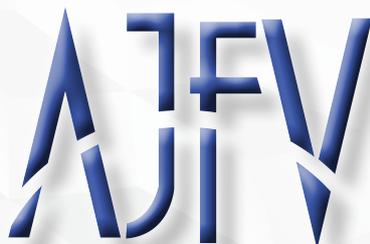


BOLETÍN DIGITAL PENAL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 33
Diciembre 2019

LA OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Manuel Jaén Vallejo
Magistrado del Juzgado de Lo Penal n º4 de Getafe
Doctor en Derecho

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 DE SALAMANCA DE 15 DE ABRIL DE 2019, QUE CONDENA POR ABUSO SEXUAL DEL ARTÍCULO 181.1. DEL CÓDIGO PENAL UN CASO DEL DENOMINADO STEALTHINGS.

ROJ: SJI 1/2019 - ECLI: ES:JI:2019:1

Escarlata Gutiérrez Mayo
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Ciudad Real
Sección Territorial de Manzanares

ISSN: 2605-2773



www.ajfv.es

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Juan Javier Pérer Pérez



LA OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Manuel Jaén Vallejo

Magistrado del Juzgado de Lo Penal n °4 de Getafe

Doctor en Derecho

RESUMEN: *Se analiza en este artículo la incidencia de la omisión, tanto propia como impropia, en los delitos económicos, con especial referencia a los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, en concurrencia con delitos de homicidio o lesiones imprudentes; examinando además la responsabilidad individual de los miembros de un órgano colegiado, como es el consejo de administración; y a los casos de ejercicio de funciones delegadas por dicho órgano, en la figura del consejero delegado.*

PALABRAS CLAVE: *Omisión; Derecho penal económico; Administración desleal. Art. 11 del Código penal; Delitos impropios de omisión; Posición de garante; Prueba de la omisión; Delito contra la seguridad e higiene en el trabajo; Contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un Consejo de Administración; Delegación de funciones.*

Antes de referirme a la omisión en algunos delitos del derecho penal económico en particular, haré algunas breves reflexiones sobre la omisión en general, aplicables también, por tanto, a las omisiones en esta especialidad del derecho penal, de una indudable relevancia tanto práctica como dogmática.

Los delitos a los que me referiré, a propósito de la omisión, son los delitos contra los derechos de los trabajadores, que podríamos encuadrar dentro del llamado derecho penal de empresa, y el delito de administración desleal, encuadrable dentro del derecho penal de los negocios.

1. Ante todo, el vigente art. 11 del Código penal no es muy claro, pues se apoya en concepciones del delito de omisión que actualmente están superadas, luego con poca vigencia científica.

Artículo 11

Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Concretamente, en el párrafo primero parece apoyarse en la teoría funcional de la posición de garante, de Armin Kaufmann, cuando el texto legal se refiere a la infracción de un “especial deber jurídico del autor” y, en cambio, en el párrafo segundo, cuando se refiere a la ley, el contrato y el actuar precedente, el texto legal se basa en la teoría formal de la fuente de los deberes, que tiene sus orígenes en von Feuerbach, es decir, en una concepción de la omisión de hace más de doscientos años.

Quizá sería más satisfactorio e incluso coherente con el principio de legalidad, que el texto legal, en la línea de otros códigos europeos, concretara las posiciones de garante, o que se adoptara un sistema de *numerus clausus*, como ocurre con los delitos imprudentes.

2. Tampoco se pueden perder de vista ciertas tendencias doctrinales, como la que configura la posición de garante como un elemento común a los delitos activos y omisivos, con lo que se cuestiona la distinción entre delitos de comisión y omisión, o como la propuesta de Jakobs¹, en Alemania, que sustituye esta distinción por la de “delitos de organización” de la actividad personal, o que quebrantan la institución negativa del

¹ *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 29 y ss., y Bacigalupo, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, dir. C. Conde-Pumpido Ferreiro, Madrid, 1997, t. I, pp. 436 y ss.

neminem laedere (responsabilidad por la organización), y delitos basados en la posición institucional del sujeto, que quebrantan un deber positivo (responsabilidad institucional). Parte dogmática de la omisión sobre la que hay importantes aportaciones en nuestra doctrina².

3. La tipicidad de los delitos impropios de omisión depende de la concurrencia de los siguientes requisitos: la situación generadora del deber de actuar; la no realización de la acción mandada para evitar el resultado, esto es, la omisión, que el art. 11 dice que ha de ser equivalente a la causación del resultado; la capacidad de acción; la causalidad hipotética, es decir, hay que preguntarse si habría evitado el resultado la acción que el omitente podía realizar; y la posición de garante.

Posición de garante que, al ser un elemento de la autoría, permite afirmar que los delitos impropios de omisión pertenecen a la categoría de los delitos especiales propios (o de infracción de deber). Posiciones de garante son las que se prevén en el art. 11, aunque, como se dijo, en forma confusa, luego en forma poco respetuosa con las exigencias del principio de legalidad, que sólo a través de la jurisprudencia se han podido ir concretando.

En cuanto al tipo subjetivo, el autor (omitente) debe haber tenido conocimiento de la situación generadora del deber de actuar y de su capacidad de actua-

ción (conocimiento, pues, del peligro concreto para la producción del resultado), así como de las circunstancias que fundamentan su posición de garante, es decir, su obligación de impedir la producción del resultado.

Pero no forma parte del dolo el conocimiento del deber de actuar. Esto quiere decir que si bien un error sobre las circunstancias que fundamentan la posición de garante será un error de tipo, un error sobre el deber de actuar será un error de prohibición; un ejemplo claro es el del socorrista que no se percata de que un bañista se está ahogando, que se trataría claramente de un error de tipo, que sería punible por el delito imprudente en caso de ser evitable (art. 14.1), y el del socorrista que cree que como el que se está ahogando no es socio del club no tiene obligación de socorrerlo, que se trataría, en cambio, de un error de prohibición (art. 14.3).

Pues bien, en el Tribunal Supremo hace tiempo que se siguen planteamientos similares. Así, por ej., la Sentencia 482/2017, de 28 de junio (Ponente: Magistrada Dña. Ana Ferrer), referida a un caso en el que una persona detenida había acabado con su vida ahorcándose en la celda, en un segundo intento, pues en el primero desistió luego de la intervención del acusado, policía local, encargado de la custodia de los detenidos, luego con posición de garante respecto a la vida e integridad física del detenido, siendo absuelto el

² Cfr., Bacigalupo, E., *Delitos impropios de omisión*, en Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, reedición publicada en Madrid, 2005, y Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, 2016, pp. 123 y ss.

acusado del delito de homicidio por imprudencia en comisión por omisión, absolución confirmada por el Tribunal Supremo. El alto Tribunal afirmó en esta Sentencia que la equivalencia de la omisión del garante con la acción, que reconoce tiene un “carácter esencial para la configuración del delito impropio de omisión”, se debe apreciar “cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo, y posee un sentido social equivalente a la comisión activa”, lo que no ocurría en el caso resuelto, en el que se trataba de un suicidio – atípico, aunque no las modalidades de participación (art. 143) –, que aunque se ostentara la posición de garante, no se actuaba contra la voluntad libremente formada de quien perdió la vida.

Sin embargo, la Sentencia es dudosa en cuanto afirma, en relación al tipo subjetivo, que el dolo comprende el conocimiento de la situación generadora del deber de actuar y del deber, es decir, parece que sigue la vieja teoría del dolo, formando parte del dolo el conocimiento del deber o de la obligación de actuar que incumbe al omitente, cuando en realidad dicho conocimiento forma parte de la culpabilidad, no del tipo, debiéndose acudir, en caso de error sobre tal deber de actuar, al art. 14.3 (error de prohibición).

La Sentencia del Tribunal Supremo 64/2012 (Ponente. Magistrado D. Carlos Granados), era más clara en relación a la cuestión del dolo, cuando afirmaba que habrá dolo en los delitos de omisión cuando el omitente, a pesar de

tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa, y habrá culpa cuando el omitente, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, “no formando parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante”.

4. Otra cuestión, en la que se puso de manifiesto cierto desconocimiento de la dogmática de los delitos de omisión en la jurisprudencia, en este caso la jurisprudencia constitucional, tiene que ver con la prueba de la omisión.

Me refiero a un caso que fue resuelto, con buen criterio, por el Tribunal Supremo, rechazando la realización activa de un delito de tráfico de drogas por el acusado, pero como éste estaba obligado, en función de su posición de garante – por ser titular del bar –, a impedir que en el mismo se traficara con drogas, lo condenó como autor del mismo delito, pero por omisión. Es decir, en el caso resuelto no estaba probada la participación activa del recurrente en actos de tráfico, pero como los había tolerado y no los había impedido, el hecho probado se subsumía bajo el tipo penal omisivo contenido en el precepto aplicado, por lo que desestimó el recurso.

El problema jurídico, pues, se refería, no a la prueba, sino a la subsunción de la omisión en la que el recurrente había incurrido bajo el tipo penal

omisivo del tráfico de drogas. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 171/2000³, que conoció del recurso de amparo interpuesto por el acusado, otorgándosele, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no percibió nada de ello.

Esta Sentencia del Tribunal Constitucional se limitó a afirmar que el recurrente había sido condenado “sin una prueba de cargo suficiente que demostrase su participación omisiva” en las actividades de tráfico de drogas, por lo que se le había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, olvidando que la prueba de la omisión, por su propia naturaleza, no requiere comprobación de acción alguna, sino, lisa y llanamente, la comprobación de que el omitente tenía conocimiento de la situación generadora de un deber de actuar (en el caso concreto que los que frecuentaban su bar traficaban con drogas) y de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar (en el caso resuelto, que el omitente era titular del bar: posición de garante), extremos ambos que estaban plenamente acreditados.

Dicho con otras palabras: una cosa es la

prueba de la acción, y otra muy diferente la prueba de la omisión, aunque ambas cuestiones son de hecho, luego que tienen que ver con la presunción de inocencia; y una cosa es la prueba de los hechos, igualmente cuestión de hecho, y otra la subsunción de los hechos, que es una cuestión de derecho⁴, que más bien tiene que ver con el principio de legalidad.

5. Otra cuestión tiene que ver con el delito contra los derechos de los trabajadores (concretamente contra la seguridad e higiene en el trabajo) del art. 316 del Código penal, en el que se castiga a los que, con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas, poniendo así en peligro grave su vida, salud o integridad física.

Aquí, es frecuente que se llegue a producir un resultado lesivo, bien de lesiones imprudentes (art. 152), bien la muerte (homicidio imprudente del art. 142), razón por la que habrá que acudir a las reglas concursales: se tratará de un concurso de leyes (art. 8) si se produce el resultado, que se quería evitar mediante el tipo de peligro conteni-

³ Cfr. *al respecto*, Zugaldía Espinar, J.M., “Presunción de inocencia y subsunción” (*un lamentable malentendido de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 2000*), en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 450, de 3 de agosto de 2000.

⁴ Cfr., *sobre la prueba del dolo*, Jaén Vallejo, M., “Dolo, error y prueba del dolo”, *Cuadernos de Política Criminal*, número 100/2010, pp. 205 y ss., Pérez del Valle, C., *Teoría de la prueba y Derecho penal*, en *Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa»* núm. 3, Madrid, 1999, pp. 21 y ss., y Ragués y Vallés, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

do en el art. 316, a consecuencia de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales; y se tratará de un concurso (ideal) de delitos (art. 77), si el resultado producido constituye solamente uno de los posibles resultados consecuencia de la infracción de esas normas laborales.

Ahora bien, y es lo que quería destacar, en ambos casos el delito de resultado que concurre con el de peligro será un delito impropio de omisión o de comisión por omisión, imprudente, bien del art. 142, bien del art. 152, en relación con el art. 11. “Delito impropio de omisión”, no, como a veces se dice, “delito de omisión impropia”, porque el adjetivo no se debe referir a la omisión, sino más bien al delito, por cuanto que la impropiedad se refiere, no a la omisión, sino al delito, dado que éste tiene lugar comúnmente a través de una acción.

Pues bien, en las calificaciones que se hacen no se acaba de percibir esta circunstancia, de que el delito de resultado producido es un delito impropio de omisión, cuya estructura típica es diferente a la de los delitos de comisión, y que lo que debe ser objeto de la prueba no es sólo que se haya producido el resultado imprudentemente, pues aunque toda forma de imprudencia contiene un momento negativo, que es la falta de diligencia, ello no se debe confundir con la omisión de la acción.

Es preciso verificar que se haya dado una situación generadora del deber de actuar, la posición de garante del acusado, sobre la que poder fundamentar el elemento de la no realización de la acción mandada, según la estructura típica de los delitos impropios de omisión y, en fin, la causalidad hipotética.

No es infrecuente que la explicación de lo sucedido en estos casos esté, no en la ausencia de medidas organizativas o medios para la realización del trabajo, sino más bien en el propio comportamiento del trabajador, asumiendo éste riesgos no autorizados por el empresario. También puede darse una concurrencia de riesgos, que habrá de resolverse con arreglo a las reglas de la imputación objetiva⁵.

6. Me refiero ahora, a propósito de la omisión en la administración desleal, a una importante Sentencia del Tribunal Supremo, la 234/2010, de 11 de marzo, sobre el contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un Consejo de Administración, en la que se planteó la cuestión de si debía extenderse el deber de vigilancia a actos de ilegalidad como la “distracción de dinero” o una administración desleal.

Brevemente, los hechos que estaban a la base de la Sentencia de instancia, en la que uno de los recurrentes había sido condenado por un

⁵ Cfr., ampliamente, Frisch, W., *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, 1995, con prólogo de Manuel Jaén Vallejo.

delito de apropiación indebida, en la modalidad típica de distracción de dinero (hoy administración desleal), y los otros dos como cómplices por omisión, eran los siguientes: el principal condenado, como administrador de la sociedad (dedicada a la compraventa de obligaciones hipotecarias, compraventa y promoción de inmuebles y tramitación de préstamos hipotecarios), había formalizado contratos en virtud de los cuales los particulares le entregaban determinadas cantidades de dinero para ser invertidas, como así aconteció, aunque sin que aquél las empleara al fin pactado, no realizando las inversiones, y no reembolsando a los particulares el capital recibido, ni rendimiento alguno al que se había comprometido.

Pues bien, la condena de este acusado fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo, sin que fuera objeto de controversia en el voto particular. En cambio, la condena de los otros dos recurrentes fue revocada por la Sentencia del alto Tribunal, absolviéndolos, con el criterio opuesto del Magistrado disidente, que defendía en su voto particular la condena de los mismos por delito de apropiación indebida (distracción de dinero) en la modalidad de comisión por omisión, solución a la que había llegado la Sentencia de instancia, aunque ésta los condenó “como cómplices por omisión”, algo dudoso, pues si los garantes omiten impedir el resultado, los mismos deben ser considerados autores, no cómplices. Cuestión que no es abordada ni en la Sentencia ni en el voto particular, que se centraron en el alcance del deber de garantía de los miembros de un Consejo de Administración.

La Sentencia de instancia había entendido que esos dos recurrentes no habían realizado acción alguna ni adoptado acuerdo social a fin de evitar el desequilibrio patrimonial de la entidad, no siendo posible concluir que no hubieran tenido conocimiento de las operaciones realizadas por el otro socio, teniendo todos ellos una posición de garantes en relación a la actividad llevada a cabo por la sociedad. En cambio, la Sentencia del Tribunal Supremo negaba el alcance del deber de garantía de los miembros de un Consejo de Administración.

Por el contrario, el voto particular, sobre la base de lo dispuesto en el art. 11, en relación con el art. 252, centró su análisis en las funciones de protección y vigilancia que generan posiciones de garante, con base en la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas, hoy texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, 2 de julio, que en los arts. 225 y 226 menciona el “estándar de diligencia de un ordenado empresario” en el “ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio” que tienen que adoptar los administradores; se trata, en fin de administrar bien, no perjudicando el patrimonio ajeno cuya administración tienen encomendada los administradores.

El voto particular entiende que el deber de garante, de vigilancia, en el caso concreto, se traduce en la necesidad de “cuidar una potencial fuente de peligros para evitar que resulte lesionado el patrimonio de los inversores”, y entre

esos potenciales peligros debía situarse la hipótesis de distracción de dinero por parte de otros miembros del Consejo de Administración.

En fin, mientras que la Sentencia del Tribunal Supremo admite un deber de vigilancia, pero limitado a que los miembros del Consejo de Administración se informen de la marcha de la sociedad, sin comprender dicho deber una especial obligación de vigilancia de las actuaciones de los demás miembros del Consejo referidas a posibles delitos cometidos aprovechando sus actividades legales, el voto particular, sobre la base de que un ordenado empresario tiene el deber de vigilar la legalidad de la actuación de la sociedad de cuyo Consejo de Administración es miembro, sostuvo que aquél también tiene la obligación de vigilar que otros miembros del Consejo no distraigan dinero de la sociedad. Deber que incumbe a todos los miembros del Consejo, salvo que haya una delegación de funciones, luego de la posición de garante.

7. Naturalmente, una cuestión de especial relevancia en este ámbito es el de la delegación de funciones⁶, como es caso, por ejemplo, del consejero delegado, que recibe del Consejo facultades para la gestión social. En fin, una cuestión que no cabe duda de su importancia en los delitos vinculados con las actividades de las empresas.

Hoy en día no se puede negar esta posibilidad, especialmente tratándose de grandes empresas, en las que es absolutamente necesario que aquellos deberes y posiciones de garante sean delegables.

Se trata de buscar a personas que estén en condiciones de cumplir las funciones que se les asignen y que permita exonerar de responsabilidad al garante originario, miembro del Consejo de Administración.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 653/1994, de 26 de marzo, luego de reconocer que “no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber”, afirmaba que “el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar”.

⁶ Cfr., ampliamente, sobre la delegación de funciones en el ámbito de la empresa, M. Bajo y S. Bacigalupo, en *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid 2010, pp. 134 y ss.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 2 DE SALAMANCA DE 15 DE ABRIL DE 2019, QUE CONDENA POR ABUSO SEXUAL DEL ARTÍCULO 181.1 DEL CÓDIGO PENAL UN CASO DENOMINADO STEALTHINGS

ROJ: SJI 1/2019 - ECLI: ES:JI:2019:1

Escarlata Gutiérrez Mayo

Fiscal de la Fiscalía Provincial de Ciudad Real

Sección Territorial de Manzanares.

RESUMEN: *Se analiza la figura del steal-things, como modalidad de abuso sexual, considerando tal la práctica de relaciones sexuales, habiéndose acordado el uso de preservativo, pero realizándolas el varón de forma engañosa sin ese medio anti-conceptivo, y con desconocimiento de la mujer. Al tratarse de sentencia dictada de conformidad, no existe pronunciamiento en segunda instancia.*

PALABRAS CLAVE: *Abuso sexual; steal-things; consentimiento; sujeto activo.*

Se trata de una sentencia de conformidad en cuyos hechos probados se recoge que el acusado, tras acordar con la perjudicada mantener relaciones sexuales con penetración vaginal en todo caso con preservativo, en el transcurso de la misma y sin que ésta se enterase ni consistiese, se quitó el preservativo y continuó manteniendo relaciones con penetración vaginal hasta que fue advertido por la perjudicada, quien abandonó el domicilio y formuló denuncia por estos hechos.

La sentencia condena en este caso por un delito de abuso sexual previsto en el artículo 181.1 del Código Penal por entender que la perjudicada ha prestado pleno consentimiento a mantener relaciones sexuales usando preservativo, y la posterior retirada sigilosa del profiláctico se realiza sin consentimiento, lo que atenta contra la indemnidad sexual de la víctima, quien consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual.

Al hilo de esta sentencia se plantean varias cuestiones interesantes:

1. ¿El consentimiento para realizar una determinada práctica sexual debe abarcar no sólo la práctica en sí sino otros aspectos de la misma?

2. ¿En este caso resultaría de aplicación el subtipo agravado de abuso sexual previsto en el artículo 181.4 del Código Penal ?

3. En un caso del denominado *STEALTHING*, ¿puede ser sujeto activo del delito la mujer?

Con respecto a la primera cuestión, el consentimiento para realizar una actividad sexual debe abarcar los elementos esenciales de la misma, de modo que cuando el artículo 181.1 del Código Penal hace referencia a actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, “sin que medie consentimiento” se refiere a que éste debe recaer sobre aquellos aspectos sin cuya concurrencia no se hubiese accedido a mantener la práctica sexual de que se trate.

Conviene recordar que la STS 216/2019, de 24 de abril de 2019 establece que “*el delito de abuso sexual es aquel en el que el sujeto activo atenta igualmente contra la libertad de la víctima, pero sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento. Pero esa falta de consentimiento lo deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y en consecuencia, sea éste bien inválido, bien inexistente.*” Nos dice igualmente la STS 396/2018, de 17 de julio, que “*cualquier acción que implique contacto corporal inconsciente con significación sexual, en la que que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual, previsto y penado en el artículo 181 del Código Penal*”.

En el supuesto de hecho de la sentencia comentada, denominado de *stealthings* (del inglés “sigilosamente”) concurren los elementos

del tipo de abuso sexual del artículo 181.1 CP, habida cuenta que el sujeto activo penetró vaginalmente en reiteradas ocasiones a la perjudicada sin utilizar preservativo, pese a ser conocedor que la misma únicamente había consentido realizar dicho acto sexual utilizando el mismo. Además, el sujeto activo ocultó a la perjudicada que se había retirado subrepticamente el profiláctico, a sabiendas que si la misma conocía tal circunstancia se opondría a seguir manteniendo las relaciones, como efectivamente ocurrió cuando descubrió los hechos, abandonando la casa del acusado e interponiendo denuncia.

No nos encontramos ante un supuesto donde el consentimiento esté viciado o se haya obtenido en uno de los supuestos previstos en el artículo 181.2 o 3 CP, sino de un caso donde NO EXISTE directamente este consentimiento a mantener relaciones sexuales con penetración vaginal sin preservativo, si bien el autor utilizando en un primer momento el mismo, se lo retira posteriormente de manera sigilosa para que esta circunstancia no sea advertida por la perjudicada y poder penetrarla vaginalmente sin preservativo, pese a ser conocedor que la misma había mostrado su rechazo expreso a esa práctica sexual.

Huelga resaltar que este supuesto es diferente aquél en que el preservativo se desliza del pene sin que se den cuenta ninguna de las dos partes que están manteniendo relaciones, por ejemplo durante un cambio de postura, en cuyo caso la conducta sería atípica.

En segundo lugar, es preciso analizar si en este caso si los hechos encajarían en el subtipo agravado de abuso sexual previsto en el artículo 181.4 del Código Penal aplicable en aquellos casos en que el abuso sexual consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

En mi opinión, este supuesto encaja sin género de dudas en el subtipo agravado del artículo 181.4 del Código Penal, habida cuenta que el sujeto activo se retiró consciente y sigilosamente el preservativo y penetró vaginalmente a la perjudicada hasta que ésta descubrió los hechos poniendo fin a la relación sexual y abandonando el domicilio. El consentimiento prestado para mantener relaciones únicamente con preservativo se refiere precisamente a la penetración vaginal, para evitar un posible contagio de ETS, así como embarazos indeseados. De hecho, es probable que la perjudicada consistiese realizar sin preservativo otros actos de carácter sexual que no implicasen penetración, de modo que carece de sentido no aplicar en este supuesto el artículo 181.4, siendo un subtipo agravado de obligatoria aplicación cuando concurren los elementos previstos en el mismo.

Por ello, los hechos de la presente sentencia encajan en los tipos previstos en el artículo 181. 1 y 4 del Código Penal, sancionados con pena de prisión de 4 a 10 años y quedando fuera del ámbito de aplicación del procedimiento para

el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, según lo previsto en el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En último lugar, conviene analizar si puede ser sujeto activo del delito de abuso sexual en esta modalidad delictiva una mujer. La jurisprudencia viene reconociendo que “el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito del artículo 179 lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar” (STS 519/2006, de 13 de diciembre) en la misma línea establecida por el Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2005, en el que se acordó que a estos efectos “es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder”.

Entiendo que en el presente supuesto, si ambas partes han consensuado mantener relaciones sexuales consistentes en penetración vaginal únicamente con la utilización de preservativo y fuese la mujer la que hubiese retirado éste sin que el hombre se hubiese dado cuenta, si esto fuese posible, incurriría igualmente en el delito de abuso sexual previsto en el artículo 181.1 y 4 del Código Penal.

Mayores dudas ofrece el supuesto en que la mujer hiciese creer al hombre, a sabiendas de su falsedad, que utiliza algún método anticonceptivo imperceptible para el mismo, como la píldora anticonceptiva o un dispositivo intraute-

rino (DIU) con el fin mantener relaciones sexuales sin preservativo, logrando de esta manera una penetración vaginal sin preservativo que de otro modo no se hubiese producido. En el caso de que el hombre tomase conocimiento de estos hechos e interpusiese la correspondiente denuncia, los hechos me parecen igualmente incardinables en el tipo del artículo 181.1 y 4 del Código Penal, habida cuenta que no existe consentimiento para realizar la penetración vaginal sin preservativo si no se están utilizando otros métodos anticonceptivos, hechos igualmente atentatorios contra la libertad sexual del sujeto pasivo varón.