

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 27 de mayo de 2021 [Roj: STS 2140/2021]

VALORACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DE LOS DEDOS EN LA VAGINA COMO VIOLACIÓN

1. HECHOS «PROBADOS»

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2021 anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de abril de 2020 tras reproducir los hechos probados recogidos en la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de enero de 2020 transcribiendo el fallo que en ella se contiene.

Se recogen como hechos probados, entre otros, que tras acompañar D. Abelardo, el acusado, hasta casa a Dña. África y empujándola dentro de la cochera, tirándola contra unas cajas que allí había y tapándole la boca para que los gritos no se escucharan, le propinó besos y bofetadas, le pellizcó y retorció los pechos, le intentó bajar los pantalones y la presionó las ingles, así como la zona genital, introduciéndole un dedo en el interior de la vagina, además de obligarla a tocarle su miembro viril. Hechos que se prolongan durante una hora y media de tiempo.

2. ¿ABUSO O VIOLACIÓN? UN DEBATE NO SUPERADO

En primera instancia, la AP de Zaragoza condena a D. Abelardo por un delito de violación tipificado en el art. 179 CP en concurrencia de la circunstancia modificativa del art. 21. 5.º a 7 años de prisión como pena principal.

Esta sentencia es recurrida en apelación ante el TSJ de Aragón que la revoca, condenando al acusado por un delito de agresión sexual sin penetración, ya no por violación, contemplado en el art. 178 CP a la pena de prisión de 3 años (pena principal). Esta sentencia en segunda instancia suprime de los hechos probados la expresión que sí contenía la sentencia en origen «introduciéndole un dedo en el interior de la vagina», pero mantiene que «presenta escoriaciones en el *intro-vaginal* y en la parte *interna de los labios menores*».

De esta discrepancia entre la primera y segunda instancia nace el recurso de casación interpuesto por la víctima¹, justificándolo en una infracción del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por una aplicación indebida del artículo 178 CP y la

1. No se tiene en cuenta el recurso que presenta el acusado o las pruebas que se aportan sin relación con el hecho principal que aquí se analiza.

inaplicación del artículo 179 CP, en aras de la tutela judicial efectiva. Se pretende, de forma evidente, recuperar en la sentencia aquellos hechos que, siendo probados, han sido retirados por el Tribunal Superior de Justicia y que permitían la subsunción de los hechos en el tipo agravado y no en el art. 178 como un abuso sexual. África, por tanto, cuestiona la valoración de la prueba que lleva a cabo el TSJ y que de forma excesiva revisa la efectuada por el tribunal de instancia que practicó la prueba y que de forma irracional reduce los hechos a un abuso sexual pues, al modificar los hechos, este tribunal mantiene que no se llega a acceder a la vagina ya que solo queda en una zona vulvar y del introito (entrada a una cavidad orgánica), concluyendo que solo se produce la agresión en la parte externa, pese a no ser lo reflejado en los hechos ya expuestos.

3. LA HORIZONTALIDAD COMO CONCEPTO DECISIVO

El Tribunal Supremo centra la discusión en un aspecto muy concreto y es el *introito vulvar* que se refiere al introito vaginal debido a que las lesiones —al menos una de ellas— se desarrollan en el introvaginal entendiendo que no se trata de la parte externa del aparato sexual femenino, sino de la interna, concluyendo la penetración que exige el art. 179 CP y que de no ser así se hallaría sin valoración una de las pruebas principales de las que se dispone.

Puede ser complejo entender la penetración desde esta perspectiva, pero si se analiza desde la horizontalidad de la zona sexual de la mujer aumenta la sencillez. Como sí consta en los hechos la entrada de los dedos en la vagina (intro-vaginal) y en los labios menores en su parte interna, se supera dicha horizontalidad y por ende definiendo el delito del art. 179 CP al momento de considerar la penetración sin necesidad de que esta sea absoluta, pues para la violación no hay una exigencia de cantidad o tiempo, basta con que concurra el acceso por leve o breve que se trate. En este sentido, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la norma exigen un tiempo o forma concreta para que el acceso se pueda considerar de una forma u otra, por tanto, por fugaz que sea o poco profundo, si traspasa el plano de la horizontalidad, el tipo delictivo del art. 178 CP se agrava siendo de aplicación el art. 179 CP.

Entonces, ¿cuándo se traspasa la horizontalidad? La horizontalidad se trata más de un concepto abstracto que permite comprender la barrera existente entre la parte interna y externa de la vagina femenina. La referida horizontalidad se debe a una parte superficial de la parte exterior, así un tocamiento o una fricción exterior no suponen la destrucción y traspaso de la horizontalidad, y, por tanto, no produciéndose penetración, mientras que superar dicha barrera en su contexto interno, sea cual sea el tiempo o la profundidad, rompe con esta barrera y se accede a la parte interna del aparato sexual femenino derivándose en lo que ocurre en los hechos contemplados en la sentencia de la AP de Zaragoza. Es cierto e innegable que hubo tocamientos externos y fricción, pero de la misma forma que lo es el momento en el que el acusado introduce

uno de los dedos en la vagina de África como también prueban los testimonios forenses recogidos, rompiendo con la horizontalidad. Este acceso es suficiente para irrumpir en la zona sexual interna de la mujer, llevando a la figura de la penetración asimilada por introducción de los dedos en la vagina y recuperando así la primera sentencia.

4. PARA REFLEXIONAR

Esta sentencia es una más en las que se discute sobre la valoración de la prueba, la cual recoge los elementos esenciales para determinar si el hecho es solo un abuso sexual o por el contrario se trata de una violación. En este caso en concreto más se centra sobre el desconocimiento del aparato sexual femenino pues mientras que se mantiene que la agresión y el tocamiento se produce en el introito se justifica como que no hay introducción suficiente y es que ¿hasta dónde se deben introducir los dedos?, o ¿no se tiene clara la fisiología de este aparato? En este caso, el Tribunal Supremo de manera exquisita (en contraposición con el TSJ de Aragón) por la sencillez y la brevedad hace alusión a que basta el contacto en el acceso a la región vaginal para que se cumplan los requisitos del art. 179 CP pues el acceso total no es necesario, siendo suficiente traspasar la barrera exterior tal y como ocurre en el caso analizado. Supone la sentencia un hito en cuanto a la innecesidad de un tiempo, una forma, profundidad o momento para que la introducción sea calificada como delito de violación, avanzando como sociedad y formulando un precedente en las garantías femeninas y de protección del aparato sexual como merece, ante hechos que provocan un daño en ocasiones irreparable a las mujeres, no físico, pero sí mental debido a que se producen en una de las zonas más íntimas.

Alicia RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
Personal Investigador en Formación
Universidad de Salamanca
arsb@usal.es