

SOBRE EL DELITO DE GRAVE TRATO DEGRADANTE DEL ART. 173 CP

Comentario de la STS (2ª) 2101/2001, de 14 de noviembre*

Jesús Barquín Sanz

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Granada

e-mail: jbarquin@ugr.es

BARQUÍN SANZ, Jesús. Sobre el delito de grave trato degradante del art. 173 CP. Comentario de la STS (2ª) 2101/2001, de 14 de noviembre. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2002, núm. 04-j04, p. j04:1-j04:10. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j04.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 04-j04 (2002), 16 abr]

RESUMEN: La STS (2ª) 2101/2001, de 14 de noviembre, trata entre otros asuntos sobre el delito de grave trato degradante del art. 173 CP. En relación con éste, la resolución comentada establece unos criterios acerca de su alcance típico y acerca de sus relaciones con la agravante genérica de ensañamiento

que llevan implícito el peligro de vaciar de significado real el delito. El presente comentario, crítico con esta sentencia, desarrolla los argumentos en que se basa el autor para atribuir al delito del art. 173 CP un ámbito material más amplio que el que se deriva de la STS 2101/2001.

PALABRAS CLAVES: Trato degradante, integridad moral, tortura entre particulares, ensañamiento, violación, agresión sexual.

Fecha de recepción: 7 abril 2002

Fecha de publicación: 16 abril 2002

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Resumen de los hechos*. III. *Planteamiento del problema y resumen de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia*. IV. *Observaciones críticas*.

I. Introducción

1. Nuestro objeto de estudio en el presente escrito se circunscribe a una parte muy concreta y delimitada de la sentencia 2101/2001, de 14 de noviembre (ponente:

* Este comentario se ha escrito *ex profeso* de forma sucinta y con omisión de aparato doctrinal, a fin de adaptarlo al formato establecido para los comentarios de jurisprudencia penal de la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. La fundamentación de los puntos de vista del autor sobre la materia está desarrollada con algún detalle en los trabajos *Delitos contra la integridad moral*, (Barcelona: Editorial Bosch, 2001) y «Violencia doméstica y trato degradante: problemas concursales» (en Morillas Cueva *et al. Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid: EDERSA, 2002), donde se puede asimismo acceder a una exhaustiva relación de bibliografía y jurisprudencia. En <http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/2001STS2101.pdf> puede accederse al texto completo de la sentencia objeto de este comentario, que nos ha sido facilitado por el Prof. Dr. Bacigalupo Zapater y el Prof. Dr. Jaén Vallejo, a cuya amabilidad e iniciativa debemos agradecer no sólo esta aportación sino, en general, la existencia misma de la sección de jurisprudencia de *RECPC*.

BACIGALUPO ZAPATER), de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aquella que tiene que ver con la posible apreciación de un delito común contra la integridad moral concurrente con varias agresiones sexuales en unos hechos particularmente aberrantes que se extraen en el apartado II, *infra*. Si bien se recomienda la lectura íntegra de la resolución, es útil extraer sucintamente tanto los hechos relevantes a los efectos de la presente discusión cuanto el fundamento jurídico decimotercero, en el que la sala argumenta específicamente en torno al artículo 173 CP. De ahí que se dediquen sendos apartados a resumir tales hechos y argumentación antes de exponer las propias consideraciones.

II. Resumen de los hechos

2. *Lugar y momento*: La casa familiar de los autores en cierta localidad gallega, junio de 1998, entre las diez de la noche y avanzada la madrugada del día siguiente.

Autores: Cuatro hermanos mayores de edad (David, Óscar, Víctor y Andrés) y su madre (Elvira).

Víctima: Angelina, sesenta y nueve años, tía carnal (hermana del padre) y cuñada respectivamente de los autores, afectada de un retraso mental moderado.

Conducta: Primer episodio.- Los autores, por la fuerza, quitaron la ropa a la víctima. Una vez desnuda, le propinaron multitud de golpes por todo el cuerpo con los puños y con una vara y la obligaron a «lamerle el culo» a otro hombre allí presente contra la voluntad de éste y a «chupársela» hasta que eyaculó en su boca. Entretanto, los autores la insultaban («puta») y se reían de ella y los cuatro sobrinos orinaron sobre la víctima. Después, le arrojaron un cubo de agua.

Segundo episodio.- Entre las burlas y risas de los demás, Víctor obligó a Angelina a introducirse un palo de mortero por la vagina, lo que causó a ésta erosiones en sus órganos genitales.

Tercer episodio.- Obligarón a la víctima a realizar otra felación, ahora en la persona de Óscar, nuevamente hasta la eyaculación dentro de su boca.

Cuarto episodio.- A continuación, Víctor restregó por la cara de Angelina un pañal manchado con las heces de Óscar, quien sufría de incontinencia.

Quinto episodio.- Los cuatro hermanos la arrastraron hasta la cocina y le aplicaron sobre la piel un cigarrillo encendido, ocasionándole dos quemaduras de 1 cm. de diámetro en hombro y brazo izquierdo. También Víctor cogió un palo y le dijo que se lo iba a meter por el ano mientras simulaba que lo hacía.

Sexto episodio.- Finalmente, ya en la madrugada del día siguiente, la arrojaron al suelo boca abajo, colocándole Víctor un pie en el cuello y dándole Elvira una patada al tiempo que le llamaba puta, mientras que ella y David le decían que le volverían a hacer lo mismo si no les daba más dinero el próximo mes. Tras esto, Angelina pudo escapar de la casa por la puerta que Víctor había abierto.

III. Planteamiento del problema y resumen de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia

3. Los hechos ya relatados fueron considerados por la resolución de instancia (SAP Coruña, sección 2ª, núm. 37/2000, de 25 de octubre, pte.: Taboada Caseiro) constitutivos de tres agresiones sexuales del artículo 179 CP con la concurrencia de las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 180.1 CP (pena: catorce o quince años por cada una de ellas, según el episodio y el autor), una falta de lesiones (pena: cuatro fines de semana de arresto) y un delito de amenazas del artículo 169 CP (pena: un año y seis meses o dos años de prisión, según el autor), concurriendo la agravante de parentesco en Elvira. En cambio, se rechazó estimar un delito contra la integridad moral del artículo 173 CP que fue interesado por la acusación. En casación recurrió la acusación particular (se adhirió el Ministerio Fiscal) aduciendo que los hechos consistentes en restregar el pañal con heces por la cara de la víctima y orinarse encima de ella entre burlas constituyen un delito de grave trato degradante desvalorable separadamente de los atentados contra su libertad sexual. La sentencia del Tribunal Supremo descartó la aplicación del tipo del artículo 173 CP. En cambio, en estimación parcial del motivo del recurso, agravó la calificación de los tres delitos de agresión sexual al considerar aplicable la circunstancia genérica de ensañamiento (artículo 22.5ª CP). La pena por cada una de las agresiones sexuales pasó a ser en consecuencia de quince años en todos los casos. Expresamente en la segunda sentencia, la sala remite al límite máximo de cumplimiento de pena previsto en el artículo 76.1 CP.

4. La argumentación de la resolución del Tribunal Supremo puede resumirse en los siguientes puntos:

A. El uso de excrementos humanos contra la víctima constituye actos de agravio y menosprecio que no están abarcados por los delitos estimados en la sentencia de instancia.

B. Pero este mayor desvalor no puede dar lugar a la aplicación del artículo 173 CP, porque:

i. Esta norma es imprecisa, como fue señalado por «autorizadas voces» en el debate parlamentario del CP 1995.

ii. Los delitos contra el honor ya dan respuesta penal a las afrentas a la dignidad de la persona.

iii. No es acertada la expresión *integridad moral*, que se refiere a «un bien que no es fácil concebir como objeto de ataques ajenos, pues parece referirse en primera línea una condición de la persona que sólo podría ser afectada por la propia conducta del sujeto».

iv. La doctrina tiene dificultades para caracterizar la conducta típica del artículo 173 CP: no convencen los intentos de asimilar la lesión de la integridad moral con la de la capacidad de decisión ni con el uso de la persona como medio, pues en ambos casos hay confusión con los tipos penales que tutelan la libertad.

v. Tampoco convence la interpretación del trato degradante como modo de «humillar, deshorrar, despreciar o envilecer, afectando la dignidad de la persona», pues superpone la integridad moral y el honor.

vi. Se trata de «un tipo penal carente de paralelos en el derecho comparado».

vii. No basta con «el carácter injurioso de la acción o la privación de la libertad de decisión» para hacer aplicable el artículo 173 CP, dada la diferencia de gravedad de las penas de este tipo y del delito de injurias.

C. Por consiguiente, «el ámbito de aplicación del art. 173 CP quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una duración notoria y persistente, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan, a través de las agravantes ordinarias».

D. En cambio, cuando la mayor gravedad del hecho puede captarse a través de una agravante genérica, en particular la de «aumento deliberado e inhumano del sufrimiento infligido a la víctima», debe aplicarse ésta. Así sucede en el presente caso, según la sentencia comentada.

E. En cuanto al problema procesal de que la estimación de la agravante no había sido solicitada por la parte recurrente, se resuelve mediante una alusión a la implícita homogeneidad entre lo solicitado por la acusación y lo apreciado (a la baja) por el órgano judicial.

IV. Observaciones críticas

5. Aunque el fallo de la sentencia comentada nos parece discutible, esta discrepancia discurre en sentido inverso a la crítica de fondo que, a nuestro juicio, merecen las consideraciones vertidas en ella a propósito del tipo del artículo 173 CP. En efecto, creemos que la negativa del tribunal de instancia a acoger la tesis de la acusación sobre este delito ha de reputarse básicamente acertada, puesto que el desvalor del atentado contra la integridad moral queda absorbido por la agravante específica del ejercicio de violencia particularmente degradante (artículo 180.1.1ª CP); en este sentido, la STS (2ª) 2101/2001 protege la integridad moral más allá de lo que creemos normativamente razonable. Mientras que, con carácter general, consideramos que el delito contra la integridad moral, aun no siendo un ejemplo de correcta técnica tipificadora penal, sí tiene un injusto material identificable e identificado que permite su apreciación en supuestos no tan extremos como la sentencia comentada sugiere; en este sentido, la resolución refleja una concepción excesivamente restrictiva del ámbito de aplicación del artículo 173 CP que, de pretender extraerse fuera de contexto para la resolución de otros casos, desproveería a este tipo de gran parte de su virtualidad político-criminal.

El resto del presente trabajo está dedicado a comentar los aspectos mencionados en último lugar, de modo que prescindiremos de examinar algunas cuestiones interesantes que la sentencia plantea pero que se alejan del núcleo central escogido como tema: el contenido típico del delito del artículo 173 CP.

Por ello, a fin de que el problema nuclear no quede oscurecido por cuestiones que le son periféricas, sugerimos al lector que retenga mentalmente como objeto de debate no tanto si unas agresiones sexuales particularmente escabrosas como éstas pueden entrar en concurso con un delito contra la integridad moral del artículo 173 -cuestión que a nuestro entender depende en mayor medida de la concreta regulación de los delitos

contra la libertad sexual que del alcance que se atribuya al tipo de grave trato degradante- sino más bien si hechos consistentes en hacer que una persona con problemas de retraso mental soporte desnuda entre risas y burlas los golpes y varetazos de un grupo de cinco agresores, que le orinen encima, que le restrieguen por la cara un pañal lleno de excrementos humanos y le apaguen cigarrillos en la piel merecen una (des)calificación penal autónoma como delito de grave trato degradante o si tan sólo pueden merecer reproche penal cuando sea posible identificar una infracción principal *tradicional* que se vería agravada por la circunstancia genérica de ensañamiento.

6. Las críticas formuladas en la discusión parlamentaria con respecto a la imprecisión del tipo del artículo 173 CP admiten una lectura no tan restrictiva como la que en la sentencia se explicita. Resulta particularmente significativo que los principales reparos a la disposición, basadas en el argumento de la falta de taxatividad, desaparecieron al aceptar sus portavoces la enmienda transaccional del grupo mayoritario consistente en la agrupación en un mismo título del tipo común junto con los delitos especiales de tortura y tratos inhumanos o degradantes que figuran en los artículos 174 y ss. CP. Mediante esta vinculación normativa se estimaba suficientemente paliada la fundamental objeción, ya que el atentado común contra la integridad moral quedaba inequívocamente identificado con supuestos de tortura y de tratos inhumanos o degradantes no cometidos por funcionarios, sino por particulares.

Por otra parte, aunque no sea posible ahora desarrollar el tema, conviene dejar dicho que no es exacto que se trate de un delito sin paralelos en el Derecho Penal comparado. Con diferentes configuraciones, existen equivalencias en algunos de los códigos penales de más reciente elaboración: francés, portugués, colombiano, entre otros.

7. Una vez establecido el parámetro de referencia en la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, la asimilación con las injurias no parece acertada. Sin duda, los datos de que el propio artículo 208 CP 1995 menciona la dignidad de las personas al describir las injurias (es verdad que con singular desacierto que provoca problemas de delimitación de injustos como el aquí examinado) y de que el honor no se incluye entre los objetos de tutela penal afectados por la cláusula concursal específica del artículo 177 CP, obligan a reflexionar sobre las relaciones y límites recíprocos entre los ámbitos de protección de éstas y los tratos degradantes.

A nuestro juicio, entre el grave trato degradante y la injuria no se da una relación de superposición, sino más bien de contigüidad. La delimitación entre ambas figuras delictivas viene dada por tratarse de aspectos de la dignidad diferentes que se traducen en la idoneidad respectiva de diferentes modos de ataque. En las injurias, el honor, la fama o la propia estimación del sujeto son atacados a través de contenidos de información exteriorizados a través de palabras o actos (por ejemplo, expresiones gestuales). De otro modo, no tendría sentido la relevancia atribuida en este delito a la publicidad. En cambio, los menoscabos de la integridad moral son ocasionados por conductas que causan un intenso sufrimiento físico (por lo tanto, también moral) o psíquico a la víctima, ya sea a través del dolor, ya a través de la humillación.

Junto a esta distinción -que, por lo demás, se produce de forma similar en las rela-

ciones de los atentados contra la integridad moral con otras infracciones como las coacciones o las puras agresiones físicas-, es preciso establecer asimismo una diferenciación según la intensidad del menoscabo, en función de lo cual nos hallaremos ante una vejación injusta leve o ante un grave trato degradante. De modo que sólo habrá delito del artículo 173 CP en un ámbito que, desde el punto de vista del objeto de tutela, resulta cualitativamente diferente de un atentado contra el honor (insultos verbales o gestuales, por ejemplo) y que, desde el punto de vista de la intensidad, supera el umbral de la mera falta de vejación leve (pelar al rape a la víctima aprovechando que está bajo la influencia del alcohol, por ejemplo: SAP Badajoz 29 noviembre 2000, núm. 190/2000, ponente: Acosta González).

Hay, por tanto, una distinción que se mueve en planos paralelos y que representa la contigüidad de estas infracciones: injuria grave (ejemplo: expresiones verbales hechas con publicidad y que incorporan un alto grado de descrédito) frente a trato degradante grave (ejemplo: aplicar corrientes eléctricas a las partes sensibles de la víctima para hacerla sufrir); o bien, injuria leve (ejemplo: insultos verbales de menor trascendencia) frente a vejación leve (ejemplo: el arriba indicado de rapar el pelo). Y también una distinción *vertical* que pone en relación las respectivas infracciones según su nivel de gravedad dentro del mismo ámbito valorativo.

Por lo demás, la existencia de conductas cercanas a la frontera entre las injurias y el trato degradante (ejemplos: del lado del atentado contra la integridad moral, un escupitajo a la cara de otra persona; del lado del atentado contra el honor, gestos y palabras de ridiculización proferidos en público) no impiden llegar a la razonable conclusión, sobre la base de las anteriores apreciaciones, de que orinar sobre alguien y restregarle excrementos por la cara entre las risas y burlas de un grupo de personas constituye inequívocamente no una injuria sino una vejación grave y, por tanto un delito contra la integridad moral del artículo 173 CP.

8. La sentencia no toma en cuenta que hay una amplia casuística extraída de la jurisprudencia en materia de tortura y tratos inhumanos o degradantes emanada en España a lo largo de los más de veinte años de vigencia de semejante delito de funcionarios, así como, algo más recientemente, de las figuras de robo con torturas y lesiones con tortura del CPTR 73 e, incluso, del propio artículo 173 CP 1995. Se trata de supuestos que, en la línea de lo ya expresado, exceden con mucho la consideración como delitos contra el honor y que, aun reconociendo que el recurso a la agravante quinta podría resolverlos de modo satisfactorio en muchos casos, en otros la ausencia de un delito complementario que circunstanciar obligaría a dejarlos impunes si no existiera el tipo común contra la integridad moral. En particular, conviene preguntarse cuál debería ser la calificación jurídica de los siguientes casos si no procediera apreciar un delito contra la vida, la integridad o la libertad sexual y si, en ausencia del tipo del artículo 173 CP, la calificación procedente en el ámbito de las coacciones, injurias o malos tratos de obra sería razonable en atención a la gravedad de los hechos.

- STS 22 enero 2001 (núm. 59/2001, ponente: Abad Fernández): los autores, para obligar a la víctima a entregar una cantidad de droga o, en su defecto, dinero, le hacen

sufrir intensamente a través de diversos procedimientos que incluyeron arrancarle las uñas y pellizcarle el pene con unos alicates. Similar, STS 29 septiembre 2000 (núm. 1472/2000, ponente: García-Calvo y Montiel).

- STS 3 noviembre 1998 (núm. 1326/1998, ponente: Marañón Chávarri): uno de los autores introduce repetidas veces la cabeza de la víctima en el inodoro, al tiempo que tira de la cadena, mientras el otro la golpea repetidamente en el vientre, sin que se produzcan lesiones.

- STS 29 septiembre 1998 (núm. 1122/1998, ponente: Ramos Gancedo): el autor, celoso por la relación del sujeto pasivo con su esposa, lo maniató a una barandilla, lo desnuda y le coloca en el pene un preservativo supuestamente infectado de sífilis, le obliga a relatarle sus encuentros sexuales con ella y a hacer unas declaraciones ante una cámara de video, lo golpea varias veces rompiéndole las gafas y le hace suplicar por su vida antes de liberarlo.

- STS 14 abril 1997 (núm. 490/1997, ponente: García-Calvo Y Montiel): los autores simulan ejecutar a la víctima de un disparo en la sien apretando el gatillo de una pistola de perdigones y durante un tiempo indeterminado lo atormentan con pequeños pinchazos y cortes superficiales producidos en la frente, párpados y dedos con una navaja.

- Por último, aun siendo conscientes de que resoluciones de tribunales menores no son oponibles como argumentos formales al razonamiento del Tribunal Supremo, sí puede ser relevante tener en cuenta por su fuerza material de convicción la creciente casuística de las audiencias provinciales. Muy resumidamente: ahogamientos en la taza del retrete; quemaduras con cigarrillos acompañadas de culatazos de escopeta en boca y nariz; pelar al rape, desnudar, pintar de rosa y abandonar en el monte a la víctima; aplicación de corrientes eléctricas en partes sensibles del cuerpo; etcétera. Pensemos asimismo en un ejemplo tomado de un caso sucedido en el Reino Unido y del que se puede encontrar referencias en la prensa cotidiana de mediados de enero de 2001: niña de ocho años a quien su tía abuela y el amante de ésta daban palizas, le producían cortes en la piel, quemaduras con agua hirviendo por la cabeza, la obligaban a comer escarbando en la basura, a dormir atada de pies y manos en el sofá, a dormir en la bañera desnuda y sin mantas.

9. Ciertamente es que no resulta fácil encontrar un hueco para el tipo del artículo 173 CP entre los delitos contra bienes personales, dado que la mayor parte de su espacio desvalorable lo ocupan otras figuras delictivas, como señaladamente es el caso de las coacciones, a las que parece aludir la sentencia comentada cuando cita los delitos contra la libertad. Pero hay una zona de dolor, vejación y sometimiento que no está cubierta por los malos tratos físicos ni por los delitos contra el honor o las coacciones (en las que entran las modalidades de compeler e impedir, pero no el *hacer soportar*, lo cual explica a su vez que la relación que aparece en la falta del 620.2 CP incorporara históricamente las vejaciones leves aun cuando no había una correspondiente infracción grave). Por otra parte, también la historia de la tipificación de la tortura así lo acredita fehacientemente.

El legislador de 1995 era consciente del problema planteado por la dificultad de encontrarle un espacio propio a los graves tratos degradantes, motivo por el que (de forma similar y con una fundamentación equivalente a lo previsto en el artículo 153.2 CP para el delito de violencia doméstica) en el artículo 177 CP prevé expresamente que cuando, junto con el menoscabo de la integridad moral, concurra «lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, *se castigarán los hechos separadamente* con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley». El alcance de esta cláusula ha provocado cierta discusión en cuanto a los detalles, mas parece en todo caso asentada la opinión de que ratifica la autonomía del bien jurídico *integridad moral* y de los atentados contra él frente a otros objetos de tutela «clásicos» del Derecho Penal como son los que se enumeran en la disposición.

Interesa ahora llamar la atención sobre que esta cláusula convierte en preferente la aplicación del tipo del artículo 173 CP frente a cualquier otra alternativa punitiva que no sea la apreciación de un delito en el que ya se desvalora *especialmente* el atentado contra la integridad moral. En cuanto al significado y alcance de la referencia legal a «especialmente castigado por la Ley», parece razonable que la discusión se circunscriba a la delimitación de, *atendiendo a las disposiciones de la parte especial*, cuáles tipos incorporan en su injusto semejante desvalor y cuáles no lo incorporan. Por ejemplo, podría discutirse (si bien nuestra respuesta es afirmativa: sí lo incorporan) con respecto al asesinato del artículo 139.3^a CP o las lesiones del artículo 148.2^o CP, en tanto que son figuras cualificadas por una agravante específica, mas no parece procedente una interpretación tan laxa de dicha frase como inclusiva de cualquier tipo delictivo en el que quepa apreciar la agravante de ensañamiento. En tales supuestos, no se da una *especial* punición.

Por lo demás, desde un punto de vista de política criminal, las mismas razones que fundamentan una protección autónoma de la integridad moral en el ámbito intraparticular y en el ámbito de las relaciones públicas de poder aconsejan vedar la eventual anulación de la virtualidad preventiva general de estas disposiciones a través de su postergación en la aplicación práctica por el recurso inercial a figuras delictivas tradicionales. La razón de ser de la cláusula del artículo 177 CP en relación con el delito común de grave trato degradante puede establecerse en la vecindad de su injusto con el de otras figuras típicas «tradicionales» que integran un cierto contenido atentatorio contra la integridad moral; así, el tipo del artículo 173 CP correría el riesgo de carecer de ámbito propio de aplicación, lo que habría hecho razonable incluir en el código una previsión destinada a evitarlo. Si este razonamiento es correcto, entonces la sentencia comentada está desconociendo la expresa previsión legal.

10. Es mérito de la sentencia comentada señalar la debilidad de los acercamientos a la integridad moral que la caracterizan unilateralmente como bien jurídico cuya negación equivale a la cosificación de la persona, a utilizarla como medio, siendo así que éste ha de reputarse efecto añadido a todo delito personalísimo, no exclusivo por tanto de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, aunque posiblemente sí más notorio en esta área valorativa. Los conceptos que identifican la negación de la integridad

moral son en cambio el sufrimiento y la humillación, notas desvaliosas que, aun cuando ya vienen implícitas a muchos tipos penales, bastan por sí mismas en determinadas ocasiones para conformar un injusto típico en ausencia de atentado contra otro bien jurídico e, incluso, entrar en concurso con otros delitos, siempre que los hechos revelen un menoscabo grave de la integridad moral no abarcado por el tipo con el que concurra.

Sobre esta cuestión versa una de las afirmaciones más discutibles que la sentencia contiene: cuando semejante menoscabo concurra con otra infracción penal, el mayor desvalor (o disvalor) debe apreciarse *prima facie* a través de la agravante genérica de ensañamiento y no del tipo de «difícil caracterización» del artículo 173 CP. Pues bien, en primer lugar hay que señalar que, en efecto, la imprecisión del tipo obliga a ser muy exigente en la apreciación de la circunstancia de gravedad que caracteriza el trato degradante cometido por particulares, de modo que con frecuencia será improcedente aplicar este tipo por venir el moderado menoscabo de la integridad moral abarcado por el desvalor de otro delito con el que pueda confluir, o bien, si no hay concurrencia con otra infracción penal, por no sobrepasar el nivel correspondiente a la vejación injusta leve. Mas cuando no estemos ante una afección leve o moderada del objeto de tutela, sino que el menoscabo de la integridad moral -como sucede a nuestro juicio en el caso que da pie a esta sentencia- exceda verdaderamente el nivel de gravedad exigido por el artículo 173 CP, entonces deberá darse entrada a la cláusula concursal específica del artículo 177 CP y, de acuerdo con ella, habrá que decidir si el delito concurrente ya castiga *especialmente* el atentado contra la integridad moral (ejemplos: asesinato constituido por homicidio con ensañamiento, agresiones sexuales agravadas por la circunstancia del artículo 180.1.1ª CP) y, si la respuesta es negativa, apreciar un concurso entre el delito de que se trate y el tipo de grave trato degradante (ejemplo: robo con violencia -sin lesiones necesitadas de tratamiento- en el que se ha atormentado a la víctima con alguna «técnica» de tortura para que diga la combinación de la caja fuerte). De este modo, en la práctica las posibilidades serán: o bien vejación injusta por debajo de cierto nivel de gravedad, o -por encima de él- alternativa entre apreciación del delito del artículo 173 CP o absorción por las *específicas* características de otro tipo con el que confluya. De ello se deriva probablemente asimismo una minimización hasta poco menos que la nada de las posibilidades de aplicación del ensañamiento como agravante genérica.

11. La calificación que a nuestro juicio corresponde a unos hechos como los descritos en el caso es -haciendo abstracción de los condicionantes procesales y prescindiendo, para simplificar, de los hechos calificados como faltas de lesiones y delitos de amenazas- la de tres delitos de agresión sexual del artículo 179 CP agravados por las circunstancias 1ª, 2ª y 3ª (esta última, en atención al retraso mental de la víctima) del artículo 180.1 CP (más la agravante genérica de parentesco en relación exclusivamente con Elvira, cuñada de la víctima). Esto es, no estimamos apreciable ni un delito del artículo 173 CP ni la agravante genérica de ensañamiento, cuestiones en las que coincidimos con el fallo del tribunal de instancia. En el caso concreto, el atentado contra la integridad moral ya está desvalorado a través de la circunstancia 1ª del

artículo 180.1 CP y cualquier añadido al respecto incurre a nuestro juicio en un *bis in idem*.

En cuanto a la hipótesis tomada como referencia para suscitar el tema de fondo del presente comentario: si, en lugar de calificar el conjunto de los hechos considerados probados, los despojáramos a efectos del análisis de los específicos atentados contra la libertad sexual, entonces la conducta consistente en desnudar a la víctima, golpearla con los puños y con una vara, orinarse encima de ella, restregarle por la cara un pañal con excrementos humanos y apagar en su piel un par de cigarrillos, todo ello entre risas y burlas, consideramos que constituiría base fáctica suficiente para estimar un delito de trato degradante del artículo 173 CP. Contra una cierta interpretación restrictiva que pudiera basarse en las referencias de la resolución comentada a la necesidad de una duración y persistencia del ataque contra la integridad moral mayores que las necesarias para apreciar la agravante genérica de ensañamiento, a nuestro juicio los hechos probados en el presente caso dibujan probablemente uno de los supuestos más patentes de grave trato degradante entre particulares que podría imaginarse.

En esta materia, la novedad del tratamiento jurídico-penal y la difícil aprehensión de los contornos típicos suele obligar al especialista a un esfuerzo (particularmente poco agradable) de invención cuasi novelesca para diseñar ejemplos académicos que puedan parecer convincentes a los demás juristas. Pues bien, no la imaginación sino la realidad nos proporciona aquí un caso prototípico. Negar a estos hechos la caracterización de grave menoscabo de la integridad moral por insuficiencia del nivel de gravedad exigido para el tipo del artículo 173 CP equivaldría, de consolidarse tal doctrina jurídica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al virtual vaciamiento de esta disposición, convirtiéndola en una norma de casi imposible aplicación. A nuestro entender, ésta no sería una decisión justificada desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, ni razonable desde el punto de vista de la política criminal.