que podría encontrarse consenso a la hora de explicar los dos primeros peldaños del proceso intimidatorio, existe la certeza de que dicho acuerdo se difumina a la hora de dar contenido al último y más importante eslabón de la cadena.

El análisis presentado en los dos primeros peldaños del proceso intimidatorio permite concluir que en todos ellos la víctima se halla en una situación de inseguridad generada por el anuncio de un mal por parte del sujeto activo. No obstante, esa situación de inseguridad, a diferencia de lo que sucede en un supuesto de violencia, no le coarta completamente al sujeto pasivo su libertad. Por el contrario, sigue existiendo un cierto grado de libertad que le permite elegir. Esa capacidad de elección, aunque disminuida, lo coloca ante la opción de un actuar que puede, en ciertos casos, ser un «actuar responsable». Si se da dicha situación debe considerarse un posible traslado de responsabilidad del sujeto que anuncia el mal al sujeto que recibe el anuncio y realizar por completo los criterios de imputación.

4. La cuarta y última parte de este trabajo procura aportar distintas vías de posible solución a esa distribución de responsabilidades en un proceso intimidatorio. Para ello se recurre en lo que sigue a las estructuras tradicionales de la teoría de la imputación de la responsabilidad penal con las que, en cierto modo, sea factible comparar en primer lugar la estructura de la intimidación y luego desarrollar criterios de decisión. A saber, se intentará encontrar similitudes en los procesos o, en otros términos, lo que he denominado, «equivalencias estructurales» entre la intimidación como medio coactivo y determinadas figuras de la parte general de Derecho penal.

§ 5. POSIBLES SOLUCIONES A PARTIR DE ALGUNOS CRITERIOS
DOGMÁTICOS TRADICIONALES DE LA PARTE GENERAL

1. Si existe una tendencia común en la moderna dogmática jurídico-penal es la normativización de los conceptos. Como se ha venido demostrando con distintos ejemplos a lo largo de este trabajo, la búsqueda de criterios normativos para la interpretación y formulación de los conceptos ha marcado el camino de la dogmática penal contemporánea.

El hecho que en la gran mayoría de los ámbitos de la dogmática se opere con datos fácticos no impide que a partir de ellos se puedan realizar juicios normativos. Así, es posible determinar ciertos conceptos influidos de gran cantidad de datos fácticos a partir de una valoración jurídico-penal (normativa) y como tal objetiva. Tal es el caso de la interpretación o delimitación del concepto de intimidación o miedo en la dogmática de la parte especial del Derecho penal. Allí existen una gran cantidad de datos de contenido estrictamente fáctico. Sin embargo, ello no obsta que los mismos puedan ser analizados o valorados a partir de juicios normativos.

2. En esta parte del trabajo, se procurará desarrollar algunas propuestas de solución importadas de la dogmática de la parte general del Derecho penal y en particular de la teoría de la imputación de la responsabilidad penal o, en términos clásicos, teoría del delito⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ La llamada “generalización de la parte especial” o el recurso a la estructura de la parte general para solucionar problemas de la parte especial ha sido, recientemente, fuertemente criticada por Juan Pablo MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff in Strafrecht*, Nomos, Bonn, 2009, pp. 77 y ss. Para MAÑALICH las reglas de imputación de la parte general del Derecho penal deben ser entendidas como reglas secundarias que fijan las condiciones bajo las cuales las normas de comportamiento de la parte especial encuentran aplicación en la fundamentación de responsabilidad jurídico-penal. Ello significa que a partir de la función específica que desempeñan las

Como ya se expresara oportunamente, la doctrina ha dedicado históricamente mayor atención al estudio y desarrollo de la dogmática de la parte general del Derecho penal. Y ello, como si la parte general mereciera el calificativo de dogmática y la parte especial se limitaría, si es que ello fuera correcto, a la interpretación superficial de determinadas estructuras típicas.

Tal situación actual de la dogmática penal no admite discusión y ello se ve con claridad en la descompensación cuantitativa y cualitativa actualmente existente entre las dos partes de la Ciencias penal moderna. Justamente confirmando esta impresión no es casual que el propio JAKOBS concluya con las siguientes palabras uno de sus artículos:

«Todo lo que de algún modo aparece como elemento esencial del tipo especial nunca es sólo algo especial, sino, asimismo, algo general que desde esta perspectiva reclama su debida consideración en la parte general” (...) y, asimismo, deben y pueden explicarse con ayuda de principios generales algunas peculiaridades específicas de algunos delitos que subsisten como, por ejemplo, la prolongada realización del tipo de los delitos que no son de posesión. Tanto la comprensión como la crítica de la policromía de la parte especial presuponen *una cosa*, el desarrollo de una teoría de los colores en la parte general»⁵⁶⁰.

reglas de cada una de ambas partes se puede determinar la diferencia cuantitativa entre ellas. Las reglas adscriptivas de la parte general son aplicables a todo comportamiento cuya antinormatividad ha de determinarse con las reglas prescriptivas de la parte especial. En ese sentido sostiene claramente p. 79 *in fine* que: «Denn eine derartige Strategie zur Begriffsbildung würde die sowohl logische als auch teleologische Differenz leugnen, die zwischen den rechtlichen Regeln besteht, die den Gegenstand beider Teilbereiche jeweils ausmachen: Während die tiefengrammatische Sprache des Besonderen Teils eine präskriptive ist, ist die des Allgemeinen Teils eine askriptive. Und hieraus folgt schließlich: Besonderer Teil und Allgemeiner Teil sind aufeinander irreduzibel».

⁵⁶⁰ JAKOBS, «Consumación material...», pp. 1-18, cita JAKOBS la frase entre comillas como perteneciente a HÄLSCHNER, *Das feine deutsche Strafrecht*, BD. 2, *Der Besonderer Teil des Systems*, Erste Abtheilung, 1884, 1.

Partiendo entonces de la descompensación existente entre los estudios de parte general y los de parte especial del Derecho penal cabe, pues, observar las estructuras de la parte general y, particularmente, el desarrollo de la teoría del delito o teoría de la imputación de la responsabilidad penal con el objetivo de detectar allí herramientas válidas para el análisis de las distintas estructuras típicas de la parte especial.

3. Con ese objetivo metodológico se ha recurrido a la parte general de Derecho penal intentando descubrir allí estructuras dogmáticas con capacidad de rendimiento para, por una parte explicar la estructura del proceso intimidatorio; y por otra establecer criterios de delimitación del concepto de intimidación típica del delito de agresión sexual del Cp 1995.

En dicha búsqueda de «equivalencias estructurales» se han detectado una serie de interesantes similitudes que, en algunas casos, permiten realizar un paralelismo entre la situación generada por un supuesto proceso intimidatorio y determinadas estructuras dogmáticas de la teoría de la imputación de la responsabilidad penal.

La confianza en la capacidad de rendimiento de la propuesta metodológica nos ha llevado, pese a que ciertas estructuras de la parte general hayan resultado tan sólo equiparables en apariencia, a describir en las páginas que siguen de esta tercera parte del trabajo todos los intentos que se han realizado en la búsqueda de “objetividad” o si se prefieren de argumentaciones “despersonalizadas” o libres de subjetividades.

El recurso a la parte general y en particular a la teoría de la imputación de la responsabilidad penal será analizado en dos grandes grupos. Por una parte, se describirán los institutos de la teoría del delito que explican el proceso intimidatorio a nivel estructural, con sus propios criterios de delimitación -autoría mediata e imputación objetiva. Y por otra parte, una vez determinado y explicado estructuralmente, en términos generales, el proceso intimidatorio se analizarán, bajo la denominación de subestructuras otras vías de solución con criterios de delimitación concretos -consentimiento y estado de necesidad-.

CAPÍTULO XI

REGLAS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL QUE EXPLICAN - ESTRUCTURALMENTE- LA INTIMIDACIÓN

«La tarea de interpretación se la reparten la jurisprudencia de los tribunales y la Ciencia del Derecho, de modo que ésta facilita, en cierto modo, el trabajo de la jurisprudencia de los tribunales, al mostrar los problemas de la interpretación y las vías para su solución; pero aquella somete a prueba los resultados en la confrontación con la problemática del caso particular y, por tanto, necesita constantemente de la ciencia del Derecho para la verificación».

Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*,
Barcelona, 1994, p. 310.

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. La intimidación, como se ha venido expresando en las páginas anteriores, constituye un proceso donde intervienen varios sujetos, al menos dos, y como tal puede ser analizada desde la perspectiva de cada uno de ellos y aun desde la perspectiva de un tercero ajeno a dicho proceso.

A su vez, cada uno de los intervinientes en el esquema realiza aportes a través de los cuales el proceso se desarrolla y llega a su concreción. Ello permite sostener la posibilidad de análisis del proceso desde los aportes que cada uno de ellos haya realizado para la construcción del mismo.

La doctrina tradicional ha tendido a explicar los procesos en general y los intimidatorios en particular desde la perspectiva de algún sujeto interviniente o desde la perspectiva de un tercero neutral en el lugar de juzgador de los hechos. No obstante, creo que ello ha llevado a construir un círculo cerrado donde no se admiten muchas opciones. Pues se toma una posición concreta y desde ella se recurre a los criterios objetivos, subjetivos o mixtos que ya se han analizado.

En definitiva, desde mi punto de vista existe en el estudio de este tema una clara confusión entre el análisis de la estructura misma del proceso intimidatorio y los criterios concretos para determinar su relevancia jurídico-penal.

En efecto, es necesario mirar el proceso desde afuera, pero no como un observador neutral que interpreta poniéndose en el lugar de alguno de los intervinientes, sino por el contrario, observando qué aporta cada uno de ellos para la construcción del proceso⁵⁶¹.

Un sistema de estas características permite alejarse del problema y verlo desde una dimensión completamente distinta. A saber, admite que se pueda imputar a cada uno de los intervinientes la contribución que realizó para hacer posible el proceso.

Justamente desde esa perspectiva, teniendo en cuenta lo que cada uno de los intervinientes en el proceso intimidatorio aportó para su construcción, se describirán en las páginas siguientes los distintos intentos de equiparación estructural entre los aportes de los intervinientes en el

⁵⁶¹ Especialmente crítico, con razón, sobre el concepto de “hombre medio”, u “observador objetivo” por la imposibilidad de su determinación y vaguedad del concepto, *vid.*, entre otros, TOEPEL, «§240», (Rn. 104), p. 4173.

proceso intimidatorio y los aportes de los intervinientes en otras estructuras de la teoría de la imputación de la responsabilidad penal.

2. La equiparación estructural del proceso intimidatorio con institutos de la teoría de la imputación de la responsabilidad penal se enmarca dentro de la analogía de semejanza, modulación o proporcionalidad como metodología del razonamiento jurídico⁵⁶². A saber, dentro del recurso a la delimitación de un concepto controvertido a la luz de criterios y métodos desarrollados en torno a una figura conocida; aunque la equivalencia entre ambos pueda no ser total y plena pero donde existan rasgos o elementos comunes entre ambas⁵⁶³.

3. El análisis precedente permite inferir claramente la existencia de dos planos de abordaje, el de las estructuras y el de las subestructuras. En el plano de las estructuras se trabajará desde los aportes o la influencia del autor sobre el suceso a partir de dos paradigmas: el paradigma: «autoría [mediata]» y el paradigma «imputación objetiva»⁵⁶⁴. En el plano de las subestructuras, por su parte, se trabajará con la lógica o paradigma del «consentimiento» y con la lógica de la «responsabilidad»⁵⁶⁵.

⁵⁶² Cfr. CORRAL TALCIANI, *Cómo hacer...*, pp. 52-53.

⁵⁶³ La capacidad de rendimiento del pensamiento analógico, como metodología de investigación jurídica, ha sido puesta de manifiesto por José María DESANTES-GUANter/ José LÓPEZ YEPES, *Teoría y técnica de investigación jurídica*, Síntesis, Madrid, 1996, p. 201 «la ciencia ha progresado, en gran medida, merced al uso constante de la analogía».

⁵⁶⁴ Las expresiones «paradigma: consentimiento» y «paradigma: autoría [mediata]» pertenecen a CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 398.

⁵⁶⁵ MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung...*, pp. 345 y ss. utiliza la denominación «solución del consentimiento» y «solución de la exculpación».

§ 2. LA INTIMIDACIÓN A LA LUZ DE LA ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LA AUTORÍA MEDIATA -EN SENTIDO AMPLIO-

I. Introducción

1. El ámbito relativo a la autoría y la participación ha sido y continúa siendo uno de los más estudiados por la dogmática jurídico-penal contemporánea. La evolución de la teoría de la autoría y participación en busca de estructuras dogmáticas apropiadas para la distribución e imputación de responsabilidad penal en los casos de codeincuencia ha motivado la creación de interesantes y complejos instrumentos fruto de años de profunda reflexión.

La aparición de diferentes grupos de casos para los cuales no se encontraba una solución adecuada según las reglas de imputación tradicionales llevó a la doctrina a desarrollar una serie de nuevas teorías y criterios de imputación de la responsabilidad penal⁵⁶⁶. Entre dichas herramientas dogmáticas y nuevos criterios de imputación, el descubrimiento de la figura de la autoría mediata constituyó otro de los tantos ejemplos de creaciones doctrinales posteriormente incorporadas a las legislaciones vigentes⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ Cfr. Günther JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. Joaquín Cuello Contreras/ José L. Serrano González de Murillo), 2ª ed., corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 763, (marg. 62), reconociendo la creación de la autoría mediata para colmar lagunas de punibilidad, aunque sosteniendo que con el tiempo ha perdido dicha función.

⁵⁶⁷ Cfr. Carolina BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 24 para quien «La labor de configuración de la autoría mediata, concebida en su origen como una «inducción aparente» (*scheinbare Anstiftung*), permaneció durante mucho tiempo, de forma exclusiva, en manos de la doctrina y la jurisprudencia debido a la falta de una regulación expresa de esta figura en el Derecho positivo» [...] «La autoría mediata se introduce en la regulación legal alemana por primera vez en 1975, con la reforma de la Parte general del StGB alemán, reconociendo así legalmente la posibilidad de cometer como autor un delito a través de otra persona». La figura de la autoría mediata se encuentra expresamente estable-

Como es por todos conocido la figura de la autoría mediata había nacido con el objetivo de subsanar supuestas lagunas de punibilidad⁵⁶⁸, originadas por la utilización de la teoría de la accesoriedad máxima de la participación que sólo permitía imputar como partícipes a aquellos sujetos que intervenían en un hecho típico, antijurídico y culpable⁵⁶⁹. Sin embargo, luego de la flexibilización de la accesoriedad, la autoría mediata constituye aún hoy una figura dogmática atractiva para la solución de determinados grupos de casos que igualmente no podrían ser resueltos con la estructura de la participación y en concreto con la figura de la inducción.

cida en el Código penal español de 1995; sin embargo, existen actualmente legislaciones penales donde la figura de la autoría mediata no encuentra aún sustento legal directo como es el caso de la Argentina, entre otras.

⁵⁶⁸ La doctrina penal mayoritaria, con buen criterio, considera inadecuado hablar de lagunas de punibilidad, toda vez que los principios de legalidad y reserva como puntos de referencia indiscutible del Derecho penal moderno llevan a sostener que en él no existen lagunas y, en su caso, si existe interés político criminal en perseguir determinadas conductas ello debe realizarse desde la propia legislación penal mediante su incorporación expresa

⁵⁶⁹ El principio de accesoriedad ha tendido claramente a disminuir en la dogmática jurídico-penal. En un primer momento se manejaba un principio de accesoriedad máxima exigiéndose el hecho típico, antijurídico y culpable del autor principal. Luego y concretamente en Alemania con la reforma de 29 de mayo de 1943 (VO del 29 de mayo de 1943 - RGBl. I p. 341) se comienza a utilizar la llamada accesoriedad limitada; en España a favor del principio de accesoriedad limitada, *vid.*, entre otros, MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 402 (marg. 34). Actualmente existen serias, aunque minoritarias opiniones, en la que se prescinde por completo del principio de accesoriedad, *vid.*, entre otros, Marcelo SANCINETTI, *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno: Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; o que apuestan a reinterpretar la noción de accesoriedad como relación mínima necesaria entre todo interviniente y el hecho, en este sentido el reciente trabajo de Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 169; en general sobre el principio de accesoriedad en la participación, *vid.*, por todos, Enrique PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990.

2. La figura de la autoría mediata puede ser utilizada para intentar explicar la compleja estructura de un proceso intimidatorio. Más aún, adelantando la conclusión de este epígrafe, puede afirmarse que la estructura del proceso intimidatorio se corresponde directamente con la de la autoría mediata -en sentido amplio-.

A saber, es posible interpretar el proceso intimidatorio a la luz de la autoría mediata y considerar, como en el caso de la estafa, que el delito de agresión sexual puede ser un caso más de autoría mediata tipificada.

II. La agresión sexual mediante intimidación como autoría mediata tipificada

1. La estructura dogmática de la autoría mediata, recurriendo a un método, a mi modo de ver, con muy buena capacidad de rendimiento ya ha sido utilizada para explicar la intervención de la víctima en situaciones de organización conjunta entre autor y víctima⁵⁷⁰ y para analizar tipos concretos de la parte especial⁵⁷¹. En dicho aporte se consideraba que los delitos de la parte especial representan diferentes formas de autoría. En virtud de ello pueden ser clasificados como tipificaciones de autoría inmediata o directa y tipificaciones de autoría mediata o indirecta.

Los casos de tipificaciones de autoría inmediata o directa son aquellos en los cuales el «actuar contra» la voluntad de la víctima pertenece, conceptualmente, al tipo objetivo. Mientras que, por su parte, son ca-

⁵⁷⁰ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 398 y ss. construyendo estos supuestos sobre el (paradigma: autoría[mediata]).

⁵⁷¹ Un buen ejemplo de ello lo constituye el trabajo sobre el que fundamentalmente me baso en este apartado de KINDHÄUSER, *La estafa como autoría...*, *op. cit.*; también en relación con el § 263 del StGB (estafa procesal), Jürgen SEIER, «*Prozessbetrug durch Rechts- und ungenügende Tatsachenbehauptungen*», en ZStW 102, (1990), pp. 563-595.

sos de tipificaciones de autoría mediata o indirecta aquellos en los cuales el propio tipo objetivo requiere «actuar con» la voluntad de la víctima.

Desde ese punto de vista, representan ejemplos de tipificaciones de autoría inmediata los delitos de hurto, violación de domicilio y homicidio. Mientras que constituyen ejemplos de tipificación de autoría mediata el delito de estafa, el delito de chantaje y el delito de extorsión⁵⁷².

2. Las estructuras típicas de los delitos dolosos de comisión clasificados como tipificaciones de autoría mediata o indirecta se construyen con base en la existencia de un aporte necesario de la víctima que integra la propia estructura del tipo objetivo. Ello significa que, como pone claramente de manifiesto AGUIRRE OBARRIO, en los delitos realizados con la actuación voluntaria de la víctima el sujeto activo pretende que ella realice una acción, es decir que «el delincuente obra para motivar a otra persona» a realizar un aporte determinado, sin el cual la conducta no puede considerarse típica⁵⁷³.

3. La equiparación estructural entre la figura de la autoría mediata y el delito de estafa se ha hecho partiendo de la idea de la actuación del autor utilizando como instrumento a una persona que, en este

⁵⁷² Para RIGHI, *Derecho penal...*, p. 195, el delito de estafa al igual que la inducción al suicidio son tipos penales en los que se incrimina la inducción a la autolesión. Sin embargo, hasta donde alcanzo, en el delito de estafa a diferencia de la inducción al suicidio, la víctima actúa como instrumento y no como autor inducido, situación que cambia radicalmente el aporte que realiza al hecho que concluye con su autolesión.

⁵⁷³ AGUIRRE OBARRIO, *El delito de chantaje...*, pp. 261 y ss. § 3.13 «Este subgrupo, desde el punto de vista psicológico, se caracteriza porque incluye una motivación de *incentivo* a emplear por el sujeto, incentivo que se quiere que cumpla el papel motivo en la acción de otra persona».

caso, no es justamente un tercero como sucede en los casos clásicos de autoría mediata, sino la propia víctima⁵⁷⁴. El que amenaza -en el caso de la agresión sexual-, como el que engaña -en el caso de la estafa- va a responder del ataque a la libertad sexual o al patrimonio, respectivamente, que lleva a cabo a través de la intervención de la propia víctima.

La estructura habitual de la autoría mediata se presenta con la participación de tres sujetos, el autor «mediato», la víctima y el sujeto intermedio o nexo entre ambos sujetos que técnicamente se conoce como «instrumento». En los casos de estafa -entendida como autoría mediata tipificada- coinciden en una misma persona las calidades de víctima e instrumento, pues el autor, siendo técnicamente un autor directo, utiliza a la propia víctima como instrumento para el logro de su fin criminal. Se está en estos casos ante lo que la doctrina ha denominado como conductas lesivas realizadas a través del comportamiento de la víctima.

La posibilidad de interpretar el delito de agresión sexual con intimidación como una tipificación de autoría mediata -en sentido amplio- debe partir del mismo esquema que se ha presentado con relación al delito de estafa. A saber, es necesario considerar que la víctima se autoleiona como instrumento del autor⁵⁷⁵. Es decir, debe sostenerse que el instrumento, la víctima, es utilizada por el hombre de atrás, el autor, para la producción del resultado lesivo sobre los propios bienes del instrumento (víctima).

⁵⁷⁴ Expresamente en contra de la interpretación del delito de estafa como autoría mediata tipificada, *vid.* Wolfgang FRISCH, «*Funktion und Inhalt der "Irrtums" im Betrugstatbestand*», en Bockelmann-FS, p. 647.

⁵⁷⁵ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 403 haciendo referencia a la identidad entre instrumento y víctima. Afirmando incluso, en estos casos, la posibilidad de alegación de la responsabilidad de la víctima-instrumento por parte del autor por no existir un tercero lesionado.

4. Desde esta perspectiva puede sostenerse que el mismo tipo penal del delito de agresión sexual puede ser realizado de forma directa o de forma indirecta. A saber, según se trate de un caso de violencia o de intimidación estaríamos ante una tipificación de autoría inmediata o de autoría mediata -en sentido amplio-.

En los casos en que la víctima, sin prestar su consentimiento, se limita a soportar los actos sexuales directamente desarrollados por el autor sobre ella con el uso de violencia estaríamos ante un supuesto de agresión sexual como autoría inmediata, pues el autor actúa «contra» la víctima. No obstante, la agresión sexual típica admite un segundo supuesto que sería aquel en que el autor actúa sobre la víctima, también sin su consentimiento, pero mediante una intervención activa de la misma. En este grupo de casos existen a su vez dos posibilidades, la primera es la utilización de la víctima de un proceso intimidatorio como instrumento para que ella en tal situación realice actos sexuales sobre una tercera persona. Y la segunda posibilidad viene dada por el supuesto normal de agresión sexual intimidatoria en que la víctima de un proceso intimidatorio actúa sobre sí misma o “permite” que el autor lo haga sobre ella.

En estos casos, el autor no actúa contra la víctima, sino que por el contrario necesita de ella, buscando que realice un aporte concreto al permitir, aunque con su libertad de determinación limitada, la realización de los actos sexuales de que se trate. Por ello, puede decirse que el autor actuó «con la víctima» y en ese sentido considerarla un instrumento que ha intervenido para lesionar su propio bien jurídico⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ Como acertadamente sostiene VALEIJE ÁLVAREZ, «La víctima...», pp. 309-326 «principalmente desde la Criminología, VON HETING y MENDELSON intentaron demostrar que la víctima no es un ser pasivo, sino un sujeto activo, dinámico y capaz de influir en la configuración del hecho delictivo en su estructura y explicación. (...) La víctima no puede entenderse sin su victimario y viceversa. Entre ambas media un proceso complejo y plural». Ampliamente sobre este tema, CANCIO MELLÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 397 y ss.

5. El hecho de que la figura de la autoría mediata también haya resultado útil para explicar la estructura del delito de estafa y las grandes similitudes que existen entre los delitos contruidos con base en el engaño y aquellos que se sustentan en otros medios coactivos no significa que estemos, entre unos y otros, ante estructuras completamente idénticas⁵⁷⁷.

Las similitudes existentes entre el delito de estafa, estructurado sobre el engaño como medio comisivo y los delitos de robo, extorsión, chantaje, agresión sexual y otros tipos penales en los cuales el núcleo de la tipicidad es estructurado sobre la violencia o la intimidación como medios coactivos han sido puestas de manifiesto con gran frecuencia por la doctrina penal⁵⁷⁸. Sin embargo, el hecho de que existan deter-

⁵⁷⁷ Las similitudes entre la violencia y el engaño como medios comisivos ha sido resaltado también con meridiana claridad por el maestro CARRARA, *Programa..., Parte especial*, vol. II, § 1496, p. 211. «... en ambos delitos se abusa de la fuerza, pues, mediante la violencia, el fuerte abusa de sus fuerzas corporales en perjuicio del débil, y con el fraude el astuto abusa de su fuerza intelectual, en perjuicio del crédulo»; también MANFREDINI, *Trattato di diritto...*, p. 138. No obstante, pese a todos los sólidos argumentos doctrinales que tratan el engaño y la violencia e intimidación como equivalentes funcionales, lo cierto es que el legislador penal español ha diferenciado claramente la gravedad de estos medios comisivos. A modo de ejemplo puede verse el art. 311 del Cp 1995 donde en su párrafo 3 se describe la misma conducta de imposición de condiciones laborales perjudiciales para los trabajadores con violencia o intimidación con una pena mayor a la del párrafo 1 donde los medios comisivos son el engaño y el abuso de la situación de necesidad. Al entenderse que no se trata de un tipo agravado donde deban darse los medios comisivos del 1er párrafo más la violencia o intimidación, debe necesariamente concluirse que para el legislador español violencia e intimidación son medios coactivos que merecen ser reprimidos con mayor pena que el engaño, sobre este punto en particular, *vid.*, entre otros, Juan M. TERRADILLOS BASOCO, «Coacciones en el ámbito laboral», en Juan M. TERRADILLOS BASOCO (dir.), *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 223-229.

⁵⁷⁸ Entre ellos, en Argentina, AGUIRRE OBARRIO, *El delito de chantaje...*, p. 86 ha presentado muy gráficamente los puntos comunes existentes entre los autores de los delitos de estafa y chantaje afirmando que «... el estafador es una suerte de psicólogo práctico y de acuerdo con las condiciones que él tenga para urdir trampas, seleccionará el tipo de persona que puede ser capaz de caer en ellas (...) El chantajista está en una situación parecida. Pero se diferencia del estafador en que, en lugar de

minadas coincidencias entre los estafadores y los chantajistas no es suficiente para considerar que las estructuras típicas en las que encuadran sus respectivas conductas son completamente equivalentes. Por el contrario, hay un dato especialmente significativo que diferencia los supuestos de engaño de los casos de divulgación de secretos que, respectivamente, constituyen los medios necesarios para la existencia del delito de estafa o de chantaje.

En los casos en que la conducta típica se estructura sobre el miedo como medio relevante, a diferencia de los supuestos donde el engaño es lo determinante, el *metus patiens*, como destinatario del mal puesto en perspectiva, actúa con plena consciencia de la anormalidad de su determinación. Existe pues, un conocimiento pleno de su actuación, mientras que por el contrario en los supuestos de engaño, la víctima actúa creyendo, erróneamente, que su conducta no será perjudicial para ella ni para sus intereses, sino más bien todo lo contrario⁵⁷⁹. Ello es así porque en los casos de error, el sujeto pasivo actúa queriendo la realización del acto de disposición.

Justamente esa voluntad direccionada a un solo objetivo es otra de las características distintivas entre la actuación con error por engaño y la actuación con miedo por intimidación. A saber, en los casos de error

serenidad para ocultar sus propósitos, tiene que manifestarlos convincentemente (...). Él también precisa saber algo de la mente de la víctima. Más no tanto de su credibilidad y aidez (que interesan al estafador) como de sus miedos, de la forma de reaccionar ante ellos y de su resistencia frente a las amenazas, que no son de tipo físico, como las hay en las extorsiones comunes y pueden darse en los robos, sino de males concernientes al honor o a los secretos de la víctima, en cuanto sean susceptibles de afectar su relación con determinadas personas o grupos cuyo trato y opinión sólo a ella le interesan».

⁵⁷⁹ Resaltando la diferencia estructural entre error, engaño y miedo como criterio fundamentador de su teoría de la voluntad, *vid.*, en el contexto del Derecho canónico, GIACCHI, «*Sul fondamento...*», pp.1-8 quien sostiene que en los casos de error «...*il nubente non ha alcuna percezione dello stato anormale in cui egli si trova, del viziato procedimento con cui si è formata la sua volontà (...). Chi invece celebra il matrimonio sotto l'impulso della violenza appunto per questo sa perfettamente che egli non vorrebbe il matrimonio se non vi fosse quell'impulso; indubbiamente egli vuole il matrimonio, ma lo vuole come unico mezzo per sfuggire alla violenza...*».

el sujeto quiere sólo una cosa y dirige su acción voluntaria, aunque guiada por un error, a ese fin. Mientras que, por su parte, en los casos de miedo se le presentan al sujeto dos vías de acción, por una parte, liberarse del mal con el que se lo amenaza (fin); y por otra, realizar la condición requerida por el sujeto activo como medio para librarse del mal amenazado⁵⁸⁰. La diferencia central pasa entonces por la organización que otro realiza de mis propios ámbitos de competencia. A saber, en el caso del error otro organiza mediante un engaño prohibido mi propio conocimiento, mientras que en el otro caso organiza la libertad de usar mis facultades mediante la creación de impedimentos físicos, en el caso de la violencia, y psíquicos, en el caso de las amenazas⁵⁸¹.

Sin embargo, pese a estas diferencias, existe un importante paralelismo en el análisis del delito de estafa y los demás delitos estructurados sobre medios coactivos. Entre otras causas, ese paralelismo estructural se ha puesto de manifiesto en la discusión generada en torno a la delimitación del engaño típico en la estafa, donde al igual que en el debate de la delimitación de los demás medios coactivos el recurso a criterios subjetivos o generales objetivos resulta un elemento común⁵⁸².

⁵⁸⁰ Cfr. GIACCHI, «*Sul fondamento...*», pp.1-10; CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, p. 36. En sentido crítico JAKOBS, «Consumación material...», pp. 1-11 (nota 37) equiparando en cierto modo engaño con *vis absoluta* y con *vis compulsiva* en ciertos casos, sostiene que «La denominación “disposición” es mala porque sugiere que la víctima dispone (¡) sobre una alternativa de acción. En tanto que la víctima no conoce el proceso que desplaza el patrimonio (omite la realización de su derecho con desconocimiento de su existencia, condicionado por el engaño) le falta la alternativa de conservar el patrimonio, en tanto que no conoce el efecto perjudicial de una disposición que sí conoce (entrega un objeto patrimonial con error sobre la contraprestación, condicionado por el engaño) le falta igualmente el freno necesario para conservar el patrimonio. ¡La desorientación es *vis absoluta*! - Ocasionalmente es también *vis compulsiva*, porque desvía *forzosamente* el cauce por el que la situación se hubiera resuelto racionalmente, fuerza absoluta; lo mismo ocurre con la amenaza».

⁵⁸¹ JAKOBS, «Consumación material...», pp. 1-8.

⁵⁸² En este sentido, *vid.*, muy gráficamente, REINHART / SCHROEDER / MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1*, p. 147 (marg. 26) que ponen de resalto ese paralelismo al explicar que los criterios utilizados para la determinación de la

6. El paralelismo entre los tipos penales sustentados en el engaño y aquellos contruidos sobre el pilar del miedo se debe justamente a que ambos comparten los mismos cimientos estructurales. Son delitos dolosos de comisión con tipificaciones de autoría mediata porque en ambos casos el autor actúa «con la víctima». Es decir, lo que hace la víctima -esto es acceder a la petición- se le atribuye al ámbito de organización del autor y no al de la víctima como acto de libertad y autoresponsabilidad⁵⁸³. Sin embargo, la víctima puede ser instrumentalizada por el autor para lesionar sus propios intereses por distintas vías y es allí donde deben distinguirse los delitos contruidos sobre el engaño de aquellos que se basen en el miedo⁵⁸⁴.

La instrumentalización de un sujeto puede lograrse por distintos medios y cada uno de esos medios ha merecido un importante tratamiento dogmático por parte de la doctrina jurídico-penal. El engaño es considerado un elemento suficiente para convertir la actuación de un sujeto que actúa bajo su efecto en un estado de error y como tal liberándolo de responsabilidad penal que se traslada al hombre de atrás como responsable del resultado típico.

Con igual sentido, la coacción ha sido considerada por la doctrina penal como un medio de instrumentalización y como tal, suficiente para configurar la estructura de la autoría mediata. Por consiguiente, es posible imputar una decisión de la víctima al que amenaza y eso se en-

existencia de una amenaza con mal sensible en el contexto del § 240 es la misma que se ha utilizado en la estructura de la estafa.

⁵⁸³ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 398 la organización conjunta entre autor y víctima se presenta como organización del autor que instrumentaliza a la víctima y por ello realiza una conducta típica.

⁵⁸⁴ Sobre este tema CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 397 distingue claramente los supuestos en los que la conducta de la víctima fue instrumentalizada por el autor porque aquella carecía responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para poder ser considerada autoresponsable.

marca en la estructura general de las conductas lesivas realizadas a través del comportamiento de la víctima.

7. En resumen, si como se ha intentado expresar en este apartado, el que pone en perspectiva un mal -amenaza- va a responder del ataque a la libertad sexual que lleva a cabo a través de la intervención de la propia víctima, entonces resulta claro que se está en presencia de la estructura de la autoría mediata -en sentido amplio-.

Ello es claro porque no cabe duda de que no encuadran en la estructura de una autoría directa, ni tampoco en la estructura de la coautoría. Se trata, en definitiva, de atribuir al ámbito de organización del autor el comportamiento de la víctima y no a ella misma como acto de libertad y autorresponsabilidad. Por consiguiente, se trata de imputar una «decisión» de la víctima al que amenaza y eso se enmarca claramente en la estructura general de las conductas lesivas realizadas a través del comportamiento de la víctima.

Se ha insistido con frecuencia, en este apartado, en remarcar que se trata de una estructura de autoría mediata «en sentido amplio» porque podría discutirse, tema sobre el que no parece razonable entrar en un trabajo de estas características, si se está ante casos de autoría mediata -en sentido estricto- o ante supuestos de autor tras el autor⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ Sobre la diferencias en cuanto a los fundamentos y la estructura de la autoría mediata -en sentido estricto- y el autor tras el autor, *vid.*, entre otros, BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, pp. 158 y ss.

§ 3. LA INTIMIDACIÓN A LA LUZ DE LA ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. Introducción

1. El concepto de intimidación, incluso más manifiestamente que el de amenaza, se explica claramente como un proceso. Dicho proceso, como se reveló en el punto anterior desde la estructura de la autoría mediata -en sentido amplio-, puede ser estudiado mediante un esquema analítico donde se tienen en cuenta una serie de factores que en parte tienen que ver con la actuación del autor, de la víctima, de terceras personas y con la situación espacio-temporal de realización del hecho.

2. Desde esa perspectiva, la intimidación como proceso también puede ser explicada usufructuando la descompensación existente entre la parte general y la parte especial del Derecho penal y a partir de allí recurriendo a otras estructuras de la teoría de la imputación de la responsabilidad penal. Por ello, en esta segunda búsqueda de equivalentes estructurales del proceso intimidatorio entre las figuras jurídicas de la parte general surge casi naturalmente la problemática de la relación causal conducta-resultado. Consecuentemente, el rico y extenso desarrollo de las teorías de la causalidad como elementos para explicar dicha relación.

A partir de allí, y como derivación lógica de la evolución de la dogmática jurídico-penal, aparece la teoría de la imputación objetiva con disparidad de matices y las más variadas posiciones desarrolladas en torno a ella; llegando incluso a la creación de un sistema completo y complejo de imputación jurídico penal construido sobre la propia imputación objetiva. En otros términos, la propia teoría de la imputación de la responsabilidad penal.

3. Los medios coactivos en general y la intimidación en particular deben ser entendidos como una relación de causa a efecto, entre la conducta del autor y la conducta de la víctima. A saber, en el ámbito concreto de la agresión sexual, el proceso intimidatorio se caracteriza porque el autor pone en perspectiva de la víctima un mal -causa- y ello lleva, en algunos casos, al contacto sexual -efecto-⁵⁸⁶.

Sin embargo, no se trata de una relación causal simple, sino que por el contrario existen dos procesos caracterizados por dos relaciones causales autónomas aunque con cierto grado de relación. Por una parte, existe una relación causal interna en el proceso intimidatorio en sí, es decir entre la -causa- amenaza con la puesta en perspectiva de un mal y el -efecto- intimidación de un sujeto concreto. Y por otra, una relación causal entre la -causa- intimidación y el -efecto- contacto sexual con el sujeto pasivo⁵⁸⁷.

Por ello, aunque se pruebe el primer proceso causal por existir una amenaza típicamente relevante que llevó a intimidar a la víctima concreta, la conducta de todos modos será atípica si no ha sido la intimi-

⁵⁸⁶ Esta relación ha sido puesta de manifiesto en buena parte de los trabajos generales sobre delitos sexuales. Sin embargo, no ha sido abordada ni desde la óptica de las teorías de la causalidad ni desde la imputación objetiva del resultado. Sobre ello, *vid.*, entre otros, con respecto a la violencia MANCI, *Reati sessuali...*, p. 32 «*Il legislatore si è preoccupato quindi e giustamente che sia stata compiuta una violenza effettiva, che tra questa e la congiunzione carnale esista un rapporto di causa ad effetto[...], di mezzo al fine (Relazione al Senato del Regno agregado en nota 2)*». En ese mismo sentido, PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 79 luego de enumerar los requisitos exigidos para que la amenaza pueda ser considerada jurídicamente relevante concluye que «... *infine, vi sia un nesso di causalità tra la minaccia e la dichiarazione, che cioè quella sia stata impiegata per estorcere questa*», agregando en la (nota 3) que tal exigencia de relación causal es mantenida por los doctrinarios del Derecho privado dedicados al estudio de la amenaza como vicio de la voluntad. LORCA MARTÍNEZ, «El mal...», pp. 673-677 resalta entre las notas distintivas de la intimidación y como una de sus principales exigencias la relación de causa-efecto entre el mal anunciado por el autor y las alteraciones de la voluntad sufrida por la víctima.

⁵⁸⁷ Sobre la relación causal entre la intimidación y el yacimiento en el antiguo delito de violación, *vid.*, por todos, GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación...*, p. 390.

dación lo que llevo al contacto sexual entre autor y víctima sino un factor distinto⁵⁸⁸.

4. La intimidación entendida como un proceso permite graficar más claramente la relación de causalidad entre amenaza e intimidación. Ello implica, tomar como punto de referencia, la distinción entre ambos conceptos. A saber, entender que la amenaza y la intimidación no son la misma cosa⁵⁸⁹.

La distinción entre uno y otro concepto fue el punto de partida utilizado por SUAY HERNÁNDEZ para desarrollar la teoría subjetiva o intrínseca oportunamente explicada. En aquel caso, la distinción se realizaba con el objetivo de afirmar que el tipo penal exigía la intimidación concebida como efecto en la víctima, con independencia de la causa que la había generado⁵⁹⁰. Aquí, por el contrario, se parte de la idea de considerar que sólo mediante una amenaza, entendida como causa, puede lograrse la intimidación deducida como efecto⁵⁹¹. Ello

⁵⁸⁸ La explicación del miedo como doble proceso causal también ha sido puesta de manifiesto en la explicación del miedo como causa de nulidad del matrimonio canónico, *vid.*, por todos, VILADRICH, *El consentimiento matrimonial...*, 1998, pp. 319 y ss.

⁵⁸⁹ En ese contexto resultan gráficas la palabra de la STS de 11 de diciembre de 2000 (AP, núm. 15-abril 2001, pp. 732-734), «... la gravedad de la amenaza, y de la intimidación que es su consecuencia...».

⁵⁹⁰ A favor de la expresión intimidación como efecto en la redacción del tipo *vid.* GÓMEZ, *Tratado...*, t. II, 108; en el mismo sentido, también en Argentina FONTAN BALESTRA, *Delitos sexuales*, p. 48 considerando que existe violencia efectiva moral «... cuando la víctima es obligada al coito mediante amenazas, capaces de producir en ella una intimidación que alcance a desviar y a vencer su voluntad».

⁵⁹¹ La doctrina penal mayoritaria se postula a favor de la necesidad de amenaza como elemento central para la delimitación del concepto de intimidación típica *vid.*, entre otros, GARCÍA VALDÉS/ FIGUEROA NAVARRO, «El delito de violación...», pp. 383-387; GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre algunos aspectos...», *op. cit.*; ORTÉS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad...*, p. 214; SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 164 con amplias referencias doctrinales en nota 359. En Italia, CONTIERI, *La congiunzione carnale...*, pp. 59 y 72

implica afirmar necesariamente que el tipo penal cuando exige «... con intimidación» está haciendo referencia a un proceso y no solamente al efecto final de mismo⁵⁹².

5. Entendida la intimidación como un proceso causal, en la búsqueda de los distintos criterios desarrollados por la dogmática jurídico-penal de la parte general como equivalentes estructurales del proceso intimidatorio es posible un nuevo camino, o mejor dicho un refinamiento del camino ya iniciado mediante la estructura de la autoría mediata en sentido amplio.

A saber, si la amenaza es la causa de la intimidación entendida como efecto, es posible recurrir a los criterios a los que la dogmática jurídico-penal apeló para explicar la relación de causalidad de los delitos de resultado en el contexto de la tipicidad objetiva. Abriendo camino, luego, a la atribución de responsabilidad por el suceso producido. En ese contexto, parece razonable incurrir en el estudio de las teorías de la causalidad. Sin embargo, como claramente viene sosteniendo la doctrina penal más moderna, las teorías de la causalidad constituyen el marco externo para explicar la atribución de responsabilidad penal, siendo necesario el recurso a criterios propios del Derecho penal⁵⁹³.

Por ello, parece razonable también estudiar los posibles aportes de la teoría de la imputación objetiva, pues en definitiva se trata de eso, de un problema de imputación objetiva⁵⁹⁴.

donde al hacer referencia a los destinatarios de la *minaccia*, distingue entre el destinatario de la intimidación y el destinatario del mal puesto en perspectiva.

⁵⁹² Con una opinión similar *vid.* SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 166. Haciendo también referencia al proceso causal en la violencia moral, *vid.*, en Argentina, entre otros, FONTAN BALESTRA, *Delitos sexuales*, p. 45.

⁵⁹³ Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 297; RIGHI, *Derecho penal...*, p. 178.

⁵⁹⁴ Al igual que al estudiar la estructura dogmática de la autoría mediata no es posible en un trabajo como el que aquí se desarrolla realizar un análisis profundo de

II. De las teorías de la causalidad a la imputación objetiva

1. Los delitos de resultado se consuman a partir del advenimiento del resultado descrito en el tipo. Así las cosas, entre la conducta del sujeto y la producción de resultado debe existir una relación tal que permita afirmar que el resultado es consecuencia de su conducta. En otros términos, que sea posible imputar el resultado a la conducta desarrollada por el autor.

A partir de tal estado de cosas la dogmática jurídico-penal, «pese a ser un tema polémico en las ciencias naturales y en la filosofía»⁵⁹⁵, se desarrolló en torno a las teorías de la causalidad. Consecuentemente, la relación que debe existir entre acción y resultado se describe como una conexión causal⁵⁹⁶. Sin la existencia de esa relación de causalidad entre la acción del autor y el resultado producido no es posible imputar al autor, lo cual lleva a calificar la relación de causalidad como condición necesaria para la imputación jurídico-penal en los delitos de resultado⁵⁹⁷.

las distintas cuestiones surgidas en torno a la problemática las teorías de la causalidad y la teoría de la imputación objetiva del resultado o del comportamiento. Todos ellos constituyen temas centrales en el estudio de la dogmática jurídico-penal de la parte general e incluso a partir de la última se han desarrollado sistemas íntegros de imputación penal en los que obviamente no es posible detenerse aquí.

⁵⁹⁵ RIGHI, *Derecho penal...*, p. 169.

⁵⁹⁶ Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 297 «en la descripción la relación entre la acción y el resultado la Ley parte, evidentemente, de que esa relación consiste en la causalidad».

⁵⁹⁷ *Vid.*, por todos, JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 297; ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, §11, p. 346 (marg. 1) «... la teoría del nexo causal es [...] el fundamento de toda la imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado».

2. La problemática de la determinación de la causalidad mínima necesaria para la configuración de los delitos de resultado ha merecido una profunda discusión en la doctrina penal que hace imposible abarcarla razonablemente en un estudio que sólo las observa tangencialmente. Sólo por intentar un resumen quizás puede afirmarse que el punto central en el análisis de la relación causal ha sido la determinación de cuál o cuáles de todas condiciones que llevaron al resultado debían ser tenidas en cuenta a la hora de deslindar la imputación jurídico-penal.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana mayoritaria se enrobaron en la llamada teoría de la condición⁵⁹⁸. Según esta teoría todas las condiciones que llevaron al resultado son de modo equivalente causas de aquel⁵⁹⁹. Su comprobación se realiza mediante la comprobación mental de la supresión de alguna de esas condiciones (supresión mental hipotética), si pese a la supresión el resultado de todos modos se produce la condición no podrá ser tomada como causa⁶⁰⁰. No obstante ello, con esta teoría no es posible determinar la relevancia penal de las condiciones en el ámbito de la causa. Para ello y luego de la comprobación de cierta condición como causa, según la teoría de la condición y a través del procedimiento de la *conditio sine qua non*, debe recurrirse a una serie de correctivos que son los que en definitiva determinen la relevancia penal de la conducta.

⁵⁹⁸ La teoría de la condición es adjudicada al procesalista austríaco Julius GLASER y en Alemania fue desarrollada por Maximilian VON BURI. Suele afirmarse que la teoría de la equivalencia de las condiciones adquirió especial importancia al ser aplicada por la jurisprudencia alemana, *vid.*, entre otros, ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, §11, p. 346 (marg. 3); JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 298; RIGHI, *Derecho penal...*, p. 169; Erich SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el Derecho penal: una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, (trad. Marcelo A. Sancinetti / Patricia S. Ziffer), Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pp. 21 y ss.

⁵⁹⁹ Justamente por ello la teoría de la condición es también conocida con el nombre de «teoría de la equivalencia», «teoría de la equivalencia de las condiciones» o «teoría generalizadora».

⁶⁰⁰ Dicha teoría ha sido desarrollada bajo el nombre de teoría de la *conditio sine qua non*. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 299 «... la acción debe ser pues una *conditio sine qua non* del resultado».

Las críticas al procedimiento de eliminación mental de la *conditio sine qua non* pusieron en crisis la propia teoría de la condición en la determinación del curso causal⁶⁰¹. Y ello, pese a los distintos esfuerzos que procuraban salvar el procedimiento hipotético de la eliminación mental de condiciones⁶⁰².

3. Demostradas las dificultades de la *conditio sine qua non* se puso el acento en el conocimiento experimental. En ese contexto aparece la fórmula de la condición adecuada a las leyes naturales. La causalidad pasa a depender, en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones, de si las modificaciones del mundo exterior surgen como consecuencias vinculadas a la acción que pretende comprobarse según

⁶⁰¹ Siguiendo a JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, pp. 301-302 la crítica al procedimiento del curso causal hipotético se fundamenta en dos aspectos. En primer lugar, al concebir a la relación de causalidad como un presupuesto lógico sólo cuando se sabe que existe una real relación de causalidad entre una acción y un resultado se puede utilizar el procedimiento de la eliminación mental para determinar si sin esa causa el resultado de todos modos se hubiese producido. Así suele citarse como ejemplo el caso de la Talidomía en Alemania o en caso de la Colza en España, en ambos supuestos no se sabía si efectivamente el consumo de esos productos eran causa o no del resultado lesiones o muerte y consecuentemente por más que se intentara la supresión mental de la condición para la comprobación de su carácter de causa no podía extraerse nada sobre su influencia en la producción del resultado. En segundo lugar, la comprobación a través del procedimiento hipotético de comprobación llevaba necesariamente a considerar a todas las condiciones como causas en los supuestos de causalidad por adelantamiento, cuando otra causa haya producido el mismo efecto después; de causalidad hipotética, cuando el resultado se hubiese producido de igual modo o simultáneamente; y de causalidad acumulativa, cuando el resultado se produce por varias condiciones simultaneas e independientes unas de otras. En ese sentido también ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, §11, p. 350 (marg. 11) «... la fórmula de la supresión mental presupone ya lo que debe averiguarse mediante la misma»; JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, pp. 301-302 «... si es desconocido el modo en que la causa desencadena el efecto, la “supresión mental” tampoco instruye nada acerca de si aquella ha tenido o no influencia sobre el resultado».

⁶⁰² La teoría de la *conditio sine qua non* pretendió ser rescatada por TRAEGER, HARTMAN, SEPENDEL, y TARNOWSKI.

las leyes naturales que nos son conocidas⁶⁰³. Así las cosas, superado este primer nivel de análisis la mera determinación de la relación causal poco aporta sobre la relevancia jurídico penal de cada una de las condiciones que se han probado como causas del resultado. A saber, todas las condiciones son equivalentes y por lo tanto conducen al infinito.

4. En el segundo momento, corresponde pues realizar limitaciones a la teoría de la condición⁶⁰⁴. Un primer intento de determinación de las causas jurídicamente relevantes es el recurso al examen del dolo y de la imprudencia⁶⁰⁵. Sin embargo, el estudio de ambas formas típicas corresponde a la instancia del tipo subjetivo y es necesario realizar, como sostiene buena parte de la doctrina, la limitación en el propio ámbito del tipo objetivo⁶⁰⁶.

⁶⁰³ Así con relación a la condición conforme a leyes ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 11, p. 351 (marg. 14) ha sostenido «...tampoco sirve de ayuda para comprobar la causalidad real, porque no dice nada sobre la concurrencia del nexo conforme a leyes, pero tiene la ventaja de que no lo enmascara. Los cursos causales, si son dudosos, nunca pueden demostrarse mediante cualesquiera fórmulas, sino siempre a través de métodos científicos exactos (principalmente el experimento); pero cuando la causalidad no es dudosa (...) la fórmula de la causalidad conforme a leyes permite reconocerlo claramente y no induce a error al juzgarlo».

⁶⁰⁴ Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 304 «...la función del concepto causal es sólo señalar para la valoración jurídica la *totalidad* de los hechos que *generalmente* se tienen en cuenta, mientras que la responsabilidad penal se determina sólo dentro de este marco que resulta ser lo más amplio posible».

⁶⁰⁵ En esa línea WELZEL, máximo representante de la corriente finalista. Recordemos que con el paso del dolo de la culpabilidad al tipo el finalismo mantenía la solución de los problemas de causalidad en el propio tipo penal, aunque en ámbito subjetivo del mismo. Aún hoy los finalistas más ortodoxos partiendo de aquella concepción de WELZEL y argumentando en torno al concepto de adecuación social de la conducta mantienen una posición fuertemente crítica hacia la teoría de la imputación objetiva.

⁶⁰⁶ La doctrina ha recurrido con frecuencia al famosos ejemplo del tío rico para demostrar que según la teoría de la equivalencia de las condiciones se daba en ese caso la relación causal y al mismo tiempo no era posible limitarla alegando la ausencia

5. En ese sentido, uno de los intentos de delimitación de las condiciones jurídicamente relevantes es la llamada teoría de la adecuación⁶⁰⁷. Según la teoría de la adecuación sólo pueden ser consideradas causas aquellas acciones de las que pueda considerarse el resultado como probable⁶⁰⁸. La teoría de la adecuación se ha ido perfeccionando con el tiempo y actualmente como expresamente afirma ROXIN parte de la idea que una condición es adecuada si ha aumentado la posibilidad de producción del resultado de modo relevante. Es decir, si no es inverosímil que la conducta conduzca a un resultado de esas características.

de dolo y ello pese a los esfuerzos de WELZEL por salvar esa dificultad, resulta claro en la crítica al finalismo el desarrollo de ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 11, pp. 362 y ss. (margs. 36 y ss.), en igual sentido, representando la posición mayoritaria, JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 306.

⁶⁰⁷La teoría de la adecuación fue originariamente desarrollada por el médico fisiólogo alemán Johannes VON KRIES y si bien ha sido receptada en la doctrina científica y en las salas civiles de los tribunales alemanes, no ha tenido acogida en la jurisprudencia penal.

La teoría de la adecuación nació como una teoría de la causalidad pero posteriormente fue reformulada para convertirse en un correctivo posterior a la teoría de la equivalencia de las condiciones, así ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, §11, p. 360 (marg. 33) quien considera a la teoría de la adecuación como una teoría de la imputación que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente; en el mismo sentido, considerándola una teoría de la imputación objetiva en el marco de la relación de causalidad determinada conforme a la teoría de la condición cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 305.

En Argentina, RIGHI, *Derecho penal...*, pp. 171-172 continúa considerando tanto la teoría de la adecuación como la teoría de la causalidad relevante como teorías de la causalidad individualizadoras.

⁶⁰⁸ JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 305 «la condición debe ser adecuada al resultado y adecuadas son sólo aquellas condiciones que típicamente son idóneas para producir aquel»; así también ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, p. 359 afirmando que sólo es causa en sentido jurídico penal «una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes».

Surge así la dificultad de determinación de tal juicio de adecuación⁶⁰⁹. La doctrina mayoritaria se inclina por la llamada prognosis objetivo-formal colocándose al juez posteriormente en la posición de un observador objetivo antes del hecho y que posea los mismos conocimientos que de un hombre medio y disponga de los conocimientos especiales del autor⁶¹⁰.

6. También la teoría de la relevancia pretendió determinar las acciones que a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones llevaban a la responsabilidad penal del autor por el resultado producido. Partiendo de la idea que no es posible asignar el mismo significado jurídico a todas las condiciones causas de un resultado. Sin recurrir a un juicio de probabilidad como se hacía en la teoría de la adecuación en este caso se recurre al sentido del tipo penal en cuestión. De allí que no sea una teoría que pueda aportar criterios generales para la restricción de la relación causal. No obstante, la teoría de MEZGER al igual que la de la adecuación era una teoría de la imputación que no pasó de ser una concepción precursora de las actuales teorías de la imputación objetiva del resultado⁶¹¹.

⁶⁰⁹ El tema pasa por determinar si el juicio de adecuación debe realizarse *ex ante*, *ex post* o desde el punto de vista del autor o de un tercero, etc. *vid.* ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, p. 360.

⁶¹⁰ Especialmente crítico con el pronóstico objetivo-formal Eugenio Raúl ZAFFARONI / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 442 para quien la teoría de la adecuación presentaba, entre otros, el problema de hacer depender «... la existencia o continuidad del nexo causal de la previsibilidad y conocimiento del agente y, para evitar, la incorporación de datos subjetivos que hubiesen infringido la consigna del esquema clasificatorio general del delito, tácita o expresamente debía apelar a la imagen abstracta del ser humano normal que, como es sabido, es un homúnculo o monstruo elaborado por la alquimia jurídica; pero además, hubiese debido concluir que quienes se hallaban por debajo de ese promedio eran incapaces de acciones» (la negrita es mía).

⁶¹¹ ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, p. 362.

7. En este contexto de doble nivel de análisis, a saber, determinación de la causalidad a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones y restricción de la relación causal mediante la determinación de las condiciones jurídico-penalmente significativas aparecen las modernas teorías de la imputación objetiva como correctivo jurídico objetivo de la causalidad.

Es decir, a partir de los lineamientos de las teorías de la adecuación y de la relevancia junto con una serie de nuevos correctivos desarrollados por la doctrina se construye una teoría que, en resumen, pretende la delimitación de las conductas causales a aquellas que han creado un riesgo jurídicamente desaprobado y que ese riesgo se haya realizado en el resultado típico.

Consecuentemente, cabe sostener que el concepto científico-natural de causalidad brinda un punto de partida idóneo para la determinación de la atribución de responsabilidad por el resultado a una determinada acción. No obstante ello, no es por sí sólo suficiente para determinar la imputación completa. En ese orden de cosas, la teoría de la imputación objetiva viene, de algún modo, a limitar la responsabilidad penal que se derivaría de la mera comprobación de la causalidad entre acción y resultado. Sin embargo, la teoría de la imputación objetiva no agota su capacidad de rendimiento en la limitación de las teorías de la causalidad. Sino que, por el contrario, ha demostrado ser una herramienta idónea para explicar la imputación penal como atribución de responsabilidad⁶¹².

⁶¹² Cfr. CANCIO MELIÁ, «La teoría de la imputación...», pp. 61-71 y 72 «...la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a convertirse en una teoría general de la conducta típica, en la que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante [...] aparece con cierta frecuencia la afirmación de que la teoría de la imputación objetiva debe extenderse fuera del ámbito de la imputación de resultados. En particular, han presentado construcciones de conjunto que llevan a la práctica de modo global este postulado FRISCH con su teoría de la conducta típica y JAKOBS con su desarrollo de la teoría de la imputación objetiva».

8. Al iniciar el apartado se adelantaban en parte las conclusiones, pues se sostenía allí que la intimidación implica un proceso que puede ser explicado como una relación de causalidad.

A saber, existe en todo proceso intimidatorio una causa a la que puede llamarse amenaza o si se prefiere puesta en perspectiva de un mal. Sin esa condición el proceso causal -proceso intimidatorio- no puede dar inicio. No obstante ello, la causa debe producir un resultado, es decir debe lograr doblegar la voluntad de la víctima. Claro que, como en todo proceso causal, no sólo la causa -amenaza- será relevante, sino que por el contrario aparecerán otras condiciones que harán llegar al resultado. Así, las condiciones aportadas por la víctima, por terceros y las circunstancias espacio temporales serán también importantes para la explicación del proceso causal⁶¹³.

En ese sentido, puede concluirse que el proceso intimidatorio puede ser explicado -en parte- equiparándolo con la relación de causalidad que se determina en todos los delitos de resultado, donde la amenaza es la condición puesta por el autor y el resultado es la intimidación como efecto final. Ahora bien, al igual que el proceso causal de los delitos de resultado, las teorías de la causalidad si bien resultan necesarias para la explicación de la atribución de responsabilidad, no son suficientes y para ello, del mismo modo que en aquel ámbito, corresponde recurrir a los correctivos de la teoría de la imputación objetiva.

9. La delimitación de las conductas causales que crearon el riesgo jurídico desaprobado no puede realizarse observando tan sólo los aportes de un sujeto. A saber, en el contexto de la determinación de las causas de un delito no basta con observar la conducta desplegada por el autor y su aporte. Por el contrario, es necesario, y razonable, observar la situación en conjunto, teniendo también en consideración otras circunstancias y muy especialmente, los aportes realizados por la víctima.

⁶¹³ Ello, sin necesidad de sostener, como la hace la STS de 24 de noviembre de 2009, la existencia de supuesto “estado de intimidación ambiental”.

Consiguientemente, también en el ámbito de un proceso intimidatorio deben evaluarse como posibles causas, tanto el aporte del autor con su amenaza, como el aporte de la víctima con su elección. Es decir, en la relación intersubjetiva que se genera en el proceso intimidatorio los sujetos intervinientes realizan distintos aportes. Los aportes realizados deben ser tenidos en cuenta en una dogmática jurídico-penal que pretenda ser distintiva. Su función es, por consiguiente, procurar determinar los distintos grados de responsabilidad de los sujetos intervinientes en la situación de conflicto generada por el anuncio del autor.

Justamente, la teoría de la imputación objetiva está llamada a determinar quién se encuentra en situación de garante para la evitación de los resultados lesivos⁶¹⁴.

III. Las teorías de la imputación objetiva del resultado

1. El pos finalismo y en particular el funcionalismo sistémico puso el acento en el tipo objetivo abandonando los criterios clásicos⁶¹⁵. Procuró desarrollar un nuevo esquema objetivo apto para todas las formas típicas normativizado en función de la teoría preventiva de la pena⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Cfr. Omar PALERMO, *La legítima defensa: Una revisión normativista*, Hamurabi, Buenos Aires, 2007, p. 407.

⁶¹⁵ Se incluye habitualmente dentro del llamado postfinalismo las llamadas corrientes del subjetivismo monista o teorías del puro desvalor de la acción.

⁶¹⁶ Así, Manuel CANCIO MELIÁ, «La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo», en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 61-70 «... puede destacarse especialmente que la intención declarada de ROXIN, proclamando que la imputación objetiva viene a sustituir otras construcciones desarrolladas por el delito imprudente, y así unificar el tipo objetivo del delito imprudente y el delito doloso, aún no se ha asumido en la discusión doctrinal». Con una posición claramente crítica ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho penal...*, p. 444 negando la posibilidad de

Ese esquema fue rápidamente evolucionando bajo el nombre de «teoría de la imputación objetiva»⁶¹⁷. Su aporte sistemático más relevante es el desarrollo de filtros objetivos dentro del propio tipo penal, cosa que «... permite alejar el suceso lesivo del mero entramado de la causalidad, para acercarlo al ámbito de la pura atribución»⁶¹⁸.

Antes de comprobar la capacidad de la teoría de la imputación objetiva para explicar el proceso intimidatorio determinando fundamentalmente la responsabilidad por el aporte de cada uno de los sujetos que intervienen en el conflicto, conviene resumir muy brevemente las dos versiones más significativas desarrolladas en torno a ella⁶¹⁹.

desarrollar una teoría general que permita la atribución de responsabilidad para todas las formas típicas, sean estas dolosas, culposas, activas u omisivas; ha sostenido en relación con las modernas teorías de la imputación objetiva que «dada la diversidad de enfoques, la disparidad de criterios, la escasa coincidencia en el alcance de la expresión, el excesivo casuismo de algunas propuestas (que parecen desplazarse por el método del pensamiento problemático -tópica- y renunciar a criterios sistémicos) y, en general, la sensación de desconcierto que provoca una coincidencia terminológica que en verdad oculta una formidable disparidad conceptual, algunos autores las consideran teorías en curso de formación, y otros les niegan el carácter sistémico o de fórmula válida con carácter general»; Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva del resultado*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1992, p. 34.

⁶¹⁷ No obstante la denominación común, dentro del funcionalismo, como es por todos conocido, existen dos corrientes claramente diferenciadas. Aunque ambas parten de la legitimación del poder punitivo del Estado desde las necesidades preventivas de pena, postulan criterios de imputación diferentes. A saber, por un lado la concepción de la imputación objetiva fundada en la prevención de riesgos para los bienes jurídicos desarrollada por ROXIN y la teoría de la imputación objetiva de JAKOBS desarrollada a partir de una concepción de la función punitiva como reforzamiento del sistema social mediante la reafirmación de las normas jurídicas a través de un modelo de interacción social conforme a roles.

⁶¹⁸ Cfr. PALERMO, *La legítima defensa...*, p. 379; en ese mismo sentido, *vid.* Wolfgang FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, (trad. Manuel Cancio Meliá), Colex, Madrid, 1995, p. 119.

⁶¹⁹ La teoría del desconocimiento de las relaciones de mutuo reconocimiento desarrollada por FRISCH en torno a la propuesta de la conducta típica es sin dudas otro aporte significativo en este contexto. Sin embargo, no creemos posible abordarlo en este trabajo.

IV. La teoría de la imputación objetiva por aumento del riesgo

1. La teoría de la imputación objetiva desarrollada por ROXIN, en la búsqueda de criterios generales que permitan atribuir un determinado resultado como obra de un sujeto, parte de una regla fundamental⁶²⁰. A saber, «un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto»⁶²¹.

En este esquema, luego de comprobada la conexión causal entre conducta y resultado corresponde determinar si existió la creación de un riesgo no permitido. Para ROXIN, fiel a su desarrollo de la creación del riesgo, debe excluirse la imputación en aquellos supuestos donde ha existido una disminución del riesgo para el objeto de acción⁶²².

⁶²⁰ Suele citarse a ROXIN como el máximo difusor de la teoría de la imputación objetiva, en ese sentido, vid., entre otros, Santiago MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», en Esiquio M. SÁNCHEZ HERRERA, (coord.), *Entre el funcionalismo y el principialismo, y las instituciones dogmáticas*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2002, pp. 29-34.

⁶²¹ ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, pp. 363 y ss. Sin embargo, con ese esquema quedan sin solución un importante grupo de casos, situación que lleva a ROXIN a incluir un nuevo correctivo que limita aún más la atribución de responsabilidad en supuestos de conexión causal entre conducta y resultado cuando el alcance del tipo no abarca la evitación de esa clase de riesgos y sus posibles repercusiones. En resumen, el propio ROXIN delimita su aportación en torno a la teoría de la imputación objetiva diciendo: «... se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo».

⁶²² Se cita el ejemplo de quien ve como una piedra se dirige hacia la cabeza de un sujeto y que al no poder neutralizarla la desvía hacia una parte del cuerpo de la víctima no tan peligrosa como la cabeza. En contra ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho penal...*, p. 447 para quien puede haber casos en los cuales el riesgo se dis-

Al igual que en los supuestos en que el autor disminuyo efectivamente el riesgo, tampoco es posible imputar objetivamente el resultado cuando el agente no ha creado ninguna clase de peligro para el bien jurídico⁶²³. Un tema interesante en torno al juicio de creación o aumento del riesgo es el de la apreciación de los cursos causales hipotéticos. ROXIN partiendo de la idea que la relevancia jurídica de un peligro es una valoración político criminal y no una cuestión de lógica o ciencias naturales sostiene que, en general, la existencia de cursos causales hipotéticos no excluye la creación de un peligro y por tanto no son suficientes para descartar la imputación⁶²⁴.

Del mismo modo que en los supuestos de disminución del riesgo y de falta de creación de un peligro no es posible imputar objetivamente el resultado en aquellos supuestos de creación de un riesgo jurídicamente permitido⁶²⁵.

minuye por la intervención causal del agente y de todos modos se mantiene la imputación objetiva, así el famoso caso de los médicos del régimen nazi que entregaron a algunos enfermos para salvar a la mayoría, o el ejemplo de los delitos contra el medio ambiente donde las industrias contaminan por debajo de los límites permitidos y que en conjunto producen un daño ecológico apreciable (se discute aquí la problemática de los llamados delitos de acumulación).

⁶²³ Es aquí donde según ROXIN se resuelve el famoso caso del tío rico que es enviado a volar en avión o al bosque en medio de una tormenta. Incluyéndose también aquí todos aquellos supuestos de incitación a la realización de actividades normales y jurídicamente irrelevantes, aunque las mismas en determinadas situaciones excepcionales puedan dar lugar a accidentes.

⁶²⁴ Quizá el caso más representativo de los cursos causales hipotéticos viene dado por la imposibilidad de excluir la imputación en el supuesto del autor sustituto. A saber, el solo hecho que otro sujeto hubiese lesionado el bien jurídico con posterioridad (caso de los tiradores del muro o del fusilamiento en la guerra) si el agente no lo hacía no lleva a determinar sin más que el agente no ha creado un peligro prohibido.

⁶²⁵ El recurso y la capacidad de rendimiento del concepto de riesgo permitido en el contexto de la teoría de la imputación objetiva ha sido considerado por ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho penal...*, p. 448 como el máximo aporte de la teoría de ROXIN. El tema de este trabajo no permite realizar un análisis detenido sobre el tan debatido tema del riesgo permitido, para profundizar, en castellano, vid., por

2. En el esquema de la teoría de la imputación objetiva de ROXIN, luego de comprobada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, corresponde demostrar la realización de ese riesgo en el resultado. A saber, para poder imputar objetivamente el resultado a la conducta del autor será necesario que el riesgo no permitido creado por el autor se plasme en el resultado y no que tan sólo exista una conexión causal⁶²⁶.

Para solucionar determinado grupo de casos en el ámbito de la realización del riesgo no permitido en la teoría de la imputación objetiva ROXIN desarrolla el concepto de fin de protección de la norma⁶²⁷.

todos, José M. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995. Cfr., también, en el ámbito de la imputación objetiva, Percy GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2003, p. 409 para quien «el origen histórico del riesgo permitido se remonta a la época industrial en la que fue necesario, para no parar el progreso, permitir ciertas actividades a pesar de su peligrosidad».

⁶²⁶ Se recurre con frecuencia para explicar este punto a los supuestos de delitos dolosos tentados que luego llegan a la consumación no por la realización de la conducta del autor en el resultado sino por el advenimiento de un curso causal imprevisible. Así, el famoso caso de la muerte del herido en un accidente de tránsito por el posterior incendio del hospital al que es trasladado.

⁶²⁷ Para clarificar el tema se presenta el conocido caso de los ciclistas que circulaban sin luces. Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, p. 367. «(RGSt 63, 392): Dos ciclistas circulaban uno tras otro sin alumbrado en sus bicicletas. El ciclista que iba delante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado sólo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación». A través de ese ejemplo se pretende demostrar que el fin de protección de la norma de cuidado es limitadora del riesgo permitido y no del fin de protección del tipo mismo. Es decir, en los casos de fin de protección de la norma la imputación se excluye porque el riesgo no permitido (circular sin luces) no se realiza en el resultado, pues el fin de protección de la norma no es evitar accidentes de terceros que también circulaban sin luces, sino accidentes propios.

Existen supuestos en los cuales «probablemente» el resultado se podría haber evitado mediante la realización de una conducta alternativa conforme a Derecho. A saber, no quedan dudas sobre el deber de excluir la imputación objetiva en aquellos supuestos en que la conducta alternativa conforme a Derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado⁶²⁸. Sin embargo, la solución no parece tan clara en aquellos supuestos donde la conducta alternativa conforme a Derecho podría con algún grado de probabilidad haber evitado el resultado. Para Roxin debe mantenerse la imputación en estos supuestos, pues la actuación del agente dentro del riesgo permitido hubiese «posiblemente» evitado la realización del resultado y por tanto su incumplimiento implica un incremento del riesgo jurídicamente relevante para la producción del resultado. Así, al camionero que sobrepasa al ciclista sin respetar la distancia de sobrepaso se le debe imputar objetivamente el resultado aunque el estado ético del ciclista hubiese hecho probable la producción de resultado de muerte aunque el camionero hubiese respetado la distancia reglamentaria⁶²⁹.

4. La teoría de la imputación objetiva de ROXIN no concluye sin embargo en todos los casos con la determinación de la realización de riesgo en el resultado. Y ello, porque existen supuestos donde la impu-

⁶²⁸ Caso de los pinceles, ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, p. 375: «(modificación del RGSt 63, 211) El director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadores pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como está prescrito. Cuatro trabajadores se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiere sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa».

⁶²⁹ La teoría del incremento del riesgo en las conductas alternativas conforme a Derecho desarrollada por ROXIN, como él mismo afirma, no han tenido acogida en la jurisprudencia alemana, aunque sí en la doctrina penal. No obstante, ha sido blanco de fuertes críticas por la doctrina fundamentalmente por considerarla violatoria del principio *in dubio pro reo*, ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho penal...*, p...; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico...*, p. 453; por constituir al resultado en una condición objetiva de punibilidad de tal forma que los delitos de lesión pasen a delitos de peligro.

tación puede aún ser excluida por otros factores. A saber, en los delitos dolosos aparecen tres grupos de casos donde el proceso de imputación requiere de un análisis posterior. Así los casos de a) cooperación en una autopuesta en peligro dolosa; b) la puesta en peligro de un tercero consentida por éste; c) la imputación del resultado en un ámbito de responsabilidad ajeno.

V. La infracción de roles y la defraudación de la norma

a) *Introducción*

1. Partiendo de la idea central de que no todo es asunto de todos JAKOBS desarrolla su teoría de la imputación objetiva sosteniendo que un suceso puede imputarse a un sujeto cuando el riesgo del que debe responder el interviniente se define como condición decisiva, debiendo considerarse las demás condiciones como no decisivas y por tanto socialmente adecuadas⁶³⁰. La teoría de la imputación objetiva constituye el primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, con ella se comprueba cuando una conducta puede considerarse objetivamente como delictiva⁶³¹.

Las personas son en sociedad portadoras de roles, es decir en la interacción social cada persona asume una determinada posición que le viene precisada normativamente. Como portador de ese rol la persona es responsable por las desviaciones de las expectativas que le incumbían según su rol. Así la imputación tiene como destinatario a la persona a la cual pertenece responsabilidad de un rol y debe responder por la defraudación de expectativas generadas por su posición social. Es

⁶³⁰ Para JAKOBS si todas las personas fuesen competentes para evitar todos los posibles daños se produciría una paralización inmediata de la vida social.

⁶³¹ CANCIO MELIÁ, «La teoría de la imputación objetiva...», pp. 61-75, resulta especialmente interesante la transcripción de la nota 56.

decir, un hecho sólo puede serle imputado objetivamente a un ciudadano si éste ha infringido su rol⁶³².

2. Para la determinación mediante criterios objetivos las competencias individuales es necesario diferenciar los distintos roles que pueden asumir los sujetos en sociedad. Así, JAKOBS realiza una importante clasificación entre, por un lado, el rol general de ciudadano y por el otro los roles especiales surgidos de una institución social concreta. Al determinar ambos roles distintas formas de defraudación hacen necesario recurrir también a distintos mecanismos de imputación jurídico penal. De allí la famosa clasificación del profesor de Bonn entre delitos de dominio en los que se produce una infracción al rol general de ciudadano y delitos de infracción de un deber en el que se produce una infracción de roles especiales. Los criterios de imputación objetiva varían según se trate de un delito de dominio o de un delito de infracción de un deber. Por ello corresponde analizar por separado los criterios de imputación objetiva para cada uno de los casos.

b) La imputación objetiva en los delitos de dominio

1. Todo individuo por el sólo hecho de participar de la vida social es destinatario de un mandato general que podría resumirse como: «... se una buena persona y respeta a los demás», que, al menos, le impone la obligación de no lesionar o no crear peligros para los demás mediante su propia organización⁶³³. De allí surge un rol general del que son titu-

⁶³² Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico...*, p. 406.

⁶³³ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad...*, p. 48 «...todo individuo tiene reconocida una amplia «competencia» primaria para organizar libremente su propio ámbito, a condición que con ello no cuestione la competencia ajena igualmente legítima. Aspecto que, en pocas palabras, podría expresarse por medio del ya clásico *alterum non laedere*.

lares potenciales todos los ciudadanos y del que en determinadas circunstancias y con distinto alcance surgirán una serie de obligaciones jurídico-penales.

Partiendo de la idea de «la libertad de organización como criterio de legitimación y del dominio del riesgo como factor de imputación» la norma penal determina la estructura los delitos de domino⁶³⁴.

2. No obstante, no es suficiente para imputar penalmente que de la libre organización del ciudadano se deriven causalmente daños o peligros para los demás. Por el contrario, será necesario también que el ciudadano haya infringido su rol, en este caso «el rol general de ciudadano». En efecto, es necesario desarrollar un proceso de imputación que está dividido en dos partes, por un lado la imputación objetiva del comportamiento y por otro la imputación objetiva del resultado.

c) La imputación objetiva del comportamiento

1. Mediante la imputación objetiva del comportamiento se determinará cuando una conducta lesiva puede ser imputada a un sujeto como infracción de su rol general que le impone su posición social de ciudadano. En ese sentido, la imputación objetiva del comportamiento será válida para fundamentar la realización objetiva de figuras delictivas que no requieren «la producción de un estado separado de la acción» como son los casos de delitos de mera actividad, los delitos de peligro o las tentativas de delitos de resultado⁶³⁵.

⁶³⁴ Percy GARCÍA CAVERO, La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa. Criterios de imputación, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 38.

⁶³⁵ La doctrina penal más moderna prefiere no hablar de delitos donde no hace falta el resultado y recurre para mayor precisión a la expresión «producción de un estado separado de la acción». Ello permite afirmar el disvalor de resultado incluso en

2. Así las cosas, para determinar la imputación penal de un comportamiento como infracción del rol de ciudadano cabe en primer lugar analizar cuando una determinada organización individual es prohibida por el ordenamiento jurídico. Para ello en la teoría de la imputación objetiva del comportamiento de JAKOBS se recurre al concepto de creación de un riesgo prohibido.

Un riesgo es prohibido cuando no se encuentra abarcado por el riesgo permitido. Ello permite realizar una primera limitación en el ámbito de la imputación objetiva del comportamiento, a saber, del rol de ciudadano no surge la obligación de evitar todos los riesgos de lesión, pues tan sólo aquellos excedan el riesgo socialmente permitido cobrarán relevancia jurídico penal.

3. La imputación de un comportamiento requiere además de la creación de un riesgo prohibido que el sujeto haya realizado una infracción a su rol general de ciudadano. Es decir que haya incumplido las atribuciones que surgen de su rol, lesionando los deberes negativos que surgen de su posición de ciudadano por su defectuosa organización. Tal situación se da, en primer lugar, incumpliendo deberes de aseguramiento, es decir por no «...asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido»⁶³⁶.

los delitos de mera actividad y afirmar también normativamente la existencia de resultado por la defraudación de expectativas normativas incluso en los supuestos de tentativa de delito, vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico...*, pp. 437 y ss.

⁶³⁶ JAKOBS, *Estudios...*, p. 349; EL MISMO, *La imputación penal...*, pp. 30 y ss. Debe tenerse especialmente en cuenta que para JAKOBS al no encontrarse el fundamento de la imputación en el plano natural sino, por el contrario, en un plano estrictamente normativo del rol del ciudadano, estos deberes de aseguramiento deben cumplirse ya sea por acción o por omisión.

Es posible también que se vulnere el rol general de ciudadano por incumplimiento de deberes de salvamento por asunción⁶³⁷. En este caso, a diferencia de los deberes de salvamento, los riesgos surgen en una esfera de organización ajena. El sujeto no responde en estos casos por defectos en un su ámbito de organización sino por el deber de neutralizar un peligro por él creado antes que afecte ámbitos de organización ajenos.

La última alternativa de quebrantamiento del rol general de ciudadano se da por el incumplimiento de deberes de salvaguarda por riesgos especiales⁶³⁸. En estos supuestos existe una conducta precedente especialmente peligrosa del agente que lo obliga en el contexto de su rol general de ciudadano a intervenir en un ámbito ajeno con deberes de salvamento. Se trata de casos que la doctrina agrupa en los llamados supuestos de injerencia o actuar precedente⁶³⁹.

4. Las situaciones de creación de riesgo normalmente son desarrolladas por más de una persona y al menos en ella participa otro sujeto además del autor, la víctima. En ese contexto, interactúan distintos ámbitos o roles, así será necesario establecer criterios válidos para la delimitación de competencias de tal forma de asignar la responsabilidad penal de alguno de los intervinientes o en su caso considerar el hecho como un mero infortunio.

Con ese objetivo para determinar si la competencia por el riesgo prohibido corresponde al agente o a un tercero se recurre a los con-

⁶³⁷ JAKOBS, *La imputación penal...*, pp. 31 y ss, el mismo, *Estudios...*, p. 351.

⁶³⁸ JAKOBS, *La imputación penal...*, pp. 31 y ss, el mismo, *Estudios...*, p. 354.

⁶³⁹ Para la doctrina mayoritaria los casos de injerencia penalmente relevantes se limitan a aquellos en que la conducta precedente del agente es antijurídica, en ese sentido vid., por todos, JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 673, con referencias bibliográficas en nota 54. En contra, JAKOBS, *Estudios...*, p. 355 para quien existen conductas permitidas que de todos modos fundamentan deberes de salvamento, en esa línea GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico...*, p. 419.

ceptos de «principio de confianza» o «prohibición de regreso»⁶⁴⁰. Mientras que en ciertos casos, por el especial aporte de la víctima en la creación del riesgo prohibido podrá determinarse su competencia, imposibilitando la imputación del agente, a través del llamado «ámbito de competencia de la víctima».

§ 4. POSIBLES CRITERIOS DE DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE INTIMIDACIÓN EN SUS EQUIVALENTES DE ESTRUCTURA -AUTORIA MEDIATA EN SENTIDO AMPLIO E IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. Juicios de determinación del instrumento en la autoría mediata como criterios de decisión de la intimidación típica

1. El recurso a la figura de la autoría mediata para explicar la estructura típica de injusto de los delitos construidos con base en medios coactivos ha tenido la gran ventaja de explicar los cimientos sobre los que se mantiene la intimidación como proceso. No obstante, dicha estructura no ha sido por sí misma suficiente para delimitar los supuestos de intimidación con relevancia jurídico-penal. Para ello, es necesario avanzar un poco más y, comprobada la posibilidad de hacer un paralelismo entre la estructura del delito de agresión sexual y la estructura de la autoría mediata, estudiar los distintos criterios desarrollados por la doctrina para explicar el concepto de coacción como medio de instrumentalización.

⁶⁴⁰ Sobre el principio de confianza se volverá luego al analizar, entre los casos de procesos intimidatorios de configuración alternativa, los supuestos de uso de una situación intimidatoria generada previamente por un tercero.

En ese sentido, los criterios desarrollados por la doctrina jurídico-penal para la determinación de la existencia de instrumento en el hombre de delante y la consecuente responsabilidad del hombre de atrás pueden aportar algo de luz a la delimitación del concepto de intimidación como medio coactivo o, al menos, redescubrir otro ámbito del Derecho penal con problemas similares.

2. El núcleo de la estructura dogmática de la autoría mediata está constituido por el llamado «instrumento» y su relación con la persona que se sirve de él para la realización del hecho⁶⁴¹. No obstante, a nuestro modo de ver uno de los temas más atractivos de la figura es el de los supuestos a través de los cuales puede afirmarse que un determinado sujeto es instrumento y, en consecuencia, poder sostener la autoría mediata.

3. La doctrina penal es unánime al afirmar que sólo dos son los supuestos en que puede aseverarse que un sujeto se valió de otro como instrumento. Cuando el ejecutor material del hecho haya actuado sin

⁶⁴¹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 382 (marg. 51). Es de destacar, como sostiene BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 165 que la doctrina alemana más antigua ponía especial atención en la persona de delante limitando la configuración de la autoría mediata para aquellos casos en que la instrumentalización era lo suficientemente relevante. Sin embargo, y principalmente desde la formulación de la teoría del dominio del hecho de ROXIN pasa a tener más interés la conducta del hombre de detrás y la relación de éste con el llamado instrumento, ello motivo una interpretación mucho más amplia del concepto de instrumento que ya no se limitaba a la utilización de un sujeto concreto que por cualquier defecto no podía ser considerado penalmente responsable de la realización del hecho. Para KINDHÄUSER, *La estafa como autoría...*, p. 10, partidario de una tesis más bien restrictiva de la estructura de la autoría mediata, la misma tiene dos presupuestos fundamentales «en primer lugar, el hombre de delante no debe cumplir el elemento objetivo o subjetivo constitutivo de un determinado hecho punible y, en segundo lugar, el hombre de detrás debe ser responsable precisamente por ese defecto del hombre de delante con lo cual todos los demás presupuestos de responsabilidad deben estar dados».

libertad o cuando la haya hecho sin conocimiento. En este sentido, BOLEA BARDÓN clasifica los distintos grupos de casos en tres, A. supuestos de error en el instrumento; B. las coacciones y otras situaciones de necesidad; C. los supuestos de inimputabilidad.

En este apartado analizaremos los supuestos de coacciones y otras situaciones de necesidad. Se procurará presentar de forma muy sintetizada cuáles han sido los criterios utilizados por la doctrina para sostener que un determinado sujeto debe ser calificado como instrumento por alguno de esos supuestos, de tal manera de permitir la imputación al hombre de atrás como autor mediato del hecho materialmente realizado por aquel. La discusión en torno a los conceptos de dominio del hecho, dominio de la voluntad e influencia volitiva tienen una relación estrecha con el tema de este trabajo.

a) *La coacción y otras situaciones de necesidad en la autoría mediata*

1. La coacción ha venido siendo reconocida casi de forma unánime por la doctrina especializada como medio idóneo para fundamentar la instrumentalización de un sujeto y, en consecuencia, basar en dicha instrumentalización la autoría mediata⁶⁴². Sin embargo, no existe la misma unanimidad a la hora de delimitar qué supuestos de coacción son cualitativa y cuantitativamente suficientes para configurar la instrumentalización requerida por la figura de la autoría mediata⁶⁴³.

⁶⁴² Cfr. José U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, p. 138.

⁶⁴³ BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 255; M^a del Carmen GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 215 «especialmente problemáticos se presentan en este sentido los casos en que el modo empleado para inducir es el que se conoce como «fuerza moral», en el que se engloban las coacciones, amenazas o aprovechamiento por el inductor de la especial situación en que se encuentra la persona a la que se dirige el requerimiento».

Dicha delimitación no constituye tan sólo un problema de mero interés dogmático, pues la existencia o no de coacción suficiente e instrumentalización determinará la existencia de autoría y la consecuente aplicación de la autoría mediata, o por el contrario la existencia de participación y, en consecuencia, el recurso a la figura de la inducción⁶⁴⁴.

2. Se repiten aquí los planteamientos que se presentarán en el primer capítulo de este trabajo y la polarización de la discusión sobre la adopción de criterios fácticos o criterios normativos para decidir sobre la admisibilidad de la amenaza como forma de coacción que instrumentalice y genere un supuesto de autoría mediata, o por el contra-

644 Y ello pese a la regulación penal española que en su artículo 28 del Cp castiga al inductor con la misma pena que al autor. Sobre la importancia de la delimitación de la coacción para configuración de autoría mediata o inducción cfr., entre otros, en Alemania, KÜPER, «*Mittelbare Täterschaft, Verbotssirrtum des Tatmittlers und verantwortungsprinzip*», en JZ, (1989), p. 948; en España, BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 255; GÓMEZ RIVERO, *La inducción...*, p. 215 afirmando que desde el análisis de la inducción «... las dificultades que a menudo plantea la determinación de si la incitación se ha producido en tales condiciones de libertad que permita afirmar que la formación de la voluntad del autor es el resultado de un proceso libre de ponderación de pros y contras sobre la ejecución, respecto a la que sigue conservando el dominio del hecho, o si, por el contrario, por cualquier circunstancia, el autor material actuó como un mero instrumento de la voluntad del hombre de atrás que aparece, consiguientemente, como autor mediato»; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, p. 139 resta importancia a la igualdad de pena prevista para los supuestos de autoría y de inducción; agregando al interés dogmático de la distinción entre inducción y autoría mediata la diferente responsabilidad que le corresponde al ejecutor en los supuestos de inducción, donde siempre responde, y en los casos de autoría mediata donde en principio se libra de responsabilidad «... puede resultar que al instrumento le pueda o no alcanzar también la pena y no sólo, por tanto, al autor mediato, mientras que esto es normalmente así en la inducción, pues cuando el ejercicio de coacción sobre el instrumento fundamente sólo la inducción, el sujeto de delante será también y siempre autor, un responsable criminal», en sentido también en España, Bernardo DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Edersa, Madrid, 1986, p. 281; Miguel D. OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999; ROBLES PLANAS, *La participación.....*, p. 31.

rio, que no sea susceptible de instrumentalizar y todo caso sea constitutiva de un supuesto de inducción⁶⁴⁵.

Surgen entonces quienes se enrolan en una posición subjetiva y fundamentan la delimitación por criterios estrictamente fáctico-psicológicos y se ven obligados a considerar cualitativa y cuantitativamente suficiente para constituir instrumentalización cualquier amenaza que individualmente valorada por el sujeto afectado sea suficiente para que se considere coaccionado. Mientras que, en el polo opuesto, aparecen los partidarios de la normativización y como ejemplo, la teoría de la responsabilidad penal desarrollada por ROXIN, que considera al hombre de atrás como autor mediato sólo en aquellos supuestos de coacción en que el instrumento no respondería penalmente porque el legislador lo ha liberado de responsabilidad.

b) Los criterios normativos

1. Partiendo de una fuerte crítica a la perspectiva psicológica por emplear un método exclusivamente fáctico calificado de intuitivo y como tal contrario a la seguridad jurídica se han desarrollado una serie de cri-

⁶⁴⁵ En este sentido planteando la discusión *vid.*, entre otros, BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 256 «... se ha visto la necesidad de ir confeccionando criterios de distinción, algunos preponderantemente fácticos y otro, como veremos, más normativos»; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, pp. 141-155, donde aproximándose a la teoría del dominio del hecho de ROXIN distingue entre criterios basados en un dominio fáctico-psicológico y criterios basados en un dominio normativo «... priorizando uno la entidad material de la coacción y sus efectos sobre la víctima, mientras que el otro relega la solución a la previa valoración normativa que merece el comportamiento del sujeto que actúa en tal situación, es decir, la existencia de autoría mediata o de inducción se hace depender de si el ejecutor es o no responsable jurídicamente del delito que comete.»; GÓMEZ RIVERO, *La inducción...*, p. 246 se inclina por una «... valoración individualizada de la incidencia que en particular la amenaza haya tenido en el destinatario, y el consiguiente grado de limitación de la libertad en su decisión que haya representado» negando la posibilidad de establecer criterios normativos de validez general.

terios normativos que procuran aportar una solución general y uniforme⁶⁴⁶.

Se dividirá el estudio de los criterios normativos para la determinación del instrumento en la estructura de la autoría mediata en dos grandes grupos. En primer lugar se analizará el *Verantwortungsprinzip* propuesto en Alemania por ROXIN y en el segundo grupo las propuestas surgidas de la doctrina penal más moderna.

2. La teoría del dominio de la voluntad se ha convertido en el criterio normativo más aceptado para la delimitación del concepto de coacción como elemento para determinar la instrumentalización.⁶⁴⁷ Su propio creador la ha calificado como un progreso decisivo en la dogmática de la autoría que permitió considerar «... auténticos casos de autoría los supuestos de autoría mediata (como, por ejemplo, la realización del resultado mediante la creación de un estado de necesidad coactivo o el aprovechamiento de un error), sin poner en peligro la delimitación con la participación y sin reducir la autoría a una mera causación»⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ Cfr. René BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, pp. 345-347. En España, BOLEA BARDÓN, *Autoría ...*, p. 288 con relación a los criterios psicológicos a sostenido que «al no contar tales criterios con ningún tipo de complemento normativo, difícilmente se consigue un acuerdo acerca de cuándo la coacción es suficiente para apreciar una falta de libertad relevante en el autor inmediato. Un concepto de libertad desvinculado de cualquier correlato normativo se ha demostrado poco útil para fundamentar la autoría mediata, pues permite afirmar esta figura en casos en que sólo se aprecia una fuerte influencia psicológica sobre el autor inmediato, con lo que se desbordan los límites de la autoría mediata, y se contribuye a desdibujar la frontera entre esta concreta forma de autoría y la inducción, favoreciendo, con ello, un alto grado de inseguridad jurídica»; también HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, p. 160, reconoce que las concepciones normativas ofrecen un mayor grado de seguridad jurídica.

⁶⁴⁷ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, § 21, pp. 165-192.

⁶⁴⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, § 20, pp. 163.

ROXIN clasifica en tres los supuestos de dominio del hecho: el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio funcional. Para este trabajo resulta interesante detenernos sólo en el llamado dominio de la voluntad y en concreto en uno de sus casos conocido como dominio de la voluntad por coacción, sin entrar a analizar los supuestos de dominio de la voluntad por creación o utilización de un error en el instrumento, por utilización de inimputables o jóvenes, o a través de aparatos organizados de poder.

3. Como se adelantara sucintamente en el apartado anterior, basándose en el criterio de la responsabilidad penal, ROXIN elaboró un criterio normativo de delimitación del dominio de la voluntad a través de la coacción. Partiendo de la idea rectora de que no cualquier coacción puede ser suficiente para instrumentalizar o, en otros términos, para dominar la voluntad y sostener la autoría mediata afirma que «... una coacción [...] convierte al sujeto de detrás en la figura clave del suceso de modo distinto a que si se hubiera limitado a determinar o simplemente a aconsejar»⁶⁴⁹. A partir de allí lo fundamental será dotar de contenido tal concepto de dominio de la voluntad y obviamente determinar que supuestos, en nuestro caso, de coacción son suficientes para configurarlo. Con ese objetivo se plantea la distinción entre lo que podría llamarse influencia volitiva y el efectivo dominio de la voluntad. Así, pues para ROXIN:

⁶⁴⁹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, § 20, pp. 164; resaltando tal particularidad de la obra de ROXIN y el esfuerzo por él realizado en dotar de contenido a estos conceptos cfr. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 594-595 afirmando que en profesor alemán niega que sea lícito conformarse con la pura imagen del dominio de la voluntad y que en consecuencia «... hay que preguntarse qué presupuestos permiten afirmar que un sujeto domina al intermediario y así se convierte en el centro del suceso y ciertamente ROXIN se introduce en un impresionante estudio, discusión y fundamentación de por qué, cuándo y cómo se puede decir que un sujeto utiliza a otro como intermediario o instrumento; prescindiendo de cuestiones concretas en las que se puede estar de acuerdo o no, y de precisiones terminológicas, me parece que esta parte del trabajo de ROXIN, en cuanto construcción propia, es lo más sobresaliente del mismo».

«No todo aquel que ejerce influjo más o menos intenso sobre la resolución del que ejecuta directamente domina ya por eso el hecho, puesto que tal influencia la tienen igualmente el inductor y el cómplice que corrompen al agente y le apoyan con consejos. Si no se quiere degradar hasta lo insignificante la participación, apartándose de las metas en que pensó el legislador, ha de interpretarse el concepto de “dominio” como puede entenderse con arreglo simplemente al tenor literal y al contenido de sentido social: hay que limitarlo a los casos en que la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir reside en el sujeto de detrás. Siempre que al ejecutor directo *le quede libertad de decidir*, la influencia del sujeto de detrás no puede ascender al “dominio” cuya existencia, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, debe constituir un requisito de la autoría»⁶⁵⁰.

Que la influencia volitiva y dominio de la voluntad no son la misma cosa no resulta tan difícil de fundamentar. Sin embargo, el problema surge a la hora de establecer los criterios normativos que determinen el límite inferior del concepto de dominio de la voluntad y por tanto tracen la línea divisoria entre los casos de autoría mediata e inducción. Como existen casos en los que bajo determinadas presiones el sujeto coaccionado puede llegar a reacciones instintivas de pánico cercanas a la inimputabilidad, en el extremo opuesto, concurren casos en los cuales le queda al coaccionado la posibilidad de elegir libremente. Éstos últimos constituyen supuestos abarcados en la zona gris del límite inferior entre coacción susceptible de instrumentalizar o supuestos de mera participación.

4. Los grupos de casos incluidos en dicha zona gris pueden ser abordados, como gran parte de los temas de la dogmática jurídico-penal, con criterios psicológicos o con criterios normativos.

⁶⁵⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, § 21, pp. 166, (las cursivas me pertenecen); cfr. BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 277 presentando la propuesta de ROXIN de diferenciar los conceptos de «dominio de la voluntad» y la simple «influencia en la voluntad».

Para ROXIN, fiel defensor del recurso a criterios normativos, no es posible dirimir psicológicamente el dominio de la voluntad del sujeto de detrás, puesto que una concepción tal «... convertiría la verificación procesal del dominio de la voluntad en asunto de peritos psicológicos, de manera que obtendríamos un concepto de dominio del hecho “propio de las ciencias naturales”»⁶⁵¹.

En consecuencia, pretende presentar un criterio meramente normativo con puntos de apoyo proporcionados por la propia ley que permitan extraer los requisitos necesarios para determinar la capacidad de resistencia humana frente a la violencia y la intimidación.

Con ese punto de partida desarrolla la llamada teoría de la responsabilidad penal con sustentos exclusivamente legales. A saber, si el legislador exime de responsabilidad penal al ejecutor directo de un hecho «con independencia de su situación anímica en el caso concreto» y lo sustrae a la pena eso sólo puede ser interpretado en el sentido de que el propio legislador considera el suceso en manos del sujeto de atrás y no ya en manos del ejecutor directo⁶⁵².

«Así pues, el concepto de dominio de la voluntad no está orientado a la situación psíquica, sino a la responsabilidad, categoría que, por los motivos expuestos, es capaz de dar cuenta mejor del sentido jurídico del acontecer que un procedimiento meramente psicologizante. La decisión “determinante” y, consiguientemente, el dominio de la voluntad, tal como ha de entenderse con arreglo a la ley, reside, pues, en el sujeto de

⁶⁵¹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, § 21, pp. 168 «Lo determinante es que una forma de conceptos así es incorrecta ya desde el punto de partida metodológico: los datos empíricos (aquí, la demostrable presión motivacional de determinadas situaciones) son ciertamente esenciales para la regulación jurídica, porque prestan obvedad y cercanía a la realidad al concepto de dominio del hecho; pero no puede determinar el contenido del “dominio” por sí solos, ya que el significado jurídico de un suceso no puede obtenerse del mero dato psicológico, sino sólo por la referencia a los contextos de sentido legales».

⁶⁵² ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, § 21, pp. 169 «... el legislador, cuando la presión motivacional ha alcanzado, conforme a la experiencia, cierta intensidad, cambia de punto de vista y atribuye la responsabilidad sólo al sujeto de detrás, que se convierte así en figura principal del suceso de la acción».

detrás no sólo cuando al agente ya no le es posible, desde el punto de vista psíquico, una decisión autónoma, sino cuando el Derecho penal ya no la exige de él»⁶⁵³.

En resumen, la propuesta de ROXIN consiste en afirmar que sólo deberá considerarse autor mediato por instrumentalización a través de coacción aquel sujeto que influye en otro de tal manera que éste de *iure* se vea librado de responsabilidad penal, no siendo suficiente una influencia más o menos intensa psicológicamente valorada⁶⁵⁴. Ello significa que el dominio de la voluntad no puede ser entendido en sentido psicológico, sino que debe ser interpretado sobre las experiencias existentes sobre la capacidad humana de resistir la violencia y la amenaza que ya vienen reconocidas en la ley⁶⁵⁵. De tal forma, los casos de estado de necesidad coactivo deberían ser considerados como supuestos de coacción configuradores de responsabilidad penal en el hombre de atrás como autor mediato del hecho⁶⁵⁶. Para mantener la coherencia de tal planteamiento debe consecuentemente sostenerse que en los supuestos de influencia psíquica análogos al estado de necesidad coactivo pero en los que no se cumplen todos sus requisitos no puede imputarse al hombre de atrás como autor mediato, sino a lo sumo como in-

⁶⁵³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, § 21, pp. 169.

⁶⁵⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, § 21, pp. 191 «Una coacción que presta al sujeto de detrás el dominio de la voluntad, convirtiéndolo en autor mediato, se da siempre que (pero sólo cuando) el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal pro su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de detrás»; en ese sentido, BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 276 explica la teoría de ROXIN afirmando que «... la decisión más relevante no recae en el hombre de detrás únicamente cuando al ejecutor ya no le es posible psíquicamente tomar una decisión por sí mismo, sino desde el momento en que el Derecho penal ya no espera que la tome».

⁶⁵⁵ Cfr. BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 276 (nota 72).

⁶⁵⁶ En contra, Friedrich C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter : Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965, p. 99 sosteniendo que la normativización propuesta por ROXIN en los supuestos de coacción conduce a una teoría negativo-formal, que lleva a considerar supuestos de autoría mediata los casos en que el ejecutor material no es punible.

ductor⁶⁵⁷. Justamente por ello, los partidarios del criterio normativo resaltan la practicidad de la propuesta para diferenciar los supuestos de autoría mediata de los de inducción, destacando la seguridad jurídica que se crea con este criterio⁶⁵⁸.

5. El principio de la responsabilidad (*Verantwortungsprinzip*) desarrollado por ROXIN se fue consagrando como doctrina dominante tanto en Alemania como en España. No obstante fueron surgiendo una serie de propuestas que ponían en duda su capacidad de rendimiento para la determinación de supuestos de autoría mediata a través de dominio del hecho en situaciones de necesidad coactiva⁶⁵⁹.

En un primer momento, STEIN negó la similitud entre las situaciones de un sujeto ejecutor en estado de necesidad con la presencia de un hombre de detrás y los supuestos de necesidad básicos previstos en el StGB donde se regula la intervención única de un autor en estado de necesidad⁶⁶⁰. Por ello rechazaba la posibilidad de imponer el dominio del hecho en el hombre de atrás por el sólo hecho que el legislador ex-

⁶⁵⁷ Como ejemplo de supuesto de influencia psíquica análogas al estado de necesidad coactivo el ejemplo presentado por Reinhart MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*, 2ª ed., 1958, § 48, I, A, 2, p. 495 «A determina a la mujer B, fácilmente influenciable y completamente sometida sexual y psicológicamente a él para que mate a su esposo porque de lo contrario la dejaría».

⁶⁵⁸ A favor del criterio normativo, vid., BLOY, *Die Beteiligungsform...*, pp. 346-347 «Führt demgemäß kein Weg an der Normativierung der Tatherrschaft vorbei, so besteht die bei der Grenzziehung zwischen Anstiftung und Mittelbarer Täterschaft zu bewältigende Aufgabe darin, die maßgeblichen normativen Kriterien herauszuarbeiten, die in die problematischen Grenzfällen durch ihre Leitlinienfunktion klärend wirken. Dabei ermöglicht das schon erwähnte Verantwortungsprinzip generell eine Orientierung».

⁶⁵⁹ En este apartado, teniendo en cuenta su carácter meramente descriptivo, seguiré la estructura de análisis desarrollada por BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, pp. 279-292.

⁶⁶⁰ Ulrich STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, 1988, Berlin, 1988, p. 200.

culpe al ejecutor en ciertos supuestos de estado de necesidad previstos en el § 35 StGB.

Si bien compartía que en estos casos era necesario atribuir responsabilidad al hombre de atrás, no comprendía por qué dicha atribución debía ser a título de autoría. Desde esa posición crítica, rechazando por completo el recurso al *Verantwortungsprinzip*, proponía la solución de este grupo de casos recurriendo a la falta de capacidad del hombre de delante para cumplir la norma, no siendo necesaria su ausencia de capacidad de dirección, sino tan sólo la disminución de esa capacidad.

Con dicho criterio, sin embargo, debían ser considerados supuestos de autoría mediata los casos en los que se reconocen causas de exculpación supraleales en los que se presume la falta o disminución de la capacidad de dirección de las acciones del sujeto ejecutor.

6. Desde una perspectiva también crítica pero sin ir tan lejos como el anterior, KÜPER en un artículo publicado en 1989 replanteó la interpretación dominante del principio de la responsabilidad. La conclusión de su postura era que el principio de responsabilidad es útil para delimitar el dominio del hecho, pero no así para fundamentar a través del § 35 StGB (estado de necesidad disculpante) el dominio del hecho en situaciones de necesidad coactiva, criterio que a su juicio resulta demasiado amplio⁶⁶¹.

Aunque convencido de la necesidad de desarrollar un criterio normativo, sostenía que el principio de la responsabilidad no sirve para fundamentar el dominio del hecho (*Begründungsprinzip*) pero que, sin embargo, es el instrumento más adecuado como medida y delimitación (*Maß- und Abgrenzungsprinzip*) de los supuestos de coacción que pueden quedar incluidos dentro de la estructura de la autoría mediata y así diferenciarlos de otros supuestos de coacción que deban ser considerados supuestos de inducción.

⁶⁶¹ Wilfried KÜPER, «*Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Talmittlers und Verantwortungsprinzip*», en JZ, (1989), pp. 946 y 948.

7. En la misma línea crítica que en los casos anteriores, HERZBERG proponía sustituir el *Verantwortungsprinzip* por el *Werkzeugsprinzip* (principio del instrumento)⁶⁶². Así, para este autor alemán:

«... una cosa es como debe responder el ejecutor frente al Derecho y otra, muy distinta, establecer si ese mismo sujeto ha sido efectivamente utilizado por otra persona para cometer un delito: «aquí se trata de la falta de reproche penal frente al ejecutor, de la ausencia de responsabilidad penal, (...), allí, de otra cuestión claramente distinta, a saber, si el ejecutor en relación al hombre de detrás actúa como un instrumento, de forma que éste a través de aquél realiza el hecho»⁶⁶³.

8. En España, HERNÁNDEZ PLASENCIA también sostiene una posición crítica frente al criterio mayoritario de la responsabilidad considerando casos de autoría mediata los supuestos de culpabilidad disminuida del hombre de delante⁶⁶⁴. En este sentido, sostiene que igualmente forma parte de un criterio normativo sostener la instrumentalización del ejecutor en los supuestos en que actúa culpablemente pero con responsabilidad atenuada.

9. Las propuestas normativas críticas al principio de la responsabilidad aquí meramente esbozadas aportan, sin duda, una ampliación de los límites de los supuestos de hecho en los que se puede atribuir responsabilidad por autoría mediata al hombre de detrás⁶⁶⁵. No obstante,

⁶⁶² Rolf. D. HERZBERG, «*Abergläubische Gefahrbewendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotssirtums* - BGHSt. 35, 347», en Jura (1990), pp. 16-22.

⁶⁶³ BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 281.

⁶⁶⁴ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *op. cit.*

⁶⁶⁵ En éste sentido, tantos los partidarios del criterio de la responsabilidad como quienes admiten instrumentalización también el los supuestos más amplios que la completa exculpación, arriban a la misma solución, a saber, atribuir responsabilidad como autor mediata al hombre de detrás del ejemplo desarrollado por Rolf D.

existe una serie de casos, que no encuentran unánime solución en la doctrina, donde se da un fuerte grado de dependencia psíquica del ejecutor con respecto al hombre de detrás, aunque no suficiente para afirmar la exculpación o la disminución de la responsabilidad del primero⁶⁶⁶. A partir de ese grupo de casos BOLEA BARDÓN desarrolló una nueva propuesta normativa.

El criterio de la responsabilidad por el propio comportamiento organizador fue desarrollado sobre la base de la distinción entre los conceptos de «libertad de organización» y «responsabilidad por organización»⁶⁶⁷. Negando que la mera remisión a la responsabilidad penal del ejecutor material pueda constituir un criterio suficiente para la fundamentación de la autoría mediata del hombre de atrás, critica los criterios normativos y fundamentalmente el principio de la responsabilidad penal por la falta de un criterio material en el cual sustentarse.

A dicha crítica agrega que el criterio de la responsabilidad penal orientado a la responsabilidad criminal es aplicable tanto para los casos de justificación como de exculpación y aunque no lo plantea expresamente deja ver las dificultades de objetivizar recurriendo a estructuras dogmáticas no estandarizadas como lo es la exculpación y en concreto el estado de necesidad disculpante.

HERZBERG, «*Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme*», en JuS, (1974) «El violento M regresa a su casa después de haber cumplido una pena de prisión. Cuando entra en su habitación ve a su mujer U desnuda en la cama junto a X que está profundamente dormido. M le susurra a U «tú a él o yo a ti» poniéndole un cuchillo en el cuello. Presa del pánico a morir U estrangula a X con sus medias», cfr. BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 283.

⁶⁶⁶ A modo de ejemplo el caso propuesto por MAURACH «el sujeto que instiga a la mujer, fácilmente influenciado y dependiente de él sexualmente, a matar a su marido bajo la amenaza de abandonarla, proporcionándole el veneno, dándole indicaciones exactas y vigilando la ejecución del hecho».

⁶⁶⁷ Sobre ésta distinción entre «libertad de organización» y «responsabilidad por organización» *vid.*, entre otros, FRANCISCO BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994., pp. 75-77.

10. Para BOLEA debe centrarse la atención no ya en el ejecutor y en su conducta, sino por el contrario en el hombre de atrás. Así, sostiene que el criterio de la responsabilidad no es meramente delimitador, sino que asume una función constitutiva de la responsabilidad, cuando eximiendo de ella al ejecutor se la desplaza hacia el hombre de atrás⁶⁶⁸.

«Planteamiento que lleva a fundamentar la responsabilidad del hombre de detrás partiendo de la actuación del autor inmediato, más concretamente, de cómo califica el Derecho su conducta, descuidando a mi juicio, la propia conducta que realiza el de detrás, lo que supone una quiebra intolerable del «principio de propia responsabilidad»⁶⁶⁹.

Por su parte, sostiene que no resulta simple determinar, según los criterios psicológicos, cuándo la falta de libertad es suficiente para otorgar el dominio del hecho al hombre de detrás. Y que al mismo tiempo tampoco puede sostenerse que la falta o disminución de la libertad de ejecutor convierta automáticamente al hombre de detrás en único autor. A saber, en los supuestos de coacción se le produce al ejecutor un recorte en sus alternativas de actuación, pero sin embargo mantiene aún la posibilidad de elección y como consecuencia puede optar por soportar la lesión o emprender la acción de salvaguarda. En ese sentido «un recorte en las alternativas de actuación no elimina por completo la capacidad de decisión del sujeto, aunque permita apreciar un déficit de libertad» no pudiendo hablarse, en consecuencia, de dominio del instrumento o dominio de la voluntad⁶⁷⁰.

Apartándose de la terminología tradicional propone el criterio del dominio del riesgo o, como he titulado el presente apartado, criterio de la responsabilidad por el propio comportamiento organizador. El dominio del riesgo queda, en consecuencia, en manos del sujeto de detrás

⁶⁶⁸ Ello cambia la función del § 35 StGB que se convierte «en regla de distribución normativa para la adjudicación del dominio de la voluntad» KÜPER, «*Mittelbare Täterschaft...*», p. 946.

⁶⁶⁹ BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 287.

⁶⁷⁰ BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 289.

por la situación de necesidad por él mismo creada. Dicho criterio permite encuadrar una serie de casos, como el propuesto por HERZBERG, donde no puede negarse la autoría del sujeto coaccionado y en consecuencia no puede sostenerse la exclusiva autoría del sujeto de detrás. Según expresas palabras de BOLEA «... como el autor inmediato sigue siendo autor de su hecho, habrá que apreciar un dominio compartido del riesgo ejercido desde distintas posiciones»⁶⁷¹. En consecuencia, la propuesta permite crear la categoría intermedia del autor tras el autor en aquellos supuestos donde la influencia ha sido suficiente para que el sujeto de detrás domine el riesgo pero no puede hablarse de instrumentalización o dominio de la voluntad porque el ejecutor tiene, aunque reducida, libertad y capacidad de elección.

c) Los criterios normativos de determinación del instrumento como criterios de decisión de la intimidación típica

1. La propuesta de ROXIN con su *Verantwortungsprinzip* consistía en una interesante equiparación entre la estructura de la instrumentalización mediante coacción y los distintos casos de estado de necesidad disculpante regulados en el § 35 del StGB. Sobre dicho esquema, el ejecutor de la conducta delictiva no responde penalmente por su acción y traslada la responsabilidad penal al hombre de atrás si su situación es equiparable a la situación de un sujeto que actúa exculpado al encontrarse en estado de necesidad.

Sobre estos lineamientos se volverá más adelante al desarrollar la subestructura del estado de necesidad.

⁶⁷¹ BOLEA BARDÓN, *Autoría...*, p. 291.

2. La propuesta de STEIN justamente pone en duda la capacidad de rendimiento de la equiparación estructural realizada por ROXIN. La objeción no pasa por el hecho de que el ejecutor se libre de responsabilidad, sino por el contrario por el hecho de que esa liberación de responsabilidad justifique el traslado de la responsabilidad al hombre de atrás.

3. El criterio de la responsabilidad por el propio comportamiento organizador de BOLEA con el objetivo solucionar los problemas generados en aquel grupo de casos donde el hombre de adelante mantiene, pese a la intervención del hombre de atrás, un cierto margen de responsabilidad lleva a la construcción de un dominio compartido del riesgo.

Dicha propuesta, razonable en el contexto de la autoría por la posibilidad de responsabilizar a cada interviniente por el aporte personal no es trasladable directamente a la estructura de la intimidación como proceso. A saber, en el contexto del Derecho penal, como claramente se ha discutido en el ámbito de la imputación objetiva y en particular en los aportes de la víctima para la realización del resultado, no existe la posibilidad de la ponderación de culpas plenamente vigente en el Derecho civil de daños. En virtud de ello, la posibilidad de distribuir responsabilidades, viable en el contexto de la autoría y participación, deja de ser posible en cualquier contexto donde no pueda existir responsabilidad compartida entre autor y víctima. En Derecho penal o es responsable el autor y se le imputa responsabilidad penal o es responsable la víctima y no hay responsable penal por la conducta.

II. Aportes de la estructura de la imputación objetiva como criterios de decisión de la intimidación típica

1. El proceso intimidatorio descrito como relación causal entre la puesta en perspectiva de un mal por parte del autor y el efecto producido doblando la voluntad de la víctima requiere de la valoración de los aportes de ambos sujetos. Consiguientemente, luego de comprobada la relación de causalidad entre la amenaza y el resultado tocará recurrir a la figura de la imputación objetiva y en concreto al «ámbito de competencia de la víctima» para definir si corresponde atribuir la responsabilidad del hecho al autor de la amenaza o en su defecto a la infracción de los deberes de auto protección de la víctima.

2. Como es por todos conocido, en la dogmática penal se habla desde hace un tiempo del llamado «redescubrimiento de la víctima». Un sector importante de la doctrina penal criticaba la expropiación del conflicto por parte del Estado y la completa despreocupación por la víctima en el proceso penal. Desde la llamada «victimología» se fue abriendo camino una nueva posición dogmática que no sólo no despreciaba la participación de la víctima en el proceso penal, sino que por el contrario le daba un papel preponderante desde un plano dogmático⁶⁷². Así la «victimodogmática» comenzó a interesarse por los aportes del sujeto pasivo para la producción del resultado lesivo. Muchas han sido las teorías que han dado cabida a la participación de la víctima como elemento de análisis dogmático. Sin embargo, actualmente parece consolidada la posición que incluye la competencia de la

⁶⁷² Sobre la «victimología» como ciencia, con especial atención a la problemática de las víctimas de delitos sexuales, *vid.*, entre otros, Myriam HERRERA MORENO, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDERSA, Madrid, 1996, LA MISMA, «Itinerario ideológico...», pp. 745-770.

víctima como otro de los elementos de la teoría de la imputación objetiva⁶⁷³.

3. La teoría de la imputación objetiva procura, como se ha venido explicando en estas páginas, determinar sobre quien deben recaer las consecuencias de una conducta delictiva⁶⁷⁴. No obstante existen dos supuestos en los cuales las consecuencias de la conducta lesiva deben necesariamente recaer en la víctima. A saber, cuando el hecho debe catalogarse como un infortunio no pudiendo determinar la competencia de ninguno de los sujetos intervinientes⁶⁷⁵; o porque la víctima actuó a su propio riesgo (*Handeln auf eigene Gefahr*), es decir infringió sus de-

⁶⁷³ Sobre este tema con un análisis profundo y notablemente clarificador sobre la evolución del tratamiento dogmático del comportamiento de la víctima y su actual ubicación en la teoría de la imputación objetiva vid., por todos, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, *op. cit.*

⁶⁷⁴ En el contexto específico que aquí nos ocupa son interesantes las afirmaciones de FRISCH, *Comportamiento típico...*, pp. 182-183 «... la cuestión de cuándo, en el ámbito de los delitos que según su tipo básico son *delitos de dañar a otro*, falta la responsabilidad de la víctima empleada en el proceso; de manera que la conducta del que posibilita o favorece el autodaño se convierte materialmente en conducta desaprobada de daño a otro».

⁶⁷⁵ En estos casos las consecuencias de las acciones lesivas o de peligro recaen sobre la víctima debiendo ella tolerar el suceso por no existir la posibilidad de atribuir responsabilidad humana por el mismo.

beres de autoprotección⁶⁷⁶ o en su caso realizó actos libres que consiguieron el resultado lesivo⁶⁷⁷.

4. Dicho esto, cabe preguntarse si el aporte que la víctima realiza en un proceso intimidatorio puede valorarse para determinar su posible responsabilidad en la finalización del proceso, en definitiva determinar si puede «imputarse a la víctima»⁶⁷⁸. La respuesta, hasta donde alcanzo a ver, debe ser afirmativa. No obstante ello, se encuentra en un primer momento con una importante dificultad. Y ello, porque la doctrina más destacada dedicada al estudio de la competencia de la víctima para deslindar responsabilidades en ámbitos de organización conjunta entre autor y víctima, ha planteado algunas excepciones a la imputación a la víctima, pudiendo quizás el proceso intimidatorio encuadrar en una de ellas.

⁶⁷⁶ Negando la existencia de deberes de la víctima, *vid.*, por todos, Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática», en Consejo General del poder Judicial (ed.), *La victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, pp. 13-30. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 347-348 sugiere prescindir de la terminología «deberes de autoprotección» porque en la imputación jurídico-penal se trata de hacer valer el carácter autónomo de la conducta de la víctima.

⁶⁷⁷ *Vid.*, en este sentido, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico...*, p. 432 «una competencia de la víctima que se sustente en el principio de autorresponsabilidad solamente podrá existir en los casos en los que la víctima, en tanto persona responsable, ha actuado a propio riesgo». En este sentido, sobre el principio de autorresponsabilidad, *vid.* Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Instituto peruano de Ciencias penales, Grijley, Lima, 2002, p. 486; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 299 y ss.

⁶⁷⁸ *Vid.* por todos, sobre las distintas denominaciones del aporte de la víctima y su referencia en la estructura de la teoría del delito, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 326 y ss. Proponiendo la denominación de «imputación a la víctima» por sobre: «autopuesta en peligro», «actuación a propio riesgo» y «competencia de la víctima».

A saber, la imputación a la víctima no podrá ser aplicada en aquellos casos en los cuales la conducta de la víctima haya sido instrumentalizada por el autor por carecer ésta de responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para poder ser considerada auto-responsable⁶⁷⁹. Como tampoco, en los casos en que el autor tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima⁶⁸⁰. Hecho este que permite valorar de distinto modo la intimidación en los casos donde el autor está en posición de garante frente a la víctima, por ejemplo padre e hija.

5. El proceso intimidatorio, al iniciarse con un aporte concreto del autor -la amenaza- si bien genera un ámbito donde la víctima asume un margen de participación, no puede negarse que implica una participación limitada. Puntualmente, en ese contexto, resulta difícil sostener que se trata de un ámbito de actividad conjunta entre autor y víctima. Pues, en principio, la amenaza del autor lleva a concluir que existió un cierto grado de manipulación de la configuración de la actividad conjunta, llegando incluso a la inexistencia de dicha organización vinculada⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 328 y 397 y ss. planteando dos presupuestos de la imputación a la víctima «... la constatación de que en realidad, en el caso concreto, no se trata de una persona responsable debe excluir la imputación a la víctima (por concurrir defectos de responsabilidad) [...] esta imputación objetiva no podrá producirse si desde la perspectiva (objetiva) de la víctima el suceso se presenta como una organización inocua para sus bienes (por concurrir defectos cognitivos). En estos casos el suceso no podrá atribuirse al ámbito de responsabilidad de la víctima».

⁶⁸⁰ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 328; EL MISMO, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp.123-124.

⁶⁸¹ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 332 (nota 39 *in fine*).

6. Sin embargo, pese a la existencia de una manipulación del ámbito de organización conjunta por parte del autor, no puede negarse un cierto ámbito de libertad de la víctima en la definición del proceso intimidatorio⁶⁸². En ese orden de cosas, si, aunque limitado, la víctima posee un cierto margen de aporte en la configuración de una actividad que, aunque mínimamente, sigue siendo conjunta, es posible valorar dicho aporte⁶⁸³.

En definitiva, corresponde determinar si se mantiene ese ámbito de organización conjunta o por el contrario éste es meramente aparente y en realidad se trata de una organización propia del autor, «que, en este sentido, instrumentaliza a la víctima y con ello realiza una conducta típica»⁶⁸⁴.

Consiguientemente, puede buscarse, también dentro de la estructura de la teoría general del delito, una figura que permita explicar un proceso donde, ante el peligro de un mal, el sujeto puede lesionar un bien protegido como vía de evitación de aquel peligro.

⁶⁸² Obsérvese que en los casos donde el autor amenaza a la víctima con la realización de un mal futuro, a diferencia de los supuestos de engaño, la víctima conoce los riesgos a los que es expuesta y elige -limitada a dos opciones- pero elige entre uno y otro conociendo. Mientras que por su parte, en los supuestos de engaño, por el contrario, la víctima desconoce por completo los riesgos a los que se expone. Eso claro está, dependiendo del grado de engaño y de la posibilidad de la víctima de conocer los daños normales de exponerse a determinadas actividades, consumo de estupefacientes, aguardiente o contacto sexual sin protección con una prostituta, sobre ello, *vid.* CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 332-333. Haciendo mención a este grupo de casos de desconocimiento de la víctima del riesgo al que se expone *vid.*, entre otros, Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994, pp. 167 y ss.

⁶⁸³ Cfr. FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 183.

⁶⁸⁴ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 398.

Partiendo de estas ideas es importante resaltar siguiendo a CANCIO MELIÁ que lo decisivo no es tanto cómo se reparte la ejecución entre víctima y autor, sino la valoración normativa de la situación⁶⁸⁵.

§ 5. CONCLUSIONES PARCIALES

1. La primera conclusión parcial de la investigación es que existe la posibilidad de explicar la estructura del proceso intimidatorio en los delitos sexuales a partir de dos figuras de la teoría de la imputación de la responsabilidad penal.

2. Como se desarrolló en el párrafo 2 de este capítulo el proceso intimidatorio puede ser estructuralmente descrito a partir de la autoría mediata -en sentido amplio-. Ello es así porque el núcleo de discusión de este trabajo pasa por la determinación de cuando es posible imputar la decisión de la propia víctima que accede a la petición sexual forzada por el que amenaza a éste último y cuando, en cambio, la injerencia en la libertad sexual de la víctima sólo puede imputarse a la propia víctima.

3. En el plano de las estructuras no cabe duda entonces de que nos hallamos ante una estructura de autoría mediata y de imputación objetiva⁶⁸⁶.

Si la afirmación del párrafo anterior implica que en algunos supuestos -a determinar luego a nivel de subestructuras o criterios de decisión- el que amenaza va a responder del ataque a la libertad sexual que lleva a cabo a través de la intervención de la propia víctima, entonces resulta

⁶⁸⁵ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 398.

⁶⁸⁶ Claramente sobre este enfoque CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 397 y ss

claro que la estructura es la de la autoría mediata -en sentido amplio-⁶⁸⁷.

Se trata de que lo que hace la víctima -acceder a la petición- se le atribuye al ámbito de organización del autor y no al de la víctima como acto de libertad y autorresponsabilidad. Ello significa que se trata de imputar una decisión de la víctima al sujeto que la amenaza y eso se enmarca, también, en la estructura general de las conductas lesivas realizadas a través del comportamiento de la víctima. -Lo que hace uno, se le imputa al otro-.

4. A estas alturas corresponde preguntarse, ¿crea el que amenaza un riesgo desaprobado de lesión de la libertad sexual a través de la propia conducta de la víctima? Estamos también, sin lugar a dudas, ante un problema de imputación objetiva, de tipicidad objetiva. Ello no implica negar utilidad a la estructura de la autoría mediata para explicar el proceso intimidatorio sino que, por el contrario, significa un refinamiento de la misma al avanzar analíticamente, en el plano de las estructuras, al incorporar una pregunta de mayor precisión que nos posiciona claramente en la imputación objetiva⁶⁸⁸.

En resumen, estamos ante una estructura de imputación al autor del comportamiento que lleva a cabo otra persona. Dicha estructura se

⁶⁸⁷ Cfr. FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 173 «aquí se suele calificar de *autoría mediata* en los casos de ejecución dolosa (ocasionamiento o favorecimiento) de autolesiones a través de personas no responsables, o de *autoría imprudente* en los correlativos casos imprudentes. [...] la llamada autoría mediata no designa aquí sino un tipo subtipo de conducta típica: el de aquella conducta en la que (el peligro de) la realización del resultado se produce a través de ciertas acciones de la propia víctima conducentes al menoscabo del bien jurídico».

⁶⁸⁸ Siguiendo a CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 400 puede decirse que la autoría mediata constituye un elemento de orientación, un vehículo de las razones de fondo que resultarán decisivas para la solución en este tipo de casos. Lo importante es la cuestión de cómo puede fundarse la creación desaprobada del riesgo -imputación objetiva-.

traduce en la prohibición al propio autor de llevar a cabo ciertas conductas amenazadoras por el riesgo -desaprobado- de lesionar la libertad de la víctima, aun teniendo en cuenta su carácter, en principio, de persona autorresponsable⁶⁸⁹. Es decir, que se afirma lo mismo que cuando se recurrió a la estructura de la autoría mediata -en sentido amplio-. Sin embargo, ahora se introduce la precisión de que se trata de perfilar la conducta típica de la autoría mediata, es decir, de aplicar la teoría de la imputación objetiva a la propia autoría mediata⁶⁹⁰.

5. La conclusión, a nivel de las estructuras, es entonces que en algunos casos -a determinar luego a nivel de subestructuras o criterios de decisión- estará prohibido -por una norma de conducta derivada del tipo- al autor de la amenaza efectuar tal amenaza por el riesgo de lesión de la libertad sexual de la víctima, aún teniendo en cuenta que la propia víctima toma una decisión.

Se está ante una estructura de imputación al autor del comportamiento -decisión- que lleva a cabo la víctima. Ello se traduce en la prohibición al propio autor de llevar a cabo ciertas conductas amenazadoras por el riesgo -desaprobado- de lesionar la libertad sexual de la víctima, aún teniendo en cuenta su carácter, en principio, de persona autorresponsable⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Esto ha sido claramente puesto de manifiesto por Beatriz MAYOL MÁRQUEZ, «Acciones defensivas de carácter autolesivo derivadas de un peligro generado por el autor (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2000)», en AP, (2001), pp. 47 y ss. en el contexto de las acciones defensivas de carácter autolesivo «la decisión sobre si el resultado que se produce, consecuencia de la acción defensiva autolesiva de la víctima, se debe atribuir a la responsabilidad del autor o de la víctima nos sitúa en el ámbito de la imputación objetiva del tipo penal».

⁶⁹⁰ Este esquema se ve claramente en FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 236 cuando se refiere a «... los casos en que también el obrar creador de riesgo mediatamente, esto es, a través de la conducta de autodaño de la víctima, ha de considerarse como creación de riesgo desaprobada».

⁶⁹¹ Lo decisivo siguiendo a CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 398 es la valoración normativa de los aportes de víctima y autor a la ejecución del hecho.

CAPÍTULO XII
REGLAS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL QUE EXPLICAN -COMO
CRITERIOS DE DECISIÓN O SUBESTRUCTURAS- EL
PROCESO INTIMIDATORIO

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. Las conclusiones del capítulo anterior ponían de manifiesto la existencia de dos niveles de análisis. En primer lugar, se concluía que el proceso intimidatorio se corresponde a nivel estructural con la autoría mediata -en sentido amplio- y con la imputación objetiva. Y en segundo lugar, se mostraba la necesidad de afinar el análisis sosteniendo que luego de determinar la estructura del proceso intimidatorio -a la luz de esas dos figuras de la teoría de la imputación penal- correspondía construir criterios de decisión que permitan establecer cuándo habrá una conducta desaprobada de lesión de la libertad sexual del que amenaza en los casos en que la víctima accede a su petición.

2. El segundo nivel de análisis del proceso intimidatorio que se desarrollará en este capítulo se corresponde entonces con la búsqueda de subestructuras que, en la misma lógica del capítulo anterior, es decir extraídas de la teoría del delito ofrezcan criterios de decisión o de atribución de responsabilidad.

Dichos criterios serán concluyentes para concretar o establecer la frontera entre lo que se le imputa al sujeto que amenaza y lo que se le imputa a la víctima por su “autodaño”. Dicho de otro modo, determinar en qué casos falta la responsabilidad de la víctima empleada en el proceso intimidatorio, de modo tal de convertir en materialmente desaprobadada la conducta del que favorece o posibilita el autodaño -el autor de la amenaza-⁶⁹².

Las distintas opciones que existen en ese sentido han sido abordadas por la doctrina bajo el eslogan de la «autoresponsabilidad de la víctima» como segmento de la imputación objetiva propiamente dicha. Y parten, justamente, de un principio troncal que es el de la autorresponsabilidad de la víctima y de la relevancia de dicha autorresponsabilidad en la dogmática jurídico-penal⁶⁹³.

3. Lo que está precisamente en discusión a esta altura del análisis es ¿cuándo -por lo tanto, con qué criterios- puede afirmarse que el ataque a la libertad sexual es expresión de la autoresponsabilidad de la víctima y cuándo ya no, de manera que se le deba imputar al autor?

Ello significa que en este segundo nivel de análisis se deberá concretar en qué momento desaparece el carácter de auto responsable de la víctima de la amenaza y pasa a ser una persona no responsable por sus propios actos -por su decisión-.

En definitiva se trata de establecer cuándo la amenaza determina un déficit de responsabilidad tal en la víctima de manera que ya no sea posible afirmar que su decisión sobre la libertad sexual sea una decisión libre y autónoma, sino que es expresión de la conducta del autor que la amenaza.

⁶⁹² Cfr. FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 183.

⁶⁹³ Cfr. FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 175.

4. La falta de autorresponsabilidad de la víctima puede darse a través de dos situaciones diferentes.

Por una parte, cuando la víctima padezca un déficit estructural, permanente y duradero. En estos supuestos se estaría, en principio, ante casos de víctimas estructuralmente débiles cuyo análisis se realizará en el próximo capítulo.

Por otra parte, en los casos de déficits situacionales o ambientales de la víctima⁶⁹⁴. Es decir aquellos supuestos de pérdida de autorresponsabilidad por una situación concreta en que la víctima tiene que tomar una decisión y por esa situación anómala ya no responde ella, sino que responde el sujeto que la amenaza⁶⁹⁵.

5. La doctrina penal ha dado dos grandes respuestas a la cuestión de la determinación de criterios de decisión de déficits de autorresponsabilidad por razones situacionales. La primera respuesta parte de la institución del consentimiento y la segunda parte de la institución de la exculpación⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ En detalle sobre defectos constitucionales y defectos situacionales *vid.* CANCIO MELLÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 406 y ss.

⁶⁹⁵ FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 245 se refiere a este grupo de casos como aquellos en que existe una autopuesta en peligro o autolesión “inconsciente” por parte de una persona habitualmente capaz de decidir responsablemente.

⁶⁹⁶ Sobre la lógica de la exculpación y del consentimiento para determinar «la falta de responsabilidad de la víctima empleada en el proceso; de manera que la conducta del que posibilita o favorece el autodaño se convierte materialmente en conducta desaprobada de daño a otro» *vid.*, por todos, Cfr. FRISCH, *Comportamiento típico...*, pp. 183 y ss. También, explicando claramente estos dos grandes bloques de opinión *vid.* CANCIO MELLÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 405; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung...*, pp. 345 y ss.

§ 2. LA «SOLUCIÓN DEL CONSENTIMIENTO»⁶⁹⁷

«Nihil consensui tam contrarium est quam vos atque metus».

ULPIANO, Dig., 50, 17, 116, pr. ⁶⁹⁸

1. El primer criterio de decisión para concretar la existencia de déficits de autorresponsabilidad de la víctima se puede construir bajo la lógica de la figura del consentimiento⁶⁹⁹, exigiendo en algunos casos, como lo hace parte de la doctrina alemana, que se cumpla con las características de la petición seria del §216 StGB, en los supuestos de homicidio a petición⁷⁰⁰. Es decir, se puede utilizar la estructura del consentimiento para determinar si la elección de la víctima de realizar el contacto sexual puede imputarse al autor de la amenaza.

2. La solución propuesta a la luz de la lógica del consentimiento se construye sosteniendo que cuando no sea posible afirmar que la decisión que lleva a cabo la víctima -de acceder a la petición del autor- está amparada por las reglas del consentimiento válido en Derecho penal

⁶⁹⁷ La denominación de solución del consentimiento pertenece al propio Cfr. FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 184, con mención de los defensores de este criterio en la doctrina alemana vid. p 183 (nota 51).

⁶⁹⁸ «Nada hay tan contrario al consentimiento como la violencia y el temor».

⁶⁹⁹ Se estaría dentro de la constelación de casos que FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 165 describe como aquellos en que «... la víctima, tras haber otros llevado a cabo determinadas conductas, o en paralelo con éstas, realiza ella misma otras acciones, como consecuencia de las cuales se producen (o amenazan producirse) perjuicios en sus bienes jurídicos».

⁷⁰⁰ Con amplias referencias bibliográficas vid. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 406.

esa decisión no será libre⁷⁰¹. Es decir, lo importante aquí son las condiciones de libertad en la toma de decisiones⁷⁰².

Tal posición se funda sobre la idea de que el hombre, desde una perspectiva *insfilosófica*, tiene «atribuida una amplia libertad organizativa en el marco de su «propia esfera de intereses»⁷⁰³. Consiguientemente, en dicho margen de libertad organizativa de intereses propios puede darse el supuesto de que un sujeto admita, y hasta considere deseable, la intervención de un tercero lesionando o poniendo en peligro intereses de su ámbito de organización⁷⁰⁴. Es decir, que la aceptación del titular de intereses hace que determinados actos configuradores ajenos no terminen finalmente por caer bajo el ámbito del principio de responsabilidad⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ Esta concepción ha sido defendida en Alemania por Cfr. FRISCH, *Comportamiento típico...*, op. cit., es interesante su reflexión de p. 180 donde sostiene que «... en qué condiciones la víctima debe considerarse como responsable de una autopuesta en peligro o autolesión (consciente), también interesa en el marco de los tipos que -como p. ej. la extorsión o la estafa- presuponen en su estructura una conducta autónoma de la víctima e intentan protegerla de daños en determinadas situaciones tipificadas en que le falta la responsabilidad». Se trata de aquellos casos que, siguiendo a KINDHÄUSER, hemos denominado delitos realizados «con la víctima» y que FRISCH define como delitos de autodaño.

⁷⁰² CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 405 «... conduce a declarar la falta de responsabilidad de aquella víctima que no tiene capacidad necesaria para consentir, o que se encuentra en una situación de presión que invalidaría su consentimiento».

⁷⁰³ BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad...*, p. 49.

⁷⁰⁴ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...*, pp. 522 y ss.; Günther STRATENWERTH, «Prinzipien der Rechtfertigung», en ZStW, 68, (1956), pp.41-65; también . Urs KINDHÄUSER, «El consentimiento en Derecho penal. Reflexiones desde la teoría de las normas», en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, volumen II, (trad. Juan Pablo Manalich), Coimbra, 2009, pp. 559-576 quien al explicar el consentimiento como razón de cancelación de la norma sostiene que este instituto «... se encuentra en todo caso referido a la coordinación de intereses entre el autor y el titular del bien jurídico».

⁷⁰⁵ Cfr. BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad...*, p. 51 (nota 54) «en las situaciones de «acuerdo-consentimiento», la autodefinición de intereses propios opera sobre

La conducta de la potencial “víctima” adquiere, en este sentido, especial relevancia toda vez que es ella la que determina las fronteras del riesgo permitido⁷⁰⁶. A saber, el consentimiento de la víctima de disponer de determinado ámbito de su organización lleva a ampliar el espacio de riesgo permitido para el sujeto que interactúa con ella⁷⁰⁷.

3. La expresión del ULPIANO “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*”⁷⁰⁸ luego convertida en la frase “*volenti non fit iniuria*” representa el origen y fundamento de la figura dogmática del consentimiento⁷⁰⁹. La intervención de la víctima en la generación de conductas peligrosas o lesivas de bienes jurídicos propios y el análisis de dicha intervención por parte de la dogmática jurídico-penal es anterior al desarrollo de la

un comportamiento organizador ajeno convirtiendo su carácter en principio típico en atípico -acuerdo- o justificado -consentimiento-».

⁷⁰⁶ Cfr. FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 240 para quien «... a la afirmación que [...] la puesta en peligro mediata desencadenando o posibilitando el autodaño de terceros, de que esa conducta es punible (y por tanto constituye creación de riesgo desaprobada) cuando el autodaño es expresión de una decisión no responsable, donde para la responsabilidad serían determinantes a su vez los criterios de la doctrina del consentimiento (o de la “seriedad” de la petición en el sentido del §216, homicidio rogado)».

⁷⁰⁷ Cfr. KINDHÄUSER, «El consentimiento en Derecho penal...», pp. 559-576 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 364 y ss.

⁷⁰⁸ «Lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto», ULPIANO, libro 47 del Digesto, D. 47 10 (Sobre la acción de injurias y los libelos difamatorios) 1. § 5 «*Hasta tal punto toca a nuestro honor la injuria que se hace a nuestra descendencia, que, aunque alguien hubiera vendido a un hijo ajeno de acuerdo con éste, compete al padre, en propio nombre, la acción de injurias, y no en nombre del hijo, pues no se puede injuriar al que lo consiente*».

⁷⁰⁹ Sobre los antecedentes históricos de la figura del consentimiento, *vid.*, entre otros, Hans-H. JESCHECK / Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, (Trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 404; ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 13, p. 511, (marg. 1); con gran detalle sobre la evolución histórica de la figura del consentimiento HONIG, *Die Einwilligung der Verletzten*, 1919....., pp. 1 y ss.

teoría de la imputación objetiva. Si bien la figura de la conducta de la víctima en el contexto de la teoría de la imputación objetiva ha convertido al sujeto pasivo del delito en parte sustancial del proceso y en protagonista de la victimodogmática, ésta ya contaba con un papel central en la figura del consentimiento⁷¹⁰.

Sin embargo, ello no quita que a estas alturas del desarrollo de la dogmática pueda recurrirse a la figura del consentimiento para explicar los posibles déficits de responsabilidad de la víctima que -en el grupo de casos de actuación conjunta, autodaño o el actuar “con” la víctima- permita imputar al autor por creación de riesgos jurídicamente desaprobados.

4. Las afirmaciones precedentes permiten sostener que si la decisión de la víctima no es libre existirá un atentado contra la libertad sexual imputable al autor de la amenaza. En ese sentido, lo importante son las condiciones de libertad en la toma de decisiones. En otros términos, hasta qué punto se puede afirmar que la víctima ha decidido libremente sobre su libertad sexual.

En ese contexto resultan trascendentes los vicios de la voluntad a la hora de analizar el consentimiento libre. En este sentido, el engaño, el error, la amenaza y la violencia constituyen algunos de los vicios de la voluntad que en caso de producirse excluirían el consentimiento o, al menos, lo convertirían en consentimiento no libre y como tal no tendría ningún valor en el ámbito de la dogmática jurídico-penal⁷¹¹.

⁷¹⁰ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 180.

⁷¹¹ Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 13, p. 544, (marg. 66) resaltando la diferencia de efectos de los vicios de la voluntad en materia jurídico civil donde, en principio, las manifestaciones que adolecen de vicios de la voluntad son válidas y que sólo posteriormente pueden ser impugnadas por libre elección del manifestante.

5. Los vicios del consentimiento y en concreto la amenaza como uno de ellos no han sido precisamente de los temas más abordados por la dogmática jurídico-penal; con la excepción, quizás, de un trabajo de ARZT publicado en 1970⁷¹². Hasta la aparición de aquella obra la doctrina dominante consideraba que cualquier clase de error, engaño o amenaza era suficiente para convertir el consentimiento del titular del bien jurídico en ineficaz⁷¹³.

Actualmente se parte de la idea de que no toda amenaza excluye la eficacia del consentimiento, sino sólo aquellas amenazas que «... afecten seriamente a la libertad de decisión del titular del bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción»⁷¹⁴.

6. En esa línea, ROXIN propone limitar los supuestos de amenazas susceptibles de invalidar el consentimiento a aquellas que por sus especiales características sean consideradas típicas del delito de coacción regulado en el § 240 StGB. A saber, sólo aquellas amenazas con un mal sensible⁷¹⁵. El criterio defendido por ROXIN es muy similar al propuesto por ARZT, que también delimita los supuestos de intimidación susceptibles de invalidar el consentimiento mediante el recurso al tipo de las coacciones.

⁷¹² Gunther ARTZ, *Willensmängel bei der Einwilligung*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1970.

⁷¹³ Resaltando el aporte de ARZT de la necesidad de procurar un criterio diferenciador para delimitar los vicios de la voluntad en materia penal de la Beatriz DE LA GANDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, pp. 118 y 119.

⁷¹⁴ Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 13, p. 551, (marg. 78).

⁷¹⁵ Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 13, p. 551, (marg. 79) «... si una mujer consigue el consentimiento de su amigo para la destrucción de una cosa, mediante la amenaza de que de lo contrario no se casará con él, el consentimiento sigue siendo ineficaz y, por tanto, su acción no es punible como daños (§ 303); pues falta una coacción reprochable en el sentido del 240 II, porque la mujer amenaza únicamente con la omisión de una acción que no está obligada a realizar, y por consiguiente no atenta de manera jurídicamente relevante contra el ámbito de libertad del amenazado».

No obstante, éste último no estructura su propuesta sobre la base de la libertad de decisión o de acción del titular del bien jurídico sino más bien sobre el criterio de la responsabilidad del titular del bien jurídico. A saber, para ARZT fundamental para afirmar la eficacia del consentimiento será que se pueda hablar de una renuncia auto responsable al bien jurídico por parte de su titular y ello se da incluso en aquellos casos de intimidación que no alcanza la gravedad de mal sensible exigido en el tipo penal de coacciones del § 240 StGB⁷¹⁶.

7. El mismo objetivo de limitar los supuestos de ineficacia del consentimiento por amenaza como vicio de la voluntad llevan a RUDOLPHI a sostener que el consentimiento sólo será ineficaz cuando la amenaza dirigida al titular del bien jurídico posea la entidad requerida en el propio StGB § 35 en el estado de necesidad disculpante. A saber una amenaza con peligro para la vida, la integridad física o la libertad⁷¹⁷.

La diferencia cualitativa de la amenaza exigida en el delito de coacción (mal sensible) con respecto al § 35 hace más restrictiva la propuesta de RUDOLPHI que la de ROXIN.

8. El breve esbozo anterior permite afirmar que al autor de la amenaza se le deberá imputar la responsabilidad por la decisión de la víctima en todos aquellos casos en que ésta no haya emitido -según cada una de las doctrinas repasadas- un consentimiento válido⁷¹⁸. No habrá un con-

⁷¹⁶ ARTZ, *Willensmängel bei der Einwilligung*, pp. 33-34; en España, analizando esa propuesta, *vid.* DE LA GANDARA VALLEJO, *Consentimiento...*, p. 121.

⁷¹⁷ Hans- Joachim RUDOLPHI, «*Literaturbericht. Strafrecht-Allgemeiner Teil-Reinhard Maurach: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4 aufgabe*», Karlsruhe, C. F. Müller, 1971, 1001 S», en ZStW 86, (1974), pp. 68-85.

⁷¹⁸ El favorecimiento de las conductas de autodaño caben ser considerados como conductas típicas en el sentido de los delitos de resultado -autoría mediata- si se trata de acciones de autodaño de personas que deciden no responsablemente -los casos en los que el que determina a la víctima a dañarse lo hace mediante coacción- en

sentimiento válido cuando la presión ejercida por el que amenaza es de tal calibre que pueda encuadrar en las amenazas previstas en el tipo de coacciones -ROXIN- o en las situaciones de exculpación previstas en el § 35 -RUDOLPHI-.

En ese sentido resultan graficas, a modo de resumen de la lógica del consentimiento, las siguientes palabras de FRISCH:

«... la conducta ajena que desencadena la posibilidad inmediata de conducta de autodaño de una víctima, para protegerla, ha de ser desaprobada en general y considerada como (igualmente) típica cuando este peligro a través de conducta propia de la víctima se da en una situación en que ésta es protegida de la conducta ajena directamente peligrosa, dependiente en su actualización de un consentimiento, y protegida conforme a las reglas sobre la invalidez del consentimiento (como también manteniendo la desaprobación de la conducta ajena). A la desaprobación de la conducta ajena directamente peligrosa en caso de consentimiento de la víctima, a la que falta capacidad de comprender el alcance de la conducta en que consiente, o a la que se le arranca el consentimiento con coacción o (de modo relevante) con engaño, corresponde la desaprobación de aquella conducta ajena que entraña la posibilidad inmediata de acciones de autodaño, debido a la falta de discernimiento o a situación de apremio comparable, a la víctima, etc.»⁷¹⁹.

9. La lógica del consentimiento llevaría necesariamente a FRISCH -si la regulación penal del StGB no exigiera una amenaza concreta contra el cuerpo o la vida- a sostener una propuesta de ampliación de la responsabilidad penal en supuestos de delitos sexuales a través de amenazas.

A saber, el esquema de solución correcta a la luz de la lógica del consentimiento como criterio de decisión de la imputación al autor en los procesos sexuales intimidatorios debería ser el siguiente:

el sentido de la doctrina del consentimiento cfr. FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 242.

⁷¹⁹ FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 188.

1. hay conductas que pueden dar lugar a daños a través del comportamiento de la propia víctima y por tanto son mediatamente peligrosas; 2. es posible calificar esas conductas como creación de riesgo jurídicamente desaprobado del que utiliza a la víctima para su autodaño; 3. ello depende de la existencia o ausencia de responsabilidad en la víctima interpuesta -de si la acción intermedia puede calificarse como expresión de una decisión responsable-; 4. no debe entenderse la responsabilidad en analogía con las reglas de la responsabilidad válidas para el comportamiento que daña a otros; 5. el supuesto concepto de «responsabilidad» muestra un evidente paralelismo con los criterios válidos para la relevancia del consentimiento; 6. ello también se da en los supuestos de error, engaño, coacción en el sentido del 240 StGB y en ciertos estados que generan una restricción considerable de la capacidad de motivación -21 StGB-; 7. en todos esos casos falta una decisión responsable de la víctima, debiendo considerarse típica la conducta del autor por la puesta en peligro mediata a través de su amenaza⁷²⁰.

10. Sin embargo, más allá de la interesante construcción dogmática, con lo dicho hasta aquí y con el desarrollo actual de los criterios de determinación de validez del consentimiento se traslada el problema a la exclusiva perspectiva de la víctima no abarcando correctamente la interacción entre autor y víctima⁷²¹. Indudablemente con esta propuesta nos quedamos una vez más a mitad de camino.

Ello es así porque la doctrina penal de la parte general no ha hecho muchas más precisiones o distinciones en este punto⁷²². A saber, en la lógica del consentimiento se indaga sobre las razones de la “no libertad” y tales razones pueden ser absolutamente subjetivas.

⁷²⁰ El esquema es una reformulación del resumen de FRISCH, *Comportamiento típico...*, pp. 243 y 244.

⁷²¹ Con detalles, en una posición crítica con respecto a la propuesta de consentimiento, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 407.

⁷²² Ello más allá de las elevadas exigencias que el criterio del consentimiento plantea sobre el estado de conocimiento y voluntad de la víctima, cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 410.

11. Un camino interesante de explicación de la coacciones a la luz de la llamada «solución» del consentimiento fue defendida, recientemente en Alemania por MAÑALICH⁷²³.

Partiendo de la distinción entre prescripción y adscripción como categorías de la gramática del discurso jurídico-penal plantea dos diferentes usos del concepto de coacción. Por una parte, el uso prescriptivo que consiste en la evaluación del uso de la coerción como forma de comportamiento prohibido por menoscabar la libertad ajena. Y, por otra parte, el uso adscriptivo que se ocupa de la pregunta acerca de las condiciones en las cuales la coerción desempeña un rol de atribución de responsabilidad por el comportamiento constreñido -libertad negativa y libertad positiva-.

12. Seguramente, procurando un camino de normativización del consentimiento como límite de la autorresponsabilidad pueda llegarse a criterios más distintivos. No obstante ello, nos estaríamos alejando del núcleo de esta investigación que procura «usufructuar», en el buen sentido de la palabra, la capacidad de rendimiento de estructuras de la teoría de la imputación penal ya normativizadas. No parece razonable en ese sentido, iniciar un proceso de normativización que la doctrina penal más destacada no ha encarado hasta el momento. Ello no significa que no se pueda avanzar por este camino del que se vislumbra una buena capacidad de rendimiento.

13. El recurso a la figura del consentimiento plantea, además de su falta de normativización, un segundo problema. A saber, en las figuras de delitos sexuales, como ya se puso de manifiesto en la primera parte de este trabajo, el legislador español recurrió a dos niveles de «afectación de la voluntad».

⁷²³ MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung...*, op. cit.

La falta de consentimiento aparece como requisito suficiente para la existencia del abuso sexual y como requisito necesario -no suficiente- para la existencia de agresión sexual. Sin embargo, en éste último caso el segundo nivel de afectación de la voluntad está dado justamente por la existencia de violencia o intimidación.

Ello significa, hasta donde alcanzo a ver, que explicar y decidir los supuestos que no pueden imputarse a la decisión de la víctima, sino a la amenaza del autor recurriendo a los criterios del consentimiento no sería más que entremezclar dos niveles que él propio legislador quiso claramente distinguir.

Si la conducta se llevó a cabo sin consentimiento, o con vicios del consentimiento de la víctima estaríamos ya ante un supuesto de abuso sexual. Pero no parece sistemáticamente correcto volver a recurrir - intentando determinar la existencia de agresión sexual- a la estructura del consentimiento para establecer si esa víctima, además, decidió bajo intimidación.

§ 3. EL PROCESO INTIMIDATORIO COMO ESTRUCTURA DE AUTORÍA MEDIATA E IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SUBESTRUCTURA DE ESTADO DE NECESIDAD DE LA «VÍCTIMA»

«... las facultades de salvaguarda, como los deberes de salvaguarda, que respectivamente se otorgan o imponen en situaciones de necesidad, presuponen que el agente posee 'alternativas de acción'. En efecto, las situaciones de necesidad que aquí interesan presuponen que el agente posee un 'margen de maniobra' -alternativa de acción-».

Francisco BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*,
J. M. Bosch, Barcelona, 1994, p. 18.

I. ¿Equivalencia de subestructuras o simple similitud?

1. La intimidación como proceso no sólo puede ser analizada, como se hizo en el punto anterior, desde la idea general del proceso causal. Por el contrario, manteniendo, incluso firmemente, la metodología propuesta en este trabajo de recurrir a figuras más profundamente desarrolladas en el contexto de la parte general, puede explicarse el proceso intimidatorio desde otras perspectivas. O mejor dicho, puede complementarse la explicación de la intimidación como proceso de autoría mediata -en sentido amplio- desde la imputación objetiva delimitado con otras figuras -distintas al consentimiento- de la parte general del Derecho penal.

Ciertamente, entre ellas las que a mi modo de ver proporcionan mayor equiparación conceptual y fundamentalmente subestructural son las «situaciones de necesidad de las que derivan facultades de salvaguarda» y, entre ellas, especialmente las figuras del «estado de necesidad defensivo» y «defensa necesaria»⁷²⁴.

2. La propuesta personal que se desarrollará en este párrafo para explicar el proceso intimidatorio encuentra su punto de partida en la idea que, ya en 1893, delineara GROIZARD Y GOMÉZ DE LA SERNA al sostener expresamente que:

«... la mujer que afirmaba que por intimidación se prestó al acceso carnal, ha de justificar, por lo menos, que la amenaza que contra ella se

⁷²⁴ «Las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda» es la gráfica denominación genérica que BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad...*, da a los supuestos de estado necesidad y legítima defensa.

ejercitó, fue de aquellas que, por su índole, engendran en el ánimo el temor de sufrir un mal mayor»⁷²⁵.

También, aunque de modo tangencial, PISAPIA, en Italia, en cierto sentido comparaba la amenaza con una situación de necesidad (*Notslage*)⁷²⁶. En esa misma línea argumental fue GIMBERNAT quien por primera vez, como se explicó acabadamente al describir su propuesta, planteó “la posibilidad de elegir” como elemento central del concepto de intimidación⁷²⁷. Para este autor, la víctima de una intimidación tiene la posibilidad de optar entre dos males y a partir de allí es posible construir un sistema sostenido sobre la viabilidad del recurso a la ponderación de males con base en los marcos penales como criterio rector

⁷²⁵ Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Burgos imprenta de D. Timoteo Arnaiz, Madrid, 1872, pp. 90 y 91.

⁷²⁶ PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 80 «Ma il legislatore penale, per ragioni prevalenti di opportunità pratica, ha creduto di fissare positivamente i limite entro i quali la minaccia può esercitare la sua efficacia e li ha individuati nella situazione di necessità (*Notslage*) richiamata dall'art. 54,».

⁷²⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIRG, «Sobre algunos aspectos...», pp. 287-296, «Para la violación se deduce de ahí: se dará una situación extrema en el sentido del Código penal cuando la mujer acceda a yacer para salvar un bien jurídico igual (se le amenaza con producir la lesión de un bien jurídico protegido por la ley con pena de reclusión menor) o de mayor (el mal ha sido evaluado por la ley con la pena de reclusión mayor o muerte) entidad».

También, aunque en un contexto completamente distinto, Joachim HRUSCHKA, «La imputación ordinaria y extraordinaria en PUFENDORF. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*», (trad. Nuria Pastor Muñoz), Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2006, utiliza la equiparación de una situación de coacción mediante amenaza con una de estado de necesidad. Así, al recurrir a ejemplos -tercer supuesto- para afirmar la equivocidad de las construcciones de las «*actio libera in se*» y «*actio libera in sua causa*» tanto para la imputación o la exclusión de la imputación de primer nivel como en la de segundo nivel recurre a la expresión *Notstandssituation* «situación de estado de necesidad» para explicar la situación de un sujeto que debido a una amenaza se ve obligado a lesionar a un tercero o a ser víctima del mal que se le anuncia mediante la amenaza.

para la determinación de «la gravedad del mal» puesto en perspectiva por el autor⁷²⁸.

3. Desde la contracara del tema, a saber, desde la estructura del estado de necesidad también surgen evidencias que permiten argumentar a favor de la propuesta de equiparación entre la intimidación y el estado de necesidad.

Ciertamente, en el propio contexto de la fundamentación de la existente la teoría de la adecuación (*Adäquitätstheorie*), pese a ser absolutamente minoritaria, parte de la idea de una situación de «coacción» en que actúa el sujeto en estado de necesidad que, sin perjuicio de ser una conducta contraria a Derecho, no se castiga por cuestiones de equidad⁷²⁹. A saber, la propuesta de KANT se construye sobre la idea central de que quien actúa en estado de necesidad para salvar un bien lesionando realiza una conducta contraria a Derecho. No obstante ello, por realizarla bajo el efecto de una «coacción» y por cuestiones de «equidad» no merece un reproche jurídico-penal. Consiguientemente, lo que libera de responsabilidad al sujeto que actúa en estado de necesidad es la situación coactiva que lo lleva a elegir entre dos opciones de lesión de bienes jurídicos, es decir a «tener que elegir entre dos males» pudiendo con la lesión de uno evitar la del otro.

4. La estructura del estado de necesidad tanto justificante como disculpante también ha sido utilizada en Alemania para explicar, en parte, las amenazas como medio coactivo. En particular KINDHÄUSER recu-

⁷²⁸ En sentido contrario, aunque sosteniendo que en ciertos casos la víctima tiene la posibilidad de elegir y justamente por ello se trata de supuestos de amenazas condicionales y no de violación intimidatoria *vid.* SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento...», pp. 1062-1067.

⁷²⁹ La *Adäquitätstheorie* fue desarrollada por KANT (*Metaphysik der Sitten*) HRUSCHKA, «*Rechtfertigungs...*», p. 8. Sobre ello *vid.* MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 455, (marg. 17).

rre a las figuras de los §§ 34 y 35 StGB, para explicar el criterio de la actualidad del mal, equiparando la situación del autor en un estado de necesidad, con la de la víctima en una amenaza cualificada contra el cuerpo -integridad física- y la vida (*vgr.* la del §249)⁷³⁰.

El mismo recurso, pero en este caso para explicar la estructura general de la amenazas en el delito de coacciones del §240 StGB, es utilizado por TOEPEL⁷³¹. Para este autor la sistemática del estado de necesidad justificante y disculpante puede ser utilizada para explicar la estructura de las amenazas como medios coactivos en los casos de amenaza triangular. A saber, en aquellos casos donde el mal puesto en perspectiva a la víctima no la tiene a ella como destinataria de la lesión de un bien jurídico propio sino de un tercero. En esos casos la víctima es colocada por el sujeto que la amenaza en la necesidad de elegir entre la lesión del bien jurídico del tercero con el que es amenazada o *-actio mixta-* con soportar la condición que el autor pone a su cargo. Para TOEPEL, sin embargo, lo casos donde el mal anunciado consiste en la afectación de un bien jurídico de la propia víctima no pueden ser explicados a la luz del los §§ 34 y 35 StGB, sino recurriendo a la estructura del consentimiento⁷³².

⁷³⁰ KINDHÄUSER, en NK-StGB, «§ 249», (Rn. 7), p. 4359 «*Die Gefahr ist gegenwärtiger, wenn ihre Realisierung aus der Perspektive des Opfers bei ungestörten Verlauf der Dinge als bevorstehend erscheint. Für die in diesem Sinne normativ zu bestimmende Gegenwärtigkeit ist die Aktualität der Entscheidungssituation, in die der Drohungsadressat durch den Täter gestellt wird, maßgebend; die Kriterien einer Notstandssituation i. S. von § 34 sind entsprechend heranzuziehen*». Esta posición de KINDHÄUSER ha sido descontextualizada por BLANKE, *Das qualifizierte Nötigungsmittel...*, pp. 24 y ss. que abiertamente sostiene que el profesor de Bonn recurre al § 34 para explicar la estructura general de las amenazas, cuando en realidad se limita a utilizar dicho criterio para explicar la actualidad del peligro, en los mismos términos que el propio BLANKE, *Das qualifizierte Nötigungsmittel...*, p. 244 in fine explica la actualidad del mal con base en los §§ 34 y 35 StGB.

⁷³¹ TOEPEL, «§240», (Rn. 105), p. 4173.

⁷³² TOEPEL, «§240», (Rn. 25), pp. 4150-4151.

5. El esquema se explica entonces del siguiente modo, la amenaza del autor poniendo en perspectiva un mal inicia un proceso intimidatorio en el que también tiene participación la víctima. La actuación “con” la víctima -KINDHÄUSER-, o el autodaño -FRISCH- permiten explicar el proceso intimidatorio como un supuesto de autoría mediata -en sentido amplio-.

La víctima, aunque con su libertad disminuida, mantiene un margen de elección que le permite optar por el mal puesto en perspectiva por el autor o la condición por él impuesta. El margen de elección lleva necesariamente a evaluar el aporte de la víctima al proceso intimidatorio -su decisión- y ello debe necesariamente hacerse a la luz de la imputación objetiva.

La valoración de ese aporte de la víctima, es decir la determinación de la autoresponsabilidad de la víctima puede hacerse, como se mostró en el §3, a la luz de la lógica del consentimiento -indagando las razones de la “no libertad”- o recurriendo a las situaciones de necesidad como subestructura del proceso intimidatorio. Entre el aporte de la víctima y las situaciones de necesidad no sólo hay una simple similitud de subestructuras; el esquema es estructuralmente idéntico⁷³³.

⁷³³ Cfr. FRISCH, *Comportamiento típico...*, p. 186 «... parece acertado admitir la falta de responsabilidad en general allí donde la persona que se pone en peligro o se lesiona, debido a causas habituales o relacionadas con la situación, tampoco podría ser considerada responsable por lesiones a otro». Aunque para este autor este criterio resulta demasiado restrictivo y propone enrolarse, como se puso de manifiesto *ut supra*, en el criterio del consentimiento para determinar la responsabilidad e imputación al autor o a la víctima; p. 194 «... recomendar recurrir a los §§ 19, 20 y 35 StGB y 3 JGG para resolver este problema parece desacertado: el baremo correcto, aún necesitado de concreción, es con todo mejor que otro (supuestamente) más nítido, pero materialmente inadecuado».

II. «Las situaciones de necesidad como subestructura del proceso intimidatorio»

a) *Introducción a estas posturas*

1. El sujeto activo procura, como se ha explicado al analizar la estructura del proceso intimidatorio del delito de agresión sexual con base en los tres peldaños o pasos, doblegar o allanar la voluntad de la víctima para lograr un acto de contenido sexual.

Para ello anuncia o pone en perspectiva del sujeto pasivo un hecho que tendrá lugar sólo si no accede a la condición sexual que él se ha impuesto como fin.

Hasta aquí, puede decirse que la intimidación coincide plenamente con la estructura de una amenaza condicional. Consiguientemente, la víctima es colocada por el autor en una situación «especial» y a partir de allí su aporte al proceso causal intimidatorio, al igual que el del autor, será relevante y debe ser valorado.

Sin embargo, es importante realizar una salvedad. A saber, si bien se comparte con los defensores del criterio subjetivo la idea de que es necesario analizar el problema de la intimidación teniendo también en cuenta a la víctima, nuestro punto de vista se distancia del suyo al estudiar los aportes de la víctima al proceso y no la perspectiva o valoración de la propia víctima sobre dicho proceso⁷³⁴. Una cosa es tener en cuenta la conducta de la víctima o mejor dicho sus aportes en el pro-

⁷³⁴ Más allá de esta discusión, central en nuestra propuesta, no puede dejar de observarse que tanto en un caso como en el otro la víctima, en sí misma, o la víctima, por su aporte, es especialmente tenida en cuenta a la hora de valorar el conflicto. En ese sentido, puede afirmarse que se cumple con los postulados del máximo exponente de la Escuela de Frankfurt, *vid.* Winfried HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. Francisco Muñoz Conde / Luis Arroyo Zapatero), Bosch, Barcelona, 1984, pp. 90 y ss. que venía reclamando un grado de participación de la víctima en el Derecho penal.

ceso intimidatorio -ya sea como “instrumento” del autor o como sujeto responsable- y otra muy distinta es la perspectiva de la víctima o el valor que ella individualmente asigna al proceso intimidatorio en general y a los bienes amenazados en particular⁷³⁵.

2. Como claramente ya se ha puesto de manifiesto, estamos en este caso ante lo que CANCIO MELIÁ a denominado «...un supuesto en el que se produce una cierta interacción entre el “autor” y “víctima”, en los que ambos colaboran de algún modo en la génesis de un riesgo que acaba lesionando a la segunda. ...»⁷³⁶. Debiendo, en términos generales, realizar una «distribución de cargas de responsabilidad por la originación del conflicto social»⁷³⁷.

Ello no excluye la posibilidad de construir un criterio de decisión -atribución de responsabilidad por la decisión de la víctima- de la intimidación tomando como punto de partida metodológico la posición de algunos de los partícipes del proceso aisladamente considerados⁷³⁸.

En ese sentido, desde la óptica del sujeto pasivo la situación puede describirse afirmando que su libertad de acción se circunscribe a dos supuestos. Por una parte la aceptación del mal anunciado -amenaza- y

⁷³⁵ Aceptar el criterio de la perspectiva de la víctima y su valoración individual llevaría a una relativización de la intervención penal. Sobre este tema en torno al problema dogmático de la ponderación de intereses en el estado de necesidad, cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 16, p. 704 (marg. 61).

⁷³⁶ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 33. Con una idea similar PALERMO, *La legítima defensa...*, p. 380 explica la relación entre agresor y agredido en la legítima defensa como una «organización conjunta».

⁷³⁷ Günther JAKOBS, «*Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen. (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision)*», en Albin ESER Nishiha-ra (hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, T. IV, Freiburg, 1995, pp. 141 y ss.

⁷³⁸ En términos similares, PALERMO, *La legítima defensa...*, p. 127 excluye la posibilidad de una fundamentación normativa de la legítima defensa a partir de consideraciones que tomen como punto de referencia el derecho del agredido aisladamente considerado.

por otra la aceptación de la condición *-actio mixta*. En virtud de ello puede afirmarse que la víctima asume un ámbito de responsabilidad con su intervención⁷³⁹. Dicho ámbito de responsabilidad debe ser valorado a la hora de estudiar el proceso intimidatorio en su conjunto⁷⁴⁰.

3. La posibilidad de aceptar el mal amenazado o la *actio mixta* implica en sí misma la posibilidad de elegir. Con la libertad disminuida pero no completamente coartada la víctima de un proceso intimidatorio “puede elegir” entre dos males⁷⁴¹.

En otros términos, puede elegir un mal para librarse del otro; puede realizar un cálculo costes-beneficios, puede «auto-administrarse». Esta estructura, si en lugar de ante una víctima de un proceso intimidatorio, estuviéramos ante un sujeto -autor- que lesiona un bien jurídico para salvar otro, si se dieran las condiciones legalmente exigidas, se llama «estado de necesidad»⁷⁴².

⁷³⁹ En ese sentido, HOYER, «*Der Sitzblockadenbeschluss...*», p. 451 afirma la necesidad de un aporte de la víctima para que puede sostenerse que existe un supuesto de amenaza. En contra, TOEPEL, *NK-StGB*, «§ 240», (Rn. 101), pp. 4172.

⁷⁴⁰ Como se analizará brevemente en el § anterior, del principio de autorresponsabilidad surgen importantes consecuencias en el ámbito de la imputación jurídico-penal y muy especialmente en el contexto de la teoría de la imputación objetiva.

⁷⁴¹ Reconociendo la posibilidad de elegir en los casos de amenazas, *vid.*, entre otros, LARRAURI PIJOAN, «Consideraciones...», pp. 563-573.

⁷⁴² La regulación del estado de necesidad como estructura de descargo de imputación jurídico-penal se halla actualmente regulada en España en el art. 20.5 del Cp de 1995. En Alemania, el StGB establece las reglas del estado de necesidad como causa de justificación en el § 34, donde en concepto de intereses, su comparación y la colisión entre ellos constituyen el punto central. Entre las monografías más modernas sobre la cuestión puede verse Michael PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Walter de Gruyter, Berlin-NewYork, 2002, p. 129, «*Die in § 34 kodifizierte Notstandsregelung weist dem Begriff des Interesses und dem Vergleich der kollidierenden Interessen eine zentrale Rolle zu*».

4. El estado de necesidad admite en la doctrina penal al menos dos clasificaciones⁷⁴³. Por una parte, según la mayor o menor equiparación valorativa entre los intereses, bienes o males que aparecen en cada lado de la balanza. Ello tuvo su punto de origen en la teoría diferenciadora que llevó a la distinción legal en Alemania entre el estado de necesidad justificante del § 34 y el estado de necesidad disculpante del § 35 y que actualmente cuenta con el apoyo mayoritario de la doctrina jurídico-penal⁷⁴⁴.

⁷⁴³ La doctrina sobre el fundamento de las causas de justificación es especialmente rica en la dogmática jurídico-penal. Particularmente los fundamentos de la legítima defensa y el estado de necesidad han merecido extensas y completas monografías y resultaría imprudente hacer aquí cualquier clase de abordaje de dicha temática. Para ello y especialmente en lo que respecta a la legítima defensa, aunque con obvias profundas referencias a sus posibles fundamentos contrapuestos, *vid.*, por todos, PALERMO, *La legítima defensa...*, caps. II, III y IV; Miguel A. IGLESIAS RÍOS, *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999.

Sólo basta afirmar que se parte aquí de una concepción individualista y que se considera que tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad existen derechos contrapuestos y que la distinción entre ambas eximentes se encuentra el grado de responsabilidad del aporte del creador de la situación de necesidad; en contra, un referente clásico del estudio de los fundamentos de las causas de justificación, Albert F. BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18va. ed., Tauchnitz, Leipzig, 1898, § 53, construye la diferencia con base en la lesión al Derecho que constituye la agresión en la legítima defensa, lesión que no aparece en el estado de necesidad.

⁷⁴⁴ En un primer momento, siguiendo la redacción de los §§ 52 y 54 del StGB de 1871 la doctrina alemana sostenía la llamada teoría unitaria o de la unidad considerando todas las situaciones de estado de necesidad o como causas de justificación o como causas de exculpación. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), que incorporó a la legislación civil alemana dos situaciones de estado de necesidad, la doctrina penal desarrolló la llamada teoría diferenciadora o de la diferenciación considerando la existencia de situaciones de estado de necesidad que debían ser analizadas como causas de justificación y situaciones de estado de necesidad que, por el contrario, debían ser estudiadas como causas de exculpación jurídico-penal. La BGB alemana de 1900 había incorporado en su regulación la defensa frente a cosas o también llamado estado de necesidad defensivo del Derecho civil en

Esta clasificación es conocida por todos y no conviene entrar aquí en mayor detalle sobre ella⁷⁴⁵; aunque quizás sí alertar que parte de la doctrina resuelve este problema en el contexto de la estructura del miedo insuperable como supuesto de exculpación⁷⁴⁶.

5. Por otra parte, existe una propuesta de construcción analógica de un llamado estado de necesidad defensivo que lleva a una clasificación tripartita de los supuestos de estado de necesidad⁷⁴⁷. Ello implica, hasta donde alcanzo, no sólo una metodología diferente, sino también

su § 228 y estado de necesidad agresivo del Derecho civil en su § 904. Sobre la distinción entre las situaciones de estado de necesidad como causas de justificación o como causas de exculpación en la dogmática jurídico-penal alemana es muy interesante Wilfried KÜPER, «Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung», en JuS, (1987), pp. 81 y ss. Con claridad sobre la discusión alemana en torno a las teorías de la unión o la diferenciadora y la creación del llamado estado de necesidad justificante supralegal en la regulación legal anterior a la entrada en vigencia del StGB de 1974 también puede verse ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho penal...*, p. 603; MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 456 (margs. 19 y ss.); ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 22 pp. 896 y ss (margs. 1 y ss); JESCHECK / WELGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 380 citando a GOLDSCHMIDT como el máximo responsable de la teoría diferenciadora de los supuestos de estado de necesidad entre justificante y disculpante, sacando a la teoría del estado de necesidad de una situación de «confusión verdaderamente lamentable».

⁷⁴⁵ Sobre las distintas posiciones de la doctrina penal española en la interpretación de la regulación del Cp español anterior, aunque trasladable perfectamente a la discusión actual, sobre el estado de necesidad *vid.*, por todos, Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», en ADPCP, (1982), pp. 663-663 y ss. (notas 1, 2 y 3).

⁷⁴⁶ En este sentido, *vid.* MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 602 (marg. 16) y p. 457 (marg. 23) para quien la doctrina penal española realiza una interpretación forzada del art. 20.5 del Cp 1995 que no coincide con la teoría de la diferenciación alemana.

⁷⁴⁷ Sobre la clasificación tripartita del estado de necesidad, entre otros, Jaime MALAMUD GOTI, *Legítima defensa y estado de necesidad*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977, pp. 53 y ss.

una construcción sobre fundamentos alternativos⁷⁴⁸. La nueva edificación parte de la idea de tomar en consideración el origen del peligro que genera la situación de necesidad construyendo a partir de allí una completa sistematización de las causas de justificación⁷⁴⁹. En ese sentido, BALDÓ partiendo de un original sistema analítico con ideas rectoras o de primer orden, de las que parte principios operativos o de segundo orden, pone en duda el principio de ponderación de intereses con su pretendida omnicomprensividad⁷⁵⁰ y clasifica las situaciones de necesidad individual en tres grupos⁷⁵¹, a saber:

⁷⁴⁸ En esa línea, *vid.*, en Alemania, Joachim HRUSCHKA, «*Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*», en *Festschrift für Eduard DREHER-zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1977, pp. 189-210; y, en España, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad...*, p. 170.

⁷⁴⁹ PALERMO, *La legítima defensa...*, p. 72 ha sostenido que «la obra de BALDÓ LAVILLA constituye uno de los más importantes esfuerzos por lograr una estructuración sistemática y coherente de las causas de justificación».

⁷⁵⁰ Sobre el principio de ponderación de intereses en la doctrina penal española *vid.*, por todos, Jesús BERNAL DEL CASTILLO, «Algunas reflexiones sobre la ponderación de intereses en el estado de necesidad», en José CEREZO MIR / Fabio SUÁREZ MONTES / Antonio BERISTAIN IPIÑA / Carlos M. ROMEO CASANOVA (eds.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Comares, Granada, 1999, p. 81.

⁷⁵¹ El sistema metodológico propuesto por BALDÓ parte de la idea de diferenciar entre ideas rectoras o de primer orden de las que parten principios operativos o de segundo orden. Las ideas rectoras, de primer orden o principios axiológicos que sirven a BALDÓ para construir una ordenación sistemática de las causas de justificación son la «autonomía individual» que surge del Estado liberal y la «solidaridad intersubjetiva» que encuentra su origen en el Estado social. Del principio axiológico de autonomía individual basado en la separación entre esferas organizativas se extraen tres principios operativos, a saber «el principio de autodefinition de intereses propios», «el principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador», y «el principio de asunción personal de riesgo no imputables a esferas organizativas ajenas». Por su parte, del principio axiológico de solidaridad intersubjetiva basado en la vinculación entre esferas de organización autónomas se extraen como principios operativos «el principio de solidaridad mínima», «el principio de solidaridad general intersubjetiva», «el principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros». Sobre la crítica a la ponderación de intereses *vid.*, entre otros, PALERMO, *La legítima defensa...*, p. 47 al criticar la «*individuelle Handlungsfreiheit*» de WAGNER

1. «las situaciones de estado de necesidad agresivo constituyen una situaciones en las que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado, o un auxiliante de éste, intervengan agresivamente en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un sujeto con status de tercero a la fuente de peligro amenazante -un sujeto que posee el status de tercero-solidario»⁷⁵²

2. «la situación de estado de necesidad defensivo constituye una situación de necesidad individual en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado, o un auxiliante del mismo, intervengan defensivamente en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto preferentemente competente por la fuente de peligro amenazante -un sujeto con un status de tercero-cualificado»

3. «la defensa necesaria constituye una situación de necesidad individual en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado, o un auxiliante del mismo, intervengan defensivamente en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto completamente competente por la fuente de peligro -un sujeto que posee status de autor antijurídico»⁷⁵³.

sostiene que «en el estado de necesidad, el obligado debe tolerar la afectación de sus bienes por razones de solidaridad. En la legítima defensa, en cambio, se lesiona el derecho subjetivo del agredido mediante la infracción de un deber negativo por parte del agresor. El deber de tolerancia del agresor no se fundamenta en el principio de solidaridad, sino en el principio de responsabilidad del agresor, que es el reverso de su libertad de organización. *Nada de esto puede ser explicado mediante el principio de ponderación de intereses*» (la cursiva me pertenece).

⁷⁵² Para la doctrina mayoritaria es tercero solidario aquel que tiene frente al sujeto necesitado deberes de solidaridad mínima, siendo que en los casos en que existan deberes de solidaridad cualificados podría actuarse contra ese sujeto en legítima defensa, en ese sentido, Diego M. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 153 y ss. En contra, PALERMO, *La legítima defensa...*, p. 269 para quien frente a la infracción de un deber positivo sólo puede reaccionarse en estado de necesidad agresivo, y no en legítima defensa. Para ello propone, pp. 272-273, una interesante distinción de dos velocidades de causas de justificación, tanto en los casos de deberes negativos (legítima defensa-estado de necesidad defensivo) como en los casos de deberes positivos (estado de necesidad agresivo-«estado de necesidad con deberes de solidaridad especialmente cualificados»).

⁷⁵³ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad...*, pp. 123 y ss.

6. Analicemos la clasificación tripartita en el orden inverso al que han sido presentados⁷⁵⁴. Las situaciones de necesidad individual configuradoras de situaciones de defensa necesaria son aquellas que se corresponden con la legítima defensa como causa tradicional de justificación⁷⁵⁵. Los casos de defensa necesaria constituyen situaciones de ne-

⁷⁵⁴ La clasificación tripartita de las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda no es exclusiva de BALDÓ LAVILLA. Por el contrario, buena parte de la doctrina utiliza esta gráfica clasificación, así, por ejemplo, PALERMO, *La legítima defensa...*, pp. 266-267 sostiene que «...en un situación de legítima defensa, como en toda infracción de un deber negativo, el empeoramiento del círculo de organización del agredido ha sido ocasionado de modo enteramente responsable por el agresor, pues si el agresor no existiera, al agredido no lo amenazaría ningún daño. Por el contrario, el estado de necesidad agresivo, como sucede con toda infracción de un deber positivo, el curso lesivo existe con independencia del comportamiento del sujeto especialmente obligado, pues si la persona obligada por un deber positivo no existiera, el sujeto que se encuentra en situación de riesgo estaría igualmente necesitado de ayuda», y agrega luego «la situación es distinta en los casos de estado de necesidad defensivo (...) la incumbencia de la víctima de la intervención justificada se fundamenta también en el estado en el que se encuentra su ámbito de organización. En efecto, el núcleo del estado de necesidad defensivo lo constituye, por un lado, los comportamientos antijurídicos realizador por quienes carecen de capacidad de culpabilidad y, por otro lado, los grupos de casos en lo que el sujeto lleva a cabo comportamientos que, si bien son permitidos legalmente, generan un riesgo especial de lesión para los bienes de terceras personas». También Michael PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strarechtlicher Solidaritätspflichten*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2002, pp. 309 y ss.; EL MISMO, «*Der rechtfertigende Defensivnotstand*», en *Jura* (2002), pp. 26-27; Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1988, pp. 141 y ss.

⁷⁵⁵ Buena parte de la doctrina sostiene que la legítima defensa es una especie de estado de necesidad cualificado por la existencia de una agresión antijurídica, así, entre otros, *vid.* Georg FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Strafrechtlehre*, Springer, Berlin, 1998, p. 93; Helmut FRISTER, «*Die Notwehr im System der Notrech-*», en *GA*, 1988, pp. 291-292; Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», en *RDPC*, núm. Extraordinario 1, (2000), pp. 229 y ss.; en Argentina, Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, t. I, 8ª ed., TEA, Buenos Aires, 1978, pp. 344-345. En

cesidad individual donde el sujeto amenazado o un tercero salvaguarda su interés interviniendo en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto completamente competente por la fuente de peligro amenazante. Es decir, la fuente de peligro creada por el sujeto con deber de tolerancia constituye el presupuesto conceptual básico de los supuestos de defensa necesaria⁷⁵⁶. A saber, en concreto la agresión ilegítima -culpable- del sujeto, será lo que determine su competencia por la creación de la fuente de peligro, situación que lo llevará luego a asumir mayores deberes de tolerancia⁷⁵⁷. A tal punto asume deberes de tolerancia que la intervención en sus bienes no está limitada por el principio de proporcionalidad⁷⁵⁸.

Por su parte, aparecen en segundo lugar los supuestos llamados de estado de necesidad defensivo, que configuran una posición intermedia entre la clásica figura de la legítima defensa y el estado de necesidad tradicional como estructura de descargo de la imputación jurídico-penal⁷⁵⁹. En estos casos, a diferencia de los supuestos de defensa nece-

contra, PALERMO, *La legítima defensa...*, pp. 56-57 «... la legítima defensa no puede ser considerada una “especie” cualificada de estado de necesidad (...) no sólo es la agresión antijurídica lo que distingue el estado de necesidad de la legítima defensa, pues también el “significado” de la acción defensiva es distinto en uno u otro caso» y *vid.*, extensamente, los capítulos VI, VII y VIII de la misma obra.

⁷⁵⁶ El criterio de distinción entre estado de necesidad con deberes de tolerancia y estado de necesidad sin deberes de tolerancia es usado por Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican deberes de tolerancia», en Diego LUZÓN PEÑA / Santiago MIR PUIG (dir.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 155 y ss.; también GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico...*, p. 629.

⁷⁵⁷ Ampliamente sobre los casos de legítima defensa como supuestos de estado de necesidad individual con determinación de fuentes de peligro y deberes de tolerancia, *vid.*, por todos, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad...*, pp. 263 y ss.

⁷⁵⁸ Michael PAWLIK, «*Der rechtfertigende Defensivnotstand*», en Jura, (2002), pp. 26-31.

⁷⁵⁹ La proximidad de la estructura del estado de necesidad defensivo a la estructura de la defensa necesaria ha llevado algunos autores a llamarla «pequeña legítima defensa», así rescatando la denominación utilizada por VON BURI y LÖFFLER, *vid.* GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico...*, p. 627; Heiko H. LESCH, *Der Verbre-*

saría anteriormente expuestos, existe una situación de «preferente» competencia por el peligro amenazante. Recordemos que en los supuestos de defensa necesaria la fuente de peligro correspondía «plenamente» al sujeto que por su parte asumía deberes de tolerancia por su agresión ilegítima. En el estado de necesidad defensivo existe responsabilidad por el propio comportamiento organizador y por tanto preferente, aunque no plena, competencia por la fuente de peligro. En estos casos el sujeto amenazado posee una facultad de salvaguarda frente al sujeto creador de la fuente de riesgo que por su parte asume deberes de tolerancia. Se trata de los casos en los cuales, por ejemplo, el sujeto crea determinada fuente de peligro por su comportamiento organizador que configuraría en su caso una conducta que supera los límites del riesgo permitido aunque sin culpabilidad. Recordemos que la agresión antijurídica constituía el núcleo conceptual básico de los supuestos de defensa necesaria.

Finalmente, los casos de estado de necesidad agresivo, supuestos clásicos de estado de necesidad. A saber, situaciones de necesidad originadas por determinada fuente de peligro que no puede ser imputada al comportamiento organizador de ningún sujeto⁷⁶⁰. En estos casos el sujeto amenazado por la fuente de peligro asume derechos de salvaguarda debiendo otros sujetos asumir deberes de tolerancia⁷⁶¹.

7. Por lo expuesto hasta aquí, es posible, tomando como punto de partida la propuesta de BALDO LAVILLA, equiparar el proceso intimidato-

chenssbe-griff. Grundlinien einer Funktionalen Revision, Heymanns, Köln, 1999, p. 271.

⁷⁶⁰ Cfr. PISAPIA, *Violenza minaccia...*, p. 82 siguiendo a ROCCO sostiene que en el estado de necesidad el peligro deriva normalmente del caso fortuito o de casos de fuerza mayor (incendio, inundación, naufragio, etc.)

⁷⁶¹ Sobre los deberes de tolerancia en el estado de necesidad agresivo es especialmente interesante el desarrollo de Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en AA.VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 1007-1028.

rio, a nivel de subestructura, con las distintas situaciones de necesidad de las que derivan deberes de autoprotección. En efecto, se puede llegar a explicar el último tramo del proceso de intimidación a la luz de los principios de autoresponsabilidad y solidaridad intersubjetiva de las situaciones de necesidad individual como estructuras de descargo de imputación.

En definitiva, con pretensiones de normativización, se propone un paralelismo entre las situaciones de estado de necesidad individual y la conducta de la víctima de un proceso intimidatorio.

El proceso intimidatorio implica un supuesto de autoría mediata -en sentido amplio- donde, siguiendo los lineamientos de la imputación objetiva corresponda determinar si la decisión de la víctima “eligiendo” entre dos males fue autoresponsable y en su defecto considerar la existencia de un riesgo desaprobado por la conducta del autor -amenaza-.

Se sugiere, entonces, analizar la posición del sujeto pasivo de una amenaza con «el escenario en que se encuentra un autor» que se enfrenta ante una situación de necesidad⁷⁶². A saber, el sujeto pasivo de una amenaza puede, según nuestra propuesta, ser jurídicamente considerado como sujeto intimidado solamente si ante una llamada «*actio duplex*» opta por la vía que habiendo sido autor en una situación de estado de necesidad el ordenamiento jurídico no le hubiese imputado responsabilidad penal por su conducta.

Es decir, se analiza la conducta o el aporte de la víctima de un proceso intimidatorio, con las mismas reglas que debería aplicarse a un sujeto que ante una situación de necesidad se inclina por salvar uno u otro bien. Tal contexto lleva necesariamente a la “comparación”, por una parte, de la libertad sexual -siempre presente en un proceso intimita-

⁷⁶² En el contexto de las acciones defensivas de carácter autolesivo derivadas de un peligro generado por el autor MAYOL MÁRQUEZ, «Acciones defensivas...», pp. 47-... recurre a la comparación de la víctima con una situación de defensa necesaria -legítima defensa- como criterio de atribución de responsabilidad al autor generador de la situación de peligro.

torio en el marco del delito de agresión sexual-, y por otra el bien que se encuentre en peligro por la amenaza puesta en perspectiva por el autor.

En definitiva, de la comparación de la situación del sujeto pasivo de un proceso intimidatorio con la situación de un sujeto que actúa en una situación de necesidad se deben extraer los baremos de ponderación. Es decir, se extraen los criterios de decisión para atribuir la responsabilidad a la decisión de la víctima o a la amenaza del autor.

Así las cosas, a la luz de la evolución dogmática de las estructuras de descargo de imputación jurídico-penal por situaciones de necesidad individual cabe determinar en qué casos y bajo qué condiciones podrá determinarse la responsabilidad del sujeto activo de la amenaza -por creación de un riesgo jurídicamente desaprobado- como fuente de inicio del proceso de intimidación.

8. Las situaciones de necesidad fueron clasificadas, partiendo de la clase de competencia por la fuente de peligro, en «defensa necesaria», «estado de necesidad defensivo»; y «el estado de necesidad agresivo».

El sujeto pasivo de un supuesto proceso intimidatorio en el contexto de tipo de agresión sexual se encuentra en una situación de necesidad o «*actio duplex*» porque debe optar entre el mal con el que el sujeto activo lo amenaza o ceder ante los intereses sexuales del primero.

La situación encuadra perfectamente en la estructura de una situación de estado de necesidad individual. Precisamente, corresponde determinar si es posible analizar el tramo final del proceso intimidatorio analógicamente como situación de defensa necesaria, de estado de necesidad defensivo o de estado de necesidad agresivo al sólo efecto de utilizar los baremos de alguna de esas estructuras como criterio de atribución de responsabilidad al autor o a la víctima.

b) La postura de CANCIO MELIÁ y ROXÍN a la luz del baremo del §35 StGB

1. La similitud del proceso intimidatorio con las situaciones de necesidad a nivel de subestructuras permite razonablemente extraer baremos del estado de necesidad para determinar la existencia de autoresponsabilidad de la víctima y atribuir correctamente la responsabilidad penal.

2. La primer alternativa, a la luz de la clasificación clásica de las situaciones de necesidad es el recurso a la figura del estado de necesidad disculpante⁷⁶³. La doctrina mayoritaria en Alemania, representada fundamentalmente por ROXIN, recurre a la aplicación analógica del §35 StGB para sostener que, en esta constelación de casos, si la víctima actúa dentro de los parámetros del § la imputación se traslada al autor. En cambio, si no se dan los parámetros del §35 habrá imputación a la víctima. En esa misma línea CANCIO MELIÁ resuelve la determinación de la responsabilidad de la víctima en los casos de causas situacionales afirmando que «... tampoco será responsable aquella víctima que sufra una presión equiparable a la que concurre en un estado de necesidad exculpante»⁷⁶⁴.

3. La regulación del StGB es muy clara en este punto. A saber, los requisitos del §35 son que se trate de un peligro -mal con el que se ame-

⁷⁶³ Con amplias referencias bibliográfica, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 407 «... los criterios de determinación pueden obtenerse mediante una aplicación analógica de las reglas de imputabilidad establecida en el ordenamiento jurídico-penal para los autores de hechos delictivos».

⁷⁶⁴ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 405.

naza- para la vida, integridad física o libertad⁷⁶⁵ para uno mismo o para una persona próxima.

4. La referencia a la puesta en peligro del bien jurídico vida como baremo o como amenaza de la que *ex lege* se presume la falta de autoresponsabilidad de la víctima no requiere de mayores precisiones. Sin embargo, un punto interesante que ha generado cierto debate en la doctrina es el de la considerar dentro del baremo la puesta en peligro de la vida del feto. En este sentido, siguiendo a JAKOBS, debe considerarse a la vida claramente incluida dentro del baremo del §35 StGB⁷⁶⁶.

A modo de ejemplo, en el contexto que aquí nos ocupa, podría presentarse por ejemplo el caso del médico obstetra que amenaza a su paciente embarazada con producir un aborto si no accede a un contacto sexual con él. En este caso, el mal puesto en perspectiva a la víctima es contra la vida -de un pariente (su futuro hijo) y si no quiere hablarse de parentesco sin dudas corresponde hablar de un allegado⁷⁶⁷- y por tanto debería ser considerado un supuesto de ausencia de autoresponsabilidad de la víctima e imputado al autor en caso que aquella acceda al contacto sexual.

5. La amenaza con la puesta en peligro de la integridad física, a diferencia del peligro contra la vida, admite graduación y por tanto es un

⁷⁶⁵ Es interesante poner de manifiesto que la libertad no estaba prevista en el §35 StGB en su regulación tradicional sino que se incorporó recién en 1975, momento en el que también se discutió la posibilidad de incorporar otros bienes jurídicos como el honor y la propiedad que, con buen criterio, fueron finalmente descartados *cf.* ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 22 p. 905 (marg. 22).

⁷⁶⁶ JAKOBS, *Derecho penal...*, §20, p. 692 (marg. 8); en contra, LK-Hirsch, §35 (marg. 12); ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 22 p. 906 (marg. 24).

⁷⁶⁷ Expresamente en contra, ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 22 p. 906 (marg. 24) sostiene que un embrión no puede ser un pariente y tampoco una persona allegada en el sentido del §35 StGB.

baremo que necesita de algunas precisiones. La doctrina es conteste en considerar que un menoscabo insignificante de la integridad física no será relevante para decidir la falta de autoresponsabilidad de la víctima. Sin embargo, ello abre el camino a la determinación de cuándo un peligro para la integridad física es relevante y cuándo no lo es. En principio, el propio uso del lenguaje llevaría a sostener que existirá un peligro para la integridad física en aquellos casos donde, al menos, el mal con el que se amenaza podría producir un daño -aunque sea pasajero- en la integridad física o la salud⁷⁶⁸.

6. El tercer bien jurídico del que se presume que su puesta en peligro a través de una amenaza genera automáticamente la falta de responsabilidad de la víctima es la libertad.

En este contexto la libertad debe ser entendida en sentido restringido. A saber, como libertad de movimiento⁷⁶⁹, o libertad ambulatoria⁷⁷⁰, no así como «libertad general de ejecutar la propia voluntad» -en el sentido del tipo penal de coacciones-.

Sin embargo, debería ser considerada dentro de los peligros contra la libertad en el sentido del §35 StGB la libertad de autoderminación sexual⁷⁷¹.

7. Ello no significa, como ya se puso de manifiesto, que la víctima de un proceso intimidatorio esté ante una situación de exculpación. Sino

⁷⁶⁸ Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 22 p. 906 (marg. 25)

⁷⁶⁹ JAKOBS, *Derecho penal...*, §20, p. 692 (marg. 8).

⁷⁷⁰ ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 22 p. 908 (marg. 26), como libertad ambulatoria en el sentido del delito de detenciones ilegales §239 StGB.

⁷⁷¹ A favor, LK-Hirsch, §35 (marg. 15); ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 22 p. 908 (marg. 22). En contra, admitiendo la integridad sexual como un supuesto de peligro contra la integridad física, JAKOBS, *Derecho penal...*, §20, p. 692 (marg. 8).

que la similitud de situaciones permite tomar como relevante la decisión valorativa de la institución del estado de necesidad disculpante de tener en cuenta sólo tres bienes jurídicos. Es decir, se extraen los baremos legales -valorados por el legislador- del estado de necesidad disculpante como criterios de atribución de responsabilidad.

La exportación de baremos no se limita a los males puestos en perspectiva -peligro contra la vida, la integridad física o la libertad-, sino que por el contrario permite también otros criterios de decisión. A saber, para que exista “exculpación” será necesario que el peligro sea actual y no evitable de otro modo⁷⁷².

8. La conclusión de esta primera propuesta es que se podrá atribuir responsabilidad al autor -imputar- en aquellos casos -y sólo en ellos- donde el autor pone en perspectiva de la víctima un mal que constituya un peligro para la vida, la integridad física o la libertad de la propia víctima o de una tercera persona cercana a ella. En todos los demás casos, es decir en aquellos donde el mal implique la puesta en peligro de bienes de menor valor o para persona no cercana a la víctima deberá considerarse la auto responsabilidad de la víctima y por tanto se imputa el proceso intimidatorio a ella. Considerando, consiguientemente que el autor con su amenaza no creo un riesgo jurídicamente desaprobado para la libertad sexual de la víctima.

9. El camino propuesto para interpretar la intimidación en la regulación de los delitos sexuales en España, lleva consecuentemente a una solución no muy distinta a la regulada -por el propio legislador- en Alemania. Recuérdese que allí -§ 177 StGB- se considera delito de violación coactiva sólo aquellos supuestos donde el mal puesto en pers-

⁷⁷² Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 22 p. 903 (marg. 18) «no tiene lugar una exculpación de responsabilidad cuando el peligro era evitable de otro modo. Esto sucede en primer lugar si existía una posibilidad de eliminar el peligro de modo conforme a Derecho».

pectiva por el autor sea de un peligro actual e inminente contra el cuerpo -integridad física- o la vida de la víctima o una persona cercana a ella⁷⁷³.

10. Este criterio de decisión, a diferencia del paradigma del consentimiento y más allá de la posible crítica por trasladar al ámbito de la víctima reglas de la esfera del autor, ofrece -como sostiene CANCIO MELIÁ- un punto de orientación seguro con las propias reglas que el ordenamiento jurídico-penal estableció para determinar la responsabilidad de los autores⁷⁷⁴.

c) *La postura de JAKOBS a la luz de los baremos del estado de necesidad defensivo*

«...el que convierte al mundo en algo más peligroso
tiene que pagar en caso de necesidad».

Günther JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*,
(trad. M. Cancio Meliá / B. Feijoo Sánchez),
Civitas, Madrid, 2003, p. 144.

⁷⁷³ Esta era a su vez la propuesta de *lege ferenda* que oportunamente hiciera CANCIO MELIÁ, «Los delitos...», *op. cit.*

⁷⁷⁴ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 408 «... el ordenamiento jurídico ha establecido con las reglas relativas a la imputabilidad del autor unos criterios de responsabilidad para el comportamiento personal de un sujeto, de modo que ello permitiría alcanzar con mayor facilidad resultados seguros mediante el recurso (analógico) a estas reglas para la víctima ».

1. La postura de ROXIN recurriendo al baremo del §35 StGB puede ser considerada excesivamente restrictiva del ámbito de responsabilidad del autor⁷⁷⁵ o, dicho de otro modo, demasiado ampliatoria del ámbito de atribución de auto responsabilidad de la víctima⁷⁷⁶. Ello es así porque se limita a amenazas que pongan en peligro tan sólo tres bienes jurídicos -vida, integridad física y libertad.

2. La solución a tal ampliación del ámbito de atribución de responsabilidad a la víctima potenció la búsqueda de criterios que a través de baremos más flexibles en la determinación de la ausencia de autoresponsabilidad de la víctima permitan ampliar el ámbito de imputación al autor que amenaza.

Esos criterios han sido contruidos por JAKOBS a la luz de nuevos baremos que podrían agruparse dentro de la lógica del estado de necesidad defensivo en el contexto de la autoría mediata a través de un instrumento que actúa cuasi-justificadamente.

3. El estado de necesidad defensivo, como se explicó *supra* a partir del desarrollo de BALDÓ LAVILLA, se presenta como una situación intermedia que -fundada en una combinación entre el principio de solidaridad y el principio de responsabilidad- se soluciona a través de un baremo también intermedio⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ Poniendo en duda tal restricción, en términos comparativos con la solución de la exculpación, *vid.*, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 410.

⁷⁷⁶ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...*, §20, p. 692, (marg. 8);

⁷⁷⁷ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad...*, pp. 122 y ss. ; PALERMO, *La legítima defensa...*, pp. 267-268 para quien el fundamento del estado de necesidad defensivo es la competencia por organización y no la competencia institucional.

Estos criterios se extraen, en la regulación alemana, del §32 en la legítima defensa, del §34 en el estado de necesidad y del §228 BGB - Código civil alemán- el estado de necesidad defensivo.

4. El baremo del estado de necesidad agresivo es que el bien salvado debe ser relevantemente mayor que el sacrificado -esto se funda en razones de solidaridad-⁷⁷⁸.

En la legítima defensa, por su parte, no existe ponderación ya que el bien salvado puede ser significativamente menor que el sacrificado -ello se funda en el principio de responsabilidad⁷⁷⁹. Ello es así porque las situaciones de defensa necesaria, supuestos clásicos de legítima defensa, se caracterizan porque la competencia por la fuente de peligro corresponde plenamente a un sujeto que, por haber originado dicho peligro, asume máximos deberes de tolerancia. Es decir que la amenaza de un peligro inminente es reconducible -en las situaciones de defensa necesaria- tanto objetiva como subjetivamente a la esfera organizativa individual de un tercero.

Mientras que los baremos del estado de necesidad defensivo permiten sostener que será imputable al autor de la amenaza la elección que haga la víctima aunque con esa elección salvaguarde un bien de menor importancia con respecto al bien contra el que el autor dirige la amenaza⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ En ese sentido, entre otros, Günther, JAKOBS, «Sobre los grados de incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión», en RPDJP, núm. 4, (2003), pp. 205 y ss; EL MISMO, *Derecho penal...*, §21, p. 776 (marg. 89).

⁷⁷⁹ El principio de responsabilidad de la legítima defensa se funda en la agresión ilegítima que le da pie. Sobre la agresión vid., entre otros, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad...*, p. 264; JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 363; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, p. 140 («acción de puesta en peligro de algún bien jurídico»); PALERMO, *La legítima defensa...*, p. 298.

⁷⁸⁰ No obstante la asunción de deberes de tolerancia no es ilimitada en el estado de necesidad defensivo. Por el contrario, como sostiene PALERMO, *La legítima de-*

5. Este criterio de JAKOBS traspolado al proceso intimidatorio en el contexto de un delito sexual permitiría construir los criterios de decisión o de atribución de responsabilidad -por similitud de la posición de la víctima con una situación de estado de necesidad- a través de los baremos legalmente constituidos del estado de necesidad defensivo.

A saber, se podrá estimar que hay imputación al autor -por su amenaza- también aunque la víctima salve un bien de menor importancia al bien con el que está amenazada⁷⁸¹, es decir, que si se le amenaza con un mal constitutivo de un delito de menor importancia que la libertad sexual, también habrá intimidación típica y consecuentemente agresión sexual del autor.

6. El fundamento de tal ampliación de la atribución de responsabilidad o imputación al autor surge de la propia conducta del autor. A saber, para JAKOBS, de algún modo, el autor de la amenaza está poniendo a la víctima en la obligación de hacer una escala en sus propios bienes, una redistribución de bienes. Es decir, que el sujeto que anuncia el mal es autor mediato porque es predominantemente responsable de la situa-

fensa..., p. 268 el principio de solidaridad, si bien tiene menor incidencia que en el estado de necesidad agresivo, la tiene mayor que en la legítima defensa, lo que justifica que «en el estado de necesidad defensivo, la víctima de la intervención sólo está obligada a tolerar un mal que no sea desproporcionadamente superior al mal que amenaza su comportamiento». En igual sentido, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad...*, pp. 79 y ss;

⁷⁸¹ JAKOBS, *Derecho penal...*, §21, p. 776 (marg. 89) considera que en aquellos casos donde el que tiene capacidad para disponer renuncia al bien, pierde relevancia el principio de solidaridad interpersonal, y por lo tanto se cae la limitación de la preponderancia esencial del interés justificado.

ción en que la víctima -“instrumento”- realiza una nueva distribución -razonable- de sus bienes-⁷⁸².

La preponderancia de la responsabilidad del autor al generar la situación de la necesidad de la víctima debe ser tenida en cuenta. Por consiguiente si la víctima realiza una distribución de bienes «razonable» no habrá imputación a la víctima, y sí al autor por su responsabilidad en la creación de la situación de necesidad que llevó a la víctima a distribuir sus bienes⁷⁸³.

Para JAKOBS en este grupo de casos, pese a la situación de conflicto, el consentimiento es eficaz porque la propia víctima -forzada por la necesidad- renuncia al bien⁷⁸⁴.

7. El recurso a los baremos del estado de necesidad defensivo se aproxima en cuanto a las consecuencias prácticas a la solución de la lógica del consentimiento, pues permite una limitación importante de la autoresponsabilidad de la víctima ampliando la atribución de responsabilidad al autor⁷⁸⁵.

Sin embargo, parte de fundamentos totalmente distintos, siendo predominantemente objetivo por construirse a luz de baremos establecidos legalmente. Es decir, parte de los mismos fundamentos que el baremo del §35 -*ex lege*- pero resulta mucho más amplio que aquel porque no hay bienes que tengan presunción absoluta -vida, integridad

⁷⁸² Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...*, §21, p. 777 (marg. 90) y p. 776 (marg. 89) «La víctima redistribuye de un modo que aún se ajusta a una gestión de bienes razonable, plausible».

⁷⁸³ JAKOBS, *Derecho penal...*, §21, p. 776 (marg. 89) pone el ejemplo del sujeto que para salvar un bien de determinado valor y de gran interés afectivo, destruye una cosa del mismo valor, pero de menor valor afectivo.

⁷⁸⁴ JAKOBS, *Derecho penal...*, §21, p. 776 (marg. 90).

⁷⁸⁵ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 410 sostiene que no puede establecerse de modo mecánico cuál de los dos criterios -consentimiento o imputabilidad- conlleva soluciones más liberales.

física y libertad- de que su amenaza llegue siempre a causar una situación de irresponsabilidad en la víctima.

Por el contrario, siempre que la víctima actúe amenazada y gestionando los bienes bajo amenaza, puede salvarlos aunque ellos sean de menor valor que la libertad sexual.

§ 4. CONCLUSIONES PARCIALES

1. La intimidación implica un proceso que estructuralmente se corresponde con la autoría mediata -en sentido amplio-. Ello es así porque el proceso se inicia con la amenaza del autor que pretende actuar “con” la víctima. Es decir, el proceso intimidatorio implica un supuesto en el que se produce una cierta interacción entre el “autor” y “víctima”, en los que ambos colaboran de algún modo en la génesis de un riesgo que acaba lesionando a la segunda⁷⁸⁶.

2. La dogmática de la imputación objetiva, como quedó plasmado en el capítulo anterior, es también de gran utilidad para explicar la estructura del proceso intimidatorio. Con ella queda perfectamente claro que es necesario determinar, en estos supuestos de actuación conjunta, si el resultado se imputa a la decisión de la víctima o en su defecto a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado del autor por su amenaza.

3. Establecida la estructura del proceso intimidatorio a la luz de la autoría mediata -en sentido amplio- y la imputación objetiva cabe cons-

⁷⁸⁶ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 33.

truir los criterios de decisión de imputación o de atribución de responsabilidades.

A saber, es necesario desarrollar los criterios que permitan determinar cómo y cuándo la afectación a la libertad sexual de la víctima corresponde serle imputada al autor por la puesta en perspectiva de un mal -amenaza-.

4. Existen al menos dos criterios de decisión en este sentido. El primero, defendido fundamentalmente por FRISCH, construye los criterios de decisión a la luz de la lógica del consentimiento.

Mediante este criterio se pretende determinar la autoresponsabilidad de la víctima indagando sobre las razones de su “no libertad”. Es decir que lo importante aquí son las condiciones de libertad en la toma de decisiones.

Consecuentemente, cuando no se pueda afirmar que la decisión que lleva a cabo la víctima de acceder a la petición del autor está amparada por las reglas del consentimiento validado en Derecho penal, entonces esa decisión no será libre y, por consiguiente, habrá atentado contra la libertad sexual imputable al autor de la amenaza.

5. La respuesta del consentimiento, pese a aportar un camino más distintivo, se queda a mitad de camino. La doctrina penal de la parte general no ha hecho muchas más precisiones o distinciones en este punto. En la lógica del consentimiento se indaga sobre las razones de la “no libertad” y tales razones pueden ser absolutamente subjetivas.

Pero además, en las figuras de delitos sexuales el legislador español recurrió a dos niveles de «afectación de la voluntad». Por un parte se exige la falta de consentimiento como requisito suficiente para la existencia del abuso sexual y como requisito necesario -no suficiente- para la existencia de agresión sexual. Por otra, en éste último caso el segun-

do nivel de afectación de la voluntad está dado justamente por la existencia de violencia o intimidación. Justamente por ello no parece razonable explicar la atribución de responsabilidad en un proceso intimidatorio -segundo nivel- a la luz de la figura del consentimiento, cuya ausencia constituye justamente el primer nivel de afectación de la voluntad.

6. La víctima de un proceso intimidatorio se halla en una situación idéntica a la de un autor en un supuesto de estado de necesidad. La víctima tiene la posibilidad de elegir entre el mal que el autor le pone en perspectiva y la afectación a su libertad sexual.

El análisis de la conducta de la víctima a la luz de las situaciones de necesidad implica entender una parte del proceso intimidatorio como una subestructura de estado de necesidad.

7. Para analizar la conducta de la víctima a la luz del estado de necesidad y determinar los criterios de decisión de atribución de responsabilidad a la víctima o al autor existen dos caminos posibles.

Por una parte recurrir, siguiendo a ROXIN, a los baremos del estado de necesidad disculpante -§35 StGB-. Por otra, restringiendo los espacios de riesgo permitido del autor, recurrir a la propuesta de JAKOBS construida sobre los baremos del estado de necesidad defensivo -§228 BGB-.

Las dos propuestas se construyen *ex lege* -sobre baremos legalmente establecidos- y por lo tanto mucho más estandarizados que el criterio de FRISCH edificado sobre la lógica del consentimiento.

8. En ambas propuestas se trata de determinar el ámbito de responsabilidad de la víctima -titular del bien jurídico- para en su caso excluir la imputación a favor del autor. Es decir que es importante recordar que

«... al hablarse de la determinación del ámbito de responsabilidad del titular del bien jurídico, no debe perderse de vista que el Derecho penal no pretende responsabilizar al titular del bien jurídico»⁷⁸⁷.

9. El recurso al baremo del estado de necesidad disculpante, limita al máximo los males que puestos en perspectiva por el autor puedan dar lugar a intimidación típicamente relevante. Ello es así porque el estado de necesidad disculpante se da sólo en aquellos casos donde exista una amenaza que ponga en peligro la vida, la integridad física o la libertad de la persona amenazada, de un pariente o persona allegada.

Esta propuesta lleva consecuentemente a considerar que todos los demás supuestos, donde se ponga en perspectiva un mal -aunque delictivo- que no implique un peligro para los bienes enumerados *numerus clausus*, la decisión de afectar la libertad sexual deberá serle atribuida al ámbito de autoresponsabilidad de la víctima. Consiguientemente no habrá intimidación típica y por decantación tampoco un delito de agresión sexual.

Sin embargo, la conducta podrá encuadrar directamente en un supuesto de abuso sexual el art. 181 Cp 1995 puesto que resulta casi obvia la falta de consentimiento de la víctima.

10. La segunda solución entendiendo la situación de necesidad de la víctima como subestructura del proceso intimidatorio puede construirse a partir de la propuesta de JAKOBS sobre los baremos del estado de necesidad defensivo.

A diferencia de la justificación de la lesión de bienes en estado de necesidad agresivo -fundada en el principio de solidaridad- y en legítima

⁷⁸⁷ CANCIO MELLÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 404 «... el criterio de responsabilidad positiva [de la víctima] sólo puede ser elaborado con base en el Código penal de modo indirecto».

defensa -fundada en el principio de responsabilidad- la figura del estado de necesidad defensivo se construye como supuesto intermedio entre ambos.

En estos casos, a diferencia del estado de necesidad agresivo donde se exige para la justificación salvar un bien mayor o en la legítima defensa donde es irrelevante la ponderación pudiendo salvarse un bien menor, el bien salvado puede ser algo inferior aunque no relevantemente inferior al sacrificado.

JAKOBS fundamenta el recurso al baremo del estado de necesidad defensivo en el hecho de que el autor de la amenaza coloca a la víctima en la obligación de hacer una escala en sus propios bienes -la obliga a realizar una redistribución de sus bienes-. Consecuentemente, si la víctima realiza una redistribución razonable de sus propios bienes no hay imputación a la víctima sino al autor.

Ello significa que podrá incluso atribuirse al autor la decisión de la víctima cuando ella decida salvar un bien, incluso, de menor importancia que su libertad sexual.

11. Tanto el recurso a los baremos del estado de necesidad disculpante, como el camino de los baremos del estado de necesidad defensivo resultan sólidos y aceptables.

El primero restringe significativamente los supuestos de intimidación típicamente relevante y encaja perfectamente con la exigencia legal que postula el StGB para la amenaza como medio coactivo en los delitos sexuales y es la propuesta de *lege ferenda* que surge de este trabajo. La segunda, ensancha el espacio de atribución de responsabilidad del autor al permitir a la víctima un ámbito mayor de elección.

12. Con lo expuesto hasta aquí se concluye que la subestructura del proceso intimidatorio como estado de necesidad constituye un sólido

argumento adaptable, incluso, a políticas legislativas distintas. A saber, en aquellas legislaciones -la argentina o la italiana por ejemplo- donde se haya tipificado la intimidación o amenaza como medio coactivo del tipo básico de los delitos sexuales el camino correcto sería ampliar los espacios de riesgo jurídicamente desaprobado del autor. Es decir, debe recurrirse al baremo del estado de necesidad defensivo de tal modo de incluir, como afectación a la libertad sexual de la víctima, puesta en perspectiva de males -amenazas- incluso de menor valor, aunque no relevantemente menor, a la libertad sexual.

Mientras que en legislaciones como la española donde los delitos sexuales contenga dos niveles de afectación a libertad sexual, es decir aquellos en los que sólo falte el consentimiento y aquellos, por su parte, en los que además de la falta del consentimiento aparezca la intimidación como uno de los medios coactivo deberá recurrirse al baremo del estado de necesidad disculpante. Es decir que en estos casos la intimidación o amenaza penalmente relevante será más restringida, “ampliando” los espacios de riesgo permitido del autor.

Ello se explica en la existencia del delito de abuso como tipo “residual” donde encuadrarían todas aquellas conductas sin intimidación o con intimidación jurídico penalmente irrelevante. Es decir todos aquellos supuestos donde el mal puesto en perspectiva no sea un peligro para la vida, la integridad física o la libertad de la víctima, de un pariente o de una persona allegada a ella.

13. La propuesta aquí presentada permite abrir a su vez una perspectiva de análisis general. A saber, con ella es posible explicar y delimitar el proceso intimidatorio de modo transversal en toda la parte especial.

Todos los tipos penales donde el legislador haya recurrido a la intimidación o amenaza como medio coactivo pueden ser explicados como procesos de autoría mediata -en sentido amplio- donde la imputación objetiva a la autoresponsabilidad de la víctima o a espacios de riesgo desaprobado del autor se determinarían con los baremos del estado de necesidad.

En aquellos supuestos donde el legislador haya construido las figuras típicas sobre dos niveles de afectación al bien jurídico, como en el caso de los delitos sexuales -agresión y abuso sexual- deberá recurrirse a los baremos del estado de necesidad disculpante. Mientras que en los demás casos, donde el legislador haya determinado los tipos básicos a través de intimidación o amenaza como medio coactivo deberá recurrirse a los baremos del estado de necesidad defensivo que amplían en ámbito de atribución de responsabilidad del autor a las amenazas con males que pongan en perspectiva peligros a bienes distintos a la vida, la integridad física y la libertad.

§ 5. DIFERENCIAS CON LA TEORÍA TELEOLÓGICA-OBJETIVA DE GIMBERNAT

1. La búsqueda de estructuras dogmáticas de la Parte general para explicar temas de la Parte especial, como claramente se ha puesto de manifiesto, ha sido un recurso utilizado por varios autores.

En el apartado anterior se ha sostenido que «la víctima» de un proceso intimidatorio puede, por similitud de subestructuras, equipararse con «el autor» que actúa en un supuesto de estado de necesidad y a nivel de estructuras con supuestos de autoría mediata -en sentido amplio- e imputación objetiva.

Entre los distintos intentos de delimitación del concepto de intimidación, desarrollados en el contexto de la dogmática jurídico-penal moderna, se destacó especialmente, entre las teorías del ilícito o de la causa, la propuesta desarrollada por Enrique GIMBERNAT.

2. Se explicaba en el desarrollo de tal criterio teleológico que, en principio, era viable intentar una cuantificación comparativa entre el mal anunciado por el autor y el acto sexual intimidatorio, de tal modo de ponderar males a la luz del criterio de los marcos penales. A saber, si el mal anunciado por el autor a la víctima era constitutivo de un delito penado, al menos, con la misma pena que el acto sexual intimidatorio se daba un supuesto de intimidación típica.

Con ese criterio dejaba entrever GIMBERNAT la posible equiparación de una intimidación con un supuesto de estado de necesidad y éste, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, ha constituido el punto de partida de la propuesta que aquí se desarrolla. Por tal motivo, luego de presentada la propuesta personal y antes de abordar sus posibles dificultades, es necesario mostrar en que se diferencian la teoría del profesor español y la que aquí humildemente se formula.

3. La propuesta personal se distingue de la originalmente presentada por GIMBERNAT tanto en su punto de partida como en su desarrollo posterior. En efecto, se parte de una tesis similar al intentar buscar la normativización de un concepto particular de la Parte especial -aunque no exclusivo de ésta- con base en los mismos argumentos que tradicionalmente se expresaron como ventajas del pensamiento sistemático -punto de partida y fundamento- de la moderna teoría del delito⁷⁸⁸. En virtud de ello, la teoría teleológica de GIMBERNAT y la equiparación estructural que aquí se propone tienen en común la búsqueda de la delimitación del concepto de intimidación como medio coactivo a la luz de la propia sistemática interna del Derecho penal.

⁷⁸⁸ Ciertamente, en ese sentido, que mejor que citar, entre tantos clásicos contemporáneos al propio GIMBERNAT, en ZStW 82 (1970), citado por ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 7, p. 207 (marg. 31) «La dogmática jurídico-penal, al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho penal, y lo sustrae a la irracionalidad, a la arbitrariedad y la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisibles serán las decisiones de los tribunales...».

No obstante ello, ya en el tramo inicial surge una importante diferencia que representa el punto de inflexión entre ambas teorías. Sin lugar a dudas en ambos casos la vía de solución es buscada en el propio Derecho penal. Sin embargo, el catedrático español procura la solución conforme a la sistemática del propio Código penal. Mientras que en nuestro caso la búsqueda pasa por el Derecho penal en general o si se prefiere por la sistemática interna de la teoría del delito. En definitiva, se procuran equivalencias de estructura y no sólo baremos concretos de medición. Todo ello partiendo de la base de considerar a la teoría del delito como desarrollo supremo de Ciencia del Derecho penal como ciencia práctica y valorativa.

4. La teoría teleológica de GIMBERNAT se centra en la concreción de baremos que permitan determinar en qué casos una amenaza es de suficiente gravedad para lograr la intimidación típica. Para ello recurre a la escala de la ponderación de marcos penales⁷⁸⁹. Justamente el hecho de limitarse al criterio de los marcos penales lo lleva a acotar los supuestos de intimidación típica en el sentido de los delitos sexuales a

⁷⁸⁹ La consideración del valor de las penas previstas el Cp para los delitos es un criterio inevitable en una fundamentación democrática del Derecho penal como sostiene BERMEJO, «La ponderación de intereses...», pp. 939-946 «... en una democracia representativa, las valoraciones que realiza el legislador deben ser consideradas como las valoraciones que realiza de esos bienes la ciudadanía».

Sin embargo, obsérvese que en la evolución de la dogmática del estado de necesidad en gran medida han influido la necesidad de tomar en consideración todas las circunstancias del caso concreto, algo que, siendo una buena referencia, no logra ser abarcado con la mera comparación de los marcos penales. En ese sentido, el paso de la comparación de bienes jurídicos a la ponderación de intereses y posteriormente la teoría del fin -empleo de un medio correcto para un fin correcto-. Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, t. I, § 16 pp. 673 y ss. (marg. 7) y luego t. I, § 16 pp. 683 (marg. 22) al sostener que es «... imposible ofrecer una fórmula unitaria para la justificación por estado de necesidad, como la que había podido proporcionar la teoría de la ponderación de bienes. Sólo es posible indicar una serie de directrices para la ponderación, y ninguna de ellas tiene valor absoluto, sino que cada una es realizada y complementada por las otras».

aquellos supuestos donde el mal puesto en perspectiva por el autor a la víctima es constitutivo de delito.

Por el contrario, si la conducta no fuese delictiva no sería posible dar el siguiente paso en su esquema sistemático que requiere posteriormente la equiparación de ese mal a la luz de la pena con la que el legislador español ha decidido castigar esa conducta en el propio Cp.

5. No obstante, como lógica consecuencia de este punto de inflexión entre ambas propuestas, la teoría de la equiparación estructural entre intimidación- autoría mediata, imputación objetiva y estado de necesidad resulta sensiblemente más amplia. A saber, procurando equiparar completamente el esquema de un proceso intimidatorio con un supuesto de estado de necesidad y a partir de allí exportando todos y cada uno de sus criterios se propone, no sólo delimitar el concepto de intimidación típica, sino también explicar su estructura general.

Desde esa perspectiva es posible afirmar que la teoría teleológica procura, concretamente, determinar la gravedad del mal anunciado; mientras que la teoría de la equiparación estructural se propone un fin sensiblemente más ambicioso. A saber, explicar la estructura general del proceso intimidatorio con relevancia jurídico-penal.

6. Sin embargo, las ventajas comparativas de la teoría de la equiparación estructural no se limitan a su capacidad explicativa del proceso intimidatorio en general sino que, por el contrario, aporta una solución más distintiva y justa a los casos concretos. Ello es así porque permite -con criterios estandarizados- la valoración de muchas de las circunstancias espacio-temporales que acompañan cada situación de hecho⁷⁹⁰.

⁷⁹⁰ En ese sentido, siguiendo a Mariano ARTIGAS, *Filosofía de la Ciencia*, EUNSA, Pamplona, 1999, p. 140 puede decirse que se intenta un método científico porque «... se emprende un estudio sistemático, se buscan explicaciones generales y se emplean métodos rigurosos de prueba».

CAPÍTULO XIII

RESPUESTAS A LAS POSIBLES CRÍTICAS DE LA SOLUCIÓN QUE SE POSTULA

Las propuestas generales de interpretación de los elementos de la estructura del tipo objetivo de ciertos delitos de la Parte especial, al igual que los conceptos de la dogmática de la Parte general, traen consigo algunas dificultades prácticas a la hora de resolver los casos concretos.

Justamente, las dificultades prácticas en la resolución de casos concretos de intimidación hacen en cierto sentido vulnerable a la propuesta. Sin embargo, lejos de ocultar esas dificultades la honradez intelectual lleva a presentarlas e intentar darles respuesta. Aunque ello no se consiga acabadamente, desde la óptica que aquí se piensa al sistema penal en su conjunto, siempre resultará necesario priorizar la búsqueda de criterios objetivos, generales y estándares que puedan colaborar con los aplicadores del Derecho en la solución global más justa de los casos concretos.

En este capítulo del trabajo se presentarán algunas de esas dificultades concretas que podría acarrear la aplicación de un criterio de interpretación estandarizado de la intimidación. Como así también algunos problemas concretos que genera la explicación del proceso intimidatorio a través del recurso a figuras de la teoría del delito y en concreto a las teorías de la causalidad, imputación objetiva y estado de necesidad como correctivo final.

§ 1. ¿LIMITACIÓN DESPROPORCIONADA DE LA IMPUTACIÓN AL AUTOR DE LA AMENAZA?

1. La primer objeción al recurso a las estructuras de la autoría mediata -en sentido amplio- y de la imputación objetiva, y al estado de necesidad como subestructura o criterio de decisión para determinar los supuestos de intimidación típica podría ser el de configurar una limitación exagerada de la responsabilidad del sujeto que amenaza.

Es decir, que el hecho de recurrir a los supuestos de estado de necesidad de la víctima sólo permitiría trasladar la responsabilidad al hombre de atrás -autor de la amenaza- cuando éste haya puesto en perspectiva males que impliquen un riesgo para la vida o la integridad física de la víctima. Ello es así toda vez que en frente, para la ponderación, se halla la libertad sexual como *actio mixta*.

2. Sin embargo, tampoco convence en definitiva esta objeción. La construcción dogmática que aquí se propuso concluye con una solución no muy distinta de las que alcanzó el legislador del StGB a la hora de regular los supuestos de amenaza típica en los delitos sexuales.

Recuérdese que en el §177 StGB tan sólo eran típicamente relevantes aquellas amenazas que ponían en perspectiva de la víctimas un peligro actual para el cuerpo -integridad física- o la vida. Y ello, planteando una clara diferencia con aquellos supuestos de amenaza típica que sólo exigían la puesta en perspectiva de un mal sensible como en el caso del delito de coacciones -§240- entre otros.

§2. EL REQUISITO DE LA LESIÓN DE UN BIEN JURÍDICO DE UN
TERCERO A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE SALVAMENTO IN-
TERPUESTA EN EL ESTADO DE NECESIDAD⁷⁹¹

1. La doctrina penal, y en particular la española, suele afirmar que la figura del estado de necesidad como eximente del art. 20.5 del Cp 1995 exige tres requisitos. A saber, que: «A). el peligro se refiera a un «mal propio o ajeno»; B) la acción interpuesta como único modo de evitar aquel peligro «lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber»; C) el sujeto actúe «en» el estado de necesidad»⁷⁹².

La teoría de la equiparación estructural intimidación-estado de necesidad no encuentra dificultades al importar el requisito de que el peligro se refiera a un mal propio o ajeno (A) pues en los supuestos de intimidación, al igual que en los de estado de necesidad, existe ese peligro de un mal para la víctima u otra persona.

Por su parte, tampoco resulta complicado demostrar, como se ha expuesto en el capítulo anterior, que la víctima de un proceso intimidatorio actúa en estado de necesidad (C).

2. No obstante ello, las dificultades aparecen a la hora de justificar en el proceso intimidatorio el segundo de los requisitos exigidos por la doctrina en los supuestos de estado de necesidad.

Al explicar el proceso intimidatorio como un supuesto de estado de necesidad se sostenía que la víctima actúa allí de igual modo y ante las

⁷⁹¹ La dificultad de la teoría de la equiparación estructural intimidación- estado de necesidad que se intentará subsanar en este apartado me fue públicamente realizada por el profesor Urs KINDHÄUSER en mi exposición en las «Jornadas de Derecho penal», organizadas por el Poder Judicial y la Escuela Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Tierra del Fuego el día 21 de septiembre de 2007, en la ciudad de Ushuaia, Argentina.

⁷⁹² MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 460, (marg. 33).

mismas circunstancias que un autor lo hace en el estado de necesidad. Consiguientemente, la víctima del proceso intimidatorio al elegir una de las opciones que le dejaba el autor interponía una acción como único medio para evitar la lesión, no de un bien jurídico de otra persona (B), sino de un bien jurídico propio.

3. Hasta donde alcanzo a ver la dificultad es tan sólo aparente. Es claro que la regulación legal no pudo haber tenido como alternativa la lesión de un bien jurídico propio. En general, si una persona opta por lesionar un bien propio para evitar la lesión de otro bien propio no será penalmente responsable por la lesión del primer bien. Ello es así porque, en principio, debería primar el principio de disponibilidad de los bienes jurídicos propios y no sería necesario recurrir a la estructura del estado de necesidad en estos casos.

3. Sin embargo, que la regulación legal no haya tenido en cuenta la lesión de un bien jurídico propio en la estructura del estado de necesidad no se debe a que ello sea impropio de su estructura. Por el contrario, no ha sido regulada porque no parece posible un supuesto de estas características en el esquema normal para el que fue pensado el estado de necesidad.

Ello no obsta a que la misma configuración del estado de necesidad pueda ser analizada con la afectación de un bien jurídico propio de la persona que se encuentra necesita.

Puede pensarse por ejemplo en un supuesto donde el sujeto opta por lesionar un bien jurídico propio -del que puede disponer- para salvar un bien jurídico de un tercero siempre que no tuviera obligación de actuar en dicho salvamento. Este supuesto es perfectamente factible, a tal punto que luego quien lesionó un bien propio podrá exigir, en la medida que ello fuera posible, la recuperación del bien perdido a cargo de la persona cuyo bien fue salvado. En concreto, el propio Cp de 1995 prevé la obligación de indemnizar el daño sufrido por parte del

sujeto que se vio beneficiado, lo que surge de la lógica de la estructura del enriquecimiento sin causa de fuerte raigambre en el Derecho privado.

§ 3. SITUACIONES DE CONVIVENCIA O RELACIONALES COMO SUPUESTOS GENERALES DE INTIMIDACIÓN

1. La intimidación se ha explicado como un proceso con un esquema determinado donde la puesta en perspectiva de un mal con ciertas características hace que el sujeto pasivo elija, en el caso de las agresiones sexuales, la realización del acto sexual exigido sobre el mal que el sujeto activo le ha puesto en perspectiva.

No obstante, existen supuestos donde la víctima cede ante las exigencias del autor ya no por la existencia de un mal concreto con el que ha sido conminada sino más bien por una situación especial que ella padece y que tiene que ver fundamentalmente con la relación especial de convivencia o relación personal que la une con el sujeto pasivo del hecho.

Esta clase de situaciones se dan frecuentemente en el contexto familiar donde aparecen, y con gran frecuencia, hechos donde el autor de ataque sexual es padre, padrastro, tío, primo o responsable de la educación y guarda.

2. La sala II del Tribunal Supremo español se ha ocupado de estos supuestos siendo, en general, de la opinión de no reconocer una situación concreta de intimidación en aquellos casos donde la voluntad del sujeto pasivo no fue alterada de modo directo e inmediato por la puesta en perspectiva de un mal. Sino que, por el contrario, su doblegamiento se produjo por la relación compleja y difícil existente entre autor y víctima, calificando de ese modo la conducta no como una viola-

ción, en la regulación anterior, sino como un estupro de prevalimiento⁷⁹³.

3. Los puntos centrales de la argumentación del Tribunal Supremo pueden agruparse, a mi modo de ver, en dos grandes grupos.

Por una parte la necesidad de exigir la amenaza con un mal de realización inmediata e individualizado con el objetivo de lograr el contacto sexual con la víctima, no siendo suficiente la existencia de una situación de temor dilatada en el tiempo. En virtud de ello ha sostenido el TS que no es posible considerar la existencia de intimidación en el sentido del tipo:

«... en aquellas situaciones prolongadas en el tiempo en que los medios conminativos sean genéricos y no concretados para conseguir en cada caso vencer la voluntad de la víctima: una situación continuada en la que lo que debería ser anormal se traduce en cotidianidad no puede erigirse, sin la necesaria adición de precisiones concretas de tiempo y acción, en soporte fáctico de la existencia de mecanismo alteradores de la libertad decisoria, en este caso de la sexual»⁷⁹⁴. «El sometimiento a un «clímax» convivencial difícil no es algo reconducible a la existencia de intimidación, pues su determinación requiere, por ineludibles exigencias de tipicidad, la efectiva constatación que en el concreto comportamien-

⁷⁹³ STS de 17 de septiembre de 2009; STS de 3 de noviembre de 1992; STS de 27 de enero de 1990. Cfr., también, LORCA MARTÍNEZ, «El mal ...», pp. 673-676.

Está lógica interpretativa encuentra quizás fundamentos en la regulación del Cc español sobre el concepto de intimidación al que con frecuencia recurre el TS. A saber, el último párrafo del art. 1267 establece expresamente que el temor reverencial entendido como el miedo a desagradar a personas a quienes se les debe sumisión y respeto, no anula el contrato por la inexistencia de intimidación, en ese sentido, *vid.*, entre otros, BERISTAIN, «La intimidación...», pp. 11-28.

⁷⁹⁴ STS de 3 de noviembre de 1992 en sentido contrario a lo resuelto por la mayoría en esta sentencia, el magistrado de Vega Ruíz, en voto particular sostuvo que la situación general de permanente presión impositiva ejercida por el padre sobre la hija ha llevado a romper, pisotear, dominar y aletargar la voluntad de la menor, llegando al extremo de hacer dicha voluntad completamente inexistente.

to del yacimiento existió «de manera inmediata» una alteración de la voluntad de la víctima causado, por un mecanismo intimidante»⁷⁹⁵.

En segundo lugar, el rechazo del Tribunal Supremo a suavizar las exigencias concretas del instituto de la intimidación por situaciones contextuales especiales. A saber, no ha parecido razonable para el TS desarrollar un sistema, por llamarlo de algún modo, de doble velocidad para interpretar el concepto de intimidación. Ello significa que ha mantenido la exigencia de un concepto único de intimidación para todos los grupos de casos, sin importar si en concreto la relación existente entre víctima y autor o la situaciones espacio temporal presentaba determinadas características.

En ese sentido, la Sala II ha venido exigiendo que la intimidación, incluso en los casos más extremos de contacto sexual entre padre e hija realizados mediante un sometimiento de convivencia y temor reverencial y familiar, «... requiere que el mal conminado para vencer la voluntad de la víctima sea grave e inmediato, conforme a lo requerido por el párrafo segundo del art. 1267 del Cc...»⁷⁹⁶.

§ 4. EL PROBLEMA DE LAS VÍCTIMAS DÉBILES

1. La intimidación, la amenaza, el engaño y la totalidad de los medios destinados a guiar la voluntad de otro, sean estos coactivos o tendientes a provocar el error, se describen en la ley y son interpretados por la doctrina tomando como referencia a sujetos medios o “normales”. Sin embargo, en el interactuar social existen sujetos con ciertas condiciones personales de carácter extremo o determinadas debilidades. Dichas condiciones personales extremas o debilidades, cuando aparecen en el sujeto pasivo o en la víctima de determinada clase de delitos, obligan a

⁷⁹⁵ LORCA MARTÍNEZ, «El mal...», pp. 673-676.

⁷⁹⁶ STS de 3 de noviembre de 1992; especialmente crítico con la postura del TS sobre este punto *vid.* LORCA MARTÍNEZ, «El mal ...», pp. 673-677.

una completa reformulación tanto de la legislación como de su abordaje dogmático⁷⁹⁷.

2. En la regulación penal de ciertos comportamientos sexuales se han tenido especialmente en cuenta esas condiciones personales extremas de la víctima llegando en, al menos, dos supuestos generales a excluir por completo la exigencia de medios coactivos para la configuración del delito.

A saber, por una parte la edad de la víctima, y con ella la presunción *iure et de iure* de su inmadurez para dar libremente su consentimiento en un acto sexual⁷⁹⁸ y por la otra su incapacidad motivada por factores psicofísicos que coartan su normal discernimiento⁷⁹⁹.

3. Ciertamente, desde la antigüedad el Derecho viene discutiendo si estos supuestos deben ser equiparados a la violencia, en sentido general, o si por el contrario se trata de casos especiales en los que no existiendo violencia ni intimidación resulta necesario, por criterios de justicia, un tratamiento diferencial.

Parte de la doctrina penal antigua pretendió resolver el problema de las víctimas con características personales extremas en los delitos sexuales

⁷⁹⁷ En ese sentido ha expresado correctamente CUGAT MAURI, «Delitos contra la libertad...», pp. 311-332 que «...la necesaria objetivización de la intimidación debe tratarse con cautela, puesto que, de lo contrario, puede dar lugar a la efectiva y no siempre justa descriminalización de algunas conductas, en especial cuando afectan a sujetos especialmente vulnerables».

⁷⁹⁸ En este sentido el Cp 1995 art. 181.2 ha estipulado los trece años como edad mínima para considerar válido el consentimiento; el Cp argentino por su parte establece la edad de

⁷⁹⁹ Sobre este punto en la regulación legal del art. 181.2 del Cp 1995 se considera abusos sexuales no consentidos aquellos realizados sobre personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

equiparando lo que se llamó *violencia real* o *verdadera* con la *violencia presunta*⁸⁰⁰. El origen de ésta última, como acertadamente marcara CARRARA:

«... no se sitúa en el sujeto activo, ni en actos de fuerza o de amenaza empleados con el fin de subyugar la voluntad ajena, sino en el sujeto pasivo y en ciertas condiciones suyas, por las cuales la mujer o es completamente incapaz de conocimiento, como en el caso de la mujer ebria y dormida, o tiene un conocimiento incompleto y una voluntad puramente animal, desprovista de eficiencia jurídica, como en el caso de una mentecata o de una impúber»⁸⁰¹.

4. La equiparación de la violencia o intimidación con supuestos de aprovechamiento de ciertas debilidades de la víctima resultaba, en principio, compleja incluso desde la perspectiva Político-criminal⁸⁰². No obstante, su fundamentación partía de una idea racional extraída de las leyes 40 y 189 del *De regulis juris* del Digesto donde se afirma la incapacidad de actos voluntarios por parte de las personas incapaces y de allí que «... si estas personas son *incapaces de consentir*, entonces han *disentido*; y si el abuso de ellas fue cometido con su *disentimiento*, fue por ende *violento*, y como tal debe ser castigado»⁸⁰³. Es justamente por ello, y por otros motivos no menores que atañen a la libertad de elección de personas con capacidades especiales de los que ya nos

⁸⁰⁰ Suele citarse a CARPZOVIO como el máximo exponente de la teoría de violencia verdadera y violencia presunta como medio de equiparación de los supuestos de consentimiento dado por menores o incapaces con los supuestos de violencia propiamente dicha, en este sentido *vid.*, por todos, CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1490-1493, pp. 200 y ss.

⁸⁰¹ CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1490, p. 200.

⁸⁰² En ese sentido resulta interesante la expresión del propio CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1490, p. 201 (nota 1) sosteniendo que la equiparación de estos supuestos con la violencia es «... a un mismo tiempo *impolítica* y *falsa*...» (la cursiva me pertenece).

⁸⁰³ Cfr. CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1490, p. 200.

ocuparemos, que el tratamiento igualitario de ambos supuestos de hecho fue perdiendo fuerza en las legislaciones más modernas.

5. La regulación penal española de los delitos sexuales ha aportado cierta lógica diferenciadora en este sentido. A saber, la distinción entre, por un lado, los supuestos de abuso donde la conducta sexual se realiza sin consentimiento de la víctima y aún así sin violencia o intimidación y donde la escasa edad, la pérdida de sentido y ciertas enfermedades mentales hacen innecesaria la prueba de la falta de consentimiento de la víctima. Y, por otro, los supuestos de agresión sexual donde la particularidad pasa por la existencia de violencia o intimidación.

Esta lógica ha quedado claramente puesta de manifiesto con la distinción entre delitos contra la libertad sexual y delitos contra la indemnidad sexual. En los primeros, se parte de la idea de un sujeto pasivo libre cuya voluntad fue vencida a través de medios coactivos. En los segundos, por su parte, se hace referencia a un bien que no es susceptible de disposición por su titular y ha llevado al ordenamiento jurídico a proteger a determinadas personas de actos sexuales que puedan afectar su desarrollo y/o bienestar⁸⁰⁴.

6. Las conductas humanas pueden ser infinitamente subclasificadas. Sin embargo, no puede el Derecho, y menos aún el Derecho penal, dar cabida a tal despilfarro de recursos. Por otra parte, tampoco es posible simplificar al extremo de considerar todos los supuestos como iguales. En ese sentido la equiparación general de conductas de incapaces o menores con supuestos de violencia tan sólo por los vicios de su consentimiento resultan injustificadas y en definitiva injustas desde la perspectiva de la justicia distributiva. Pensemos que si bien es real que el consentimiento dado por un menor o un incapaz puede resultar insuficiente desde la perspectiva de su indemnidad sexual, también lo

⁸⁰⁴ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», pp. 109-110.

es que estas personas, en general, tienen la posibilidad de expresar sus pareceres negativos.

En ese sentido, como acertadamente remarcará HOMMEL

«Aún aquellos que por ficción legal se presumen como *incapaces de querer*, sin embargo son *capaces de no querer*, como en verdad lo son los niños y los locos, que se defienden, gritan y emplean todas sus fuerzas, cuando no quieren hacer algo que les desagrada»⁸⁰⁵.

En definitiva, los actos sexuales con menores o incapaces deben presumirse sin consentimiento y por lo tanto penados. Sin embargo, nada justifica que sean penados de igual modo que los actos sexuales realizados con el uso de medios coactivos como lo son la violencia y la intimidación. En virtud de ello resultan, como siempre, muy gráficas las palabras del maestro CARRARA:

«... hay diferencia moral entre el engaño con que se le tienden lazos a una mente inexperta y débil, y la violencia con que se reprime una voluntad renuente. El ánimo del culpable puede engañarse por las apariencias de consentimiento, y puede así creer que no causa disgusto al usar del sexo; en cambio, el ánimo del culpable que emplea violencia, tiene que estar consciente en toda su torpe caridad, del sufrimiento que le infringe a la criatura por él violentada; y aquí, remitiéndome a un principio jurídico que considero sólido e ineluctable al tratarse de cantidad de los delitos, agregaré que, quierase o no, aun por el aspecto primario de la lesión del derecho, hay entre uno y otro caso una diferencia que no puede ser ignorada...»⁸⁰⁶.

De lo expuesto hasta aquí puede concluirse que desde siempre el Derecho penal ha tenido en cuenta «la especial configuración de la víctima» a la hora de describir legalmente las conductas sexuales del hombre.

⁸⁰⁵ HOMMEL, (*Rhapsod., observ.* 873), citado por CARRARA, *Programa..., Parte especial*, vol. II, § 1491, p. 201.

⁸⁰⁶ CARRARA, *Programa..., Parte especial*, vol. II, § 1492, pp. 204 y 205.

7. A modo de resumen, en el conjunto de personas todas resultan diferentes, las víctimas son personas consecuentemente las víctimas son diferentes entre sí. Así las cosas, no todas las diferencias interesan al Derecho penal, sólo algunas merecen atención dogmática. En efecto, las diferencias o particularidades más extremas, a saber, escasa edad y debilidades mentales, hacen innecesario probar la falta de consentimiento de las conductas sexuales realizadas por ellas. Ergo, toda conducta sexual se considera no consentida y como tal delictiva, «... el incapaz para consentir debe considerarse como renuente, pues *qui velle non potuit noluit*»⁸⁰⁷. La imputación se estructura en este grupo de casos sobre la ausencia de consentimiento eficaz.

8. No obstante ello, en una escala menor en grado, existen otras condiciones personales diferentes que, sin llegar a ser extremas, deben ser tenidas en cuenta por la dogmática penal a la hora de definir los límites de los medios coactivos utilizados contra ellas. Es decir, por no ser de un nivel extremo no se requiere que ellas estén plasmadas en la propia legislación. Sin embargo, sí son debilidades importantes a tener presentes a la hora de proponer criterios generales de interpretación⁸⁰⁸.

En estos casos la imputación se estructura, ya no en la ausencia de consentimiento eficaz como en el caso anterior, sino en la presencia positiva de disentimiento vencido por un cierto grado de presión, que aun sin ser relevante ha sido suficiente frente a las condiciones perso-

⁸⁰⁷ (el que no puede querer no quiere) CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1493, p. 206.

⁸⁰⁸ La especial configuración de la víctima debe necesariamente ser tenida en cuenta a la hora de realizar el estudio dogmático del medio coactivo utilizado en el caso concreto. De lo contrario se caería en la indeseable situación puesta de manifiesto por HERRERA MORENO, «Itinerario ideológico...», pp. 745-764, al criticar a Guglielmo GULOTTA que considera que «... para ser víctima de violación, hay que cualificarse, según parece, por la exhibición de impecables niveles de madurez y estabilidad emocional».

nales de la víctima⁸⁰⁹. En definitiva, lo que distingue la imputación penal entre los supuestos de «condiciones personales extremas» y los supuestos de «condiciones personales diferentes» es que en el primer caso el análisis dogmático parte de la ausencia de consentimiento eficaz y está plasmado en la propia ley. Mientras que en el segundo, si bien existe un disenso manifiesto, éste ha sido vencido por un medio coactivo utilizado por el autor. Por tanto la imputación penal, al igual que en los supuestos de víctimas “normales”, se estructura a partir de los medios coactivos utilizados por el autor.

9. La especial configuración de la víctima y su influencia en la delimitación de un medio coactivo no es un tema que pueda circunscribirse al delito de agresión sexual intimidatoria. Por el contrario, debe exportarse a todos los delitos cuyo tipo objetivo se construye sobre la base de medios coactivos. Más aún, tampoco resulta excusivo de los delitos con medios coactivos, pues adquiere también especial significación en el contexto de los delitos cometidos mediante engaño, en particular en el delito de estafa, donde justamente con mayor esmero se ha tratado el tema de las debilidades de la víctima⁸¹⁰.

10. Las debilidades de la víctima tienen, a mi juicio, una relevancia sustancial en todos aquellos delitos donde la conducta típica se realiza «con» la actuación directa del sujeto pasivo. A saber, al momento de

⁸⁰⁹ En referencia a la seducción presunta por las condiciones del sujeto pasivo ha sostenido CARRARA, *Programa..., Parte especial*, vol. II, § 1500, pp. 219 y 220 que «... para vencer a la (mujer) no es menester aquel artificio o engaño especial (...); pero no obstante siempre hay seducción, pues la debilidad en que se encuentra la víctima (...), dan buen motivo para imputarle al culpable sus artificios, que han consistido precisamente en aprovecharse de esa debilidad...».

⁸¹⁰ Sin dudas el análisis dogmático de las debilidades de la víctima realizado PASTOR MUÑOZ, *La determinación...*, pp. 245 y ss. en el contexto del engaño típico en la estafa resultan, hasta donde alcanzo a ver, el más significativo de los últimos tiempos en la dogmática penal de habla castellana.

hablar de determinados delitos como supuestos de autoría mediata tipificada a la luz del aporte de KINDHÄUSER en torno al delito de estafa, se dijo que existe un número importante de delitos en los que el autor actúa «con la víctima», es decir a través de un cierto aporte del sujeto pasivo. En esos delitos, como son el chantaje, la extorsión, la estafa y todos aquellos delitos donde la amenaza o la intimidación aparezcan como medios coactivos, las especiales condiciones de la víctima asumen relevancia a la hora de determinar las conductas típicas⁸¹¹.

11. La debilidades de la víctima en el marco del delito de estafa han sido gráficamente caracterizadas por PASTOR MUÑOZ como supuestos de «víctimas estructuralmente débiles»⁸¹².

La importancia del tema y la variedad de supuestos que pueden generarse en torno a los casos de «víctimas estructuralmente débiles» requiere un análisis más pormenorizado. Indefectiblemente no es posible delimitar del mismo modo la intimidación llevada a cabo sobre una persona normal que aquella realizada sobre una «víctima estructuralmente débil»⁸¹³.

Aparecen en este contextos casos como el gráficamente descrito por ESPINOZA VÁSQUEZ sobre la coyuntura latinoamericana. Para este au-

⁸¹¹ Sobre este punto se ha detenido también AGUIRRE OBARRIO, *El delito de chantaje...*, pp. 99 y ss. al analizar la psicología de la víctima en el delito de chantaje, sin embargo su aporte no ha pasado de resaltar la relevancia del tema, pues no ha entrado en el análisis dogmático de los diferentes supuestos, ya sea de víctimas débiles mentales o con diferentes supuestos de limitaciones personales.

⁸¹² PASTOR MUÑOZ, *La determinación...*, pp. 243 y ss.

⁸¹³ Cfr. AGUIRRE OBARRIO, *El delito de chantaje...*, p. 102 para quien «cuando el delincuente se dirige a la gente común con un ardid o amenaza banal, puede sostenerse que objetivamente no tienen la entidad suficiente como para calificarlos como estafa, extorsión o chantaje; pero si elige a la víctima, precisamente porque advierte su debilidad, entonces es claro que toma en cuenta esa circunstancia; por lo tanto no sólo hay amenaza desde el punto de vista subjetivo sino que el hecho debe imputarse como amenaza objetiva».

tor, las importantes diferencias de educación, sociales y culturales existentes en Perú deben ser tenidas en cuenta a la hora de delimitar el concepto de amenazas en el contexto de cualquier delito y muy especialmente en el caso de los delitos sexuales⁸¹⁴. Para una mujer con un grado cultural «medio» una amenaza con lanzar sobre ella o sus familiares una determinada maldición o una práctica de brujería puede resultar una amenaza completamente insignificante⁸¹⁵. Sin embargo, para una mujer de bajo nivel cultural que cree en ese tipo de supersticiones, y cita el caso de las mujeres del campo, la zona de la sierra y la selva, esa clase de amenazas pueden producir el efecto de doblegar su voluntad sin necesidad de mayor gravedad o intensidad en el anuncio⁸¹⁶.

12. Hasta donde alcanzo a ver, las propuestas desarrolladas en torno a las víctimas estructuralmente débiles en el delito de estafa pueden trasladarse perfectamente a esta discusión.

En primer lugar debe descartarse de plano la opción por afirmar la irrelevancia de las debilidades de la víctima a la hora de interpretar un proceso intimidatorio en los delitos sexuales. A saber, no es posible desconocer la realidad humana y el Derecho no puede artificialmente tratar a una «víctima estructuralmente débil» como a una víctima nor-

⁸¹⁴ Sobre las víctimas supersticiosas, en especial en el delito de estafa, es interesante el análisis de SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos...*, pp. 140 y ss.

⁸¹⁵ Cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación...*, p. 246 que sobre este grupo de casos en el delito de estafa afirma que «... inveracidades que, contempladas *ex ante*, serían consideradas irrelevantes por burdas, devienen ineficaces en el caso de la víctima débil. Por ello, para estar en igual de condiciones fácticas que la víctima normal, la víctima débil requiere mayor orientación».

⁸¹⁶ Cfr. ESPINOZA VÁSQUEZ, *Delitos sexuales...*, p. 38 para quien las creencias en las supersticiones o en la brujería son un fenómeno común «... entre los habitantes del campo, sobre todo, de la región de la sierra o de la selva donde es dominante la creencia en los espíritus o demonios, en las almas de los difuntos y que éstos pueden ser controlados e invocados para hacer el bien o el mal por los brujos y *médiums*».

mal⁸¹⁷. Ello es así a tal extremo que en los delitos sexuales el propio legislador penal, como ya se puso de manifiesto, ha valorado las debilidades extremas -menores de trece años, personas que se hallen privadas de sentido o personas con trastorno mental-⁸¹⁸.

Siendo ello así corresponderá desarrollar bajo qué criterios deben ser valorados los supuestos de «víctimas estructuralmente débiles» en un proceso intimidatorio.

13. Los sujetos activos que inician un proceso intimidatorio mediante la puesta en perspectiva de un mal a una «víctima estructuralmente débil» pueden, haciendo un paralelismo con la propuesta de PASTOR MUÑOZ en la estafa, estar ante dos supuestos concretos⁸¹⁹.

En el primer grupo casos, ante víctimas estructuralmente débiles cuya debilidad es relevante para el Derecho, a saber, ante sujetos inimputables. En esos casos, como ya se puso de manifiesto, la propia legislación suple el déficit “valorativo” de esos sujetos trasladando directamente la responsabilidad al autor -delitos contra la indemnidad sexual-.

En segundo grupo de casos, el sujeto activo puede actuar con víctimas estructuralmente débiles cuya debilidad es irrelevante para el Derecho porque se trata de sujetos imputables. En este caso, a diferencia de la estafa, los autores que interactúan con esta clase de sujetos lo hacen «adaptando» siempre su comportamiento a la debilidad. Es decir, act-

⁸¹⁷ Cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación...*, pp. 250-251.

⁸¹⁸ Resulta interesante observar que este grupo de casos que aquí hemos optado por denominar de «debilidad extrema» coincide con los supuestos que PAWLIK, *Das Unerlaubte Verhalten...*, p. 181 agrupa en el primero de sus dos grupos de víctimas débiles que resuelve con el recurso a la asunción. A saber, cuando un sujeto decide actuar con una víctima de estas características de la que pretende un acto de disposición debe suplir su déficit cognitivo o de lo contrario no actuar con ella si no pretende incurrir en un delito de estafa.

⁸¹⁹ Se siguen aquí todos los postulados desarrollados por PASTOR MUÑOZ, *La determinación...*, pp. 245-258.

úan anunciando un mal que *ex ante* es irrelevante para el Derecho si fuera dirigido a una persona «normal»⁸²⁰.

«... para garantizar a la víctima estructuralmente débil el mismo segmento de libertad que a una víctima normal, debe proporcionársele más información; con otras palabras, la garantía de veracidad debe ser mayor para que la garantía de libertad sea igual»⁸²¹.

Esto significa, en el marco de un proceso intimidatorio, que el sujeto que adapte su comportamiento con una víctima estructuralmente débil debe suplir su déficit “valorativo”. En otros términos, el sujeto activo que pone en perspectiva de una víctima estructuralmente débil un mal que *ex ante* para una persona normal sería irrelevante debe asumir su “selección” de sujeto y por tanto asumir un margen mayor de responsabilidad.

14. En resumen, cuando la debilidad de la víctima es relevante para el Derecho por ser ésta un sujeto inimputable el legislador penal traslada directamente la responsabilidad al sujeto que actúa con ella -delitos contra la indemnidad sexual-. Por su parte, cuando la debilidad de la víctima sea irrelevante para el Derecho la adaptación del autor, que siempre existe en los procesos intimidatorios, hace que pese sobre él la compensación del déficit valorativo de la víctima que considera, erróneamente, relevante un mal que *ex ante* no lo sería para una persona “normal”⁸²².

820 STS de 9 de octubre de 2009 de cuyo relato fáctico surge la exigencia de un acto sexual a un sujeto pasivo que padecía una minusvalía con grado de retraso mental moderado «... bajo la amenaza de llamar a la Policía si no accedía a sus deseos, al tiempo que le mostraba el teléfono móvil». En la misma línea, STS de 13 de octubre de 2008.

821 PASTOR MUÑOZ, *La determinación...*, pp. 255.

822 En sentido similar MOLINARIO, actualizado por AGUIRRE OBARRIO, p. 29; Sostienen la necesidad de analizar los supuestos casos de “adaptación”. Afirman que existen situaciones en las que el sujeto activo toma especialmente en cuenta a la víctima del delito y actúa sobre ella conociendo y utilizando sus especiales debilida-

15. Esta propuesta encuentra, hasta donde alcanzo a ver, una importante dificultad a la luz de la legislación penal vigente en España. A saber, existe un supuesto donde la debilidad de la víctima es relevante para el Derecho por tratarse de una persona inimputable, pero la ley no traslada la responsabilidad directamente al autor por un delito contra la indemnidad sexual. Me refiero a aquellas personas que tengan exactamente trece años de edad. Es decir, aquellos que son inimputables porque aún no han cumplido los catorce. Sin embargo, su consentimiento no se presume *iuris et de iure* como ineficaz porque ya han cumplido los trece y por lo tanto no están abarcados dentro del nuevo capítulo II *bis* del Código penal. Para este pequeño grupo de casos entiendo que la solución razonable es considerarlos como supuestos de debilidad irrelevante para el Derecho y ampliar la responsabilidad del autor como supuesto de adaptación.

16. Hasta donde alcanzo a ver, pueden incluirse entre el grupo de casos de víctimas estructuralmente débiles cuya debilidad es irrelevante para el Derecho supuestos como el síndrome de la mujer maltratada

des. Es por ello que afirma AGUIRRE OBARRIO que cuando el autor no toma en consideración las situaciones particulares de la víctima, en el supuesto del delito de amenazas en la legislación argentina, «sólo puede amedrentar aquello que también podría afectar a un buen padre de familia». Mientras que si el autor ha tomado especialmente en cuenta las debilidades de la víctima, es decir ha adaptado su comportamiento, debe necesariamente modificarse las reglas de imputación y en ese caso utilizar como referencia o patrón una persona especialmente temerosa.

El tema no es menor, pues en el delito de amenazas la doctrina mayoritaria ha venido considerando atípicas aquellas conductas en que se pone en perspectiva un mal ante un sujeto pasivo que por su disminución intelectual nunca llegaría a percibir. En este sentido, Carlos CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, 6ª ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 356 ha sostenido, a mi modo de ver erróneamente, que los sujetos con insuficiente capacidad intelectual no podrían ser sujetos pasivos del delito de amenazas y por tanto en caso que la amenaza efectivamente se realice estaríamos ante un delito putativo. También en ese sentido, DONNA, *Derecho penal...*, p. 249.

por el actuar precedente del autor⁸²³. Como también los casos encuadrables en los llamados «contextos de intimidación difusos»⁸²⁴.

La adaptación del sujeto activo en estos casos es manifiesta, pues ha sido él mismo con su comportamiento previo quien ha logrado poner a la víctima en una situación de debilidad que, aunque sin ser extrema, admite un cierto grado de apartamiento de los estándares previstos para la actuación con víctimas “normales”.

No obstante ello, es necesario destacar que debe existir un análisis gradual de los casos. De ese modo se debe partir de los supuestos donde no ha existido adaptación y en su caso pueda imputarse por el delito de abuso sexual por prevalimiento -art. 181.3- hasta los casos de adaptación plena a la debilidad de la víctima no relevante para el Derecho donde se podrá imputar por el delito de agresión sexual por la existencia de intimidación típica.

§ 5. LOS SUPUESTOS DE COLOCACIÓN DE LA VÍCTIMA EN SITUACIONES DE RIESGO POTENCIAL

1. El proceso intimidatorio que se ha venido explicado hasta este momento se estructuraba sobre la puesta en perspectiva de la realización de un mal concreto cuya gravedad, si bien resultaba difícilmente cuantificable desde una perspectiva normativa, se presentaba como real, o mejor dicho, como un mal concreto.

A saber, los males con los que se amenaza a las víctimas de un proceso intimidatorio tradicional son males cabales que el sujeto pasivo puede apreciar mediante sus sentidos, aunque en algunos casos surja una po-

⁸²³ Sobre el «síndrome de la mujer maltratada», *vid.*, entre otros, LARRAURI PIJOÁN, «La mujer ante...», pp. 291-294.

⁸²⁴ *Vid.*, en general sobre ellos, RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», pp. 109-112.

sible sobredimensión o menosprecio por meras situaciones espacio temporales.

2. No obstante, existe un grupo de casos, minoritarios, donde la víctima de un delito de agresión sexual con intimidación pudo haber sido colocada por el autor ante el dilema de decidir entre realizar el contacto sexual o por el contrario quedar expuesta a la concreción de un riesgo que se presenta, no sólo como futuro, sino también como potencial e incluso de difícil determinación. Es decir, ante un peligro abstracto pero posible.

A modo de ejemplo, reformulando parcialmente el famoso caso del alfiler que se presentara al inicio de este trabajo, si el sujeto activo de aquel caso en lugar de amenazar a la víctima con pincharla se limitaba a anunciarle que la dejaría en ese lugar desolado, durante la noche y sin posibilidad de pedir ayuda, no la estaba amenazando con un mal concreto que pudiera ser ponderado y en su caso lo que a la víctima podría representarse como posible no dejaría de ser potencial.

Si, reformulando aún más el supuesto de hecho, se tomara como punto de partida el supuesto probado donde el autor amenaza con dejar a la víctima en la entrada de una “peligrosa” villa miseria argentina o de una favela brasileña quizás la víctima se hubiese podido representar infinidad de males posibles. Entre ellos incluso la pérdida de su vida, la afectación de su integridad física e incluso, también, la afectación de su libertad sexual.

3. Como puede fácilmente vislumbrarse, surgen aquí los distintos planteos sobre el concepto de riesgo que en el contexto de la parte general se presentan como peligros y sus posibles vías de solución. A saber, las propuestas que se inclinan por mantener un criterio o concepto único de peligro para todo el Derecho penal recurriendo a los criterios desarrollados para la determinación de los delitos de peligro concreto y

aquellas que por el contrario consideran razonable establecer conceptos diferenciados⁸²⁵.

En este contexto, como en otros supuestos de dificultades de determinación, para mantener la coherencia de la propuesta es necesario alinearse en criterios objetivos o estandarizados. A saber, si en este caso concreto recurriésemos a criterios subjetivos para determinar el concepto de peligro que debe regir en el contexto de estado de necesidad, estaríamos borrando con el codo lo que hemos escrito con la mano.

En ese sentido, no parece aconsejable aceptar que el peligro puede enjuiciarse de modo meramente subjetivo según la perspectiva de quien actúa en estado de necesidad, pues como claramente postula ROXIN «...el tenor de la ley vincula la justificación a la concurrencia de un peligro, y no a la mera imaginación del mismo»⁸²⁶.

4. En estos casos se presenta la situación inversa a la que habitualmente aparece en los supuesto de estado de necesidad donde debe evaluarse la probabilidad del riesgo junto con su gravedad. A saber, parece existir acuerdo en la doctrina en considerar justificadas conductas donde el autor para evitar un daño que se produciría con seguridad si

⁸²⁵ Cfr. ROXÍN, *Derecho penal...*, § 16, pp. 676 y ss (marg. 11 y ss) planteando las dificultades y la falta de uniformidad de criterios de la ciencia penal para la determinación del concepto de peligro en la parte general del Derecho penal; también BERMEJO, «La ponderación de intereses...», pp. 939-947.

Por otra parte, sosteniendo la necesidad de recurrir a conceptos diferenciales de peligro para la estructura del estado de necesidad, entre otros, el propio ROXIN, *Derecho penal...*, § 16, p. 676 (marg. 11).

⁸²⁶ ROXÍN, *Derecho penal...*, § 16, pp. 677 (marg. 12).

no actúa, realiza una acción salvadora que sólo en escasa medida pone en peligro algún bien jurídico⁸²⁷.

En algunos procesos intimidatorios, que aquí se han denominado de riesgo potencial, el peligro abstracto viene dado por el mal puesto en perspectiva por el autor, mientras que el riesgo concreto y de perentoria ejecución lo representa la concreción del acto sexual exigido. Es decir, la *actio mixta*, es concreta -realización del acto sexual con el autor-; mientras que el “mal” presentado por el autor -quedar expuesta en una zona peligrosa- resulta poco determinado y, a su vez, potencial -con cierto grado de probabilidad-.

5. Los esfuerzos por intentar solucionar este dilema concluyen, lamentablemente, en criterios que vuelven a posicionarnos en la incertidumbre tradicional.

El punto debe necesariamente resolverse en un análisis de dos niveles. El primero, referente a la determinación del mal en concreto puesto en perspectiva por el autor. El segundo, sobre la probabilidad de realización efectiva de ese mal previamente determinado.

Volviendo al caso con que se inició este acápite, al analizar el caso del “autor” que amenaza a la víctima con dejarla en una “zona peligrosa” si no accede a tener un contacto sexual con él, debemos en primer lugar determinar el o los males que se ponen en perspectiva de la víctima. A saber, pueden determinarse como posibles, entre otros, los siguientes males: a. muerte de la víctima por homicidio; b. afectación de su integridad física; c. afectación de su libertad; d. afectación de su libertad sexual; e. afectación a su patrimonio, etc.

Para ello, no es posible otra opción que recurrir, a la famosa fórmula de SCHAFFSTEIN que postula determinar el peligro con base en «... el

⁸²⁷ ROXIN, *Derecho penal...*, t. I..., pp. 690 y ss, (marg. 38 y ss) presentando esta situación en aquellos casos cuando «... para hacer frente a un peligro concreto que implique cierta perentoriedad, se acepte crear solamente peligros abstractos».

juicio objetivo del observador inteligente del sector del tráfico del agente, que disponga también de los conocimientos especiales de éste»⁸²⁸. En este caso el observador inteligente del sector del ámbito de la víctima con los conocimientos especiales de ésta -peligrosidad de la zona- será en quien deba basarse el juez para determinar qué clase de mal “potencial” es puesto en perspectiva por el autor.

6. En un segundo nivel de análisis, luego de determinado el mal concreto que la víctima debería afrontar si se niega a la optar por la *actio mixta*, deberá determinarse el grado de probabilidad de concreción de ese mal. Es decir qué rol juega la tasa de peligro -posibilidad de realización del daño- en cada uno de esos casos⁸²⁹. Si sobre el punto anterior la cuestión resulta compleja en este caso más aún.

La probabilidad de concreción del riesgo ha sido abordada en el ámbito del estado de necesidad desde distintas perspectivas. Entre otros, ROXIN, considerándolos abarcados en el § 34 StGB, analiza esta constelación de casos a la luz del caso del automovilista que se percató de que entre las ruedas dobles del camión que lo precede hay una piedra que podrá salir disparada y se adelanta, violando el límite de velocidad, para avisarle tal situación al camionero⁸³⁰.

7. Sin embargo, creo que ha sido BERMEJO quien con mayor claridad ha estudiado esta problemática desde un examen de eficiencia a partir del análisis de costes y beneficios que supone el estado de necesidad⁸³¹. Utilizando el mismo caso que ROXIN, sostiene que el peligro

⁸²⁸ SCHAFFSTEIN, Bruns-FS, 1978, pp. 89 y ss (marg. 106).

⁸²⁹ Cfr. BERMEJO, «La ponderación de intereses...», pp. 939-950 y ss.

⁸³⁰ ROXIN, *Derecho penal...*, t. I..., p. 691 (marg. 39) - (OLG Düsseldorf VRS 30 [1966], 39; NJW 1970, 674)

⁸³¹ En este sentido, BERMEJO, siguiendo a Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, «Eficiencia y Derecho penal», en ADPCP, (1996), pp. 96-... sostiene que «una conducta es eficiente cuando sus beneficios globales (sociales) superan a los costes, con indepen-

para la vida que representa que la piedra salga disparada de entre las ruedas del camión contra el vidrio delantero de un auto es muy elevada -50 por 100-, mientras que el peligro para la vida a que da lugar un adelantamiento con leve exceso de velocidad es mucho menor -5 por 100-⁸³².

A partir de un paralelismo con el mercado inmobiliario propone interpretar el “mal” con referencia a la «pérdida de valor esperada» que se deriva de la tasa de probabilidad del peligro actual e inminente sobre el objeto protegido por el bien jurídico.

Se trata, en definitiva, «... de realizar un *análisis de eficiencia* en relación con los peligros existentes sobre ambos objetos protegidos por bienes jurídicos: 1. *El peligro externo que se dirige al objeto protegido por el interés preservado (cuya afectación constituye un mal mayor)* y 2. *El peligro que crea la acción del salvador sobre el objeto protegido por el interés sacrificado (el mal menor), de quien es titular un tercero ajeno totalmente a la situación de necesidad*»⁸³³.

De esta manera la probabilidad de producción efectiva de la lesión asume un rol importante, toda vez que, según este esquema en un supuesto de necesidad donde exista igualdad de bienes jurídicos -valor abstracto- e igualdad de la gravedad de la lesión de bienes -valor concreto- la acción salvadora será de todos modos eficiente si existía un, por ejemplo, 80 por 100 de probabilidad de concreción de la lesión puesta en perspectiva por el autor; pudiendo evitarse con una acción que tan solo ponga en un 10 por 100 de probabilidades de lesión a otro bien.

dencia de que estos costes recaigan sobre alguien en concreto y, en esa medida, le perjudiquen».

⁸³² BERMEJO, «La ponderación de intereses...», pp. 939-951.

⁸³³ BERMEJO, «La ponderación de intereses...», pp. 939-951.

8. Este esquema es interesante desde la perspectiva de un estado de necesidad donde *ex ante* no pueden conocerse con exactitud las probabilidades de la lesión en perspectiva y las probabilidades de lesión de la acción salvadora emprendida. Sin embargo, no es apto para resolver los problemas de probabilidad en un proceso intimidatorio. A saber, a diferencia de un supuesto de estado de necesidad normal, en los casos de intimidación existen grados de probabilidad de concreción de la lesión puesta en perspectiva por el autor, pero al mismo tiempo, existe certeza *ex ante* de la lesión que se produciría optando por la *actio mixta*. Sobre el acto sexual “salvador” para evitar el mal amenazado la víctima siempre tiene certeza.

A modo de ejemplo, quien amenaza a la víctima con dejarla en un descampado donde existen probabilidades de ser víctima de una agresión sexual de una tercera persona en un 50 por 100 si no accede al contacto sexual con el autor, la amenaza con un mal de igual gravedad, pero la *actio mixta* implica un 100 por 100 de probabilidad de lesión, mientras que el mal puesto en perspectiva implica una probabilidad significativamente menor. Justamente por ello no son trasladables aquí las posibles vías de solución del estado de necesidad.

Por ello, no queda otra alternativa que recurrir a un criterio más bien aproximado y postular que los males determinados puestos en perspectiva a la víctima para ser apreciados como razonables e iniciar el camino de análisis bajo la propuesta que aquí se ha venido desarrollando deberán contar con un margen de probabilidad de concreción superior al 50 por 100. Siendo, necesariamente, materia de valoración judicial en el caso concreto cuando existe o no ese grado de probabilidad de concreción del mal.

9. Quizás pueda adquirir relevancia en este punto la problemática del error de la víctima. A saber, la víctima de un proceso intimidatorio ha sido equiparada estructuralmente con el autor que se encuentra ante un posible supuesto de estado de necesidad. Ciertamente, en ese sentido, la víctima es quien pondera los males puestos en perspectiva por el autor y el Derecho es quien valora esa ponderación. En este contexto,

la víctima debe ponderar males potenciales, que pueden o no suceder apareciendo allí datos aportados por la experiencia y datos estadísticos.

Si el riesgo se analiza a través del miedo de la víctima, abordaje psicológico, tenemos los mismos problemas que se plantearon al criticar las teorías subjetivas. Por el contrario, el anclaje podría realizarse desde la teoría del error, donde la invencibilidad del error de la víctima y su determinación tendrá un valor significativo.

La vencibilidad del error deberá evaluarse teniendo en cuenta el examen cuidadoso de la situación por parte de la víctima *ex ante*, es decir, antes de haber ponderado y no sobre una valoración *ex post* con todos los elementos que pudo haber adquirido con posterioridad a la realización de la ponderación⁸³⁴.

Claro que resurgirán en este contexto los problemas relativos a los supuestos de error vencible, pero condicionados por alguna patología especial de la víctima, lo cual nos traslada nuevamente al acápite anterior donde se analizó el problema de las víctimas estructuralmente débiles que en este contexto deben solucionarse con ciertos matices.

La solución correcta para estos casos pasa, una vez más, por el «juicio objetivo del observador inteligente dentro del ámbito del sujeto actuante», los dos bienes para los cuales el autor anuncia un mal deben hallarse objetivamente en peligro⁸³⁵. Ello hace descartar como peligro real, al menos, las suposiciones erróneas del sujeto sobre la existencia del peligro.

⁸³⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 428 (marg. 23 y 24), en este sentido resulta muy gráfico el ejemplo puesto por este autor del capitán del buque que luego de un análisis cuidadoso en una situación de urgencia opta por tirar parte de su carga al mar, probándose luego de pasado el temporal que el barco hubiese podido resistir el embate de la tormenta con el cargamento completo a bordo.

⁸³⁵ Reinhart MAURACH/ Heinz ZIPE, *Derecho penal. Parte general*, (trad. Jorge Boffill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 469 y ss.

10. Si bien es posible que este punto pueda debilitar, en cierto modo, la propuesta del recurso a los lineamientos del estado de necesidad para explicar los procesos intimidatorios, no es menos cierto que se trata de una constatación de casos más bien excepcional.

§ 6. DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA⁸³⁶

1. El delito de agresión sexual del art. 179 del Cp 1995, al igual que en la gran mayoría de las legislaciones de nuestro entorno cultural, ha hecho depender la persecución del delito de la denuncia de la víctima o de un número reducido de personas próximas a ella. Justamente a los delitos sexuales es a donde suele recurrirse en las clases universitarias para explicar los delitos dependientes de instancia privada como una categoría intermedia entre los delitos de acción pública pura y los de acción privada.

2. La exigencia legal de instancia de parte o de impulso de la acción penal en los delitos sexuales se justifica fundamentalmente por un motivo de configuración política o social que viene dado por el respeto al pudor de la víctima que en muchos casos prefiere evitar una posible segunda victimización al exponerse a un juicio penal.

⁸³⁶ Las dificultades que podría acarrear mi propuesta ante el hecho de ser el delito de agresión sexual un delito dependiente de instancia privada fue puesta de manifiesto por el Dr. Percy GARCÍA CAVERO durante mi ponencia sobre «El concepto de intimidación en los delitos contra la libertad sexual», en el Seminario de profesores de Derecho penal del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra dirigido por el Prof. Dr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, el día 4 de diciembre de 2002, Barcelona, España.

Sin embargo, suele sostenerse que dicha exigencia procesal también encuentra fundamento en un motivo de orden jurídico. A saber, el sujeto pasivo de una conducta sexual puede parecer por las circunstancias externas del hecho como víctima de un delito sexual intimidatorio; sin embargo, «muestra con su silencio que no lo fue, y que, por el contrario, obró según sus deseos»⁸³⁷.

3. Justamente esta exigencia de instancia previa por parte de la víctima puede, en principio, resultar contraria a la elaboración de criterios objetivos y estándares para la determinación de la intimidación. La denuncia penal la llevarían a cabo sólo aquellas personas que se hallan sentido intimidadas y no aquellas que, incluso objetivamente intimidadas, no hayan vivenciado esa conducta como contra voluntad mediante coacción.

4. Sin embargo, creo que esto es harina de otro costal. A saber, una cosa son las condiciones previas que el legislador ha puesto como requisitos necesarios para la persecución penal de ciertas conductas sociales y otra muy distinta los lineamientos dogmáticos que la doctrina pueda desarrollar para probar algunos de los elementos constitutivos del tipo penal.

Sobre todo debe tenerse en cuenta aquí la distinción conceptual entre consentimiento y medios coactivos que claramente ha quedado plasmado con la diferencia entre los abusos y las agresiones sexuales en la legislación de 1995. Es verdad que pueden existir casos donde el sujeto pasivo se encuentre ante un proceso intimidatorio objetivamente típico. Sin embargo, si ese sujeto no insta el proceso penal es claramente por haber consentido la conducta, que con tal consentimiento ha pasado a ser atípica. Resumiendo, puede haber intimidación objetivamente típica en una conducta atípica por existir consentimiento del sujeto pasivo. Lo mismo sucede en casos de violencia -objetivamente

⁸³⁷ CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1507, p. 230.

típica- realizada en el contexto de una conducta sexual consentida como puede ser aquellos casos de sadomasoquismo.

En definitiva, si se diferencia, como claramente corresponde según la letra de la ley, entre falta de consentimiento y existencia de medios coactivos la pseudo dificultad de la exigencia legal de instancia de parte en los delitos sexuales pierde sustento como argumento contra el desarrollo de criterios objetivos para la interpretación de la intimidación típica.

§ 7. ESQUEMAS INTIMIDATORIOS DE CONFIGURACIÓN ALTERNATIVA⁸³⁸

El proceso intimidatorio de configuración clásico o tradicional presenta una estructura en la que intervienen dos personas. Por una parte, el autor que amenaza y, por otra, la víctima sobre la que se pone en perspectiva el mal y sobre la cual se produce el efecto de la acción intimidante o de la amenaza; es decir sobre la que recae el temor o miedo como efecto del mal anunciado.

No obstante, existen supuestos que, por la concurrencia de más personas en el hecho, no encuadran en la configuración tradicional del proceso intimidatorio. A saber, casos en los cuales intervienen terceras personas, en algunos procesos supliendo parte del obrar del autor y en otros como receptoras de parte de los perjuicios, que en el esquema tradicional afectarían a la víctima.

⁸³⁸ El nombre de configuración alternativa también ha sido utilizado por ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad...*, p. 45; SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 166.

I. Supuestos en que un tercero realiza aportes tradicionalmente a cargo del autor

1. En primer lugar, aparece aquella constelación de casos donde interviene una tercera persona realizando aportes que en un proceso intimidatorio tradicional corresponderían al autor.

Entre las distintas posibilidades se destacan especialmente dos supuestos concretos. Por una parte, aquel grupo de casos donde el sujeto activo del contacto sexual actúa sin haber generado por sí mismo la situación intimidatoria. Por otra, aquellos supuestos donde el autor del acto sexual pone en perspectiva de la víctima un mal, que podía evitar, aunque no fuera el responsable de generarlo.

a) El uso de una situación intimidatoria generada previamente por un tercero

1. La lesión del bien jurídico libertad sexual no puede concretarse tan sólo con el contacto sexual no consentido. Por el contrario, requiere que en la realización del mismo se haya concretado con el uso de violencia o intimidación⁸³⁹.

Ello significa que el tipo penal está estructurado sobre dos acciones. Por una parte la violencia o la intimidación, y por otra el contacto sexual; que tan sólo en el caso la antigua violación, actualmente tipo agravado, requiere del acceso carnal.

⁸³⁹ Cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, p. 839; Pilar GÓMEZ PAVÓN, «El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal del 23 de noviembre de 1995», en RDPyC, núm. 2, (1995), pp. 297-321.

2. Consiguientemente cabe razonablemente pensar que las acciones que configuran el tipo penal, pueden, en su caso, ser realizadas por personas diferentes⁸⁴⁰.

A saber, la intimidación realizada por una persona y el contacto sexual por otra completamente distinta. Para ello, será necesario apartarse de la concepción tradicional que sostiene que el delito de agresión sexual y muy especialmente aquel realizado con acceso carnal es un delito de propia mano⁸⁴¹. A partir de allí cabría sin dificultades admitir la opción de apreciar coautoría y autoría mediata en el delito de agresión sexual⁸⁴².

3. La realización por separado de las conductas integrantes del tipo puede darse, hasta donde alcanzo, de dos maneras bien diferenciadas.

Por una parte, mediante la división del trabajo donde dos sujetos realizan el hecho típico concretando uno la violencia o la intimidación sobre la víctima y el otro el contacto sexual. En este caso, la conducta de

⁸⁴⁰ Con las diferencias del caso, en el Derecho civil se prevé expresamente en el art. 1268 la posibilidad de considerar válida como vicio de la voluntad la intimidación realizada por un tercero ajeno al contrato.

⁸⁴¹ En ese sentido, posición a la que se adhiere plenamente en este trabajo, GÓMEZ PAVÓN, «El delito de violación...», pp. 297-322 considerando que a este delito «... no se le puede considerar de propia mano; ninguna de las tesis formuladas, como fundamentación de esta cuestionable categoría de delitos, permite considerar la violación como uno de ellos».

⁸⁴² En ese sentido, JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, p. 286. En contra, MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 228 (mar. 52). Sin embargo, como pone de manifiesto GÓMEZ PAVÓN, «El delito de violación...», pp. 297-321 la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta un tanto contradictoria en este aspecto al afirmar, en ciertos casos, la naturaleza de propia mano de este delito y al mismo tiempo admitir la coautoría, en ese sentido STS de 14 de abril de 1987. Mientras que en la STS de 29 de enero de 1990 se niega la coautoría como opción de intervención en el delito de violación.

ambos sujetos encuadraría en un supuesto de agresión sexual en coautoría⁸⁴³.

Por otra parte, cabría la posibilidad del supuesto donde la violencia o la intimidación es realizada por un sujeto sobre la víctima y el acto sexual es concretado por un tercero que no conoce, por error o ignorancia, la concreción de la primera parte del tipo por el sujeto anterior. En ese supuesto, cabría la autoría mediata del sujeto que realiza la intimidación sobre el sujeto pasivo y que a su vez instrumentaliza al actor del contacto sexual realizado bajo error o ignorancia⁸⁴⁴.

4. La viabilidad de apreciar autoría mediata en el delito de agresión sexual y más aún en aquel que requiere del acceso carnal ha sido, incluso, aceptada por la jurisprudencia del TS. En ese sentido ha expresado gráficamente que:

«... no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización con acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se lo realiza a través de otro como instrumento»⁸⁴⁵.

⁸⁴³ Cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, p. 839.

⁸⁴⁴ En contra, por considerarlo delito de propia mano, MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 228 (marg. 52). En estos supuestos, al considerarlos de propia mano, la doctrina los canaliza como supuestos de inducción o cooperación necesaria, descartando de plano la posibilidad de considerarlos autoría mediata. Sobre ello, *vid.* con detalle, GÓMEZ PAVÓN, «El delito de violación...», pp. 297-320 y 324 «cuando quien, finalmente, realiza el acceso carnal, ignora por error o falta de conocimiento, el empleo de fuerza o intimidación, será posible apreciar una autoría mediata en quien la ejerce».

⁸⁴⁵ STS de 2 de noviembre de 1994. Fragmento también citado por GÓMEZ PAVÓN, «El delito de violación...», pp. 297-321.

5. En este grupo de casos, hasta donde alcanzo a ver, encuadran las conductas de los proxenetas que mediante amenazas con ritos del Vudú mantenían a mujeres subsaharianas trabajando en casas de alterne.

El rol del cliente que contrata los servicios de una mujer dedicada a la prostitución no incluye, bajo ningún punto de vista, la obligación de cerciorarse de que la mujer está actuando libremente. Consecuentemente, tiene cabida aquí el principio de confianza donde el cliente puede presumir razonablemente que los dueños de las casas de alterne actuaban conforme a derecho⁸⁴⁶.

El sujeto que mediante la amenaza de graves perjuicios a las mujeres sustentados en la práctica de un rito Vudú podría ser -luego de determinada la tipicidad de la intimidación- autor mediato del delito de agresión sexual sin perjuicio de no haber concretado él por sí mismo el acto sexual, siendo suficiente con haber generado la intimidación y utilizar a un sujeto que, sin obligación de conocer -por su rol-, actuó con ignorancia o error de la situación de previa intimidación que había sufrido la víctima.

6. Dentro de esta constelación de casos corresponde incluir aquellos supuestos donde el acto sexual se realiza también sobre una persona previamente intimidada pero donde el autor, a diferencia del caso anterior, conoce la situación previa que puso a la víctima en situación de indefensión.

Con la intención de explicar este grupo de casos SUÁREZ RODRÍGUEZ recurre al supuesto de un hombre que habiendo sido testigo de un ataque sexual mediante intimidación contra una mujer, en lugar de colaborar con ella para impedir el acto o para socorrerla, se mantiene pa-

⁸⁴⁶ JAKOBS, *La imputación penal...*, pp. 105 y ss; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico...*, p. 422; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva...*, p. 290.

sivo a la espera que el acto concluya y luego aprovechando el estado de indefensión de la víctima consume él un nuevo acto sexual sobre ella⁸⁴⁷. Puede decirse en ese contexto que el autor de la agresión sexual «se encontró con la víctima intimidada» y ante una situación de inferioridad manifiesta que le impiden actuar con un mínimo de libertad.

7. La posibilidad de considerar típica de agresión sexual mediante intimidación la conducta del sujeto que mantiene un contacto sexual con una víctima previamente intimidada por otro debe, en primer término, ser analizada a la luz de la legislación penal concreta.

El Cp de 1973 consideraba, en su artículo 429.1, típica la conducta «cuando se usare fuerza o intimidación». En efecto, parte de la doctrina consideraba que “usar” fuerza no significa necesariamente “generarla”, sino que por el contrario podría ser típica la conducta de aquel que “usaba” una intimidación “generada” por un tercero⁸⁴⁸.

El Cp 1995 había cambiado la redacción del tipo en este aspecto, pero el punto no había quedado completamente claro, aunque la doctrina no se había expresado al respecto. A saber, el art. 178 en el Cp 1995 expresaba que será penada la conducta del «... que atentare contra la libertad sexual de una persona, con violencia o intimidación...». Sin quedar zanjado el debate sobre si la violencia o intimidación “con” la que se atenta contra la libertad debió o no ser generada por la persona que realiza el acto de propia mano.

No obstante, todo parecía indicar que el tipo penal no requería que el sujeto aplique o genere la intimidación, sino tan sólo que atente contra la libertad “con” intimidación debiendo admitirse que el medio coacti-

⁸⁴⁷ SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 167. En igual sentido, ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad...*, p. 45.

⁸⁴⁸ *Vid.*, por todos, SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p. 167.

vo pudo haber sido generado por un tercero⁸⁴⁹. Hasta donde alcanzo a ver, la cuestión se mantiene igual con la reforma de la LO 5/2010 que cambián la expresión «con» por «utilizando»⁸⁵⁰.

8. En este grupo de casos, cabe admitir la imputación por agresión sexual por intimidación o violencia, según sea el caso, independientemente de que el autor del acto sexual haya realizado algún aporte relacionado con el medio coactivo. En particular, con relación a la intimidación, debe admitirse que el sujeto que actúa con una persona debilitada previamente, debe responder en los mismo términos que el sujeto que actúa con una víctima constitutivamente débil.

b) Casos donde un tercero es responsable de la ejecución del mal anunciado por el autor

1. La segunda constelación de conductas son aquellas donde aparece una tercera persona como ejecutor del mal que el autor anuncia⁸⁵¹.

Este grupo de casos es gráficamente explicado por PASTOR-MUÑOZ con el siguiente ejemplo: «A está dispuesta a causar un mal a B (a incumplir su deber de no lesionar a B) y un mensajero M se pone en

⁸⁴⁹ En igual sentido, ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad...*, p. 45.

⁸⁵⁰ Para CANCIO MELIÁ, «Una nueva reforma...», pp. 1-6 el cambio ha sido irrelevante porque «... nadie había discutido que la violencia o la intimidación debían ser los medios comisivos para obtener el contacto sexual delictivo, entendiendo que “con” significaba “mediante”».

⁸⁵¹ En igual sentido, entre otros, ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad...*, p. 44.

contacto con la futura víctima B. Si el mensajero M somete a la realización de una condición por parte de B el cumplimiento de su deber de solidaridad respecto a B, hay amenaza condicional. Si, en cambio, informa a B y somete a condición su ayuda para protegerse de A, M ha cumplido su deber de solidaridad y no comete amenaza condicional alguna, pues ofrece su ayuda no debida a cambio de una contraprestación (la condición)». ⁸⁵²

2. Ahora bien, existe la posibilidad de que A y M se dividan el trabajo de tal modo que mediante la existencia de un plan común lleven adelante el proceso intimidatorio contra B.

En ese caso el análisis dogmático es radicalmente distinto. Si A se presenta como el ejecutor de un mal contra B que es comunicado a ésta por M que pone una condición sexual para liberarla del mal, estamos ante un proceso intimidatorio penalmente relevante aunque, por su configuración, alternativo.

3. Detenernos en la determinación de los grados de participación de cada uno de los sujetos activos nos llevaría a distanciarnos del tema central de esta investigación. Sólo basta sostener que incluso en estos supuestos donde el autor se presenta desdoblado entre ejecutor y mensajero del mal son válidos los mismos postulados que se proponen en este trabajo para analizar los procesos intimidatorios tradicionales. En este caso en particular podría sostenerse que si se dan los requisitos necesarios para sostener la relevancia penal de la amenaza y el proceso intimidatorio, el sujeto B respondería como autor del delito de agresión sexual, mientras que el sujeto A podría ser considerado partícipe. Sin embargo, el caso sería diferente como veremos al explicar el último grupo de casos de intimidación de configuración alternativa, si el sujeto A se presenta como ejecutor y mensajero del mal poniendo como condición para evitarlo el contacto sexual entre M y B. En ese

⁸⁵² PASTOR MUÑOZ, «Sobre la estructura de la amenaza...», pp. 479-495.

caso corresponderá analizar la conducta de M, si este no conocía la existencia del proceso intimidatorio contra A su conducta será irrelevante para el Derecho, respondiendo A como autor del delito de agresión sexual.

II. El problema de la amenaza a la víctima con un peligro para terceros. *Dreiecksnotigung*

a) *La intimidación triangular*

1. El segundo grupo de casos de configuración alternativa es aquel donde intervienen también terceras personas, pero en este caso no en el círculo del autor, sino de la víctima. Es decir aquellos supuestos donde el mal anunciado por el autor a la víctima recaerá sobre una tercera persona que, en general, y para que el proceso intimidatorio tenga relevancia típica será próxima a ésta por una relación afectiva o de parentesco⁸⁵³. Este grupo de casos ha sido denominado como intimidación triangular -*Dreiecksnotigung*- por la doctrina alemana ⁸⁵⁴.

⁸⁵³ Aunque sin tratarse directamente del tema, la STS de 24 de mayo de 2011 parece poner en duda la eficacia de las amenazas en triángulo al afirmar que «la intimidación requiere una conducta activa, positiva por parte del autor proyectada directamente sobre la víctima...». Se trataba de un caso donde se amenazaba a las hijas menores con causarle daño a su madre si no se sometían a los deseos lúbricos del padre.

⁸⁵⁴ Tanto los supuesto de esquemas de amenazas con dos partes, como con terceras personas por algún motivo relacionados con la víctima que aquí hemos encuadrado en el grupo de esquema intimidatorio clásico o de configuración tradicional son llamados situaciones de *metus communis* en el contexto específico del estudio del miedo mediante amenazas en el Derecho canónico, *vid.*, sobre este punto, CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, p. 18.

DOSTOIEVSKI describe gráficamente en el siguiente pasaje de *Crimen y castigo* una intimidación de configuración alternativa y, en concreto, un supuesto de *Dreiecksnötigung*.

«Pero ¿Cómo usted puede salvarlo?... ¿Acaso es posible salvarlo?

Dunia se sentó. Svidrigáilov se sentó junto a ella.

-Todo depende de usted, de usted, de usted sola -empezó con ojos centelleantes, casi en voz baja, atropellándose y hasta no atinando, por la fuerza de la emoción, alguna vez con la palabra. [...]

- Usted!... ¡Una palabra suya y está salvado! ¡Yo... lo salvaré! Yo tengo dinero y amigos. Inmediatamente lo expido y yo también sacaré un pasaporte, dos pasaportes. Uno para él, otro para mí. Tengo amigos, cuento con gente adicta... ¿Quiere usted? Le sacaré también a usted su pasaporte..., y a su madre... ¿Qué le importa a usted Razúmijjin? La amo yo tanto... Infinitamente la amo. ¡Déme usted a besar siquiera su falda, démela! Démela! No puedo sentir el ruido que hace. Dígame: «¡Haz esto!», y en seguida lo hago. Haré lo imposible. Lo que usted crea creeré yo. ¡Todo, todo lo haré! ¡No me mire, no me mire usted de ese modo! No sabe usted que me mata... [...] Dunia saltó de la silla y corrió hacia la puerta.

-¡Abrid! ¡Abrid! -gritó desde dentro, llamando a la gente y zamarreando la puerta con sus manos-. ¡Abrid! Pero ¿Es que no hay nadie?.

Svidrigáilov se levantó y volvió en sí. Una maligna y zumbona sonrisa asomó inmediatamente a sus aún trémulos labios. -No hay nadie en casa -dijo queda y lentamente-. La patrona se fue y es trabajo perdido gritar así; no conseguirá usted más que agitarse en vano.

-¿Dónde está la llave? ¡Abra usted en seguida, canalla!

-¡La llave se me ha perdido y no la encuentro!

-¡Ah! ¡De modo que apela a la violencia! -exclamó Dunia.

Palideció como una muerta y lanzóse a un rincón, donde se atrincheró tras un velador que encontró a mano. No gritaba, pero fulminaba con los ojos a su verdugo y seguía atenta cada movimiento suyo. [...] ¡Canalla! -balbució Dunia con indignación.

_[...] Piense usted en esto: el destino de su hermano y el de su madre están en sus manos. Yo seré su esclavo... toda la vida... Con que, mire: aquí aguardo...»⁸⁵⁵

Obsérvese que Svidrigálov por mera casualidad había escuchado la confesión de Rodia a Sonia sobre su autoría en el asesinato de la usurera y su hermana. Luego con el objetivo de intimidar a Dunia utiliza dicha información para que acceda al contacto sexual con él, ofreciéndole incluso iniciar una relación duradera con ella.

El sujeto activo es Svidrigálov, la víctima del proceso intimidatorio es Dunia, pero aparece Rodia como tercero quien se verá afectado directamente si se cumple la amenaza del sujeto activo al divulgar la información que él posee sobre el crimen. De modo indirecto, se afectaría también a Dunia, por la revelación del crimen de su hermano, como así también a la madre de ambos.

2. La doctrina penal ha discutido con especial ahínco sobre la posibilidad de aceptar la amenaza indirecta o *Dreiecksnotigung*⁸⁵⁶.

La discusión se ha centrado fundamentalmente en dos aspectos. El primero sobre la posibilidad de considerarla un medio coactivo a la luz de la regulación de los diferentes delitos de la parte especial, y el se-

⁸⁵⁵ Fiador Mijáilovich DOSTOIEVSKI, *Crimen y castigo*, (trad. Rafael Cansinos Sáenz), RBA editores, Barcelona, 2004, pp. 454 y ss.

⁸⁵⁶ Cfr. MARTÍNEZ ZUÑIGA, *Derecho penal sexual...*, p. 242. En contra SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales...*, p.169 para quien la amenaza deberá ser calificada de directa o indirecta en función de su contenido, es decir de la mayor o menor concreción del mal y no por la dirección en la que va orientado el mismo.

gundo sobre si la *Dreiecksnotigung* es constitutiva de intimidación o de violencia⁸⁵⁷.

En la actualidad la mayoría de la doctrina, posición que aquí se comparte, acepta la posibilidad de que la amenaza a la víctima consista en un mal que afecta a un tercero⁸⁵⁸. No obstante ello, se requiere que la víctima valore la realización del mal contra un tercero como algo en cierto modo contra ella o propio⁸⁵⁹. Generando de esa forma un límite

⁸⁵⁷ Cfr. MANCI, *Reati sessuali*, p. 33 «*Si polemica fra gli scrittori se anche la violenza portata su persone care per costringere il soggetto passivo a congiunzione realizza l'ipotesi dell'art. 331 e se costituisca violenza fisica o minaccia*».

⁸⁵⁸ En la doctrina más antigua, considerando amenaza típica sólo aquella que anuncia un mal para la propia víctima, con relación al antiguo § 52 StGB, *vid.*, entre otros, EBERMAYER / LOBE / ROSENBERG, RStGB, 2. Auflage, 1922, § 176 Anm. 2; FRANK, *Das StGB für das DT. Reich*, 18. Auflage, 1931, § 176 Anm. II; OLSHAUSEN, *StGB*, 11. ed., 1927, § 177 Anm. 2d; BINDING, *Lehrbuch...*, p. 201.

En la nueva doctrina, a favor de considerar típica la amenaza incluso cuando el mal anunciado tiene como destinatario a una tercera persona, *vid.*, entre otros, DREHER / TRÖNDLE, StGB, 40 ed., § 177 marg. 4; GEILEN, «*Raub und Erpressung...*», p. 110; SK-Horn, § 178 marg. 7; LK-HERDEGEN, § 249, p. 151, marg. 11; KREY / HELLMAN, *Strafrecht. Besonderer Teil...*, p. 115, marg. 190 y p. 113, marg. 186b; KÜPER, *Strafrecht. Besonderer Teil...*, p. 106, «*Der Adressat der Drohung («Noötigungsadressat») und diejenige Person, auf die sich die angedrohte Gefahr bezieht («Gefahradressat»), brauchen nicht identisch zu sein: Drohung mit Gefahr für einen Dritten...*»; LENCKNER, en SCHÖNKE / SCHRÖEDER, StGB, 20 ed., § 177 marg. 6; MAURACH / SCHROEDER, *StrafR BT*, § 18 marg. 14; Mösl-LK, 9 ed., § 177 marg. 5; Bernd SCHÜNEMANN, «*Raub und Erpressung*» en JA, (1980), pp. 349-353; Kurt SEELMANN, «*Grundfälle zu den Eigentumsdelikten*», en JuS (1986), pp. 201-203: «*Der Nötigungseffekt erfordert nicht notwendig ein Sympathieverhältnis zwischen dem Genötigten und dem Gefährdeten. Mer sich -aus welchen Gründen auch immer- für Leib oder Leben anderer verantwortlich fühlt, ist tauglicher Adressat einer Drohung in Sinne des § 249*». En la jurisprudencia: BGH StGB § 177 Abs. 1 Drohung 3; BGH NSTZ, 1987, 222 - sobre el § 255, StGB BGH NSTZ, 1994, 31. En Italia, *vid.*, entre otros, Cesare CIVOLI, *Trattato di Diritto penale*, v. 4, Luigi di Giacomo Pirola, Milano, 1916; Ferdinando PUGLIA, *Dei Delitti di Libidine e di alcuni reati affini*, 2ª ed., Ernesto Anfoschi, Napoli, 1897.

⁸⁵⁹ Cfr. MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1.*, p. 147 (marg. 24) «*Die Drohung kann sich sowohl gegen den Erklärungsempfänger als auch*

al círculo de posibles destinatarios del mal según la proximidad a la víctima a la que se pretende intimidar⁸⁶⁰.

3. La solución para estos casos, como es habitual, ya la ha puesto de manifiesto la propia regulación del StGB. En el contexto del §35, perfectamente en línea con la equiparación del proceso intimidatorio con el estado de necesidad que se viene postulando, el legislador alemán considera a los parientes y las personas allegadas dentro del círculo de privilegio que admite actuaciones en estado de necesidad⁸⁶¹.

A saber, antes de entrar a valorar la ponderación de intereses amenazado y la *actio mixta*, en los casos de intimidaciones en triángulo, será necesario establecer si el destinatario del mal pertenece al círculo de privilegio de la persona destinataria del anuncio. Ello se dará, tan sólo, cuando entre destinatario del anuncio y destinatario del mal exista una relación de parentesco o se trate de personas allegadas.

4. La relación de parentesco surge, en general, de la propia ley. Por ejemplo, el StGB en el §11 I n. 1 regula expresamente quienes deben ser considerados parientes. Sin embargo, el círculo de personas allegadas admite un cierto grado de valoración, incluyendo entre ellas a «...personas respecto de las cuales el sujeto se halle en una relación establecida a la larga semejante al parentesco»⁸⁶².

gegen einen Dritten wenden, einen "nahestehende Person" wie § 241 ist nicht verlangt (BGH NStZ 87, 222)».

⁸⁶⁰ LK-LAUFHÜTTE, § 177, marg. 3.

⁸⁶¹ Con anterioridad a 1975 el StGB sólo consideraba dentro del círculo de personas privilegiadas a los parientes. Recién en aquel año, como propuesta procedente del P 1962, se incorporó a las "personas allegadas".

⁸⁶² ROXIN, *Derecho penal...*, t. I..., § 22, p. 909 (marg. 31).

b) Las amenazas de suicidio como supuesto de configuración alternativa

1. Las amenazas de suicidio del sujeto activo como elemento configurador de miedo en el sujeto pasivo escapa a los casos del esquema configuración tradicional o *metus communis*.

En este grupo de casos, el autor a diferencia de los casos tradicionales, donde en general la amenaza con un mal físico se pone en perspectiva para el propio cuerpo del sujeto pasivo o de una persona de algún modo próxima a éste, amenaza con afectar su propia vida como mal puesto en perspectiva. Es decir, el autor amenaza a la víctima con un mal del cual él mismo será el destinatario, siendo el ejemplo más claro la amenaza del autor con suicidarse si la víctima no cumple la condición por él impuesta; pudiendo ser esta mantener relaciones sexuales, entregarle determinada cosa, casarse, etc.⁸⁶³.

2. Si se admite la posibilidad de considerar típica la amenaza con un mal para un tercero, como se sostuvo en el punto anterior, no es posible descartar que ese tercero pueda ser el propio autor.

Si bien en este contexto se han tratado principalmente los problemas de la amenaza con el suicidio del autor como medio coactivo, es posible que cualquier otra amenaza con un peligro distinto pueda ser considerada típica. A modo de ejemplo, si el autor amenaza a la víctima con producirse una fractura en un brazo o si el autor amenaza con destruir su propio piso o departamento en el que la víctima es inquilina, amenazas de lesión y de daños propios o a bienes propios respectivamente.

⁸⁶³ BGH, en NStZ, 2000, p. 140.

3. En el caso en que el tercero destinatario del mal anunciado no sea lo suficientemente cercano a la víctima a la que se le exige tolerar el acto sexual debe considerarse a la amenaza como atípica.

La estructura es idéntica a la que se produce en un caso de robo según la estructura típica del § 249 StGB. Analicemos la cuestión a la luz de un ejemplo: el sujeto A amenaza con una pistola a un cajero de un Banco V y le exige el dinero, pero al percatarse que el cajero se encuentra detrás de su ventanilla protegido con un vidrio blindado dirige el arma contra otra persona que se encuentra entre las personas que esperan para ser atendidos y que no tiene protección.

Supuesto I: la tercera persona sobre la que el autor *Alfa* apunta el arma es el niño *Beta*; hijo del cajero, que se encuentra de pie junto a la ventanilla de su padre esperando que termine su horario laboral para dirigirse ambos de regreso a casa.

Supuesto II: la tercera persona contra la que el autor *Alfa* apunta el arma de fuego es la señora *Delta*, cliente ocasional del Banco.

Supuesto III: el autor *Alfa* al no encontrar una tercera persona contra quien apuntar el arma coloca la pistola sobre su propia cabeza y amenaza al cajero con suicidarse si este no le entrega el dinero requerido.

En el supuesto I debe considerarse a la amenaza como típica del delito de robo mediante intimidación; mientras que en el supuesto II, por no tener el cajero más que una simple relación comercial con la destinataria del mal *Delta*, la amenaza no cumple con la intensidad requerida en el tipo y no podrá considerarse típica del delito de robo, aunque si podrá ser imputada como delito de extorsión § 253 StGB⁸⁶⁴.

⁸⁶⁴ Extracción parcial del ejemplo desarrollado en Gunther ARZT / Ulrich WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2000, p. 418, donde se presenta también el ejemplo del asaltante que amenaza al cajero con su propia muerte (suicidio) si no le entrega el dinero, pero sin proponer ninguna solución para el caso ni adoptar alguna de las existentes.

Quedando por resolverse el problema, de gran complejidad, de la amenaza con un suicidio o con la afectación de intereses del propio autor de la amenaza, pero que en general y a la luz de la solución del supuesto II debería mantener el mismo régimen de atipicidad reseñado para ese caso⁸⁶⁵.

4. Un tema a tener en cuenta es el de la existencia de supuestos males morales que afectan de modo relevante la libertad o la autonomía de decisión del sujeto pasivo al cual los mismos le han sido puestos en perspectiva.

Justamente, esta clase de males es la que aparece en los supuestos de amenaza de suicidio del sujeto activo. A saber, por una parte, en los casos de amenaza de suicidio aparece un mal físico, como el caso de *metus communis*, pero con la particularidad de que el sujeto pasivo de ese mal físico puesto en perspectiva es el propio sujeto activo. Sin embargo, por otra parte aparece, según los casos, un mal moral y en ese contexto el sujeto pasivo del esquema intimidatorio es también el destinatario del mal moral generado por la amenaza que el sujeto activo crea dejando ver que se quitará la vida si no se accede a sus condiciones o requerimientos⁸⁶⁶.

5. En el ámbito del Derecho canónico también se ha discutido la eficacia de las amenazas de suicidio como posible medio para viciar el consentimiento de una de las partes en la celebración del matrimonio. La monografía de CASADO ABAD, a la que hemos recurrido con cierta frecuencia en el desarrollo de este trabajo, se ha ocupado detenidamente sobre esta cuestión presentando una serie de criterios exigibles a las amenazas en general y que, analizados a la luz de las concretas

⁸⁶⁵ *Vid.* BGH StGB § 177 Abs. 1 *Drohung* 10; BGH NStZ, 1982, p. 286; aA HORN, SK § 178 marg. 7.

⁸⁶⁶ Cfr. CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, p. 18.

amenazas de suicidio, resultan de gran utilidad práctica para determinar si constituyen una amenaza válida para viciar el consentimiento en el acto matrimonial, lo que resulta, a mi juicio, perfectamente trasladable a las discusión en materia penal⁸⁶⁷.

Procede partir de la idea de que el núcleo sobre el cual se fundamentan los vicios del consentimiento por miedo no puede limitarse a la *vis* o miedo inferido, ni a la *metus* o correspondencia subjetiva en el sujeto pasivo, sino más bien a una conexión entre ambos⁸⁶⁸. El tema central será determinar, por tanto, qué amenazas de suicidio constituyen un miedo jurídicamente relevante y cuáles, por el contrario, aunque puedan causar miedo, no poseen la entidad suficiente.

Para ello, y limitando el análisis a los casos de amenaza de suicidio que el propio CASADO ABAD ha definido como amenazas de suicidio sin consideración a sus efectos, deben exigirse tres criterios objetivos y uno subjetivo para poder afirmar la existencia de amenaza de suicidio jurídicamente relevante. A saber, en primer lugar se exige que exista un miedo *ab extrinseco* y por ello producido fuera de la persona coaccionada y llevado a cabo por un sujeto humano dotado de voluntad; en segundo lugar, se exige que el mal sea injusto; y finalmente el tercer criterio objetivo es la gravedad del mal que deberá verificarse teniendo en cuenta la seriedad y probabilidad del mal que pueda ser considerado como real y posible de ser llevado a la práctica. Finalmente se exige un criterio de corte más bien subjetivo en el ámbito del sujeto activo que es la intención del mismo de realizar la amenaza con la finalidad de obtener el consentimiento.

⁸⁶⁷ Cfr. CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, op. cit.

⁸⁶⁸ Cfr. CASADO ABAD, *Influjo de las amenazas...*, p. 221.

E. EPÍLOGO:
RESOLUCIÓN DE LOS CASOS PLANTEADOS
AL INICIO DEL TRABAJO

En esta parte final de esta tesis, luego de comprobada la sistematicidad de la propuesta y rebatidos -en la medida de lo posible- los argumentos en contra, se presenta, a modo de epílogo, una confrontación o puesta en operación de la teoría aquí desarrollada, recurriendo para ello al análisis de los casos presentados al iniciar la obra.

§ 1. “EL CASO DE SUSANA, HIJA DE JELCÍAS”

1. La aplicación de la tesis aquí propuesta para solucionar el caso de la “hija del Jelcias” requiere, previamente, de una contextualización temporal de los hechos.

Como claramente surge de la descripción de la Biblia, en la época en que los hechos tuvieron lugar el adulterio estaba castigado con la muerte de la mujer adúltera. Situación que claramente difiere de la solución aplicable al caso si los hechos hubiesen tenido lugar actualmente en alguno de los países de nuestro entorno socio-cultural.

2. La amenaza de los viejos de contar al pueblo la falsa relación de Susana con un joven que había huido del jardín ponía a la víctima en la

situación de elegir entre dos males. Por una parte, en aquel contexto temporal, la pérdida de la vida por la pena de muerte del adulterio; y por la otra, su libertad sexual al tener que acceder al contacto sexual con los viejos.

Si los mismos hechos se hubiesen desarrollado en España en 2011, Susana tendría en perspectiva, al igual que en el caso anterior, el contacto sexual con los viejos como *actio mixta*; mientras que por el otro, en lugar de su vida, debería ponderar la posible afectación de su honor.

3. El primer nivel de análisis permite sostener que los ancianos al amenazar a Susana con difundir hechos falsos sobre su comportamiento sexual actúan “con” ella en una estructura de autoría mediata - en sentido amplio-. En el segundo nivel de análisis corresponde determinar con los criterios de decisión, si la imputación corresponde a Susana -por su autorresponsabilidad- o en su defecto corresponde afirmar imputar a los ancianos por la creación de un riesgo jurídico desaprobado a través de la amenaza puesta en perspectiva.

Resulta claro, en este nivel de análisis a la luz de los criterios de decisión exportados del estado de necesidad disculpante, que evitar la afectación al honor lesionando la libertad sexual no resulta un supuesto de amenaza relevante. Es decir, no es posible trasladar la responsabilidad a los ancianos, toda vez que no podría ser considerada una situación de estado de necesidad disculpante⁸⁶⁹.

La falta de amenaza relevante lleva a sostener la inexistencia de intimidación típica y sin ella los hechos no pueden ser encuadrados en el de-

⁸⁶⁹ El caso es especialmente interesante al tratarlo en el contexto del estado de necesidad disculpante. Obsérvese que el propio legislador alemán discutió la posibilidad de incluir el honor entre los bienes susceptibles de estado de necesidad del §35 StGB en el proyecto de 1975 cuando incorporó la libertad a la vida y la integridad física que ya estaban expresamente regulados. Sin embargo, finalmente los bienes jurídicos quedaron limitados a la vida, la integridad física y la libertad. Sobre esto *vid.*, por todos, ROXIN, *Derecho penal...*, t. I..., § 22, pp. 905 y ss. (margs. 22 y ss.),

lito de agresión sexual. Por ello, la conducta encuadra en el delito de abuso sexual sin intimidación típica, pudiendo dentro del margen de decisión que el marco penal ofrece al juez, tener en cuenta que existió intimidación “no típica” y valorar ello a la hora de la determinación de la pena en concreto⁸⁷⁰.

4. La solución del caso es diametralmente distinta si los hechos son encuadrados en la época en que se relatan en el evangelio. Allí, en el segundo nivel de análisis, debía valorarse la lesión al bien jurídico vida que en su confrontación con la libertad sexual, a la luz de los baremos del estado de necesidad disculpante como criterio de decisión, permiten sostener la existencia de amenaza relevante e intimidación típica.

Esto posibilita sostener que la propuesta de solución desarrollada en este trabajo ofrece un marco dogmático conceptual que permite ser adaptado a la realidad jurídico-penal de distintos países y momentos. Ello, además de seguridad, le otorga flexibilidad a la propuesta.

§ 2. “LA VIOLACIÓN DE LUCRECIA”

1. La descripción de los hechos de W. SHAKESPEARE en «*The rape of Lucrece*» donde Sexto Tarquino amenaza a la joven Lucrecia con matarla y matar a su vez a uno de los esclavos colocándolo luego en su lecho y que le contaría a Colatino -su marido- que él les dio muerte al descubrirlos juntos admite ser analizados a la luz de la propuesta aquí desarrollada.

⁸⁷⁰ Ello, del mismo modo, que en los supuesto de situación de necesidad que no encuadren en el contexto del estado de necesidad disculpante por no tratarse de la vida, la integridad física o la libertad deberían, *de lege ferenda*, posibilitar una atenuación de la pena para quien actuó en esa situación.

2. Al igual que en el caso anterior están aquí en juego la libertad sexual, la vida y el honor. Sin embargo, se presentan en un esquema algo distinto. A saber, Sexto Tarquino intenta doblegar la voluntad de Lucrecia poniéndole en perspectiva dos males al mismo tiempo. Por una parte quitarle su vida y también la vida de otra persona -el esclavo- y por otra manchar su honor al contar luego a su marido y al resto del pueblo que él, defendiendo el honor de su amigo les dio muerte al encontrarlos a ambos en el lecho.

3. La situación encuadra en un caso de autoría mediata -en sentido amplio- toda vez que Sexto Tarquino “instrumentaliza” a Lucrecia para que ella se autolesione. Ya sólo con el primero de los males puestos en perspectiva por Sexto Tarquino -la muerte de Lucrecia- es suficiente para considerar con los baremos del estado de necesidad disculpante que la amenaza fue relevante y la intimidación típica.

Por ello, en este caso, sin necesidad de entrar a analizar la afectación al honor también puesta en perspectiva, corresponde concluir que la «violación de Lucrecia» fue un supuesto que, en la legislación española actual, encuadraría como delito de agresión sexual por la existencia de intimidación típica.

§ 3. “EL CASO DEL ALFILER”

1. El llamado caso del alfiler, que dio origen a la propuesta subjetiva desarrollada en España por SUAY HERNANDEZ, se presenta, en principio, como la puesta en perspectiva a la víctima de una afectación a su integridad física, con la afectación a la libertad sexual como *actio mixta*. Sin embargo, es posible sostener que más allá de la afectación con-

creta -en mayor o menor medida- a la integridad física existe la posibilidad de afectación potencial a otros bienes jurídicos por el contexto espacio temporal de ejecución de los hechos.

2. En un primer momento corresponde analizar los hechos a partir de la amenaza concreta puesta en perspectiva verbalmente por Luis M. N. al anunciarle a Dolores S. J. que si se resistía la pincharía, sacando posteriormente un alfiler y colocándolo en el parasol de su auto.

Para determinar la relevancia de la amenaza de Luis M. N., en un primer nivel de análisis corresponde verificar la existencia de un contexto de autoría mediata -en sentido amplio-. Pocas dudas caben en este caso de la “instrumentalización” de Dolores S. J. por parte del autor. Ahora bien, en el segundo nivel de análisis conviene determinar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado por parte de Luis M. N. y para ello se analiza la decisión de la víctima a la luz de los baremos del estado de necesidad disculpante.

La decisión de Dolores S. J. de afectar su libertad sexual como medio para salvaguardar su integridad física parece en principio “disculpada” y por consiguiente no auto responsable, trasladando la imputación a Luis M. N. Ahora bien, no cualquier amenaza con puesta en peligro de la integridad física, por mínima que está sea, es suficiente para trasladar la responsabilidad de la decisión al autor. Un simple pinchazo en cualquier lugar del cuerpo podría acarrear afectaciones menores a la integridad física que la propia penetración en un acto sexual incluso consentido.

La afectación a la integridad física, al igual que la afectación a la libertad en general y a diferencia de la afectación a la vida admite es graduable. Ello hace necesario determinar que niveles de afectación a la integridad física o a la libertad son suficientes para trasladar la responsabilidad al autor por la decisión de la víctima.

Hasta donde alcanzo a ver, este debe ser un ámbito de valoración judicial. Sin embargo, en este caso en particular, teniendo en cuenta la es-

En la descripción fáctica corresponde afirmar que si bien el autor puso en perspectiva un peligro para la integridad física éste fue de menor entidad y no es posible trasladar la responsabilidad al autor. Distinto podría ser el caso si se probara que “pinchar” se refería a algo distinto al mero puntazo con el alfiler como podría ser el caso de la utilización de un arma blanca, que el alfiler estuviese infectado con una enfermedad infecto-contagiosa, etc.

Este caso encuadra en el tipo de abuso sexual por no existir consentimiento, pero tampoco intimidación típica. Sin embargo, es importante aclarar que los hechos fueron anteriores al Cp 1995. En esa lógica, a la luz de la propuesta aquí desarrollada donde se recurría a los baremos del estado de necesidad defensivo -ampliando el ámbito de responsabilidad del autor- para aquellas legislaciones donde no existiera un tipo residual como el de abuso sexual, correspondería imputar a Luís M. N. por delito de violación.

3. El caso se complica aún más si se evalúan los riesgos potenciales. A saber, más allá de la afectación concreta a la integridad física por el pinchazo con un alfiler puede la víctima representarse una serie de puestas en peligro de otros bienes jurídicos suyos teniendo en cuenta la situación espacio temporal.

§ 4. “EL CASO DE LA MUJER COQUETA”

1. El llamado caso de la mujer coqueta, presentado por GIMBERNAT ORDEIG con el objetivo de llevar al absurdo a las propuestas subjetivas de interpretación del concepto de amenaza no admite ni la menor duda bajo la propuesta aquí desarrollada.

2. La mujer que es amenazada por el autor con revelar su verdadera edad es “instrumentalizada” por este -autoría mediata en sentido amplio-. Ello es así porque el autor actúa “con” ella para la concreción de su propósito que es la afectación de la libertad sexual de la víctima.

Sin embargo, analizando la decisión de la víctima a la luz de los baremos del estado de necesidad disculpante no es posible validar su conducta. A saber, la elección por guardar un secreto -jurídicamente irrelevante- a cambio de la afectación de su libertad sexual es una decisión que no puede trasladarse al autor como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Se trata de un supuesto de auto responsabilidad de la víctima. Es decir, la decisión se imputa a la víctima.

3. Ahora bien, en la legislación penal española a partir del Cp 1995 el caso de la mujer coqueta puede perfectamente encuadrarse en el tipo de abuso sexual. Pues si bien no existe intimidación típica, sí es posible sostener que la víctima actuó sin consentimiento.

§ 5. “LA INTERRUPCIÓN DE LA AMISTAD”

1. La Doctrina penal alemana suele recurrir con frecuencia a un caso de BGH donde se valoró la puesta en perspectiva de la interrupción de la amistad como mal sensible a la luz del delito de coacción del § 240 StGB⁸⁷¹. En aquel fallo se describe que tres personas, dos hombres y una mujer, se encontraban en un apartamento. Uno de los hombres y la mujer tenían una relación de amistad. En ese contexto el hombre que mantenía la relación de amistad con la mujer le pidió a ésta que mantuviese relaciones sexuales con el tercer hombre y le anunció que

⁸⁷¹ BGH, Urteil vom 31.03.1982 - 2 StR 2/82 (LG Köln).

si no lo hacía el terminaría la amistad con ella. La mujer, bajo esa amenaza, concretó el contacto sexual con el tercero.

2. El primer punto interesante de este caso es su encuadre fuera de los delitos contra la libertad sexual. El delito de violación intimidatoria en el StGB se limita a la amenaza con males que pongan en peligro el cuerpo -lesiones- o la vida. En ese contexto, la conducta aquí descrita no encuadra en el delito de violación. Por el contrario, al no existir como en el Cp 1995 un delito residual de abuso sexual la única alternativa viable es analizar la conducta como un supuesto de coacciones. Sin embargo, para ello debe probarse la existencia de una amenaza con un mal sensible.

3. En el contexto del Cp 1995 la amenaza del amigo con dar fin a esa relación de amistad si no se accede al contacto sexual con el tercero debe ser valorada, en primer lugar, a la luz del delito de agresión sexual.

Queda claro que la conducta de la víctima accediendo, finalmente al contacto sexual, no es consentida. Lo que debe probarse es si existe en este caso una intimidación típica en el sentido del delito de agresión sexual o si en su defecto la conducta debe ser castigada como abuso sexual -sin intimidación típica-.

4. La descripción de los hechos permite sostener que existe una actuación del autor “con” la víctima, pues ésta es colocada por aquel en la obligación de decidir entre mantener la amistad con él cediendo ante su pedido de contenido sexual o por el contrario perder la amistad. La elección de la víctima en este caso debe ser considerada autoresponsable toda vez que no existe una amenaza contra la vida, la integridad física o la libertad. Consecuentemente la conducta debe encuadrarse en el delito de abuso sexual, por ser la amenaza con la pérdida de la

amistad un mal no relevante para configurar intimidación típica en el sentido del delito de agresión sexual.

5. Es importante recordar que en aquellas legislaciones donde no existe la figura residual del abuso sexual la intimidación debe valorarse a la luz de los baremos del estado de necesidad defensivo. Sin embargo, incluso allí, será difícil sostener que en este caso se esté en presencia de intimidación típica y ello queda claramente de manifiesto en la discusión alemana donde se mantiene el debate sobre si dicho mal es «sensible» en el sentido del §240 StGB.

§ 6. “EL CASO DE LA MUJER CON UNA HIJA ADOPTIVA”

1. El caso de la amenaza con informar el carácter de adoptada de la niña, hija de la mujer con la que el autor pretende el contacto sexual, requiere un doble nivel de análisis.

Por una parte, la determinación de la efectiva existencia de un proceso intimidatorio en triángulo con personas que entran dentro del círculo de sujetos abarcables en estado de necesidad. Y por otra, en caso de existir la relación personal exigida entre la destinataria de la amenaza y la destinataria del mal, la ponderación del mal puesto en perspectiva y de la *actio mixta* respectiva.

2. El círculo de personas incluíbles en los supuesto de amenaza triangular, como ya se puso de manifiesto, está dado por los parientes y las personas allegadas al sujeto del que se pretende la concreción de la *actio mixta*⁸⁷². En el presente caso la destinataria del anuncio es la “ma-

⁸⁷² La propia regulación del StGB, desde 1975, incorpora al círculo de personas de privilegio en el contexto del §35 a los parientes y las personas allegadas. Sobre es-

dre”, mientras que la destinataria del mal allí anunciado es la niña adoptada. Es decir, la *actio mixta* queda como opción de la madre que es quien en definitiva está en condiciones de elegir entre realizar el acto sexual con el autor o en su defecto permitir que la niña sufra con la noticia.

El hecho encuadra perfectamente dentro del círculo de personas abarcables en la amenaza triangular, pues en el peor de los casos la relación entre “madre” y niña es de personas allegadas, mientras que si existe en el caso, como es presumible, un proceso formal de adopción la relación es de parentesco.

3. Comprobada la existencia de la relación personal entre destinataria del anuncio y destinataria del mal anunciado corresponde, a la luz de la propuesta aquí desarrollada, analizar el proceso intimidatorio para determinar la existencia de intimidación típica o atípica.

El sujeto activo del caso “instrumentaliza” a la “madre” configurando un contexto de autoría mediata -en sentido amplio-. Ella participa con el autor en un proceso que concluye con la afectación de un bien jurídico propio -su libertad sexual-. Ahora bien, para determinar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado por la amenaza del autor es necesario analizar el comportamiento de la víctima. ¿Es la elección de la víctima una conducta auto responsable? La respuesta es afirmativa.

El mal puesto en perspectiva por autor a la madre es la afectación de la niña de enterarse su carácter de adoptada de un modo prematuro a lo recomendado por los especialistas para estos casos. Pero no existe allí ni una afectación a la vida, a la integridad física o a la libertad de la menor. Si ello es así recurriendo a los baremos de la exculpación debe

to, con detalle, *vid.* ROXIN, *Derecho penal...*, t. I..., § 22, pp. 908 y ss. (margs. 30 y ss.),

afirmarse que la víctima fue autoresponsable y por tanto no corresponde trasladar la imputación por su decisión al autor. En definitiva el autor no creó un riesgo jurídicamente desaprobado con su amenaza, no existe un supuesto de intimidación típica y la conducta debe ser castigada como delito de abuso sexual.

4. Sin embargo, se abre aquí un posible punto de debate. A saber, cuando se hace referencia a la integridad física de las personas se está hablando de un concepto amplio o restringido de integridad física. Es decir, la posible afectación psíquica de la niña al anoticiarse antes de lo sugerido de su carácter de adoptada ¿puede ser considerado un supuesto de lesión o puesta en peligro de su integridad “física” -en sentido amplio-?

Este tema ha sido intensamente debatido en la doctrina española; sin embargo se asume aquí un concepto restringido de integridad física descartando la posibilidad de considerar la integridad psíquica de la niña como incluida dentro del baremo del estado de necesidad disculpante.

§ 7. “LOS SUPUESTOS DE TRATA DE BLANCAS”

1. El caso de la trata de personas presentado en la primera parte del trabajo donde se describía la conducta de los dueños de algunas casas de alterne de Murcia que bajo la amenaza de males puestos de manifiesto a través de determinados ritos *Vudú* obligaban a mujeres nigerianas a ejercer la prostitución encuadra en un supuesto proceso intimidatorio de configuración alternativa.

2. Los sujetos pasivos de este grupo de casos eran mujeres nigerianas que habían sido ingresadas engañadas e ilegalmente a España con el

objetivo concreto de que ejercieran la prostitución. En ese contexto los hechos encuadran en un supuesto de víctimas constitutivamente débiles. A saber, los propietarios de las casas de alterne -o quienes ejercieron la amenaza sobre las mujeres- adaptaron su comportamiento a la debilidad concreta de estas mujeres.

En ese contexto corresponde afirmar que pese a constituir la amenaza concreta ejecutada a través del rito Vudú un mal que ex ante es irrelevante para el Derecho y para un persona “en situación normal” la valoración debe ser distinta en este caso particular.

Las víctimas tienen un déficit valorativo y los sujetos activos han adaptado su comportamiento -eligiendo las víctimas-. Ese déficit valorativo debe ser compensado por los autores asumiendo mayores deberes de responsabilidad que si hubiesen actuado con personas no constitutivamente débiles.

3. Lo expuesto permite afirmar que aunque se trate de víctimas cuya debilidad es irrelevante para el Derecho la adaptación del autor hace que pese sobre él la compensación del déficit valorativo de la víctima.

En consecuencia puede sostenerse que las víctimas nigerianas intimidadas a través de ciertas prácticas del rito Vudú fueron “instrumentalizadas” por los sujetos pasivos que actuaron “con” ellas y que aunque deba hablarse de víctimas responsables, el baremo de la responsabilidad del autor se amplía por la adaptación de actuar con esta clase de víctimas. En definitiva podría hablarse de intimidación típica en el sentido del delito de agresión sexual.

4. Claro que un tema distinto, sobre el que remitimos a los supuestos ya tratados de uso de una situación intimidatoria generada previamente por un tercer, es el de si corresponde hablar estrictamente de un supuesto de agresión sexual. Pues debe tenerse en cuenta que la intimidación la realiza una persona y el acto sexual concreto lo realiza otra que es altamente probable que desconozca que la persona con la que actúa está actuando bajo intimidación previa.

F. CONCLUSIONES

«Que elijas adentrarte por los ríos,
y no meterte de frente al mar,
porque conviene llegar a lo más difícil
a través de lo más fácil».

TOMÁS DE AQUINO, *Opuscula Theologica I*, 451,
citado por NUBIOLA, *En el taller...*, p. 63.

1. La dogmática jurídico-penal ha invertido un esfuerzo sensiblemente mayor en el estudio de los problemas de la parte general por sobre los de la parte especial del Derecho penal. En determinado momento la doctrina pareció interesarse en temas de parte especial con el apogeo del Derecho penal económico o de la empresa. Sin embargo, ello no fue más que una entelequia, pues en realidad los problemas que generaba el llamado “nuevo” Derecho penal volvían a centrarse en las reglas de imputación de la parte general. La doctrina, no obstante ello, ha presentado numerosos trabajos con abordaje de problemas concretos de la parte especial con un enorme interés dogmático.

2. La parte especial del Derecho penal se construye con figuras que en muchos casos, sin llegar a poder afirmar que por la frecuencia en su uso son temas de parte general, se repiten en un número significativo de tipos. Entre ellas, los medios comisivos, suelen ser un recurso frecuente en los delitos en particular. Entre otros, la violencia o la fuerza;

la intimidación, o coacción o amenaza; el engaño y el abuso de confianza son medios a través de los cuales se describen conductas en las que el autor, haciendo uso de ellos, logra determinado comportamiento por parte del sujeto pasivo. Los medios comisivos, como género, contienen un grupo de comportamientos que por llevar al doblegamiento de la voluntad, y no al error, denominamos «medios coactivos». La especie «medios coactivos» tiene dos pilares fundamentales que son la violencia y la intimidación. Tanto uno como otro aparecen como núcleo estructural de una gran cantidad de delitos, no solamente en la legislación española sino, claro está, en todas las legislaciones penales.

3. El concepto de violencia ha merecido la atención de la Ciencia penal tanto por su influencia en la parte general como en la parte especial del Derecho penal. Su interés práctico y dogmático es insoslayable. Sin embargo, sin dejar de ser un tema atractivo, cuenta con más páginas en su haber que su fiel compañera de viaje «la intimidación». La intimidación como elemento del tipo objetivo aparece en casi la misma cantidad de figuras penales que la violencia y en algunos casos de modo independiente.

4. El estudio conceptual o, si se prefiere, la delimitación de la intimidación como medio coactivo puede ser abordada individualmente en alguno de los tipos penales que la adoptan o de modo transversal. Es decir, como elemento general con las mismas particularidades para todos los tipos penales. La opción metodológica de este trabajo ha sido iniciar su estudio como medio coactivo de un delito en particular. En concreto, desde la estructura del delito de agresión sexual. No obstante ello, la propuesta que aquí se sugiere puede superar los límites del tipo de agresión sexual. En ese sentido, la idea es el punto de partida para un abordaje general de la intimidación como medio coactivo en la parte especial del Derecho penal.

5. Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales en la legislación penal española a partir del Cp 1995 dan un protagonismo central a los medios coactivos, en particular a la violencia y a la intimidación. La primera clasificación de estos tipos se construye sobre la existencia o inexistencia de medios coactivos. De ese modo se describen, por un lado las agresiones sexuales, utilizando violencia o intimidación y sin consentimiento; y por otro, los abusos sexuales, sin violencia e intimidación y sin consentimiento. Con este esquema el abuso sexual se convierte en un tipo penal de recogida donde convergen los supuestos de hecho que no pueden ser encuadrados en la figura de la agresión sexual por la inexistencia de medios coactivos relevantes.

6. Si bien la opción del legislador español de distinguir entre agresiones y abusos resulta correcta, hubiese sido oportuno tener en cuenta una cierta lógica gradual en la tipificación de las conductas. La técnica legislativa más adecuada es la de construir los tipos penales a partir de un conducta concreta que refleje la “negación al derecho”. A saber, en el contexto de los delitos contra la libertad la «negación al derecho» estaría dada por la tipificación de la conducta sexual realizada «sin consentimiento», es decir por los abusos sexuales. A partir de allí debe el legislador, concretar las conductas que contengan un plus de disvalor. Desde esa lógica, la pena mínima del delito de agresión sexual debería corresponderse con la pena máxima de los abusos sexuales.

7. El legislador penal español, tanto en el tipo penal de agresión sexual como en las demás figuras penales en las que ha echado mano de la intimidación ha optado por no definir el concepto y no adjuntarle requisitos específicos. Es decir, no hay una intimidación “apellidada”. No obstante ello, sí ha recurrido a un sistema gradual de amenazas en el delito de amenazas propiamente dichas en el contexto de los delitos contra la libertad. Allí, apreciando los diferentes grados de males que pueden ser puestos en perspectiva, ha tipificado las amenazas de un mal constitutivo de delito, arts. 169 y 170 y las amenazas de un mal no constitutivo de delito art. 171. Dejando de todos modos un laguna le-

gal para las amenazas con males constitutivos de delitos que no se hayan expresamente enumerados en el listado del art. 169.

8. La lógica gradual de tipificación hubiese permitido también generar algo de luz en esa confusa relación entre los delitos sexuales intimidatorios como delitos contra la libertad sexual y las amenazas condicionales como delitos contra la libertad en general. Al construir los delitos sexuales sobre la existencia o inexistencia de medios coactivos se dejó completamente sin intervención a las amenazas condicionales en el contexto de las conductas sexuales. Los casos donde la amenaza condicional esté dada por el anuncio de un mal delictivo -art. 169- serán generalmente supuestos de intimidación y el principio de especialidad obligará a encuadrarlo entre las agresiones sexuales -art. 178-. Por su parte, los casos de amenazas condicionales con el anuncio de un mal no delictivo -art. 171- nuevamente por el principio de especialidad deberán recaer en las agresiones sexuales si existió intimidación o en su defecto en los abusos sexuales si la intimidación no existió o fue irrelevante para el Derecho -art. 181-. Por su parte, aquellos casos donde la amenaza condicional se concretó a través del anuncio de un mal delictivo pero no previsto en el listado del art. 169 -laguna de punibilidad y conducta no típica- nuevamente como en el supuesto anterior deberán calificarse como agresiones sexuales si existió intimidación relevante o como abusos sexuales si no hubo intimidación o ésta fue irrelevante para el Derecho.

Finalmente, queda como ámbito específico y único de las amenazas condicionales el grupo de casos donde existió el anuncio de un mal no inmediato.

9. El análisis de las legislaciones penales de determinados países de nuestro ámbito cultural ha permitido observar que existe una constante en cuanto al recurso a la intimidación como medio compulsivo. Sin

embargo, no aparece en otras legislaciones el esquema diferenciador de figuras básicas de los delitos sexuales a través de la existencia o no de conductas coactivas. Tanto en la legislación italiana, chilena, peruana, colombiana como en la argentina se ha recurrido a la *vis compulsiva* como elemento estructural de los tipos sexuales. En algunos casos haciendo uso de la expresión intimidación y en otros a la expresión amenazas. La única legislación que se distancia del estándar es la alemana, pues en ella no es suficiente la existencia de una amenaza cualquiera, ni siquiera de una relevante o sensible (*Drohung mit einem empfindlichen Übel*), sino que es ineludible la amenaza con un mal que ponga en peligro la vida o la integridad física (*Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben*).

10. La interpretación de la intimidación en la dogmática jurídico-penal no se ha apartado del esquema tradicional de abordaje de los elementos valorativos de los tipos penales. A saber, se han polarizado las interpretaciones entre los criterios objetivos y subjetivos extremos, tomando la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria el camino intermedio al que hemos denominado en este trabajo «concepción tradicional del concepto intimidación».

11. La concepción tradicional del concepto de intimidación se presenta como el criterio mixto o la postura intermedia entre las propuestas objetivas y subjetivas. Su punto de partida es la estructura de las amenazas condicionales y su núcleo conceptual el contexto espacio temporal de los hechos concretos. A saber, delimita la intimidación teniendo en cuenta además del mal puesto en perspectiva por el autor, el lugar y el momento donde se producen los hechos. Para la determinación específica de la intimidación se requiere, en primer lugar, la existencia de una amenaza -puesta en perspectiva de un mal- grave, injusto, determinado, posible, inmediato, futuro y dependiente de la voluntad de quien la emite. En segundo lugar, se tiene especialmente en cuenta la víctima concreta y se analiza el efecto psicológico que la amenaza produjo en ella. La exigencia de amenaza con determinadas características

aproxima a la concepción tradicional a los criterios objetivos. Sin embargo, la preocupación por la víctima concreta y el efecto psicológico que se produjo en ella la aproxima a las posturas subjetivas.

12. La concepción tradicional del concepto de intimidación, como toda postura mixta, intenta usufructuar los argumentos más sólidos de las propuestas extremas entre las que se propone posicionarse. Sin embargo, en esa exportación argumental lleva no sólo las explicaciones irrefutables, sino también manifestaciones que son plausibles de críticas desde las posiciones contrapuestas. La exigencia de una amenaza como causa necesaria de la intimidación, exportada de las posturas objetivas, ha merecido una sólida crítica desde los criterios subjetivos que descartan la importancia de la causa en la intimidación poniendo el acento tan solo en el efecto producido en la víctima que es, según postulan, lo que se exige en la descripción típica. Por su parte, la especial atención a las particularidades de cada víctima, exportada de las concepciones subjetivas, ha sido blanco de ataque de los partidarios de posturas objetivas; alegando, no sin razón, que no es posible hacer depender un elemento objetivo del tipo de la mayor o menor sensibilidad del sujeto pasivo.

13. La teoría del ilícito o de la causa constituye la posición objetiva más extrema a la hora de interpretar la intimidación como medio coercitivo. Los partidarios de esta concepción sostienen que para la existencia de intimidación típica es *conditio sine qua non* la presencia de una amenaza como causa. A su vez, no cualquier amenaza es relevante a la luz del Derecho penal sino que por el contrario, es preciso que la amenaza sea el anuncio de un mal grave, objetivamente grave. Se busca estandarizar el concepto a través de una postura objetiva que permita delimitar la intimidación para todos los casos, con independencia de la mayor o menor sensibilidad de la víctima concreta. Para determinar la gravedad objetiva del mal, con un criterio estandarizado, se exige que constituya una conducta delictiva con pena equiparable, al menos, a la propia agresión sexual -GIMBERNAT- o un mal de los previstos

expresamente en el tipo penal de amenazas del art. 169 del Cp 1995 - GONZÁLEZ RUS-.

14. Las teorías del ilícito o de la causa implican un avance significativo en la interpretación de la intimidación como medio coactivo. Tienen a su vez un mérito insoslayable en la moderna dogmática jurídico-penal de la parte especial que procura, como se hace normalmente en la parte general, estandarizar la interpretación. Sin embargo, no abarcan la intimidación de modo integral, sino que por el contrario se limitan a establecer un criterio para delimitar un requisito concreto. A saber, la amenaza de la que parten como hipótesis irrefutable. Por ello, no alcanzan a explicar el proceso completo de la intimidación sino que se detienen y centran su análisis en la causa, sin llegar a describir la intimidación como proceso causal.

15. La teoría de la voluntad o criterio subjetivo suple parcialmente la falta de explicación de la intimidación como proceso causal al poner sus esfuerzos en explicar su último tramo. A saber, el efecto psicológico que se produce en la víctima. Los partidarios del criterio subjetivo, muy especialmente SUAY HERNÁNDEZ como su máxima referente en España, rechazan la necesidad de la amenaza como causa necesaria para iniciar el proceso causal que puede llevar al efecto de intimidar. Afirman que, si bien la resistencia de la víctima y la amenaza pueden ser elementos importantes para probar la ausencia de consentimiento y la existencia de intimidación respectivamente, no son requisitos expresamente exigidos en el tipo penal. Por ello, centran su estudio en el efecto que produce determinado comportamiento del autor en la víctima concreta.

16. La teoría de la voluntad, si bien parece aproximarse a la solución justa, en el caso concreto termina generando un ámbito de inseguridad de difícil legitimación en un Derecho penal que pretende salirse de la

arbitrariedad y estandarizar sus conceptos. No es posible considerar típica o atípica determinada conducta del autor con base en la mayor o menor pusilanimidad de la víctima. Por su parte, las mayores dificultades de esta propuesta surgen a la hora de probar el efecto psicológico producido en la víctima. Justamente han sido dificultades probatorias similares las que han llevado en el marco de la parte general a desarrollar propuestas dogmáticas tendientes a minimizar la necesidad de la existencia de tales elementos. A modo de ejemplo, la paulatina disminución en exigir la prueba del elemento volitivo en el dolo.

17. La totalidad de las teorías tendientes a interpretar la intimidación pueden ser encuadradas en algunas de las tres concepciones anteriores: objetivas, subjetivas o mixtas. En cada una de ellas aparecen criterios que matizan y pueden, aun permaneciendo en el grupo, tender a aproximarse a alguno de los otros criterios. Pero más allá de estos matices y sin ser estrictamente teorías de interpretación de la intimidación como medio coactivo aparecen como cuarto grupo dos alternativas. Ambas constituyen, a la luz de la legislación penal española vigente, propuestas de *lege ferenda*. En primer lugar la idea de BERTOLINO construyendo la estructura de todos los delitos sexuales sobre la falta de consentimiento y el disenso de la víctima, sin mención alguna a la existencia de medios coactivos. En segundo lugar, proponiendo justamente lo contrario, la postura sugerida por CANCIO MELIÁ en consonancia con el StGB donde se establece que solo tienen relevancia jurídico-penal en los delitos sexuales amenazas con males graves, en concreto amenazas contra la vida o la integridad física de las personas.

18. La teoría del disenso, si bien no explica la estructura de los delitos sexuales violentos, fundamenta correctamente la materialidad del delito de abuso sexual que representa la “negación al Derecho” en materia de delitos contra la libertad sexual.

Por su parte, la propuesta de aproximar la legislación española al esquema del StGB y exigir una amenaza de determinadas características

aparece como la solución más razonable. Sin embargo, la redacción actual del delito de agresión sexual, como la de los demás tipos penales que recurren a la intimidación como medio coercitivo, hace necesario desarrollar un criterio dogmático de delimitación. Ello, al menos, hasta que el legislador penal español opte por un técnica legislativa más distintiva en materia de medios coactivos.

19. La intimidación, como tantos otros elementos normativos de los tipos penales de la parte especial requieren de un esfuerzo de estandarización por parte de la dogmática jurídico-penal. Dicho esfuerzo implica necesariamente un aporte en el afán de la búsqueda de la verdad científica que en el caso particular consiste en mesurar la naturaleza y el grado del mal que se pone en perspectiva de una persona. Esa necesidad surge de los propios fundamentos de la dogmática y encuentra argumentos favorables tanto de orden sistemático, histórico, como teleológico.

20. La intimidación es un proceso causal con un esquema claramente definido. Intervienen en dicho proceso, al menos en el llamado tradicional, dos personas. El sujeto activo que como causa anuncia un mal determinado -amenaza- y el sujeto pasivo receptor de dicho mensaje. A su vez, en los que se da el nombre de procesos intimidatorio de configuración alternativa pueden participar otros sujetos, por ejemplo destinatarios del mal anunciado al sujeto pasivo -doble sujeto pasivo- u otros sujetos responsables de la concreción del mal -doble sujeto activo-. El sujeto activo con su anuncio pone en perspectiva del sujeto pasivo un mal. Ese mal, por tener determinadas características concretas coloca al sujeto pasivo en una situación especial. En esa situación especial el sujeto pasivo queda ante la «necesidad» de elegir entre el mal anunciado o la condición, en este caso sexual, impuesta por el sujeto activo. Su “elección” concluye el proceso intimidatorio.

Ese esquema ha sido explicado en este trabajo a través de peldaños. El primer peldaño es el anuncio del mal al sujeto pasivo; el segundo esta

dado por la situación de inseguridad en el que la víctima tiene que elegir; el tercer peldaño es la elección del sujeto pasivo. En este último peldaño, según sea el caso, puede llegar a determinarse intimidación relevante e imputar al sujeto activo; o por el contrario, intimidación atípica y trasladar la responsabilidad a la propia víctima descartando responsabilidad jurídico-penal del, al menos, por el delito de agresión sexual.

21. La diferencia cuantitativa y cualitativa en el estudio de la parte general y la parte especial del Derecho penal, puesta de manifiesto al iniciar estas conclusiones, ha generado una importante descompensación entre ambas. Tomando como punto de partida dicha descompensación es posible ofrecer distintos canales para abordar la explicación de proceso causal intimidatorio a través de criterios de la parte general y muy especialmente de la teoría del delito.

22. El primer paso implica el recurso a institutos de la teoría del delito que explican estructuralmente el proceso intimidatorio. Desde esa perspectiva se ha corroborado la capacidad explicativa, por una parte de la figura de la autoría mediata -en sentido amplio- y, por otra, la estructura de la imputación objetiva.

La figura de la autoría mediata -en sentido amplio- ofrece una estructura excelente para explicar los tipos de la parte especial en los que el autor requiere de cierta participación de la víctima para la concreción del delito. El esquema de tipos penales realizados “contra” o “con” la víctima es de gran ayuda para explicar la figura de la intimidación. En esa línea ya se había trabajado seriamente en Alemania para explicar la estructura del tipo penal de estafa y existe una relación estrecha entre las figuras de engaño e intimidación. Por ello, los criterios normativos desarrollados para la determinación del instrumento por coacción u otras situaciones de necesidad en la autoría mediata, por tratarse de un delito realizado “con” la víctima, son razonamientos útiles para explicar también la intimidación como medio coactivo de la parte especial.

Pero fundamentalmente para entender estructuralmente la intimidación. Todo proceso intimidatorio de la parte especial implica una estructura de autoría mediata -en sentido amplio- donde el sujeto activo “instrumentaliza” al sujeto pasivo y para que éste último se lesione a sí mismo.

23. Continuando en la explicación de la estructura de la intimidación, el segundo paso implica recurrir a institutos de la teoría del delito para explicar la intimidación como «proceso intimidatorio», es decir como proceso causal. Esa idea se ha trabajado recurriendo al estudio de las teorías de la causalidad y la teoría de la imputación objetiva.

24. Las teorías de la causalidad y posteriormente la teoría de la imputación objetiva ofrecen sólidas estructuras para explicar las razones para imputar a un hecho la condición de causa de un determinado resultado. Entre dichas estructuras se destaca especialmente «el comportamiento de la víctima» como correctivo de la teoría de la imputación objetiva. El proceso intimidatorio como relación intersubjetiva dota de especial relevancia al aporte que el sujeto pasivo realiza a través de la elección de los males que el sujeto activo le puso en perspectiva.

25. La conclusión a la que se llega en el ámbito de las estructuras es que en algunos casos -a determinar luego a nivel de subestructuras o criterios de decisión- estará prohibido -por una norma de conducta derivada del tipo- al autor efectuar la amenaza por el riesgo -desaprobado- de lesión de la libertad sexual de la víctima, y ello aunque, como luego veremos, sea la víctima la que tome la decisión de actuar. En definitiva, en determinados casos, se trata de imputar al autor la decisión que lleva a cabo la víctima.

26. Establecida la estructura del proceso intimidatorio a la luz de la autoría mediata -en sentido amplio- y la imputación objetiva a nivel de subestructuras se determinan los criterios de decisión. Es decir que en este nivel corresponde determinar cómo y cuándo la afectación a la libertad sexual de la víctima corresponde serle imputada al autor por la puesta en perspectiva de un mal -amenaza-.

27. Para ello, a nivel de subestructuras son posibles dos alternativas. En primer lugar la solución del consentimiento, defendida fundamentalmente en Alemania por FRISCH. En esta lógica se pretende determinar la autorresponsabilidad de la víctima indagando sobre las razones de su “no” libertad.

28. En segundo lugar, también a nivel de subestructuras, la alternativa es el recurso a la figura del estado de necesidad.

La víctima de un proceso intimidatorio, del mismo modo que un autor que actúa bajo estado de necesidad, tiene la posibilidad de elegir entre, al menos, dos males. Esa posibilidad de elegir, si bien implica una restricción de la libertad al limitarla a dos opciones, permite sostener que existe un grado de libertad. Es justamente a partir de ese margen de libertad de elegir que tiene el sujeto pasivo de un proceso intimidatorio que debe valorarse su aporte como «comportamiento de la víctima». La estructura del estado de necesidad se convierte de ese modo en un elemento con buena capacidad de rendimiento para explicar la intimidación a nivel de las subestructuras y extraer de sus principios los baremos o criterios de decisión para determinar en qué casos se imputa al autor -intimidación típica- y en qué casos se imputa a la víctima -intimidación atípica-.

29. Para analizar la conducta de la víctima como subestructura de estado de necesidad existen, al menos, dos caminos.

Por una parte, determinar la autorresponsabilidad de la víctima siguiendo a ROXÍN y a CANCIO MELIÁ a través de los baremos del estado de necesidad disculpante. Por otra, siguiendo a JAKOBS extraer los baremos de la lógica del estado de necesidad defensivo. En ambos casos, se trata de determinar el ámbito de responsabilidad de la víctima -titular del bien jurídico- para en su caso excluir la imputación a favor del autor.

30. El baremo del estado de necesidad disculpante limita la falta de responsabilidad de la víctima cuando ésta haya sido amenazada con males que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad.

Mientras que el baremo del estado de necesidad defensivo, por el contrario, amplía el ámbito de responsabilidad del autor al considerar supuestos de falta de responsabilidad de la víctima aquellos casos donde el autor obliga a la víctima a realizar una redistribución de sus bienes. Es decir que cuando la víctima realice una redistribución razonable de sus bienes, incluso en aquellos casos donde ella decida salvar un bien de menor valor, corresponderá imputar al autor.

31. La base de afectación a la libertad en un proceso intimidatorio debe construirse sobre los baremos del estado de necesidad defensivo, de tal modo de incluir como afectación a la libertad de la víctima, puesta en perspectiva de males -amenaza- incluso de menor valor. Sin embargo, en legislaciones como la española donde existen dos niveles de afectación a la libertad sexual y el delito de abuso sexual como tipo residual corresponderá recurrir a los baremos del estado de necesidad disculpante para determinar la responsabilidad del autor.

Ello permite sostener que en los demás delitos de la parte especial del Código penal español que recurran a la intimidación como medio coactivo podrá determinarse la imputación a través de los baremos del estado de necesidad defensivo.

32. Se ha tratado, en definitiva, de determinar a través de estándares desarrollados en la parte general de Derecho penal la «potencialidad» de la intimidación como medio coactivo.

Los criterios que se han ofrecido en este trabajo como punto de partida para explicar la intimidación, aunque toman especialmente en cuenta el comportamiento de la víctima, lejos están de llegar a planteos restrictivos extremos para la imputación penal de los sujetos activos como lo fueron la exigencia de resistencia de la mujer, la *sibi imputet si habitu meretricio incessit*⁸⁷³, la exigencia de conducta previa irrepreensible por parte de la víctima⁸⁷⁴, la liviandad de la mujer⁸⁷⁵, etc.

No se ha tenido en cuenta en estos planteamientos la perspectiva del sujeto pasivo sobre los hechos concretos, sino su aporte concreto a los hechos. Justamente el comportamiento que en el momento del hecho, y sólo en ese momento, la víctima desplegó ha sido el punto de partida para una de las propuestas dogmática aquí desarrolladas. Por ello no pueden confundirse tampoco las premisas de esta propuesta con las trabajadas por los defensores del criterio subjetivo.

33. Claro que en el camino analítico propuesto se encontrará el intérprete con variados escollos. Sin embargo, todos ellos, con mayor o menor dificultad, podrán ser sorteados.

⁸⁷³ «Cúlpese a sí misma a la que anda con vestiduras propias de meretrices».

⁸⁷⁴ Mostrando las enormes dificultades de establecer la conducta previa intachable de la mujer o, mejor dicho, las conductas previas reprobables o su mala fama como atenuante de la pena del autor y la criminalización de la víctima en los delitos sexuales *vid.*, por todos, CARRARA, *Programa...*, *Parte especial*, vol. II, § 1533, p. 277.

⁸⁷⁵ «*Mullier procax meretricem improbitate vincit*» (la mujer liviana vence en improbidad a la prostituta), Cicerón, (spec. 583, medit. 12)

El hecho de que en el estado de necesidad el sujeto que actúa amparado por tal estructura elija siempre lesionar un bien de una tercera persona para salvar uno propio, o de un tercero, no es óbice suficiente para negar la posibilidad de recurrir a esta estructura para explicar el proceso intimidatorio. Si bien es cierto que en la intimidación el sujeto elige lesionar un bien propio para salvar otro también propio, ello no significa que la estructura cambie radicalmente. En definitiva la propuesta no lleva a sostener que en esos casos hay estado de necesidad sino simplemente a afirmar que los baremos del estado de necesidad sirven como criterios de decisión para imputar al autor o a la víctima.

34. La propuesta analítica de recurrir al estado de necesidad como correctivo del «comportamiento de la víctima» para explicar la intimidación como proceso, como toda teoría dogmática tiene como intervinientes a sujetos “normales”. Sin embargo, existen en el interactuar social determinados sujetos a los que se les ha dado acertadamente el nombre de «estructuralmente débiles». Para esos casos, claro está los estándares de solución merecen una serie de correctivos generándose una aumento de responsabilidad en los sujetos activos que actúan con personas de estas características.

La primera ampliación de la responsabilidad del autor surge de la propia ley penal. Consiguientemente, cuando se actúa con sujetos estructuralmente débiles cuya debilidad es relevante para el Derecho -inimputables- la responsabilidad se traslada directamente al autor que responde por un delito contra la indemnidad sexual.

La segunda ampliación no surge directamente de la ley sino de argumentos de orden dogmático. A saber, cuando el autor actúa con víctimas estructuralmente débiles cuya debilidad es irrelevante para el Derecho lo hace adaptando su comportamiento a dicha debilidad. En consecuencia, es esa adaptación lo que justifica la ampliación de responsabilidad que lo obliga a responder por no suplir el déficit valorativo de la víctima.

35. Entre los supuestos de difícil solución a la luz de la propuesta aquí desarrollada surge también el grupo de los casos donde se coloca a la víctima en una situación de riesgo meramente potencial. Surge aquí un debate que excede con creces los objetivos de este trabajo y que tiene que ver con el juicio de peligrosidad en el estado de necesidad. La solución correcta para estos casos pasa por el «juicio objetivo del observador inteligente dentro del ámbito del sujeto actuante», los dos bienes para los cuales el autor anuncia un mal deben hallarse objetivamente en peligro. Ello hace descartar como peligro real las suposiciones erróneas del sujeto sobre la existencia del peligro.

36. Finalmente los supuestos de intimidación de configuración alternativa si bien se diferencian estructuralmente de los procesos de intimidación tradicional pueden ser analizados con los mismos baremos de interpretación que estos.

37. La propuesta desarrollada en este trabajo no se presenta como “la solución” al complejo problema de la determinación de la relevancia penal de la intimidación como medio coactivo. Se propone más bien presentar una alternativa analítica que se sustenta en la descompensación existente entre los estudios de parte especial y la teoría del delito. Sin lugar a dudas merecerá una serie de críticas importantes. Sin embargo, es una vía posible para intentar avanzar en el estudio de temas concretos de la parte especial buscando estandarización y baremos en la tan desarrollada dogmática de la Teoría jurídica del delito.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009.
- AA. VV., *Compendio de Derecho penal español (Parte Especial)*, Manuel Cobo del Rosal (dir.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- AA. VV., *Curso de Derecho penal parte especial*, Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- AA. VV., *Comentarios al nuevo Código penal*, Gonzalo QUINTERO OLIVARES/ José M. VALLE MUÑIZ (dir.), Aranzadi, Pamplona, 1996.
- AA. VV., *Comentarios al Código penal de 1995*, I y II, Tomás S. VIVES ANTÓN (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- AA. VV., «Commento articolo per articolo della L. 15 /2 /1996 n. 66 - Norme contro la violenza sessuale», en *Legisl. Pen.*, (1996), pp. 413 y ss.
- AA. VV., *Mujer y Derecho penal*, Virgilio LATORRE LATORRE (coord.), Instituto Valencí de la Dona y Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- AA. VV., *Aportaciones de la psicología al ámbito jurídico*, Francisco J. LABRADOR (dir.), en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.
- AA. VV., *Violación. Estupro. Abuso deshonesto*, Jorge D. LÓPEZ BOLADO (coord.), Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1971.
- ACERO, Juan J., *Filosofía y análisis del lenguaje*, Cincel, Madrid, 1985.
- ACERO, Juan J. / BUSTOS, Eduardo / QUESADA, Daniel, *Introducción a la Filosofía del Lenguaje*, 4ª ed., Cátedra, Madrid, 1996.
- AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *El delito de chantaje*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- ALBA Y OSUNA, Ángel / LUZÓN CUESTA, José María, *El delito de violación modificado por la ley de actualización del Código Penal*, Real Academia de legislación y jurisprudencia de Murcia, Murcia 1991.
- ALEXY, Robert, «Sobre reglas y principios» (entrevista), en *La Ley* (30 de octubre 2008), (traducción de Pilar Zambrano), pp. 1-3.
- ALSTON, William P., *Filosofía del lenguaje*, editorial Alianza, Madrid, 1974.

- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, «El delito de violación: la conducta típica», en ADPCP, (1989), pp. 571-591.
- ALONSO RIMO, Alberto, «Implicancias de la perseguibilidad privada y del perdón en la esfera de los delitos contra la libertad sexual», en AA. VV., *Mujer y Derecho penal*, Virgilio LATORRE LATORRE (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 261-274.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, «El llamado delito de violación en el nuevo Código Penal. Jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996», en *Cuadernos de derecho judicial*, n° 7, (1997), pp. 13-175.
- AMBROSINI, Giangiulio, «*Violenza sessuale*», en *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999.
- , *Le nueve norme sulla violenza sessuale. Legge 15 febbraio 1996, n. 66*, UTET, Torino, 1997.
- AMELUNG, Knut, «Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm», en GA, (1999), pp. 182-2003.
- , «*Noch einmal: Notwehr sog. Chantage*», en NStZ, (1998), pp. 70-71.
- , «*Nötigung durch Straßeblockade*», en NStZ, (1996), pp. 230-231.
- , «*Sitzblockade, Gewalt und Kraftentfaltung. Zur dritten Sitzblockaden-Entscheidung des BVerFG*», en NJW, (1995), pp. 2584-2591.
- , «*Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen*», en GA, (1982), pp. 381-393.
- ANTONY, Carmen, «Mujer y normatividad penal: panorama de la discusión legal en América latina desde la perspectiva de género», en *Nullum Crimen*, 2, Santa Cruz de la Sierra, (1993), pp. 20-24.
- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 13ª ed., integrada e aggiornata a cura di Conti, L., Milano, 1999.
- ARTIGAS, Mariano, *Filosofía de la Ciencia*, EUNSA, Pamplona, 1999.
- ARTZ, Gunther, «*Zwischen Nötigung und Wucher*», en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, pp. 625-640.
- , «*Zum Zweck und Mittel der Nötigung*», en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, pp. 823-839.
- , *Willensmängel bei der Einwilligung*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1970.
- ARZT, Gunther /WEBER, Ulrich, *Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2000.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova S.A., Barcelona, 1985.
- AUSTIN, John L., *Cómo hacer cosas con palabras*, (trad. G. Carrio /E. Rabossi), 3ª ed., Paidós, Barcelona, 1990.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principio de Derecho pena. Parte general*, 5ª ed., Akal /iure, Madrid, 1998.
- , *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1994.

- , «Robo con intimidación violenta fingida», en PJ, núm. 5, (1987), pp. 101-105.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994.
- BARQUÍN SANZ, Jesús, «Notas acerca del chantaje y de la cláusula de oportunidad en su persecución», en RECPC, 04-01, (2002), pp. 1-15.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, «Problemas básicos de los delitos sexuales», en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile (Valdivia), núm. especial, agosto (1997) vol. 8 supl., pp. 73-94.
- , «La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea», en ADPCP, (1994), fasc. III, pp.191-306.
- BASCUÑÁN VALDES, Aníbal, *Manual de técnica de investigación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971.
- , *El delito de abusos deshonestos*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1961.
- BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Woflang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 11. neubearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.
- BEGUÉ LEZAÚN, Juan J., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ley orgánica 11 /99*, de 30 de abril, Bosch, Barcelona, 1999.
- BENLLOCH PETIT, Guillermo, «Delitos contra la administración de justicia», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 337-3361.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, «Anotaciones a la reforma del Código penal de 1989», en *Jornadas de Psiquiatría Forense*, Ministerio de Justicia, Madrid, (1990), pp. 151-162.
- BERGMANN, Alfred, *Das Utrecht der Nötigung (§ 240 StGB)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983.
- BERISTAIN, Antonio, «La intimidación en Derecho español», en Separata de la Revista de Derecho judicial, año VI, núm. 24, (1965), pp. 11-42.
- BERMEJO, Mateo G., «La ponderación de intereses en el estado de necesidad y el delito de tráfico de drogas», en ADPCP, (2005), pp. 939-965.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús «Algunas reflexiones sobre la ponderación de intereses en el estado de necesidad», en José CEREZO MIR / Fabio SUÁREZ Montes / Antonio BERISTAIN Ipiña / Carlos M. ROMEO CASANOBA (eds.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Comares, Granada, 1999.
- BERNER, Albert F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18ª ed., Tauchnitz, Leipzig, 1898.
- BERTOLINO, Marta, «La riforma dei reati di violenza sessuale», en Studium Iuris, (1996).
- , «La violenza sessuali tra presente e futuro», en AA. VV., *Norme contro la violenza sessuale (legge 15 febbraio 1996)*, (coord. Alberto Cadoppi), Dedam, Padova, 1996.
- , *Libertà sessuale e tutela penale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993.

- BERTULEIT, Achim, *Sitzdemonstrationen zwischen prozedural geschützter Verammlungsfreiheit und verwaltungsrechtsakzessorischer Nötigung. Ein Beitrag zur Harmonisierung von Art. 8 GG, § 15 VersG und § 240 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonder Teil*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1902.
- , *Die Normen und Ubertretung*, Leipzig, 1877.
- BLANKE, Nikolas, *Das qualifizierte Nötigungsmittel der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Gafahrbegriffs des Strafgesetzbuches*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
- BLOY, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.
- BOGGIANO PICO, Antonio, *Il matrimonio nel diritto canonico: con riferimenti alla legislazione concordataria*, Unione tipografico editrice torinese, Torino, 1936.
- BOIX REIG, Javier, «De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual», en AA. VV., *Mujer y Derecho penal*, (coord. Virgilio Latorre Latorre), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 11-20.
- BOLEA BARDON, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BRANDARIZ GARCÍA, Jose A., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Comares, Granada, 2003.
- BUSSE, Volker, *Nötigung im Strafsenverkerbr, Strafrecht. Strafverfahren. Kriminologie*, Band. 27, Neuwied und Berlin, 1968.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1991.
- CADENAS, R. Javier, «Algunas críticas a las teorías de jakobs, Timpe y Roxin sobre el parágrafo 35 del Código penal alemán», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, tomo 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 389-406.
- CADOPPI, Alberto (dir.), *Commentario delle norme contro le violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Cedam, Padova, 1999.
- CAMPOS SALVAGNO, Carlos, *Los delitos sexuales*, Montevideo, 1934.
- CAMPS, Victoria, *Pragmática del lenguaje y Filosofía analítica*, ed. Península, Barcelona, 1976.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», en LL, núm. 80, (2011), pp. 1-20.
- , *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal*, 2 ed., Universidad Externado de Colombia-José María Bosch Editor, Bogotá, 2001.
- , *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

- , «La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo», en Jakobs, Günther / Cancio Meliá, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 61-95.
- , «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», L.L.(e), (1996-6), D-366.
- CARBONEL MATEU, Juan C. / VIVES ANTÓN, Tomás S., «Delitos contra la constitución», en Tomás S. VIVES ANTÓN / Enrique ORTS BERENGUER / Juan C. CARBONEL MATEU / José L. GONZÁLEZ CUSSAC / Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal - Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 701-714.
- CARMONA SALGADO, Concepción, «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», en AA. VV., *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 1163-1184.
- , «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el título VIII, libro II del Código penal. Agresiones y abusos sexuales», en Manuel COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, 2005, pp. 239-286.
- , / GONZÁLEZ RUS, Juan J./ MORILLAS CUEVAS, Lorenzo/ POLAINO NAVARRETTE, Miguel/ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Curso de Derecho penal parte especial*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- , Los delitos de abusos deshonestos, Bosch, Barcelona, 1981.
- CARO CORIA, Dino C. / SAN MARTÍN CASTRO, César, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos legales y procesales*, Grijley, Lima, 2001.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, parte especial, volumen II, (trad. Jorge Ortega Torres / Jorge Guerrero), Temis, Bogotá, 1997.
- CARUSO FONTÁN, María V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CASADO ABAD, Jesús M., *Influjo de las amenazas de suicidio en el consentimiento matrimonial*, Cuadernos Colección Canónica de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1965.
- CASTILLO ALVA, José L., *La violación en el Derecho penal peruano*, Jurista, Lima, 2001.
- CASTIÑEIRA PALOU, María T., «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio», en en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 129-161.
- , «Delitos contra las relaciones familiares», en en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 163-182.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *El delito de coacciones en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CIANCIARDO, Juan, «Los límites del sistema normativo», en Revista de Derecho, Universidad de Piura, vol. 5, (2004), pp. 421-451.

- CIVOLI, Cesare, *Trattato di Diritto penale*, v. 4, Luigi di Giacomo Pirola, Milano, 1916.
- COASE, Ronald H., «*Blackmails*», en *Virginia Law Review*, vol. 74, (1988), pp. 655-676.
- , «*The problem of Social Costs*», en *Journal of Law and Economics*, 3 (1960), 1, pp. 1-44.
- COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005.
- , / SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Gestión de cobro de morosos y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- COLLI, Antonianna, «La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, (1997), pp. 1163-1181.
- CONTIERI, Enrico, *La congiunzione carnale violenta*, 2ª ed., Dott. A. Guffrè editore, Milán, 1967.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Cómo hacer un tesis en Derecho. Curso de metodología a la investigación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- CRESPI, Alberto/ STELLA, Federico/ ZUCCALÀ, Giuseppe, *Comentario breve al Codice penale*, 5ª ed., ed. CEDAM, Padova, 1999.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal*, Parte Especial, tomo I, 6ª ed., 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- , *Sinopsis de Derecho penal*, Zeus, Rosario, 1978.
- CUGAT MAURI, Miriam, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en CÓRDOBA RODA, Juan/ GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 311-424.
- DALLINGER, Wilhelm, «*Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtsbofs in Strafsachen*», en *MDR* (1975), pp. 194-199.
- DAMINI, Paolo, «*Sulla nozione di "atti sessuali" ex art. 609 bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?*», en *Indice pen.*, (1998), pp. 199-219.
- DESANTES-GUANter, José María / LÓPEZ YEPES, José, *Teoría y técnica de investigación jurídica*, Síntesis, Madrid, 1996.
- DESCARTES, René, *Discurso del método / Meditaciones metafísicas*, (trad. Manuel García Morente), Espasa, 35ª ed., Buenos Aires, 2001.
- DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro, *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, *El delito de amenazas (En el nuevo Código Penal). Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y modalidades*, Editorial General de Derecho S. L., Valencia, 1997.

- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Delitos contra la libertad (II). Amenazas y coacciones», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal Español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 189-205.
- , «Los delitos contra la libertad sexual», en AA. VV., *Estudios sobre el nuevo Código penal*, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (edt.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 157-178.
- , *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Edersa, Madrid, 1986.
- DE RIVACOPA Y RIVACOPA, Manuel, *Las causas de justificación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
- DE VEGA RUÍZ, José A., DE VEGA RUÍZ, José A., *La violación en la doctrina y en la jurisprudencia*, Colex, Madrid, 1994.
- , «Los delitos contra la libertad sexual en la Ley orgánica de 3 /1989 de 21 de junio», en LL, (1990-2), pp. 1051-1065.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- , «La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999», AP, (1999-2), marginal 781, pp. 781-806.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- DIÉZ RIPOLLES, José L./ ROMENO CASABONA, Carlos M. (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Madrid, 2004.
- , Delitos contra la seguridad de menores e incapaces, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- , «Capítulo II. Amenazas», en DIÉZ RIPOLLES, José L./ GRACIA MARTÍN, Luis (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 773-814.
- , «Las últimas reformas en el Derecho Penal sexual», en EPC, XIV, (1989-1990), pp. 41-108.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II-A, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fé, 2003.
- , *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo I, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 1999.
- DOSSETTI, Giuseppe, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, reimpresión de la edición de 1943, Vita e Pensiero, Milano, 1998.
- EGGERT, Matthias, «Chantage-Ein Fall der Beschränkung des Notwehrrechts», en NSTZ (2001), pp. 225-231.
- ESCHENBACH, Jürgen, «Der spezifische Zusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Erfolg. Über Strafbarkeitslücken und wie sie schließt», en Jura (1995), pp. 14-17.
- ESCOBAR GIMÉNEZ, Rafael, «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», en Serrano Butragueño, Ignacio (coord.), *Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 1998, pp. 1052-1087.

- ESER, Albin, «*Irritationen um das "Fernziel"*». *Zur Verwerflichkeitsrechtsprechung bei Sitzblockaden*, en B. TÖPPER (coord.), *Wie würden Sie entscheiden? Festschrift für Gerd JAUCH zum 65. Geburtstag*; C.H. Beck, München, 1990, pp. 35-53.
- ESPINOZA VASQUEZ, Manuel, *Delitos sexuales. Cuestiones médico-legales y criminológicas*, 2ª ed., Marsol Perú, Trujillo, 1983.
- ETCHEVERRY, Juan B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- FEDELE, Pio, *Lo spirito del Diritto canonico*, Dott. Carlo Cya, Padova, 1962.
- , *Contributi alla teoria canonistica dei vizii del consenso matrimoniale*, Dott. Carlo Cya, Firenze, 1940.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Instituto peruano de Ciencias penales, Grijley, Lima, 2002.
- FELIP I SABORIT, David, «El aborto», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 49-61.
- FERNÁNDEZ REGATILLO, Eduardo, *Matrimonio por miedo*, "Sal Terrae", 22, (1933), *Ius Sacramentarium*, 2ª ed., Santander, pp. 636-637.
- FIANDACA, Giovanni, «*Violenza sessuale*», en *Enc. Dir. Aggior.*, IV, Milano, (2000).
- , «La rilevanza penale del "bacio" tra anatomia e cultura», en *Foro it.*, (1998).
- FISCHER, Thomas, *StGB- Beck'sche Kurz Kommentar*, 55. Aufgabe, Verlag C. H. Beck, München, 2008.
- FLORIAN, Eugenio, *Delitti contro la libertà*, Vallardi, Milano, 1923.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Delitos sexuales*, 2ª ed., Arayú, Buenos Aires, 1953.
- FREUND, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Strafrechtlehre*, Springer, Berlín, 1998.
- FRÍAS CABALLERO, Jorge, *Teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
- FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (trad. Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- , *Tipo penal e imputación objetiva*, (trad. Manuel Cancio Meliá), Colex, Madrid, 1995.
- , «*Funktion und Inhalt der "Irrtums" im Betrugstatbestand*», en *Bockelmann-FS*, p. 647.
- FRISTER, Helmut, «*Die Notwehr im System der Notrechte*», en *GA* (1988), pp. 291-316.
- FROMMEL, Monika, «*Zur Strafbarkeit von Sitzblockaden*», en *KJ* (1989), pp. 484-499.
- GALLEGO SOLER, Ignacio, *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los artículos 369, 379, 372, 374, 375 y 377 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.

- GARAFULIC LITVAK, María Paz, *Mujer y Derecho. Una aproximación a la situación legal de la mujer en tres países sudamericanos: Argentina, Chile y Perú*, Proyecto Fundación Ford, Institute for international Education, Santiago de Chile, 2001.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico, Parte general*, Ara editores, Lima, 2003.
- , *La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa. Criterios de imputación*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.
- GARCÍA GARCÍA, María A., «Los delitos de violación y estupro en el Proyecto de Código penal», en Poder Judicial, núm. 28, (1992), pp. 123-131.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Derecho penal práctico. Parte especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
- GARCÍA VALDES, Carlos / FIGUEROA NAVARRO, Carmen, «El delito de violación: sentido y proporcionalidad de la conducta típica», en AA. VV., *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 383-400.
- GARCÍA VICENTE, José R., «La intimidación en los contratos (Estudio jurisprudencial)», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1903-1928.
- GAVIER, Enrique Alberto, *Delitos contra la integridad sexual - Análisis de la ley N° 25.087 - antecedentes parlamentarios*, editorial Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba (Argentina), 1999.
- GEILEN, Gerd, «*Raub und Erpressung (§§ 249-256 StGB)*», en Jura (1980), pp. 43-52.
- , «*Raub und Erpressung (§§ 249-256 StGB)*», en Jura (1979), pp. 53-54; 109-110; 165-166; 221-222; 277-278; 333-334; 389-390; 445-446; 501-502; 557-558; 613-614; 669-670.
- GIACCHI, Orio «*Sul fondamento della nullità per violenza nel matrimonio canonico*», en *Estratto dall'Ephemerides Iuris Canonici*, Annus IV (1948), núm. 4, pp.1-8.
- , *Il consenso nel matrimonio canonico*, A. Giuffrè, Milano, 3ª ed., 1973.
- , *La violenza nel negozio giuridico canonico: contributo alla dottrina canonista dei negozi giuridici*, A. Giuffrè, Milano, 1937.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estado de Derecho y ley penal*, La Ley, Madrid, 2009.
- , «Los nuevos gestores de la moral colectiva», en El Mundo, de 10 de julio de 2004, p. 5, (<http://www.elmundo.es/papel/2004/07/10/opinion>).
- , *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999.
- , «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria», en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 287-305. También en ADPCP, (1969), fascículo 3, pp. 489-509.
- GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1953.

- , *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires 1940.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar, «El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal del 23 de noviembre de 1995», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, (1995), pp. 297-333.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, «Recensión a Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2001», en *Indret* (www.indret.com), Barcelona, (abril 2002-081).
- GÓMEZ POMAR, Fernando/ ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, Thomson Civitas, Navarra, 2005.
- GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *RECCP*, 07-04, (2005), publicado 21 de mayo de 2005.
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M., «“¿Amenaza, coacción, o libertad?”. Un propuesta de distinción entre los tipos penales de amenazas y coacciones», en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, LexisNexis, (2 /2007), pp. 213-226.
- GONZÁLEZ ORTÍZ, Miguel A., «La determinación del engaño típico en el delito de seducción», en *Revista electrónica de Derecho penal, Derecho procesal penal y Criminología* (www.derechopenalonline.com), 21 /04 /2006, pp.1-15.
- GONZÁLEZ RUS, Juan J., «¡No!», y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y agresión sexuales», en *AA. VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 2011-2036.
- , «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», *CPC*, (1996), núm. 59, pp. 321-371.
- , «Los delitos de agresiones y abusos sexuales», en *Derecho y Opinión*, N^o 3-4, (1995), pp. 355-372.
- , *La violación en el Código Penal español*, ediciones Universidad de Granada, departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, Granada, 1982.
- , *El bien jurídico protegido en el delito de violación*, Salamanca, 1982.
- GÖSSEL, Karl Heinz, *Das neue Sexualstrafrecht. Eine systematisches Darstellung für die Praxis*, Der Gruyter Recht, Berlin, 2005.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos, *Acuerdos del pleno de la sala penal del T.S. para unificación de jurisprudencia, años 1991-2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GRAUL, Eva, «Urteil des BGH v. 20.10.1999 - 2 StR 248 /99 (BGHSt. 45, 253)», en *JR* (2001), pp. 114-120.
- , «Nötigung durch Sitzblockade», en *JR* (1994), pp. 51-58.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 condordado y comentado*, Burgos imprenta de D. Timoteo Arnaiz, Madrid, 1872.

- GROLMAN, Karl, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2ª ed., Gieß, en y Darmstadt, 1805.
- GUARDIOLA GARCÍA, Javier, *La realización arbitraria del propio derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GÜNTGE, Georg-Friedrich, «Das Handlungsunrecht der sexuellen Nötigung bei schutzloser Lage des Opfers», en NJW (2004), pp. 3750-3752.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, t. I, Taurus, Madrid, 1999.
- HARBECK, Brigit, *Probleme des Einheitsstatbestandes sexueller Nötigung / Vergewaltigung*, Nomos, Baden-Baden, 2000.
- HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, 2ª ed., (trad. Genaro R. Carrio), Abeleto Perrot, Buenos Aires, 1998.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. Francisco Muñoz Conde / Luis Arroyo Zapatero), Bosch, Barcelona, 1984.
- HAUF, Claus-Jürgen, *Strafrecht. Besonder Teil I. Vermögensdelikte*, 2ª ed., Luchterland, Tübingen, 2002.
- HERDEGEN, Gerhard, «§ 249», en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11., neu bearbeitete. Sechster Band §§ 223-263a, De Gruyter Recht, Berlin, 2005, pp. 144-163.
- , «§ 253», en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11., neu bearbeitete. Sechster Band §§ 223-263a, De Gruyter Recht, Berlin, 2005, pp. 205-225.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996.
- HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDESA, Madrid, 1996.
- , «Itinerario ideológico de la victimización sexual de la mujer», en CPC, núm. 60, (1996), pp. 745-770.
- , «Recientes posiciones jurisprudenciales sobre los delitos sexuales», en CPC, núm. 52, (1994), pp. 339-348.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2008.
- , *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Eunsa, 3ª ed., Pamplona, 2000.
- HERZBERG, Rolf D., «Die Sitzblockade als Drohung mit einem empfindlichen Übel», en GA (1998), pp. 211-214.
- , «Die nötigende Gewalt. Probleme der begrifflichen Ein- und Abgrenzung», en GA (1997), pp. 251-278.
- , «Strafbare Nötigung durch Vesperren des Fahrwegs?. Kritische Überlegungen zum Sitzblockade-Beschluß des BVerfG und zum Autobahnblockade-Urteil des BGH», en GA (1996), pp. 557-568.

- , «*Abergläubische Gefahrbewendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotssirrtums* - BGHSt. 35, 347», en Jura (1990), pp. 16-26.
- HENTIG, Hans von, *Estudios de psicología, El chantaje*, t. IV (José María Rodríguez Devesa trad.), Espasa-Calpe, Madrid, 1946.
- HIDALGO BARAS, Isidoro, «Los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas. Tipo básico y privilegiado. La realización arbitraria del propio derecho como modalidad del apoderamiento violento sin robo: problemática», en *Estudios Jurídicos - Ministerio Fiscal*, núm. VI, Madrid, 1999, pp. 307-338.
- HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, José, *Principios de Filosofía del lenguaje*, volúmenes I y II, editorial Alianza, Madrid, 1980-2.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan F., *El delito de coacciones*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1983.
- HOHMANN, Olaf / SANDER, Günther M., *Strafrecht. Besonder Teil II. Delikte gegen die Person und gegen die Allgemeinheit*, C. H. Beck'sche, München, 2000.
- HORN, Eckhard, «§ 240», en RUDOLPHI /HORN /GÜNTHER, *Systematischer Kommentar*, 6 ed., Luchterhand, Berlín, 1998, pp. 36-69.
- , «*Die drohung mit einem erlaubten Übel: Nötigung?*», en NStZ (1983), pp. 497-501.
- HOYER, Andreas, «*Der Sitzblockadenbeschluss des BVerfG und seine Konsequenzen für den Begriff der Drohung*», en GA (1997), pp. 451-456.
- HRUSCHKA, Joachim, «La imputación ordinaria y extraordinaria en PUFENDORF. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*», (trad. Nuria Pastor Muñoz), Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2006.
- , «Sobre la difícil prueba del dolo» en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la Teoría de la imputación*, (trad. Ramon Ragues i Valles), BdeF, Montevideo, 2009, pp. 181-197.
- , «La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción», (trad. Pablo Sánchez-Ostíz), en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la Teoría de la imputación*, (coord. Pablo Sánchez Ostíz), BdeF, Montevideo, 2009, pp. 289-308.
- , «La coacción en el sistema del Derecho penal», (trad. M. Teresa Madiedo Hontañón), AP, número 3, (2000), pp. 51-68.
- , «*Die blockade einer Autobahn durch Demonstranten -eine Nötigung?*», en NJW (1996), pp. 160-164.
- , «*Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant*», en GA, (1991), pp. 1-10.
- , «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», (trad. Frances, Baldó Lavilla), en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la Teoría de la imputación*, (coord. Pablo Sánchez Ostíz), BdeF, Montevideo, 2009, pp. 12-29.
- , *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1988.

- , «*Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*», en *Festschrift für Eduard Dreber zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1977, pp. 189-210.
- HUHN, Andreas, *Nötigende Gewalt mit und gegen Sachen*, Nomos, Berlin, 2007.
- IGLESIAS RÍOS, Miguel A., *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999.
- IMMEL, Markus, «*Zur Einschränkung der §§ 239 a I, 239 b I StGB in Fällen "typischer" Erpressung / Nötigung im Drei-Personen-Verhältnis*», en NSTZ, (2001), pp. 67-71.
- IÑIGO CORROZA, Elena / RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, *Los acuerdos de la sala penal del tribunal supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Atelier, Barcelona, 2007.
- JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid, 2003.
- , «*Sobre los grados de incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión*», en RPDJP, núm. 4, (2003).
- , «*Consumación material de los delitos de lesión contra las personas. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial*», (trad. Sergi Cardenal Montraveta), en Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, núm. 4, (2002), pp. 1-18.
- , / Manuel CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000.
- , «*Coacciones por medio de violencia*», en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho penal*, (trad. Manuel Cancio Meliá / Enrique Peñaranda Ramos/ Carlos Suárez González), Civitas, Madrid, 1997, pp. 439-459.
- , *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., (trad. Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997.
- , «*Las coacciones por medio de amenazas como delito contra la libertad*», en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, (trad. Manuel Cancio Meliá / Enrique Peñaranda Ramos / Carlos Suárez González), Civitas, Madrid, 1997, pp. 461-480.
- , *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- , *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid, 1996.
- JAREÑO LEAL, Ángeles, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- JESCHECK, Hans-H. / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, (Trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
- JOFRE, Tomás, *El Código penal de 1922*, Sociedad de Abogados Editores, Buenos Aires, 1922,
- KARL, Walter, «*Zur objektiven Bestimmung der Nötigung*», en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001, pp. 905-916.

- KATZ, J. J., *Filosofía del lenguaje*, editorial Martínez Roca, Madrid, 1971.
- KELKER, Brigitte, *Der Nötigungsnotstand*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- KINDHÄUSER, Urs, «El consentimiento en Derecho penal. Reflexiones desde la teoría de las normas», en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, volumen II, (trad. Juan Pablo Manalich), Coimbra, 2009, pp. 559-582.
- , *La estafa como autoría mediata tipificada*, (trad. Jorge Fernando Perdomo Torres), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- , «§ 253 *Erpressung*», en NEUMANN *et al.*, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, volumen 4, 6 entrega, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp.1-37.
- , «*Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*», ZStW 96, (1984).
- , «*Kausalanalyse und Handlungszuschreibung*», en GA, 1982.
- , *Intentionale Handlung*, Duncker und Humbolt, Berlín, 1980.
- KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.), *Nomos Kommentar: Strafgesetzbuch*, Band 2, (§§146-358), 2. Aufgabe, Baden Baden, 2005.
- KLAPPENBACH, Fernando M., *El abuso sexual*, (Tesina Especialización en Derecho penal-Universidad Austral, promoción 2003-2004), INÉDITA.
- KLEINSCHROD, Gallaus Aloys, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*, Erster Teil, 3ª ed., Erlangen, 1805.
- KREY, Volker, *Zum Gewaltbegriff im Strafrecht. 1. Teil. Probleme der Nötigung mit Gewalt (§ 240 StGB)*, en *Was ist Gewalt? - Auseinandersetzungen mit einem Begriff*—, Sonderband der BKA-Forschungsreihe, Wiesbaden, 1986.
- KREY, Volker / HELLMAN, Uwe, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Band 2, 13., neu bearbeitete Auflage, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2002.
- KUHLEN, Lothar, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.
- KÜPER, Wilfried, «*Drohung um Warnung. Zur Rekonstruktion und Revision des klassischen Drohungsbegriffs*», en GA, (2006), pp. 439-468.
- , *Strafrecht. Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, 4. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2000.
- , «*Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und verantwortungsprinzip*», en JZ, (1989), pp. 935-948.
- , «*Grundsatzfragen der «Differenzierung» zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. Notstand, Pflichtenkollision, Handeln auf dienstliche Weisung*», en JuS, (1987), pp. 81-92.
- , *Darf sich der Staat erpressen lassen?. Zur problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstandes*, C. F. Müller, Heidelberg, 1986.
- , «*Zum Raub mir einer «Scheinwaffe» (§ 250 Nr. 2 StGB) - BGH, NJW 1976, 248*», en JuS, (1976), pp. 645-649.
- LABAUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal*, t. II, 7ª ed., Santiago de Chile, 1996.

- LABRADOR, Francisco J., «El control de las conductas humanas. Por qué funcionan las conductas», en AA. VV., *Aportaciones de la psicología al ámbito jurídico*, (dir. Francisco Javier Labrador), en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, pp. 9-53.
- LACKNER, Kart / KÜHL, Kristian, *StGB-Kommentar*, 26. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007.
- LANGLE RUBIO, Emilio, *La mujer ante el Derecho Penal*, Hijos de Reus, Madrid, 1911.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), 2da edición española de la 4ta alemana, editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- LARRAURI PIJOÁN, Elena, «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», en *Cuadernos de derecho judicial*, n° 7, (1997), pp. 175-196.
- , «La mujer ante el Derecho Penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de educación a distancia, Madrid núm. 2, (año 1992), p. 291.
- , *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Siglo XXI de España editores S. A., Madrid, 1994.
- , «Control formal y Derecho Penal en las mujeres», en Elena LARRAURI PIJOAN (coord.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Siglo XXI de España editores S. A., Madrid, 1994, pp. 93-108.
- , *Libertad y amenazas*, PPU, Barcelona, 1987.
- , «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de amenazas», en CPC, (1987), pp. 563-587.
- , «El allanamiento de morada y el derecho a la vivienda», en CPC, núm. 23, (1984), pp. 291-309.
- LAUBENTHAL, Klaus, *Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2000.
- LAUFHÜTTE, Heinrich, «§ 177», en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11., neu bearbeitete. Fünfter Band §§ 146-222, De Gruyter Recht, Berlin, 2005, pp. 65-88.
- LENCKNER, Theodor / PERRON, Walter / EISELE, Jörg, «§ 177», en *Strafgesetzbuch-Schönke-Schröder-Kommentar*, 27., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, pp.1536-1552.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Delitos contra el orden público», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 363-386.
- LOENING, Richard, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena, 1903 (reimpreso en Hildesheim en 1967)
- LESCH, Heiko, «Die Nötigung als Delikt gegen die Freiheit», en *Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag*, Luchterhand, Neuwied, 2004, pp. 483-496.

- , *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer Funktionalen Revision*, Heymanns, Köln, 1999.
- LORCA MARTÍNEZ, José, «El mal con el que se conmina en la violación a la hija menor de edad», en AP, (1995-2), pp. 673-682.
- LUZÓN PEÑA, Diego M., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996.
- , Aspectos esenciales de la legítima defensa, Bosch, Barcelona, 1978.
- LUZÓN PEÑA, Diego / MIR PUIG, Santiago (dir.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Legítima defensa y estado de necesidad*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977.
- MANCI, Filippo, *Reati sessuali, Violenza carnale. Atti di libidine. Corruzione di minorenni. Ratto. Lenocinio. Azione penale*, Fratelli Bocca ed., Torino, 1927.
- MANFREDINI, Mario, *Trattato di diritto penale. Delitti contro la moralità pubblica e il buono costume. Delitti contro la famiglia*, 4ª ed., Francesco Vallardi, Milán, 1934.
- MANRESA Y NAVARRO, José M., *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, v. 2º, 6ª ed., REUS, Madrid, 1967.
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, ed. CEDAM, Padova, 2001.
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale*, vol. VI, Fratelli Bocca ed., Torino, 1908.
- MAÑALICH, Juan P., *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff in Strafrecht*, Nomos, Bonn, 2009.
- , «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», en KINDHÄUSER, Urs / MAÑALICH R., Juan P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, ARA editores, Lima, 2009, pp. 41-71.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal LO 3 /1989», en LL, (1990-2), pp. 1150-1162.
- MARCHETTI, Daniela / DI TILLIO, Antonio, *La violenza sessuale. Aspetti giuridici e medico-legali*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2000.
- MARINI, Giuliano, *Delitti contro la persona*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1996.
- MARTÍN, Adrián N., «Poder punitivo, discurso de género y Ley 25.087 en su interpretación judicial», en Revista electrónica de Derecho penal, Derecho procesal penal y Criminología (www.derechopenalonline.com), 21 /04 /2006, pp.1-20.
- MARTÍNEZ DORAL, José M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *Imputación objetiva del resultado*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Mª. Isabel, «El delito de extorsión», en CPC, núm. 44, (1994), pp. 371-419.
- MARTÍNEZ ZUÑIGA, Lisandro, *Derecho Penal sexual*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1977.

- MATUS ACUÑA, Jean P. / RAMÍREZ GUZMÁN, M^a Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, Universidad de Talca, Talca, 2001.
- MAYOL MÁRQUEZ, Beatriz, «Acciones defensivas de carácter autolesivo derivadas de un peligro generado por el autor (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2000. Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater)», en AP, (2001).
- MAURACH, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1.*, o., neu bearbeitete Aufgabe, C.F. Müller, Heidelberg, 2003.
- MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, (trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Astreal, Buenos Aires, 1994.
- MENDOZA DURAN, José O., *El delito de violación*, Colección Nereo, Barcelona 1963.
- MESTER, Georg Jakob F., *Principia Iuris Criminalis Germaniae communis*, 6^a ed., Göttingen, 1819.
- MEZGER, Edmundo, *Derecho penal. Libro de estudio*, tomo II, parte especial, (trad. a la 6^a ed. alemana de Conrado A. Finzi), El Foro, Buenos Aires, 2001.
- MIR PUIG, Santiago, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», en SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio M. (coord.), *Entre el funcionalismo y el principialismo, y las instituciones dogmáticas*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2002, pp. 29-57.
- , *Derecho Penal parte general*, 8^a ed., Reppertor, Barcelona, 2008.
- , “Sobre el principio de la intervención mínima del Derecho Penal en la Reforma penal”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm, 12-I, (1987), pp. 243 y ss.
- , «El delito de coacciones en el Derecho penal», en ADPCP, (1977), pp. 269-306.
- MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, Diego (dir.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- MITSCHE, Wolfgang, *Strafrecht. Besonderer Teil 2. Vermögensdelikte (Kernbereich)*, Teilband 1, 2. Auflage, Springer, Berlin, 2003.
- MOCCIA, Sergio, «*Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale: un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*», en Riv. it. dir. proc. pen., (1997), pp. 403 y ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», en RDPC, núm. Extraordinario 1, (2000), pp. 229 y ss.
- MOLINARIO, Alfredo J., *Los delitos sexuales*, actualizado por Eduardo AGUIRRE OBARRIO, editorial TEA, Buenos Aires 1996.
- MONACO, Lucio, «*Dei delitti contro la libertà individuale (Nota introduttiva) e Commento agli artt. 609 bis - 609 dies*», en Alberto CRESPI/ Federico STELLA / Giuseppe ZUCALÀ, Comentario breve al Codice penale, 5^a ed., CEDAM, Padova, 1999, pp. 1666 y ss.

- , «*Itinerari e prospettive di riforma del diritto penale sessuale*», en *Stvdi Vrbina-ti*, anni (1988-89 / 1989-90), núm. 41-42, pp. 401-487.
- MORAS MON, Jorge R., *Los delitos de violación y corrupción*, Ediar, Buenos Aires, 1971.
- MORENO (h), Rodolfo, *El código penal y sus antecedentes*, tomo IV, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923.
- MULLIRI, Guicla, «*A proposito di atti sessuali con persona malata di mente*», en *Cass. pen.*, (1997), pp. 2088-2091.
- , «*La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazione critiche*», en *Cass. Pen.*, (1996), pp. 734-755.
- MUÑIZ RODRÍGUEZ, Vicente, *Introducción al la Filosofía del Lenguaje. Problemas ontológicos*, Anthropos, Barcelona, 1989.
- MUÑOZ CLARES, José, *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / GARCÍA ARAN, Mercedes, *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- , «*Delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código Penal)*», en *EPC*, XIII, (1990), pp. 267-295.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código penal en el marco del Derecho penal del trabajo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- MURCIA SÁIZ, Eduardo, «*El perjuicio sexual en las víctimas de los delitos contra la libertad sexual*», en *Ciencia forense: Revista aragonesa de medicina legal*, N° 4, (2002), pp. 157-170.
- MUSACCHIO, Vincenzo, *Il diritto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, CEDAM, Padova, 1999.
- , «*La nuova legge sulla violenza sessuale. Parte prima*», en *Riv. pen.*, (1997), pp. 257-269.
- , «*La nuova legge sulla violenza sessuale. Seconda parte*», en *Riv. pen.*, (1997), pp. 353-365.
- , «*Le nuevo norme contro la violenza sessuale: un'opinioni sull'argomento*», en *Guist. Pen.*, (1996), II, pp. 117 y ss.
- NEUMANN, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

- NUBIOLA, Jaime, *En el taller de la filosofía. Una introducción a la escritura filosófica*, EUNSA, 3ra ed., Pamplona, 2002.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed. (actualizada por Roberto Spinka y Félix González), Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba, 1999.
- , *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, editorial Biblioteca Gráfica Argentina, tomo IV, Buenos Aires 1964.
- , *Derecho penal argentino*, t. I, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.
- O'CALLAGAHN MUÑOZ, Xavier, *Código civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley-actualidad, Madrid, 1996.
- OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, Emilio, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», en AP, (1996), núm. 32, pp. 597-609.
- , «Presente y proyecto del delito de extorsión», en LL, (1984-2), pp. 1084-1094.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel D., *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo, «Taxatividad, fragmentariedad, prevención y constitucionalidad en la regulación de los tipos básicos de agresiones y abusos sexuales en el código penal español de 1995», en Revista de Ciencias penales, Vol. 3, n° 1 y 2 (2000), pp. 155-172.
- ORÁA GONZÁLEZ, Javier, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual: primeras notas críticas», en LL, n° 3, (1996), pp. 1343-1350.
- ORCE, Guillermo / TROVATO, Gustavo F., *Delitos tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la Ley 24.769*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- ORDEIG ORERO, María J., «Violación con fuerza e intimidación: ¿modalidad imprudente?, (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1993), en Revista del Podere Judicial, núm. 34, (1994), 313-320.
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, «Presentación», en Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2008, pp. 17-40.
- ORTÍZ RODRÍGUEZ, Alfonso, *Manual de Derecho penal especial*, Ciencia y Libertad, Medellín, 1983.
- ORTS BERENGUER, Enrique, en AA. VV., *Comentarios al Código penal de 1995*, I y II, Tomás. S. Vives Antón (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 915-937.
- , «Abuso y agresiones sexuales en el Proyecto de Código penal de 1994», en AA. VV., *Mujer y Derecho penal*, Virgilio Latorre Latorre(coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 21-49.
- , *El delito de violación*, colección de estudios, serie Minor, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, Valencia, 1981.
- ORTS BERENGUER, Enrique / SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- ORTS BERENGUER, Enrique /BOIX REIG, Francisco J. /Tomás S. VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- OTTO, Harro, «*Gegenwärtiger Angriff (§ 32 StGB) und gegenwärtiger Gefahr (§§ 34, 35, 249, 255 StGB)*», en Jura (1999), pp. 552-553.
- , «*Strafbare Nötigung durch Sitzblockaden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und die Thesen der Gewalkommission zu § 240 StGB*», en NSTZ (1992), pp. 568-573.
- , «*Sitzdemonstrationen und strafbare Nötigung in strafrechtlicher Sicht*», en NSTZ (1987), pp. 212-213.
- PADOVANI, Tullio, «*Violenza carnale e tutela della libertà*», in Riv. it. dir. proc. pen., (1989), pp. 1301-1312.
- PALERMO, Omar, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- PAREDES CASTAÑÓN, José M., *El riesgo permitido en Derecho penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, «Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 257-269.
- , «Sobre la estructura de la amanaza condicional como agresión contra la libertad», en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT /José A. CARO JOHN (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, Libro-Homenaje al Prof. G. Jakobs en su 70 Aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 479-502.
- , *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- PAVARINI, Cristina, «*Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*», en L'Indice Penale, nuova Serie - Anno V - N. 2, Maggio-Agosto (2002), pp. 771-802.
- PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Walter de Gruyter, Berlin-NewYork, 2002.
- , «*Der rechtfertigende Defensivnotstand*», en Jura (2002), pp. 26-31.
- , *Das Unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Carl Heymann, Köln, 1999.
- PECORARO ALBANI, Antonio, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997.
- , *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Robos», en AA. VV., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.), volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 369-417.
- PÉREZ PARENTE, Juan A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: algunos aspectos polémicos», en LL, nº 5, (2000), pp. 1882-1889.

- PERRON, Walter, «El reciente desarrollo de los delitos sexuales en el Derecho penal alemán», en Estudios de derecho judicial, n° 21, (1999), pp. 51-82.
- PISA, Paolo, «*Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale*», en Dir. pen. e processo, (1996).
- PISAPIA, Domenico, *Violenza minaccia e inganno nel diritto penale*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1940.
- PRITTWITZ, Cornelius, «*Sitzblockaden - ziviler Ungehorsam und strafbare Nötigung*», en JA (1987), pp. 17-28.
- PUGLIA, Ferdinando, *Deo Delitti di Libidine e di alcuni reati affini*, 2ª ed., Ernesto Anfossi, Napoli, 1897.
- PUPPE, Ingeborg, *Kommentar BGH, Urteil v. 21.12.1988-2StR 613 /88 (LG Frankfurt am Main)*, JZ (1989), pp. 595-598.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 5ª ed., Atelier, Barcelona, 2008.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de Parte Especial del Derecho penal, Tomo I; II. Infracciones contra la personalidad*, 2ª ed., puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.
- , «Relevancia del consentimiento de la víctima en el Derecho penal», en ADPCP, (1950), pp. 321-342.
- RABOSI, Eduardo A., *Locuciones e ilocuciones: Searle y Austin*, Crítica, México, 1972.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 109-127.
- , «Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 483-496.
- , *El dolo y su prueba en el Derecho penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.
- REINALDI, Víctor Félix, *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino - ley 25.087*, editorial Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba, 1999.
- RENGIER, Rudolf, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2002.
- RENZIKOWSKI, Joachim, «*Urteil BGH v. 18.11.1999 - 4 StR 389 /99 (LG Stralsund)*», en NStZ (2000), pp. 367-368.
- REUTER-STRACKE, Martina, *Gewalt oder Drohung gegen dritte als (qualifizierte) Nötigung*, Münster, 1993.
- RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Atelier, Barcelona, 2010.
- RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte General*, reimpresión, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.

- ROBLES PLANAS, Ricardo, «Delitos contra el patrimonio I», en AA. VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Atelier-IuscrimBCN, 2009, pp. 183-209.
- , La participación en el delito: fundamentos y límites, Marcial Pons, Barcelona, 2003.
- RODRÍGUEZ CALLAO, Luis, *Delitos sexuales, de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley núm. 19.617 de 1999*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.
- RODRÍGUEZ DEVEESA, José M. / SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal español - parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José, *La nulidad del matrimonio por miedo en la jurisprudencia pontificia*, Eset, Vitoria, 1962.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1987.
- RODRÍGUEZ RAMOS / ÁLVAREZ GARCÍA / GÓMEZ PAVÓN, *La justicia ante la libertad sexual de las mujeres. Jurisprudencia, datos estadísticos y doctrina*, Instituto de la mujer, Ministerio de Cultura, Madrid, 1988.
- ROMANO, Bartolomeo, *La tutela penale de la sfera penale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000.
- , «La delicata tutela della sfera sessuale nelle prospettive di riforma», en *Indice Penale*, (2000), pp. 125-138.
- ROMO, Waldo, «Credibilidad de la enseñanza de la Iglesia sobre la sexualidad», en *Teología y vida*, volúne XLV (2004), pp. 366-410. <http://www.scielo.cl/pdf/tv/v45n2-3/art10.pdf>.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6ª ed., (trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gómez de Murillo), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.
- , *Derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. Diego M. Luzón Peña / Miguel Díaz y García Conlledo / Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997.
- «§ 240 - Beschluß des BGH v. 13.1.1983 - 1 StR 737 /81 (BGHSt. 31, 915)», en *JR* (1983), pp. 331-337.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Literaturbericht. Strafrecht-Allgemeiner Teil- Reinhart MAURACH: *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. 4. Auflage*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1971, 1001 S.», en *ZStW* (86-1974), pp. 68-97.
- RUÍZ ANTÓN, Luis F., «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras», en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Comares, Granada, 2000.
- , «Los robos con violencia o intimidación en las personas», en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2, Edersa, Madrid, 1985.

- SALVADOR CODERCH, Pablo, «Prólogo» al libro GÓMEZ POMAR, Fernando / ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, Thomson-Cívitas, Navarra, 2005, pp. 13-18.
- SAMSON, Erich, *Cursos causales hipotéticos en el Derecho penal: una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, (trad. Marcelo A. Sancinetti / Patricia S. Ziffer), Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio M. (coord.), *Entre el funcionalismo y el principialismo, y las instituciones dogmáticas*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2002.
- SÁNCHEZ MORENO, José, *El robo con violencia o intimidación en las personas*, Bosch, Barcelona, 2001.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, «Robo violento o intimidatorio de «menor entidad» con «medios peligrosos»: ¿una contradicción?», en RDPyC, núm. 6, (2000), pp. 407-438.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José M., «Los abusos sexuales en el Código penal de 1995: en especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental», CPC, (1997), núm. 61, pp. 93-126.
- , *La violencia en el Derecho penal. Su análisis jurisprudencial y dogmático en el Cp 1995*, Bosch, Barcelona, 1999.
- SANCINETTI, Marcelo, *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno: Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- SANZ MORÁN, Ángel J., *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SCAF, A., *Ensayos sobre Filosofía del lenguaje*, editorial Ariel, Barcelona, 1973.
- SCALIA, Antonin Gregory, «The rule of law as a law of rules», en University of Chicago Law Review, (1989), p. 1179.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst, *StGB Kommentar*, 27. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2006. (citado por autor del §)
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, «Die Drei Arten der Nötigung», en *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*, C.F. Verlag, Heildelberg, 2002, pp. 415-427.
- , «Nötigung und Erpressung durch Forderung von Gegenleistungen?», en JZ (1983), pp. 284-288.
- , *Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965.
- SCHÜNEMANN, Bern, «El propio sistema de la teoría del delito», (trad. José Milton Peralta), en Indret, (1 /2008).
- , «Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teils», en SCHÜNEMANN, Bernd (dir.), *Strafrechtssystem und Betrug*, Centaurus Verlag, Herbolzheim, 2002, pp. 51-87.

- , «*Raub und Erpressung*», en JA (1980), 1. Teil, pp. 349-357; 2. Teil, pp. 393-400; 3. Teil, pp. 486-493.
- SCHÜTZE, Theodor R., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Rechtsstrafgesetzbuches*, Gebhardt, Leipzig, 1871.
- SEARLE, John, *Actos de habla*, (trad. Luis M. Valdés Villanueva), 4ª ed., Cátedra, Madrid, 1994.
- SEELMANN, Kurt, «*Grundfälle zu den Eigentumsdelikten*», en JuS, (1986), pp. 201-206.
- SEIER, Jürgen, «*Prozeßbetrug durch Rechts- und ungenügende Tatsachenbehauptungen*», en ZStW 102, (1990), pp. 563-595.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (coord.), *Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 1998.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, «El nuevo sistema de las amenazas. Especial consideración del delito de chantaje», en CPC, (1999), núm. 67, pp. 113-129.
- , «El injusto de las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación)», en CPC, (1991), núm. 44, pp. 421-447.
- SICK, Brigitte, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff. Ein Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion einer Neufassung des § 177 StGB unter Berücksichtigung der Strafbarkeit de lege lata und empirischer Gesichtspunkte*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1993.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, segunda edición ampliada y actualizada, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010.
- , *Tiempos de Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009.
- , «La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas», en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT/ José A. CARO JOHN (Ed.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 201-213.
- , «¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)», recensión a Lothar KUHLEN, *Die verfassungskonforme Ayslegung von Strafgesetzen*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, en Indret.com, (399), enero 2007.
- , «Sobre la «interpretación» teleológica en Derecho penal», en Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/ Juan A. GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Bogotá, 2006, pp. 365-395.
- , «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en AA.VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 1007-1028.
- , *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires-Montivideo, 2003.
- , *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002.

- , *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- , «Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican deberes de tolerancia», en LUZÓN PEÑA, Diego / MIR PUIG, Santiago (dir.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 155 y ss.
- , *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*, Biblioteca de Estudios Penales del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1998.
- , «Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 221-257.
- , «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática», en Consejo General del poder Judicial (ed.), *La victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, pp. 13-52.
- , *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, editorial Bosch, Barcelona, 1992.
- , «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», en ADPCP, (1982), pp. 663-691.
- SINN, Arndt, *Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts*, Nomos Recht, Baden Baden, 2000.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo III, editorial TEA, Buenos Aires 1951.
- , *Derecho penal argentino*, t. I, 8ª ed., TEA, Buenos Aires, 1978, p. 362.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo III, 10ª ed., Tea, Buenos Aires, 1992.
- SPAGNOLO, Giuseppe, «*La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori*», en *Riv. It.*, (1990), p. 72-83.
- SPROVIERO, Juan H., *Delito de violación*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- STEIN, Ulrich, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, 1988, Berlin, 1988.
- STRATENWERTH, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3ª ed., 1981.
- , «*Prinzipien der Rechtfertigung*», en ZStW, 68, (1956), pp. 41-65.
- SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- SUAY HERNÁNDEZ, Celia, «Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación», en LL, (1992-1), pp. 1062-1077.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M., «Coacciones en el ámbito laboral», en Juan M. Terradillos Basoco (dir.), *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 221-240.
- TIMPE, Gerhard, «*Nötigende Gewalt durch Unterlassen*», en JuS, (1992), pp. 748-752.
- , *Die Nötigung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.

- TOEPEL, Friedrich, «§240», en KINDHÄUSER, Urs / NEUMMAN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.), *Nomos Kommentar: Strafgesetzbuch*, Band 2, (§§146-358), 2. Aufgabe, Baden Baden, 2005.
- TOCORA, Luis Fernando, *Derecho penal especial*, 3ª ed., Ediciones librería del profesional, Bogotá, 1991.
- TOLLER, Fernando / CIANCIARDO, Juan, «Cómo citar en los escritos profesionales y académicos», en L.L., Suplemento Actualidad, Iª Parte, diario del 7 de diciembre de 2006, pp. 1-2; IIª Parte, diario del día 12, pp. 1-2; IIIª Parte, diario del día 14, pp. 2-4; IVª Parte, diario del día 19, pp. 3-4; y Vª Parte, diario del día 21, pp. 3-4
- TORRES FERNÁNDEZ, María E., «El nuevo delito de corrupción de menores», en RECPC, núm. 1, (1999), (visto http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-12.html septiembre de 2006).
- TRÄGER, Ernst / Altvater, Gerhard, «§ 240», en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11., neu bearbeitete. Sechster Band §§. 223-263a, De Gruyter Recht, Berlin, 2005, pp. 53-149.
- TRÖNDLE, Herbert / FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Beck'sche Kurz-Kommentare*, 50. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001.
- VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, «La víctima en los delitos contra la libertad sexual», en EPC, n° 22, (2000), pp. 309-333.
- VALENCIA M., Jorge E., «El delito de acceso carnal violento», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, libro homenaje a Rodríguez Devesa*, tomo II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, pp. 427-473.
- VESSICHELLI, María, «Prime interpretazioni giurisprudenziali dopo le modifiche al codice penale», en Riv. pen., (1997), pp. 147 y ss.
- VELÁSQUEZ BARÓN, Ángel, *Las agresiones sexuales*, Bosch, Barcelona, 2001.
- VICENTE ARENAS, Antonio, *Comentarios al Código penal colombiano*, Parte especial 1-2, 6ª ed., Temis, Bogotá, 1986.
- VILADRICH, Pedro-Juan, *El consentimiento matrimonial. Técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad (cc. 1095 a 1107 CIC)*, EUNSA, Pamplona, 1998.
- VILLADA, Jorge Luis, *Delitos contra la integridad sexual. Análisis dogmático, victimológico y criminológico situación en el Derecho comparado vigente*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- , *Delitos sexuales*, editorial Gofica, Fundación Lapacho, Salta 1999.
- VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONEL MATEU, Juan C. / GONZÁLEZ CUSSAC, José L. / MARTÍNEZ-BUJÁ PÉREZ, Carlos, *Derecho penal - Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- VON HENTIG, Hans, *Estudios de Psicología Criminal. Tomo I. Hurto-Robo con fuerza en las cosas-Robo con violencia o intimidación*, (trad. José María Rodríguez Devesa), Espasa-Calpe, Madrid, 1971.

- VON SCHLIEREN, Heinrich H., *Die Drohung im Strafrecht. Dissertation der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der universität Zürich*, Hans. A. Gutzwiller, Zürich, 1924.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, (trad, Juan Bustos Ramírez / Sergio Yáñez Pérez), Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed. Castellana, Santiago de Chile, 1969.
- YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
- YOUNG, Jock, «El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical», en *El poder punitivo del Estado*, Juris, Santa Fe, 1993, pp.5-39.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1981.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ARNEDO, Miguel, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, A-Z editora, tomos 1 a 7, Madrid, 1996.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

ESPAÑA

A. Tribunal Supremo

STS de 2 de junio de 2011

STS de 24 de mayo de 2011

STS de 24 de enero de 2011

ATS de 14 de octubre de 2010

STS de 30 de abril de 2010

STS de 27 de abril de 2010

STS de 2 de marzo de 2010

STS de 25 de febrero de 2010

STS de 21 de diciembre de 2009

STS de 24 de noviembre de 2009

STS de 9 de octubre de 2009

STS de 17 de septiembre de 2009

ATS de 20 de mayo de 2009

STS de 21 de abril de 2009

STS de 15 de octubre de 2008

STS de 13 de octubre de 2008

STS de 27 de junio de 2008

STS de 6 de febrero de 2008

STS de 3 de octubre de 2007

STS de 14 de septiembre de 2007

STS de 27 de junio de 2007

STS de 19 de enero de 2007

STS de 18 de diciembre de 2006

STS de 28 de septiembre de 2006

STS de 20 de julio de 2006

STS de 12 de junio de 2006

ATS de 6 de abril de 2006

STS de 16 de marzo de 2006

STS de 2 de marzo de 2005

STS de 18 de octubre de 2004

STS de 28 de julio de 2004

STS de 14 de junio de 2004

STS de 5 de mayo de 2003

STS de 16 de abril de 2003

STS de 16 de octubre de 2002

STS de 17 de septiembre de 2002

STS de 18 de junio de 2002

STS de 11 de junio de 2002

STS de 4 de junio de 2002

STS de 30 de mayo de 2002

STS de 23 de mayo de 2002

ATS de 17 de diciembre de 2001

STS de 11 de julio de 2001

STS de 11 de diciembre de 2000

STS de 23 de diciembre de 1999

STS de 2 de noviembre de 1999

STS de 23 de junio de 1999

STS de 3 de mayo de 1999

STS de 6 de octubre de 1998

STS de 28 de mayo de 1998

STS de 28 de abril de 1998

STS de 15 de enero de 1998

STS de 17 de noviembre de 1997

ATS de 10 de septiembre de 1997	STS de 25 de octubre de 1991
STS de 12 de julio de 1997	STS de 4 de octubre de 1991
ATS de 25 de junio de 1997	STS de 4 de julio de 1991
ATS de 25 de junio de 1997	STS de 22 de abril de 1991
STS de 25 de junio de 1997	STS de 27 de febrero de 1991
STS de 21 de mayo de 1997	STS de 27 de febrero de 1991
STS de 10 de abril de 1997	STS de 16 de enero de 1991
STS de 25 de marzo de 1997	STS de 16 de enero de 1991
STS de 11 de marzo de 1997	STS de 3 de enero de 1991
STS de 28 de febrero de 1997	STS de 6 de octubre de 1990
STS de 24 de enero de 1997	STS de 20 de marzo de 1990
STS de 23 de octubre de 1996	STS de 29 de enero de 1990
ATS de 10 de julio de 1996	STS de 27 de enero de 1990
ATS de 10 de julio de 1996	STS de 28 de abril de 1989
STS de 13 de mayo de 1996	STS de 29 de febrero de 1988
STS de 6 de octubre de 1995	STS de 20 de junio de 1987
STS de 13 de mayo de 1995	STS de 14 de abril de 1987
STS de 6 de abril de 1995	STS de 23 de diciembre de 1986
STS de 28 de marzo de 1995	STS de 2 de junio de 1986
STS de 28 de noviembre de 1994	STS de 28 de mayo de 1986
STS de 2 de noviembre de 1994	STS de 16 de octubre de 1985
STS de 6 de octubre de 1994	STS de 12 de junio de 1985
STS de 27 de septiembre de 1994	STS de 25 de enero de 1985
STS de 25 de marzo de 1994	STS de 2 de julio de 1984
STS de 24 de febrero de 1994	STS de 7 de mayo de 1984
STS de 11 de febrero de 1994	STS de 19 febrero 1984
STS de 2 de julio de 1993	STS de 2 de febrero de 1984
STS de 24 de febrero de 1993	STS de 28 de noviembre de 1983
STS de 11 de diciembre de 1992	STS de 24 de marzo de 1983
STS de 3 de noviembre de 1992	STS de 16 de noviembre de 1981
STS de 2 de junio de 1992	STS de 1 de junio de 1981
STS de 26 de mayo de 1992	
STS de 4 de marzo de 1992	
STS de 18 de diciembre de 1991	B. Audiencias provinciales
STS de 12 de diciembre de 1991	AAP de Barcelona de 27 de abril de 2004
STS de 5 de diciembre de 1991	SAP de Cáceres de 30 de diciembre de 2002
STS de 2 de diciembre de 1991	

- SAP de Vizcaya de 5 de abril de 2002
- SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2002
- SAP de Huelva de 7 de junio de 2001
- SAP de Cádiz de 6 de junio de 2001
- SAP de Ávida de 23 de febrero de 2001
- SAP de Malaga de 12 de febrero de 2001
- SAP de Barcelona de 27 de diciembre de 1999
- SAP de Toledo de 7 de enero de 1997
- SAP de Girona de 21 de noviembre de 1995
- BGH Dallinger MDR 1975, p. 365
- BGH GA 1969, p. 117
- BGH NJW 1968, p. 1885
- BGH NJW 1951, p. 412
- BGH NStZ 2005 268, 269
- BGH NJW 1984 1632
- BGH NStZ 1986, 409
- RGSt 6, 405 (408)
- RGSt 21, 189 (191)
- RGSt 54, 196 (199)
- RGSt 61, 242
- RGSt 62, 137 (138)
- RGSt 72, 300 (302)
- OLG Köln MDR 1962, pp. 591 y ss.
- ITALIA
- Casación italiano de 16 de julio de 1900, (Cass. Un., XIII, 31)
- ARGENTINA
- CNCCorr., Sala IV, 08 /11 /01, causa 17.286, “Herrera, Alejandro”.
- CNCCorr., Sala III, 14 /2 /84 C.17.211.
- CNCCorr., Sala IV, 28 /06 /93, “Victorio, Carlos”.
- CNCCorr., Sala IV, c. 44.383, “Pacheco, Omar”, Rta. 29 /11 /94.
- CNCCorr., Sala VI, causa 13.635, 18 /04 /02, “Peri, Jorge E. y otro”.
- CNCCorr., Sala II, 10 /8 /82, in re “Reynoso, Héctor A.” - publicada en JA(a), (1984-II)-394.
- ALEMANIA
- BGH, Urteil vom 31.03.1982 - 2 StR 2/82 (LG Köln)- NStZ 1982 Heft 7 287
- BGH 2, 111 (115)
- BGH 3, 7 (11)
- BGH 3, 105 (107)
- BGH 3, 194 (195)
- BGH 3, 357 (364)
- BGH 17, 87 (91)
- BGH 31, 264 (287)
- BGH NStZ 1983, p. 500
- BGH Holtz MDR 1979, p. 985