

# La llamada violación presunta y el retraso mental del sujeto pasivo

ANTONIO FERRER SAMA

Catedrático de Derecho penal, Juez de Menores de Madrid

SUMARIO: *a)* Significado del término legal "privada de razón o de sentido", empleado por el artículo 429 en su párrafo segundo.—*b)* Concepto de la menor edad de doce años en el sentido del párrafo tercero del citado artículo 429.—*c)* El conocimiento de dicho estado de privación, por parte del sujeto activo, como elemento de la culpabilidad.—*d)* La circunstancia de preterintencionalidad en el delito de violación.

En Madrid, a 3 de enero de 1949, en el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el señor Fiscal contra la sentencia pronunciada por la Audiencia de ..., en la causa seguida a L., B. y F. por violación.

RESULTANDO: Que la citada sentencia de fecha 10 de mayo de 1946, contiene el siguiente primer Resultando: Que en las primeras horas de la noche de un día no precisado del mes de marzo de 1944, los procesados J., B. y F., sabedores de que en la casa de campo en que habita el segundo, sita en el término municipal de..., pernoctaba casualmente F., de dieciocho años, de buen aspecto, aunque retrasada psíquicamente, pues su mentalidad ha sido fijada por peritos médicos en unos ocho años, puestos previamente de acuerdo, entraron en la habitación donde se encontraba ésta y, con la aquiescencia de la misma, consiguieron yacer con ella, creyendo todos que verificaban un acto, aunque ilícito, normal, frecuentemente realizado a cambio de pequeñas remuneraciones, por la F. Hechos probados.

RESULTANDO: Que dicho Tribunal condenó a J., B. y F. como autores, con una circunstancia atenuante muy calificada, de un delito de violación, previsto y sancionado en los números 2.º y 3.º del artículo 431 del Código penal de 1932, a cuatro años de prisión menor a cada uno, con las consiguientes accesorias y pago de costas:

RESULTANDO: Que fundado el señor Fiscal en el número primero del artículo 349 de la Ley procesal, cita como infringidos, por aplicación indebida del artículo 431 del Código penal de 1932 (429 del vigente de 1944), toda vez que para que pueda ser aplicado el número 2.º del repetido artículo 431 exige que se halle privada de razón o de sentido la mujer al ser víctima del atentado contra su honestidad, pero no de un modo parcial o li-

mitado, si no de manera total, no dándose tal grado de extensión en el estado mental de la perjudicada por los hechos objeto de este recurso, los que, por otra parte, fueron realizados con su aquiescencia, dándose, además, por probado que a ello se prestaba frecuentemente a cambio de pequeñas remuneraciones, pudiendo afirmarse que el consentimiento otorgado en el caso de autos lo fué voluntariamente y con conocimiento real, aunque limitado, del alcance del acto a que se prestó. En cuanto a la aplicación del número 3.º del expresado artículo, basta su lectura para afirmar su improcedencia, ya que su contenido no admite analogía, ni equivalencias, y solamente se habrá de tener en cuenta, para poder aplicarse la edad de la perjudicada, que fija en doce años, y como la sentencia declara que F. tenía dieciocho, es visto que no pueden encuadrarse en el expresado número los hechos probados, para estimarlos, con arreglo a él, constitutivos del delito calificado con evidente error, pudiendo afirmarse en conclusión, que los hechos que se dan como probados no ofrecen elementos para estimarlos como constitutivos del delito y al entender lo contrario, el Tribunal sentenciador ha incurrido en error, determinante de la infracción ya señalada. Y subsidiariamente, para el caso de que la Sala no estime el motivo precedente, cita también como infringida, por aplicación indebida, la circunstancia cuarta del artículo 9.º del Código penal, ya que, aún en el supuesto de que los hechos fueran constitutivos del delito de violación, cometido en la forma y términos que afirma el hecho probado y habida cuenta de las circunstancias concurrentes en la perjudicada, que han de suponerse, dada la frecuencia con que se prestaba a la realización de torpes actos, es evidente que los realizados con ella por los procesados no causaron daño material alguno, por lo que no es posible la aplicación de la circunstancia de preterintencionalidad, ya que no cabe hablar de mayor o menor gravedad cuando ninguno se ha producido por el delito.

**RESULTANDO:** Que la representación de los recurridos se instruyó del recurso y lo apoyó en el acto de la vista.

**CONSIDERANDO:** Que la cuestión jurídica que se plantea por el Ministerio Fiscal en el primer motivo de este recurso, al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, queda circunscrita a discernir sobre si en los hechos probados de la sentencia recurrida se contienen los elementos "de facto" necesarios para integrar las situaciones a que se refieren los casos segundo y tercero del artículo 431 del Código penal de 1932, como entendió el Tribunal de instancia y aplicó a los procesados, como vigente en la ocasión de autos, o si, por el contrario, en los hechos probados no se encuentran los elementos precisos para integrar la infracción penal que definen y sancionan dichos casos y preceptos punitivos, como sostiene dicho recurrente:

**CONSIDERANDO:** Que la situación en que se encuentra la mujer ofendida, a que se contrae el citado caso segundo, de "hallarse privada de razón o sentido por cualquier causa", por la extensión que presupone el verbo "privar" empleado, dado su sentido gramatical, de despojar, quitar o suspender a una persona de una cosa que poseía, implica la falta total de

razón o sentido, que es a lo que se contrae el citado caso, situación ésa en que no puede decirse se encontrase, en el caso de autos, la mujer ofendida, de dieciocho años de edad, por el solo hecho afirmado de ser una retrasada mental, ya que el consentimiento de ésta ha de reputarse consciente y voluntario, aunque limitado, mientras no aparezca acreditado que ese retraso es equiparable al del idiota o imbecil de primer grado, estado que no puede tenerse por apreciado, procesalmente, por el solo hecho de decirse en los probandos que su mentalidad había sido fijada por peritos médicos en unos ocho años, pues ello, por sí, sólo supone la opinión de esos facultativos, pero no que el Tribunal, en su conciencia, así lo estimó como probado, y dada la forma de su expresión, y, de igual modo, tampoco puede ser de aplicación a los hechos probados, por no estar en él comprendidos, el citado caso tercero, toda vez que éste se refiere únicamente a la mujer menor de doce años de edad física, y, como queda dicho, en los hechos probados aparece sentado que la mujer que se dice ofendida tenía dieciocho años de edad en la ocasión de autos, y que realizó el acto del coito con los procesados prestando su aquiescencia, como frecuentemente era realizado por ella, a cambio de pequeñas remuneraciones; y, por último, y en definitiva, porque en ninguna parte de la sentencia impugnada se encuentra afirmado, ni de lo que es puede deducirse de modo indiscutible que ese retraso mental de la supuesta violada fuese aprovechado o, por lo menos, conocido por los procesados al yacer con la misma, como sería preciso para la existencia del delito de violación por el que se les sanciona, procediendo, por cuanto queda expuesto, acoger este recurso por su citado primer motivo y casar y anular la recurrida:

CONSIDERANDO: Que alegado el segundo motivo de este recurso con carácter subsidiario, y para en el caso de que no se estime el primero, y acogiendo éste, es obvio resulta innecesario entrar y discernir sobre la indebida aplicación de la circunstancia atenuante que fué apreciada en la instancia que en él se plantea;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, por su primer motivo, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia de ..., con fecha 10 de mayo de 1946, en causa seguida a J..., B... y F... por violación; declaramos de oficio las costas procesales, y comuníquese esta sentencia y la que a continuación se dicta a la referida Audiencia, a los efectos legales procedentes.

#### CONTACTO CARNAL CON MUJER MENTALMENTE RETRASADA

Verdadero interés ofrece esta sentencia por cuanto las cuestiones que en la misma se tratan no siempre han sido apreciadas con el mismo criterio por parte de nuestro Tribunal Supremo.

Tales cuestiones se refieren a los siguientes puntos, todos ellos de gran relevancia, en la doctrina del delito de violación:

a) Significado del término legal "privada de razón o de sentido...", empleado por el artículo 429 en su párrafo segundo.

b) Concepto de la menor edad de doce años en el sentido del párrafo tercero del citado artículo 429.

c) El conocimiento de dicho estado de privación, por parte del sujeto activo, como elemento de culpabilidad.

d) La circunstancia preterintencionalidad en el delito de violación.

Veamos cómo se consideran las indicadas cuestiones en la sentencia que comentamos.

## 1

## Significado de la expresión del párrafo segundo del artículo 429

Sin hacer en este lugar un comentario completo que abarcase la serie de problemas que plantea la interpretación de este apartado legal, haremos de ceñirnos concretamente al punto resuelto por la sentencia a que nos referimos, o sea a la determinación de si en casos de retraso mental del sujeto pasivo puede estimarse que tal mujer se encuentre privada de razón o de sentido a efectos de la existencia del delito de violación.

No es la primera vez que el Tribunal Supremo se manifiesta sobre tan delicado extremo, marcándose dos tendencias sobre el particular, pues mientras algunas sentencias se inspiran en el criterio de que no es preciso que la carencia de razón sea completa (1), criterio que en el terreno doctrinal vemos defendido por Cuello Calón (2), otras, y entre ellas la que comentamos, desechan la existencia de violación en supuestos de simple retraso mental (3).

La apuntada disparidad de opiniones es, no obstante, más aparente que real, obediendo tal fenómeno a la índole de la cuestión planteada, ya que, como siempre que de la apreciación de estados psíquicos se trata, lo que realmente ocurre es que resulta imposible establecer normas generales, debido a la gran variedad de hipótesis que se ofrecen ante los Tribunales, dándose el hecho de que de dos supuestos, ambos diagnosti-

(1) Sentencia de 19 de noviembre de 1930. (Comete violación el que yace con una mujer que no tiene normalmente desarrolladas sus facultades mentales, máxime si emplea amenazas). Igualmente en la de 15 de octubre de 1931, y por último, en el mismo sentido, la de 25 de febrero de 1948, en la cual se castiga como reo de violación al que yació con una mujer de dieciocho años, débil mental, en zona equidistante entre la imbecilidad y la torpeza mental, con una edad psíquica de ocho años y diez meses, estado mental que disminuye notablemente la capacidad para la valoración de los actos.

(2) CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, tomo II (1949), pág. 534.

(3) Según la sentencia de 4 de marzo de 1935, no comete este delito el que yace con mujer que acude a su domicilio aunque padezca enfermedad mental que equipare su razón a una niña de diez años, pues el precepto se refiere a carencia de razón, lo que no ocurre en el retraso mental, cuyo consentimiento es consciente y voluntario, aunque limitado.

cados psiquiátricamente como de retraso mental, uno de ellos se manifieste con tales caracteres que pueda calificarse positivamente en relación con el repetido apartado segundo, mientras que el otro no se estime como caso de carencia de razón o de sentido a efectos del delito de que tratamos. Y es que de ordinario no resulta suficiente el simple diagnóstico diferencial, habiendo de profundizarse hasta conocer el grado en que la específica anormalidad se presente y las circunstancias en que la conducta ha tenido lugar.

Ahora bien: dentro de lo que cabe precisar cuando en términos generales se habla de conceptos psiquiátricos, hemos de manifestar que, a nuestro modo de ver, no es acertado calificar el retraso mental de estado que prive al sujeto de razón o de sentido.

Lo que realmente ocurre es que, manifestándose la debilidad mental como forma más leve de las oligofrenias, junto a las formas más graves (imbecilidad e idiocia), y aunque no se trate sólo de una cuestión de grado, pues los casos nucleares tienen caracteres propios, las transiciones son tan graduales que se hace difícil a menudo establecer el límite con justeza (4).

Así, en muchas ocasiones, lo que parece disparidad de criterio judicial no obedece sino a diferencia de criterio en la formulación del diagnóstico psiquiátrico.

Para que el retraso mental pudiera comprenderse en la fórmula típica del apartado segundo del artículo 429, sería necesario que dicho retraso fuese tal que anulase las facultades intelectivas, en cuyo caso ya nos encontraríamos ante uno de los dos grados superiores de la oligofrenia (imbecilidad o idiocia), y no ante una simple debilidad mental (5).

El primer considerando formula esta doctrina al destacar como "por la amplitud que supone el verbo "privar" empleado, dado su sentido gramatical de despojar, quitar o suspender a una persona de una cosa que poseía, implica la falta total de razón o de sentido, que es a lo que se contrae el citado caso, situación ésa en que no puede decirse se encontrase en el caso de autos la mujer ofendida, de dieciocho años de edad, por el solo hecho afirmado de ser una retrasada mental, ya que el consentimiento de ésta ha de reputarse "consciente y voluntario, aunque limitado", mientras no aparezca acreditado que ese retraso es equiparable al de "idiota o imbécil" de primer grado...".

## II

### Concepto de la menor edad de doce años en el sentido del párrafo tercero del artículo 429

Deséchase también en la sentencia la tipificación de la conducta en el apartado tercero del artículo 429, " toda vez que éste se refiere única-

(4) ALBERCA LORENTE: Comentario al apartado primero del artículo 8.º del Código penal, en *Comentarios de FERRER SAMA*, tomo I, pág. 113.

(5) Vid. ALBERCA LORENTE, *trab. y lug. cit.*, pág. 110.

mente a la mujer menor de doce años de edad física, y, como queda dicho en los hechos probados, aparece sentado que la mujer que se dice ofendida tenía dieciocho años de edad en la ocasión de autos, y que realizó el acto del coito con los procesados prestando su aquiescencia, como frecuentemente era realizado por ella a cambio de pequeñas remuneraciones”.

Con el mayor acierto resuelve el Tribunal Supremo la cuestión debatida, resultando verdaderamente audaz la tesis contraria, o sea, la de la sentencia recurrida, al interpretar con inconcebible amplitud los términos del enunciado contenido en el tan repetido apartado tercero.

La figura de dicho apartado es calificada generalmente de “violación presunta”, concepto éste que teniendo su origen en la doctrina de Carpozovius (6) ha venido aceptándose por la mayoría de los escritores.

La teoría de la presunción se funda sobre el argumento “*velle non potuit, ergo noluit*”, es decir, el menor, como el loco, son incapaces de consentir, luego disienten: el abuso fué cometido con su disentimiento, luego es violento (7).

No faltan penalistas disidentes, entre ellos, como más autorizados, Carrara, que opone a la teoría de la presunción de violencia un fuerte razonamiento: “No es verdad—dice—que en el niño o en el mentecato falte siempre el consentimiento.” “Puede faltar—añade—su capacidad de consentimiento jurídico, no de consentimiento natural.” Capaces naturalmente son también los niños y los dementes, los cuales debaten y gritan y usan de toda su fuerza cuando no quieren soportar una cosa desagradable. Ahora bien; no obstante tal capacidad, al menos en ciertos casos, la ley no presume, sino que “supone” violento sin más el ayuntamiento carnal con aquellas personas, por la especial tutela penal debida a las mismas y por la mayor perversidad que manifiesta aquel que abusa de estos infelices, tratándose más que de una “presunción” “*juris et de jure*”, de una “ficción”. Se “finge”, pues, violento un acto carnal que no es tal (“*praesumitur super verum, fingitur super falsum*”), para recordar a los lujuriosos el deber de respetar a cierta categoría de seres más necesitados de la defensa por parte de la ley (8).

Trátase de una ficción o de una presunción “*juris et de jure*”, es evidente que jamás resulta admisible ampliar el concepto de menor edad de que en el apartado tercero se habla a la edad mental, apreciada psiquiátricamente, pues con ello se incurriría en la más extensiva interpretación de la ley en perjuicio del reo.

Como dice Alberca Lorente, refiriéndose a los distintos métodos de apreciación de la edad mental (Terman Binet-Simon, Rossolimo, etc.), es preciso reconocer “que esa ordenación, útil por tan tajante, es también—ya que no imprecisa—esquemática y artificiosa. Y ha de utilizarse sabiendo que cuando decimos que un adulto tiene ocho años de edad mental,

(6) CARPOZOVIVS: *Práctica criminal*, cuest. 75. núm. 39.

(7) MAGGIOR: *Principii di Diritto penale*, II (1941), pág. 470.

(8) CARRARA: *Programma*, parag. 1.491 y sigts.

no queremos decir, precisamente, que es como un niño de ocho años, pues éste tiene por delante la posibilidad de mejores adquisiciones, y el oligofrénico la mejor realización de ciertos actos banales de la vida diaria: aquél puede escribir más sueltamente, y el oligofrénico es capaz de dar con más soltura todos los pequeños pasos para realizar un viaje por ferrocarril. Por otra parte, hay que contar siempre con que los "tets" son medidas demasiado frías, y que no basta conocer el estado de la inteligencia o de la memoria, o del psiquismo entero ante las pruebas, sino actuando ante la vida misma, lo que—como recuerda Gottschadt—es cosa bien distinta (así, un débil mental puede actuar como normal o casi si las necesidades de su actuar no son demasiado altas—pastor, por ejemplo—, y fracasar ruidosamente si se empeña que desempeñe un alto puesto en un Banco). Y aun es posible que haya que rebajar un poco las cifras primitivas, al menos para ciertos ambientes, si se recuerda que las investigaciones de Banús y Aldama pusieron de manifiesto que entre cien españoles normales—que se bastaban a sí mismos y vivían de acuerdo con las leyes—catorce tenían una edad mental entre nueve y once años, y treinta y dos entre once y trece años, de lo que concluyeron que la edad media del adulto normal español estaba entre los once y trece años" (9).

Si se interpretase el párrafo tercero del artículo 429 según el criterio sustentado por la sentencia recurrida, nos encontraríamos ante un delito de violación en la inmensa mayoría de los casos de coito con prostitutas, pues si, según acabamos de ver, las investigaciones de Banús y Aldama ponen de relieve que la edad mental media del adulto normal, entendiéndolo por tal el que se basta a sí mismo y vive de acuerdo con las leyes, oscila entre los once y los trece años, pensemos cuál sería el resultado de una estadística que se elaborase sobre la edad mental de tal clase de mujeres.

### III

#### **El conocimiento por parte del sujeto activo del estado mental o de la menor edad de doce años del sujeto pasivo**

Destácase también la necesidad de este fundamental elemento de culpabilidad en las dos figuras de violación a que se refiere la sentencia al decirse en el segundo considerando: "... y por último, y en definitiva, porque en ninguna parte de la sentencia impugnada se encuentra afirmado, ni de lo que es puede deducirse de modo indiscutible, que ese retraso mental de la supuesta violada fuese aprovechado o, por lo menos, conocido, por los procesados al yacer con la misma, como sería preciso para la existencia del delito de violación por el que se les sanciona..."

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de octubre de 1931, de claró también que no cometió violación el que yace con una deficiente mental desconociendo su estado.

(9) ALBERCA LORENTE. ob. y lug. cit., pág. 114.

Ahora bien; tratándose como se trata de un elemento del dolo genérico de este delito, y no señalándose por el tipo la exigencia de dolo específico alguno, entendemos que el conocimiento de dichos extremos debe presumirse con la presunción "juris tantum" consignada en el párrafo segundo del artículo primero del Código, siendo excluida la culpabilidad por razón de error cuando resulte esta situación anímica suficientemente probada y sea calificada de error invencible, pues en caso contrario quedaría subsistente la responsabilidad a título de culpa (10).

En este aspecto no estamos totalmente conformes con la doctrina que viene a mantenerse en el segundo considerando de la sentencia, pues de los términos en que el mismo está redactado parece desprenderse que el Tribunal Supremo estima necesaria la prueba, por parte de la acusación, del conocimiento de la edad o del estado mental de la víctima.

#### IV

#### La circunstancia atenuante de preterintencionalidad en el delito de violación

No se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo en orden al segundo motivo alegado por el Ministerio Fiscal en su recurso con carácter subsidiario, ya que a ello no hubo lugar al ser estimado el primero.

No obstante, resulta digno de algún comentario el acertado criterio del Ministerio Público, ya que, efectivamente, no cabe hablar de mayor o menor gravedad del mal cuando, como en el caso de autos, los procesados no causaron daño material alguno, "habida cuenta de las circunstancias concurrentes en la perjudicada, dada la frecuencia con que se prestaba a la realización de torpes actos..."

La sentencia casada incurre indiscutiblemente en un grave error de técnica, puesto que estima una atenuante que nunca puede entrar en juego respecto al delito de violación, como vamos a ver

Solamente puede apreciarse la atenuante establecida en el párrafo cuarto del artículo noveno en aquellos delitos cuyo resultado admite mayor o menor gravedad y nunca en aquellos que, como el de violación o como el de homicidio, ofrecen un resultado que no puede darse en más o en menos, sino que, o existe dicho resultado y la infracción ha de considerarse perpetrada, o bien no ha llegado a producirse y nos hallamos en el terreno del delito imperfecto. No puede decirse que el sujeto que quería matar ha matado, pero menos de lo que deseaba, e igualmente acontece en cuanto a la violación, a diferencia, v. g., de lo que ocurre en el delito de lesiones, en el que puede darse el caso del que queriendo lesionar levemente cause una herida grave (11).

(10) Vid. FERRER SAMA: *El error en Derecho penal*, Murcia, 1941. pág. 102.

(11) Vid. FERRER SAMA, ob. y lug. cit.



Consecuencia de la violación pueden ser otros resultados, que en sí habrán de castigarse separadamente; mejor dicho, según las reglas por las que se rige el concurso de delitos, pero que no fundamentarán la circunstancia atenuante de preterintencionalidad. Así, cuando con el acto de la violación se causen lesiones a la víctima, por desgarro o por contagio.

El resultado que se aprecia por la ley en el delito de violación no admite gradaciones de ningún género, en cuanto consiste en el atentado a la honestidad de la víctima, atentado que, consumándose con la cópula carnal, es objeto de castigo por parte de la ley, independientemente de las consecuencias próximas o remotas que el acto puede originar. Y, una de dos: o los actos secundarios que puedan derivarse son constitutivos de delito, en cuyo caso se habrán de penar en concurso con el de violación, o bien tales males no son apreciados por la ley como resultados propios de ninguna infracción, y entonces carecen de valor a efectos penales.

# REVISTA DE LIBROS

