



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2020/2021
Convocatoria: Marzo

MEDIOS DE COMISIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

MEANS OF COMMISSION IN CRIMES AGAINST SEXUAL
FREEDOM

Realizado por la alumna Paula Francisco González.
Tutorizado por el Profesor D. José Ulises Hernández Plasencia.
Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.
Área de conocimiento: Derecho Penal.



ABSTRACT

This research work is about the study of crimes against sexual freedom, or more specifically, about the different commissive means criminalized by our Penal Code, with the intention of clearly outlining the typical elements and the requirements usually demanded by the doctrine and the jurisprudence, therefore, of the use of each commissive means derives the application of two different punitive regimes, which means classifying the criminal behavior as aggression or sexual abuse

This analysis shows the problematic delimitation between intimidating sexual assaults and sexual abuse by prevalence, as well as the controversy that exists around the meaning of consent and how it should be granted, therefore, this work will focus on seeking those interpretative criteria that help us to make a fair application of the different criminal types.

Key Words: commissive means, sexual assault, sexual abuse, “La Manada” case.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo de investigación versa sobre el estudio de los delitos contra la libertad sexual, o más concretamente, sobre los diferentes medios comisivos criminalizados por nuestro Código Penal, con la intención de perfilar nítidamente los elementos típicos y los requisitos habitualmente exigidos por la doctrina y la jurisprudencia, pues, de la utilización de cada medio comisivo deriva la aplicación de dos regímenes punitivos distintos,



lo que supone calificar el comportamiento delictivo como agresión o como abuso sexual.

Este análisis evidencia la problemática delimitación entre las agresiones sexuales intimidatorias y el abuso sexual por prevalimiento, así como también, la controversia que existe en torno a la significación del consentimiento y de cómo debe ser otorgado, por todo ello, este trabajo se centrará en buscar aquellos criterios interpretativos que nos ayuden a realizar una aplicación justa de los diferentes tipos penales.

Palabras clave: medios comisivos, agresión sexual, abuso sexual, caso “La Manada”.



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. PRESENTACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES TAL COMO LOS REGULA EL CÓDIGO PENAL, EN BASE A LOS DIFERENTES MEDIOS COMISIVOS.....	7
3. VIOLENCIA	
3.1. Concepto y requisitos habitualmente exigidos por la doctrina y la jurisprudencia.....	12
3.2. ¿Es necesario el contacto entre sujeto activo y pasivo?.....	16
3.3. ¿Qué grado de violencia se necesita para integrar el tipo penal de las agresiones sexuales?.....	17
4. INTIMIDACIÓN	
4.1. Concepto y requisitos habitualmente exigidos por la doctrina y la jurisprudencia.....	19
4.2. ¿Qué grado de intimidación se necesita para integrar el tipo penal de las agresiones sexuales?.....	23
4.3. Intimidación ambiental. Análisis jurisprudencial de la sentencia de “La Manada”.....	25
5. PREVALIMIENTO	
5.1. Concepto.....	27
5.2. Delimitación entre abuso sexual por prevalimiento y agresión sexual. Especial atención al caso de la “La Manada”.....	29



5.3. Prevalimiento como circunstancia agravante de las agresiones sexuales.....	32
5.4. Prevalimiento como vicio del consentimiento en los abusos sexuales.....	33
6. EL CONSENTIMIENTO.....	34
6.1. Formas de consentimiento.....	35
6.2. Error sobre el consentimiento.....	37
6.3. Ausencia de consentimiento.....	37
6.3.1. Abuso sexual sobre persona privada de sentido.....	38
6.3.2. Abuso sexual sobre persona aquejada de trastorno mental.....	38
6.3.3. Abuso sexual sobre persona que carezca de voluntad por el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea al efecto.....	39
7. ENGAÑO.....	41
8. CONCLUSIONES.....	44
BIBLIOGRAFÍA.....	48



1. INTRODUCCIÓN

El legislador ha ubicado los delitos a los que nos vamos a referir en este trabajo, en el Título VIII, Libro II del Código Penal (en adelante, CP), bajo la rúbrica de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Conviene señalar, que esta clase de delitos fueron los que mayores modificaciones experimentaron con la entrada en vigor del CP de 1995. Desapareciendo así las denominaciones de estupro y violación, e incorporando, en su lugar, dos tipos básicos que se corresponden con la agresión sexual y el abuso sexual, acompañados de ciertas modalidades agravadas en las que el criterio diferenciador entre ambos tipos penales radica en la existencia de violencia o intimidación.

Por consiguiente, queda claro que la función del Derecho, y más concretamente, del Derecho Penal, reside en dar respuesta a una realidad cambiante consecuencia de la evolución del pensamiento social de la población, así como de la concepción que la sociedad tiene acerca de la propia sexualidad y de cuáles deben ser las conductas merecedoras de reproche penal. Al mismo tiempo, conviene mencionar que el aumento de los delitos de carácter sexual acontecidos en los últimos años, ha ocasionado una gran alarma social en la opinión pública, produciendo, a su vez, un significativo impacto en la política criminal que posiblemente culmine en una nueva revisión de la legislación.

Partiendo de lo anterior, el objetivo de esta investigación radica en el análisis de los medios de comisión en los delitos sexuales, con la intención de evidenciar la problemática de la significación y delimitación de los

conceptos “violencia”, “intimidación” y “prevalimiento” en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, todo ello, a propósito de la polémica sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, más conocida como “La Manada”¹. Dicha sentencia fue ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra², confirmando la calificación de las acciones como abuso sexual con prevalimiento y no como agresión sexual, al no apreciar violencia ni intimidación en los hechos ocurridos. Finalmente, pese a que el Tribunal Supremo³ condenó a los acusados por un delito continuado de violación con las agravantes específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª del CP, elevando sus penas a 15 años de prisión, la repercusión de los veredictos anteriores, provocó que el gobierno considerara indispensable una reforma del CP en materia de libertad sexual, motivando así, la creación del actual Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, cuyo objetivo reside en erradicar la distinción entre abuso y agresión, considerando que todas las conductas sexuales sin consentimiento han de castigarse como agresiones sexuales.

A tenor de lo expuesto, el presente trabajo partirá de una breve reseña sobre los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, incidiendo en los medios comisivos empleados para de este modo, resaltar sus diferencias más significativas. Con posterioridad, analizaremos exhaustivamente los conceptos señalados, y trataremos de buscar aquellos criterios de interpretación y delimitación que nos ayuden a realizar una aplicación justa de los diferentes tipos penales. Seguidamente abordaremos otro de los elementos clave en los delitos de carácter sexual, es decir, el

¹ SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo.

² STSJ Navarra 8/2018, de 30 de noviembre.

³ STS 344/2019, de 4 de julio.

consentimiento. Para ello, estudiaremos las formas en las que éste puede prestarse, así como también sus vicios o errores para, posteriormente, dedicar un espacio a las presunciones legales realizadas por el legislador penal, conforme a las cuales se entiende que no existe consentimiento. Todo ello, para finalizar el trabajo con el estudio del último de los medios comisivos, el engaño, denominado “abuso fraudulento”. De tal suerte que en el resultado de todas estas consideraciones, subyace la propia significación de la sexualidad, para concluir si entendemos el ejercicio de dicha sexualidad como un conjunto de prácticas meramente toleradas, o si por el contrario, son la expresión de una relación consensuada entre personas libres e iguales.

2. PRESENTACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES TAL COMO LOS REGULA EL CÓDIGO PENAL, EN BASE A LOS DIFERENTES MEDIOS COMISIVOS

En el Capítulo I Título VIII del CP, se regulan las agresiones sexuales, recogiendo su tipo básico en el art. 178, según el cual se sanciona la conducta del que “*atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación*”. Por tanto, las agresiones sexuales, constituyen un ataque a la libertad sexual, conformando la conducta típica cualquiera de los comportamientos que tienen cabida entre los abusos, siempre que el ataque se perpetúe mediando el uso de violencia o intimidación, y siempre que el comportamiento tenga un contenido inequívocamente sexual⁴. Entendiendo por tal, aquellas acciones de índole sexual que no entrañan penetración, e inclusive, aquellas en las que no

⁴DÍAZ MORGADO, C. *Comentarios al Código Penal*, 1ª ed. Tirant Lo Blanch. 2015, p. 657.

intervienen necesariamente las zonas genitales, pues el tipo penal concurre aun cuando la acción recaer sobre una zona erógena⁵.

Por su parte, el tipo agravado de este delito, responde al *nomen iuris* de violación, y se regula en el art. 179, señalando que existirá violación “cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”. El delito de violación se tipifica como un tipo autónomo de la agresión sexual en atención al concreto contenido de la agresión. Cabe mencionar que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, junto a la expresión “introducción de objetos”, que se entendía como cosas inanes, añadió la expresión de “miembros corporales”, incluyendo así en el tipo penal todas aquellas actuaciones en las que se produzcan penetraciones linguales o digitales, siempre que en ellas concorra violencia o intimidación⁶. Por añadidura, el TS ha equiparado el acceso carnal al comportamiento consistente en hacerse acceder a sí mismo, que tiene lugar cuando “es la víctima la que se ve obligada a realizar la conducta contra su voluntad, introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo”⁷, esto es lo que la jurisprudencia ha denominado como “acceso carnal invertido”.

Por otro lado, en el art. 180, se añade un catálogo de circunstancias agravantes que pueden operar tanto sobre el tipo básico del art. 178, como sobre el agravado del art. 179, cuando en ellos se aprecie la concurrencia de

⁵Así es para QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Manual Derecho Penal Español, Parte Especial*. 7ª ed. Tirant Lo Blanch. 2015, p. 203.

⁶DÍAZ MORGADO, C. *Comentarios al Código Penal, op. cit.* p. 660.

⁷STS 1295/2006, de 13 de diciembre.



alguna de las siguientes circunstancias: "1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. 2.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. 3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación. 4.ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. 5.ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código".

Además, resta señalar que la delimitación entre agresión sexual y violación, resulta sumamente compleja en los supuestos de ejecución imperfecta, dado que es prácticamente imposible concluir qué hechos iban a perpetrarse y cuáles no. En estos casos, operará el principio de *in dubio pro reo* en la valoración fáctica⁸, de tal suerte que se decidirá en el sentido más favorable al acusado.

En cuanto a los abusos sexuales, se encuentran regulados en el Capítulo II del Título VIII del CP. Así, el art. 181.1º, señala como tipo básico la conducta del que, "*sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona*". Seguidamente, el legislador establece presunciones *iuris et de iure*, presumiendo la falta de consentimiento en los actos realizados "*sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo*

⁸ DÍAZ MORGADO, C. *Comentarios al Código Penal*, op. cit. p. 660.

trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

Mientras, en el apartado tercero, se recoge el abuso sexual por prevalimiento, para los casos en los que se obtenga el consentimiento de la víctima *“prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta”*. La situación de superioridad a la que hace referencia el precepto, es la suministrada por el sujeto activo del delito como consecuencia de una posición privilegiada que le impide, al sujeto pasivo, tomar una decisión libre en materia sexual.⁹

Por su parte, el art. 181.4º del CP, agrava las penas en todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista *“en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”*. Lo mismo sucede con el art. 181.5º del CP, que reconoce otro subtipo agravado para el caso de que la víctima sea especialmente vulnerable, *“por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, o cuando el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, con la víctima”*. En otros términos nos encontramos ante una figura delictiva, en la cual, el atentado contra la libertad sexual se realiza sin mediar consentimiento y sin la imposición coactiva de la conducta. Como resultado, bajo esta conducta punible se acogen diversas modalidades que van desde el simple actuar sin la voluntad

⁹GAVILÁN RUBIO, M. *Agresión sexual y abuso con prevalimiento. Análisis de la reciente jurisprudencia*. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS). núm. 12. 2018. pp. 86-91.

de la víctima, hasta obtener dicha voluntad mediante el abuso de superioridad o el engaño.

Tomando en consideración lo anterior queda claro que, en ambas figuras, la acción básica está constituida por la realización de actos no consentidos, o cuyo consentimiento se encuentra viciado, y que atentan contra el bien jurídico protegido común, (la libertad sexual, entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y la disposición del propio cuerpo). Por ello, resulta evidente que el elemento diferenciador entre la agresión sexual y el abuso sexual, radica en que la agresión sólo tiene cabida ante comportamientos en los cuales se empleen medios comisivos, tales como la violencia o la intimidación. De manera que cualquier otro medio comisivo criminalizado por nuestro CP, como pueden ser la falta de consentimiento, el prevalimiento de una situación de superioridad o el engaño, determinarán la imposición otro tipo penal al que se le atribuyen penas menores.

En consecuencia, queda patente la necesidad de perfilar con nitidez estos elementos típicos, ya que calificar un determinado comportamiento como agresión o abuso sexual, no solo implica un contenido comunicativo y una carga simbólica distinta, sino que, además, conlleva la aplicación de dos regímenes punitivos diferentes en los cuales el salto cuantitativo es considerablemente notable¹⁰.

3. VIOLENCIA

¹⁰RAMÓN RIBAS, E. *“La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones sexuales y los abusos sexuales”*, en La Manada, un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. pp. 134 y ss.

3.1. Concepto y requisitos habitualmente exigidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Partiendo de esta premisa, para alcanzar una noción clara del concepto de violencia, debemos atender a los diferentes modos en los que puede manifestarse: por un lado, tenemos la violencia física (*vis phisica*), y por otro, la psíquica o moral (*vis compulsiva*). Un sector de la doctrina, realiza la distinción entre *vis phisica* y *vis compulsiva* partiendo del elemento común que viene dado por la violencia, para después focalizarse en el empleo de medios físicos, y así separarla de la *vis compulsiva*, entendida como la amenaza de un mal que produce tal constricción en la voluntad de la víctima, que logra perturbar la libre decisión del sujeto pasivo de realizar o consentir el acto de contenido sexual¹¹.

Por su parte, otros autores, sostienen que la distinción entre *vis phisica* y *vis compulsiva* es irrelevante en términos prácticos, puesto que, tanto la violencia como la intimidación han sido consideradas como equivalentes funcionales y, como tales, merecedores de igual relevancia jurídico penal como medios coactivos¹². En igual sentido, GONZÁLEZ RUS¹³ opina que en lo referente a los efectos producidos por ambas, “*la vis compulsiva sin*

¹¹Así HERNÁNDEZ PLASENCIA, José U. *Fisonomía jurídico-penal de las agresiones sexuales*. Universidad de la Laguna, 2010, p. 33.

¹²En este sentido GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M., *Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2011, p. 43 y ss. *Apud.* CARRARA, Francisco. *Programa de Derecho Criminal*, parte especial, volumen II, (trad. Jorge Ortega Torres/Jorge Guerrero), Temis, Bogotá, 1997. p. 252 «... no hay razón para distinguir, en cuanto a la noción y a la pena, entre violencia moral y violencia física...».

¹³Así es para GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación en el Código Penal español*, ed. Universidad de Granada, departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, Granada, 1982. p. 389.

tener una manifestación objetivamente física, produce, similares efectos que la vis phisica respecto a la comisión del delito”.

Tomando en consideración lo anterior, y de acuerdo con el Diccionario del español jurídico, el concepto de violencia empleado en el ámbito del Derecho penal suele asociarse con *“fuerza física que aplica una persona sobre otra y que constituye el medio de comisión propio de algunos delitos como el robo y los delitos contra la libertad sexual, entre otros”*¹⁴. Además, se precisa que entre la fuerza física ejercida sobre el cuerpo de la víctima y la relación sexual, exista una conexión causal que implique que el acto de contenido sexual no habría tenido lugar sin el recurso de la violencia. Por ello, deberemos enfatizar en la idea de que entre la violencia y el ataque sexual debe existir una relación de medio a fin, siendo éstos y no otros, los medios utilizados por el autor para doblegar la voluntad de la víctima y vencer así su resistencia¹⁵.

En esta línea, frente a la exigencia histórica de una feroz resistencia por parte de la víctima¹⁶, la jurisprudencia ha venido entendiendo que basta con que ésta sea real, decidida y de entidad suficiente para dejar constancia de su oposición al comportamiento sexual, no siendo necesario que la fuerza aplicada sobre el sujeto pasivo sea irresistible (*vis absoluta*) o de tal magnitud que haga imposible dicha oposición¹⁷. Por consiguiente, la violencia que requiere el tipo penal de las agresiones sexuales, se

¹⁴Al respecto el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial, Muñoz Machado, S. (Dir.), Barcelona, 2016.

¹⁵DÍAZ MORGADO, C. *Comentarios al Código Penal*, op. cit. p. 657.

¹⁶ACALE SÁNCHEZ, M. *“Tratamiento penal de la violencia sexual: La forma más primaria de violencia de género”*, en La Manada, un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. p. 81.

¹⁷DÍAZ MORGADO, C. *Comentarios al Código Penal*, op. cit. p. 657.

corresponde con los elementos propios del delito de coacciones, lesiones y amenazas, bastando con que esta sea eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima, evitando que actúe según su propia autodeterminación¹⁸.

Así, en palabras de SUÁREZ RODRÍGUEZ “*la resistencia de la víctima será la que nos dará la medida de la idoneidad de la fuerza utilizada*”¹⁹. De igual forma, DÍEZ RIPOLLÉS exige que la oposición de la víctima dé lugar a una efectiva resistencia o, al menos, una previsión de que se va a resistir, no siendo suficiente la mera inexistencia del consentimiento²⁰, de manera que el simple rechazo verbal no bastaría para integrar el tipo delictivo. Por el contrario, el autor GONZÁLEZ RUS, ha criticado la posición mayoritaria de atribuir a la resistencia la cualidad de elemento típico del delito de violación, advirtiendo que exigirla como elemento típico conlleva estimar que el sujeto pasivo consintió porque no opuso resistencia,²¹ y en consecuencia, señala que debe quedar patente que la voluntad de la víctima es contraria a la realización del acto sexual siendo suficiente con que la mujer manifieste con actos o palabras su rechazo²².

¹⁸ STS 1174/2001, de 2 de octubre.

¹⁹ Véase SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *El delito de las agresiones sexuales*, ed. Aranzadi, 1995. pp. 148-155.

²⁰ Así es para BOLDOVA PASAMAR, Miguel A, en DÍEZ RIPOLLÉS, José L./ ROMEO CASABONA, Carlos M. (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Madrid, 2004. pp. 289 y ss.

²¹ Por su parte GONZÁLEZ RUS, “*¡No!, y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)*”, en GARCÍA VALDÉS, C., y otros (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008. pp. 2011 y ss.

²² Así se desprende HERNÁNDEZ PLASENCIA, José U. *Fisonomía jurídico-penal de las agresiones sexuales.*, *op. cit.* p. 31.

Por su parte, MUÑOZ CONDE, apunta que existe violencia cuando se emplea fuerza física con la amenaza de que a mayor resistencia, mayor será la energía física que aplicará el delincuente²³. Del mismo modo, declara que no será necesaria “una resistencia continuada del sujeto pasivo que puede, apenas comiencen los actos de violencia, tolerar (que no consentir) la agresión sexual para evitar males mayores”. Siguiendo con lo expuesto, a día de hoy la jurisprudencia admite la concurrencia de la violencia, aunque la víctima decida no seguir oponiéndose activamente al comportamiento sexual del autor para no poner en peligro su vida, percibiendo el acto sexual pretendido como el “mal menor”. Lo que no significa que el sujeto pasivo consienta, porque de aceptarse libremente el acto sexual violento decaería la posibilidad de hablar de un atentado contra la libertad sexual, no obstante, es posible que la víctima se oponga a dicho comportamiento de manera “pasiva”²⁴. Por lo tanto, la resistencia no precisa llegar hasta el extremo de poner en riesgo la integridad física del sujeto pasivo, pues no se le exigirá un comportamiento heroico, pero sí tendrá que emitir una negativa manifiesta²⁵.

La problemática surge en los supuestos en que la víctima desiste de toda resistencia por considerar la agresión inevitable, las llamadas situaciones

²³En este sentido HERNÁNDEZ PLASENCIA, José U. *Fisonomía jurídico-penal de las agresiones sexuales*, op. cit. p. 32. Apud. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, p. 288 y ss., quién exigía la aplicación de vis absoluta la violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia mayor será la energía física que aplicará el delincuente.

²⁴Así la STS 228/2007, de 14 de marzo, en la que la víctima “pese a la reiteración de su negativa, se colocó sobre su cuerpo y, mientras permanecía paralizada por el miedo, la penetró vaginalmente”.

²⁵MUÑOZ CONDE, F.: “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso *La Manada*”, *Revista penal*, Nº 43. p. 228-229.

motivadas por “temor reverencial”²⁶. Lo mismo sucede con las situaciones de constreñimiento psíquico de tal entidad que paraliza a la víctima, quien, en consecuencia, renuncia a resistirse o, sencillamente, queda paralizada por el terror y, por tanto, vive los hechos como una suerte de “aceptación resignada del acto sexual”, que como ya se explicó no debe confundirse con aceptar el acto sexual, ya que es distinto de consentir²⁷.

3.2. ¿Es necesario el contacto entre sujeto activo y pasivo?

En este sentido, la doctrina se halla dividida entre quienes, efectivamente, consideran que el atentado contra la libertad sexual exige un contacto corporal directo entre los sujetos activo y pasivo, y entre quienes entienden lo contrario. A mi juicio, es posible lesionar la libertad sexual de un individuo sin mediar contacto físico entre el agresor y la víctima.

Al respecto, para la configuración típica del delito de agresión sexual, resulta suficiente con la existencia de un atentado violento contra el bien jurídico protegido (la libertad sexual), sin necesidad de que dicho atentado requiera un contacto físico entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, pues solo se precisa la utilización del cuerpo de la víctima²⁸. Por lo tanto, basta con que en el acto en cuestión, se obligue a mantener o soportar un comportamiento de contenido sexual que limite el ejercicio de la libertad

²⁶DÍAZ MORGADO, C. *Comentarios al Código Penal*, op. cit. p. 658.

²⁷En esta línea, CUERDA ARNAU, María L, “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs consentimiento viciado”, en *La Manada, un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2018. pp. 114-116. *Apud.* STS 604/2004, de 15 de diciembre.

²⁸Así CÓRDOBA RODA, J. - GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios del Código Penal. Parte especial. Tomo I. Parte especial*”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° 58, 2004. p. 326.

sexual de cada individuo. Esta idea se observa también en ORTS BERENGUER, cuando sostiene que la aplicación de la violencia no tiene por qué ser realizada por el propio sujeto activo, ya que lo realmente importante es que medie la utilización de violencia, aunque esta no la despliegue el mismo sujeto que materialice el ataque libidinoso²⁹.

En aras de lo anterior, y atendiendo a la redacción actual del art. 179 del CP, se considerará agresión sexual la “*introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal*”, de manera que el CP no exige la presencia de contacto corporal entre el sujeto activo y el pasivo, por el contrario, solo se requiere “*la introducción*” ya sea de miembros o de objetos en el cuerpo de la víctima. Para ahondar en esta idea, siquiera se exige que dichos miembros tengan que pertenecer al agresor, pudiendo participar en el acto un tercer sujeto que también se vea obligado a realizar la conducta sexual a la que nos referimos. Conforme a este planteamiento, se entenderá que tiene cabida el atentado sexual, siempre que el cuerpo de la víctima medie de manera activa en el comportamiento sexual. Sin embargo, cabe señalar que a la luz de lo estipulado por autores como DÍEZ RIPOLLÉS, no serán subsumibles en el tipo penal aquellos comportamientos cuya naturaleza radique únicamente en presenciar las actividades sexuales de otros³⁰.

3.3. ¿Qué grado de violencia se necesita para integrar el tipo penal de las agresiones sexuales?

²⁹ Así lo considera ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, p. 177.

³⁰ Así HERNÁNDEZ PLASENCIA, José U. *op. cit.* p. 29. *Apud.* DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, pp. 123 y ss.

Ahora bien, conviene advertir que existen supuestos, en los cuales, pese a mediar la existencia de violencia o intimidación, no poseen los requisitos suficientes para pasar el baremo de la tipicidad y conformar el tipo penal de las agresiones sexuales, siendo irrelevantes a luz del delito de agresión sexual. Lo que no quiere decir que sean irrelevantes para el Derecho penal, que los incluirá residualmente entre los abusos sexuales³¹. De ahí que a continuación tratemos de dilucidar los parámetros diferenciadores que nos llevarán a apreciar, o no, la violencia en su sentido típico.

Uno de los componentes necesarios para subsumir la violencia en el tipo penal de las agresiones sexuales, es su eficacia a la hora de doblegar la voluntad del sujeto pasivo para propiciar, de este modo, el acto sexual requerido por el sujeto activo del delito, de manera que si la violencia no se dirige a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, sino a acompañar la manifestación del acto sexual, no cabría hablar de violencia en sentido típico³². Igualmente se descartan todas aquellas interpretaciones jurisprudenciales vinculadas a la idea de “vis grata puellis”³³, entendida como una violencia agradable para la víctima, que una parte de la doctrina resuelve como causa de atipicidad por consentimiento³⁴.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha sentado el precedente de que la violencia ha de ponderarse atendiendo tanto a las características objetivas

³¹ GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. *Allanar la voluntad. op. cit.* p. 179 y ss.

³² En este sentido HERNÁNDEZ PLASENCIA, José U. *op. cit.* p. 27. *Apud.* GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, pp. 328 y ss.

³³ DÍAZ MORGADO, Celia. *Comentarios al Código Penal, op. cit.* p. 657.

³⁴ En este sentido GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M., *Allanar la voluntad. op. cit.* p. 60. *Apud.* MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley orgánica 3/1989)*, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 2, 1990, pp. 1150-1162.

que rodean al hecho, como las “*circunstancias personales de la víctima concurrentes en el caso concreto*”³⁵, puesto que no todas las personas actúan del mismo modo aun cuando están bajo la influencia del mismo estímulo, siendo lo verdaderamente decisivo que la voluntad se vea doblegada a consecuencia de la aplicación de esa violencia.

En suma, queda definido por el Tribunal Supremo que violencia típica del art. 178 del CP, “*es aquella que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación*”, y que “*tal infracción delictiva se cometerá en todas las situaciones en que el sujeto activo coarte, limite o anule la libre decisión de una persona en relación con la actividad sexual que el sujeto agente quiere imponer*”, de tal modo que “*para captar y delimitar dicho condicionamiento típico, deberemos acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubran la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerla*”³⁶.

4. INTIMIDACIÓN

4.1. Concepto y requisitos habitualmente exigidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Habida cuenta de que la intimidación es el medio comisivo alternativo a la violencia para integrar el tipo penal de las agresiones sexuales, conviene advertir que dependiendo de la interpretación que hagamos del concepto de

³⁵CUERDA ARNAU, María L., “*Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado*”. *op. cit.* p. 111.

³⁶ STS 1714/2001, de 2 de octubre.

intimidación típica, se ampliará o limitará la posibilidad de perseguir penalmente determinadas conductas sexuales³⁷, es por ello que podría decirse que la delimitación del concepto de intimidación, resulta tanto o más compleja que la interpretación de la figura de la violencia. Prosiguiendo con el tema, la intimidación es un medio coactivo de naturaleza psíquica (“*vis compulsiva*”), que requiere el empleo de “*cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado*”³⁸ que lleve al sujeto pasivo a ceder ante los propósitos del agresor.

Tomando esta premisa como punto de partida, GONZÁLEZ RUS define la intimidación como “*el efecto psicológico que causa en el sujeto la amenaza que se le dirige*”³⁹, para quienes sostienen esta concepción, la intimidación es la consecuencia producida en el sujeto por la conminación de la amenaza. Sin embargo, otros autores opinan que ese efecto psicológico no siempre viene provocado por una amenaza, sino que existen otras posibles causas de intimidación.

Es por eso, que la terminología legal habla de “*intimidación*” cuando se refiere a la amenaza como medio comisivo; pues lo que se contempla en estos casos no es la amenaza en sí, sino su consecuencia como medio a través del cual se inicia el proceso delictivo. De ahí que nuestro CP distinga entre las amenazas como delito autónomo y las amenazas como medio coactivo para la consecución de otros delitos, utilizando el término “*intimidación*” para remarcar dicha diferencia⁴⁰. En igual sentido, GONZÁLEZ RUS, recalca la idea de que para la amenaza como delito

³⁷ GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. *Allanar la voluntad. op. cit.* p. 60.

³⁸ Entre otras STS 1583/2002, de 3 de octubre; STS 1259/2004, de 2 de noviembre.

³⁹ Así es para GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código Penal español, op. cit.* p. 390.

⁴⁰ GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. *Allanar la voluntad. op.cit.* p. 220 y ss.

autónomo, resulta indiferente que la misma llegue a producir, o no, temor o cualquier otro efecto de coacción psicológica sobre la víctima⁴¹.

En este contexto, se plantean una serie de requisitos específicos que deben caracterizar a la amenaza para poder afirmar que constituye la intimidación típica. Los criterios tradicionalmente exigidos han sido la seriedad, la inminencia y la gravedad del mal, anunciadas expresa o tácitamente por el agresor; pero, también hay que observar las especiales circunstancias del hecho, y sobre todo, de la víctima.

Siguiendo con lo expuesto, la doctrina mayoritaria define la intimidación apelando al “*constreñimiento psicológico consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil*”⁴², sin que sea imprescindible la inmediatez de dicho mal⁴³. En esta línea de argumentación, es importante resaltar la diferencia entre mal futuro inmediato o inminente, y mal futuro no inmediato, pues resulta decisiva a la hora de distinguir entre amenazas condicionales y coacciones, o en otras palabras, entre las primeras y las agresiones sexuales. De manera que si el mal es futuro, el sujeto pasivo conserva cierta capacidad material para actuar, por el contrario, cuando el mal es inminente, tal capacidad decae, siendo el sometimiento a la voluntad ajena el único recurso para eludir la ejecución del mal⁴⁴.

⁴¹En igual sentido GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código Penal español*, op. cit. p. 390.

⁴² STS 7256/2008, de 22 de diciembre.

⁴³ CUERDA ARNAU, María L., “*Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado*” op. cit. pp. 112-113.

⁴⁴Esta es la opinión de RAMÓN RIBAS, E., “*La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales*”, en *La Manada, un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. pp. 159 y ss.

De otro lado, pese a reconocerse que la gran mayoría de los supuestos de intimidación se producen por la amenaza de un mal grave que atente contra la vida o la integridad de la víctima, la doctrina del Tribunal Supremo, sostiene que no solo tienen efecto intimidatorio las mencionadas amenazas y, que por ello, a la hora de medir la idoneidad de la intimidación empleada, no puede predominar exclusivamente un criterio objetivo que margine o desconozca los elementos personales y subjetivos del caso concreto, entre los que pueden estar el lugar, la edad, situación psicológica y de vulnerabilidad o abatimiento de la persona que soporta el acto sexual⁴⁵.

En suma, para analizar la suficiencia o la idoneidad de la intimidación, deberemos de atender, desde la perspectiva razonable de un observador neutral, a las circunstancias del caso, y más concretamente, las particularidades de cada persona para poder dilucidar la gravedad de ésta. Siendo lo relevante en última instancia, *“la forma en que la intimidación ha sido vivenciada por la víctima”*, por lo que las condiciones de ésta y del entorno en que se producen vienen a ser determinantes⁴⁶. Igualmente importante es que exista una relación de causa efecto entre la intimidación y el contacto sexual, de tal suerte que pueda afirmarse que el segundo no se hubiera producido de faltar la primera⁴⁷.

En última instancia, es crucial señalar que aunque la amenaza recaiga sobre un tercero, la intimidación debe ejercerse sobre la víctima, asimismo, resulta indiferente si ésta es ejecutada por el agresor o por otra persona que

⁴⁵ CUERDA ARNAU, María Luisa, *“Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”*, *op. cit.* p. 119.

⁴⁶ RAMÓN RIBAS, E., *“La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”*, *op. cit.* p. 155.

⁴⁷ STS 39/2009, de 29 de enero.

coopere con éste⁴⁸. A todo lo anterior, conviene apuntar que la intimidación típica de las agresiones sexuales no concurre cuando tiene por finalidad amedrentar a la víctima para que no cuente a nadie el atentado sexual que ya se ha perpetrado⁴⁹.

4.2. ¿Qué grado de intimidación se necesita para integrar el tipo penal de las agresiones sexuales?

Tomando como punto de partida que, tanto las amenazas como las coacciones son figuras delictivas que comparten la finalidad de restringir la libertad y, que además, son infracciones muy elásticas que pueden resultar graves o leves; igualmente, podría decirse que la intimidación puede graduarse de esa manera. Si bien, algunos prefieren referirse a ella como intimidación de primer o segundo grado, siendo el criterio distintivo entre ambas, la incidencia que tengan sobre la libertad de la víctima.

Así, la intimidación de primer grado sería la que requiere el tipo penal de las agresiones sexuales, mientras que la de segundo grado ha sido utilizada por la jurisprudencia para integrar el delito de abuso sexual con prevalimiento. En este sentido se han pronunciado, entre otros, FARALDO CABANA y RAMÓN RIBAS⁵⁰, señalando que se trata de una intimidación menos ambiciosa que la requerida por el art. 178 del CP, situando la frontera

⁴⁸Así HERNÁNDEZ PLASENCIA, José U. *Fisonomía jurídico-penal de las agresiones sexuales. op .cit.* p. 34.

⁴⁹*Ibid.*

⁵⁰FARALDO GABANA, P. /RAMÓN RIBAS, E., “*La sentencia de la manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España*”, en *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, pp. 258 y ss.

entre ambas figuras delictivas atendiendo a si la intimidación llega a anular la libertad de la víctima (agresión), o por el contrario solo la reduce (abuso).

Con todo, a pesar de que la jurisprudencia mantiene la exigencia de una cierta gravedad del mal anunciado para constituir la intimidación típica de las agresiones, no llega al extremo de requerir una gravedad inusitada o de tal grado que resulte en todo caso irresistible para la víctima, sino que sea suficiente para someter o suprimir su voluntad de resistencia, siendo eficaz siempre que anule los resortes defensivos de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva⁵¹.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en estos casos se analizan conductas que si no dan con el listón de exigencia previsto en tipo penal, deben ser entendidas como penalmente irrelevantes o fuera del *ius puniendi* del Estado. De manera que la intimidación tiene como presupuesto un mínimo de entidad objetiva o coeficiente de idoneidad y significación para suscitar temor en el ánimo del conminado, bien para que operen los delitos de agresiones sexuales o bien para que se activen los delitos de abuso sexual.

Con esto en mente, cabría preguntarse si hay dos niveles de gravedad en la intimidación o es posible entender que existe un tercer grado. En palabras de RAMÓN RIBAS, existiría una tercera categoría para englobar aquellos supuestos en los que la amenaza carece de entidad suficiente para determinar tanto la existencia de un delito de agresión sexual, como la aplicación de un delito de abuso sexual. En suma, cuando la incidencia de la

⁵¹ STS 145/2020, de 14 de mayo.

intimidación en su destinatario es reducida o insignificante, deberá concluirse que es penalmente irrelevante⁵².

4.3. Intimidación ambiental. Análisis jurisprudencial de la sentencia de “La Manada”.

El término jurídico que nos ocupa, la “intimidación ambiental”, es una creación jurisprudencial que busca colmar posibles deficiencias en los delitos de naturaleza sexual. Así, nos encontramos ante una modalidad de intimidación, construida para considerar cooperadores necesarios a los sujetos que, con su sola presencia física y consciencia del acto sexual que está realizando otra persona, coadyuvan en el incremento de un ambiente intimidatorio, reforzando la situación de desamparo de la víctima y haciendo nulo cualquier intento de defensa que bien pudiera haberse activado en el caso de no concurrir dichos agresores, de forma que con el mero “estar” contribuyen a esa intimidación ambiental⁵³.

En este sentido, se entiende que existe “intimidación” incluso en aquellos supuestos en los que la amenaza no contenga un mal concreto. En otras palabras, MONGE FERNÁNDEZ sostiene que *“la falta de anuncio de daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación”*⁵⁴, en consecuencia, podemos considerar la concurrencia de intimidación siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y modificar la voluntad de la víctima, y se valga de tal situación para conseguir sus fines ilícitos.

⁵² Así RAMÓN RIBAS, E., *“La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”*, op. cit. pp. 151-152.

⁵³ Entre otras STS 1291/2005, de 08 de noviembre.

⁵⁴ MONGE FERNÁNDEZ, A., *“Las Manadas” y su Incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales*. 1ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2020. p. 109.

A tenor de lo anterior, cabría preguntarse si en el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Navarra “La Manada”⁵⁵, la calificación de los hechos podría haber sido de agresión sexual intimidatoria, en lugar de abuso sexual con prevalimiento. Pues si tomamos en consideración lo expuesto en el fundamento jurídico 4º, donde el tribunal da cuenta de “*la atmósfera coactiva*” o “*escenario de opresión configurado por los agresores*”, así como de la disparidad de edades y características físicas con respecto del sujeto pasivo, circunstancias que fueron conocidas y aprovechadas por los actores, parece evidente que la víctima actuó doblegada y por tanto, intimidada.

Para más abundamiento, en el fundamento jurídico 3º, se describe la vivencia de la víctima como “*una situación de bloqueo psicológico, en el que la joven no sabía qué estaba pasando, no entendía la situación, no podía pensar, y en consecuencia, no podía reaccionar*”. Por todo ello y, pese a que los procesados nunca amenazaron con un arma u otro objeto contundente, resulta innegable que los agresores crearon deliberadamente un contexto objetivamente capaz de amedrentar a la víctima, cuyo único pensamiento era “*que todo acabase*”.⁵⁶ Con todo, no se pretende equiparar la vulnerabilidad de la víctima con la existencia intimidación, sino apuntar que a la hora de ponderar la idoneidad de dicha intimidación resulta de suma importancia tener en cuenta el grado de desvalimiento en el que se encuentra la víctima, sobre todo, si ha sido provocada y aprovechada por el agresor.

⁵⁵ SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo.

⁵⁶ Así CUERDA ARNAU, María L, “*Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado*”, *op. cit.* pp. 115 y ss.

Este es precisamente el argumento que esgrime el voto particular de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra⁵⁷, para discrepar de la calificación de los hechos como abuso sexual con prevalimiento, al entender la concurrencia de intimidación ambiental, razonamiento que posteriormente es admitido por el Tribunal Supremo, conforme al cual no es necesario demostrar la resistencia física de la víctima al comportamiento sexual, sobre todo cuando se está en inferioridad numérica⁵⁸.

En aras de lo expuesto, esta sentencia supone un antes y un después en la interpretación de los delitos de agresiones y abusos sexuales, sentando un precedente que será aplicable en supuestos análogos, entre ellos, el reciente caso de “La Manada de Villalba”. Aquí, la Audiencia Provincial de Madrid⁵⁹ condenó a los acusados por delito continuado de agresión sexual, al apreciar la concurrencia de intimidación ambiental, confirmando esta calificación el Tribunal supremo⁶⁰, siendo el epicentro de sendos pronunciamientos, la existencia de factores que contribuyeron a configurar un escenario opresivo e intimidatorio para la víctima, impidiendo que esta se planteara defenderse o intentar escapar.

5. PREVALIMIENTO

5.1. Concepto.

⁵⁷ STSJ Navarra 8/2018, de 30 de noviembre.

⁵⁸ MONGE FERNÁNDEZ, A, “Las Manadas” *op. cit.* p. 94.

⁵⁹ SAP Madrid 2/2019, de 1 de febrero.

⁶⁰ Así lo califica la STS 462/2019 de 14 de octubre.

El art. 181.3 del CP, regula la figura del abuso por prevalimiento, tipificando la conducta del que se valga de una situación de superioridad manifiesta para coartar la libertad de la víctima y obtener así el consentimiento viciado de esta.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado el término “prevalimiento”, estableciendo que deben concurrir varias circunstancias para poder aplicar el tipo penal. En primer lugar, la exigencia de que la situación de superioridad sea notoria y evidente, es decir, objetivamente apreciable por cualquier tercero, y no percibida subjetivamente por una de las partes.

Se requiere, además, que sea eficaz y con relevancia suficiente para condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce. En concordancia, la idoneidad dependerá del caso concreto y éste deberá ser examinado tanto desde el punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como del subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. En cualquier caso, tal y como sucede con los medios de violencia e intimidación, no es preciso que el prevalimiento sea irresistible, por ello, no se le puede exigir a la víctima que oponga resistencia hasta el punto de poner en riesgo su vida o su integridad física.

Por otro lado, el desnivel de posiciones supone que la víctima se encuentra en una evidente situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de libre decisión, mientras que la otra parte se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, ya sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole. En este sentido, la

situación privilegiada derivada de una relación de parentesco, laboral, social, etc. suele sugerir una cierta permanencia, aunque legalmente no se precisa la concurrencia de esta, permitiendo que la situación pueda ser puntual o esporádica⁶¹.

5.2. Delimitación entre abuso sexual por prevalimiento y agresión sexual. Especial atención al caso de “La Manada”.

Evidenciada la delgada línea divisoria que separa la intimidación y el prevalimiento, cabe preguntarse en qué momento el prevalimiento de una relación de superioridad manifiesta se transforma en intimidación, para ello, atenderemos a la distinción básica entre el delito de abuso sexual y el de agresión sexual. En el primero, el atentado sexual se comete viciando el consentimiento de la víctima prevaleándose de una situación de superioridad; y en el segundo, se consigue mediante el uso de violencia o intimidación como medios idóneos para doblegar y vencer la voluntad de la víctima ante el comportamiento sexual requerido⁶².

Siguiendo con lo expuesto, CUERDA ARNAU sostiene que aunque de la interpretación sistemática de la ley se desprende que la diferencia entre agresión y abuso sexual radica en la ausencia de violencia o intimidación⁶³, lo cierto es, que nada impide que dicha situación de superioridad haya sido generada a través de actos intimidatorios sin la entidad suficiente para determinar la existencia de una agresión sexual, pero que unidos a otras circunstancias, configuran una evidente situación de superioridad de la que

⁶¹ GAVILÁN RUBIO, María. “Agresión sexual y abuso con prevalimiento. Análisis de la reciente jurisprudencia”. *op. cit.* pp. 86-91.

⁶² MONGE FERNÁNDEZ, A. “Las Manadas” *op. cit.* p. 96.

⁶³ En este sentido CUERDA ARNAU, María L., “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”, *op. cit.* pp. 124-125.



se aprovecha el autor para lograr que la víctima acceda a mantener relaciones sexuales⁶⁴.

Para quienes sostienen esta concepción, la agresión sexual, efectivamente, exige el empleo de violencia o intimidación pero solo de aquella que alcance una determinada entidad, por consiguiente, el delito de abuso sexual podría llevarse a cabo empleando estos medios comisivos cuando sean de menor entidad. En palabras de FARALDO CABANA Y RAMÓN RIBAS, el límite entre ambas figuras se encuentra en la indecencia que causen la violencia o la intimidación sobre la voluntad de la víctima; de manera que si la anula por completo, nos encontraremos ante un caso de agresión sexual y, si por el contrario, coarta o reduce dicha voluntad, existirá un delito de abuso sexual. Dicho lo cual, el delito de abuso sexual con prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta, se situará en medio de la figura delictiva de los abusos y de las agresiones sexuales⁶⁵.

En contraposición, CUERDA ARNAU, opina que el abuso sexual con prevalimiento no tiene por objeto dar cabida a hipótesis de violencia menor o intimidaciones de segundo grado y, que por tanto, el origen de la superioridad no puede estar en el empleo previo de violencia o intimidación, cualquiera que sea la entidad de éstas. Y precisamente por ello, desecha cualquier interpretación que conduzca a dar cobijo bajo la figura del abuso sexual con prevalimiento supuestos que de no existir tal tipo, incluiríamos,

⁶⁴Así GAVILÁN RUBIO, María., “Agresión sexual y abuso con prevalimiento. Análisis de la reciente jurisprudencia”. *op. cit.* pp. 86-91.

⁶⁵Ampliamente FARALDO GABANA, P./RAMÓN RIBAS, E., “La sentencia de la manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España” *op. cit.* pp. 258-259.

sin dudarlos, en las agresiones sexuales. Especialmente, en supuestos como las violaciones en grupo, en los que la realidad demuestra que los agredidos han sido colocados deliberadamente por sus agresores en una situación que objetivamente limita su respuesta, llegando, incluso, a anular su capacidad de resistencia⁶⁶.

En igual sentido, MONGE FERNÁNDEZ critica también esta posición, afirmando que causa más problemas de los que resuelve, sobre todo, en sede probatoria. Máxime, si tomamos en consideración que se trata de delitos producidos en el ámbito privado, donde dilucidar lo ocurrido, de por sí, ya es ardua tarea, y cuantificar la intensidad de la amenaza proferida en aras de integrar un tipo penal u otro, solo complicará aún más la cuestión probatoria⁶⁷.

Una vez expuesta la distinción entre la intimidación y el prevalimiento, considero relevante hacer una sucinta referencia a la STS de 4 de julio de 2019, debido a que esta sentencia casa y anula los pronunciamientos anteriores, admitiendo la existencia de intimidación y calificando los hechos como agresión sexual en lugar de abuso con prevalimiento, todo ello, además de apreciar la concurrencia de las agravaciones de trato especialmente degradante o vejatorio (art. 180.1.1º CP) y actuación conjunta de dos o más personas (180.1.2º CP). En contra de las sentencias recurridas, que no hallaban en los acusados “ningún gesto” que acreditara una acción intimidatoria, entendiendo que la conducta de los agresores tuvo lugar como consecuencia de un encadenamiento de sucesos no premeditados, ni

⁶⁶Críticamente CUERDA ARNAU, María L, “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”, *op. cit.* pp. 127 y ss.

⁶⁷En igual sentido MONGE FERNÁNDEZ, A, “Las Manadas” *op. cit.* p. 100.

preconstituidos, sino aprovechados, el TS sostiene que hubo de intimidación y esta se deduce de la *“situación intimidante que hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, haciendo lo que los autores le decían que hiciera, ante la angustia e intenso agobio que la situación le produjo por el lugar recóndito, angosto y sin salida en el que fue introducida a la fuerza”*.

5.3. Prevalimiento como circunstancia agravante en las agresiones sexuales.

En cuanto al prevalimiento como agravante específica de las agresiones sexuales, se aplica en los supuesto en los que *“el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o aines, con la víctima”*, art. 180.1.4ª del CP, el aumento punitivo en estos casos, trae causa en la menor capacidad de la víctima para oponer resistencia y en el previsible daño psíquico que pudiera ocasionar en el sujeto pasivo un vínculo de parentesco con el agresor⁶⁸.

En estos casos, conviene precisar, que la mera situación de parentesco resulta insuficiente a la hora de apreciar la agravante. Por ello, ha de justificarse, en cada caso concreto, que el doblegamiento de la voluntad de la víctima tiene lugar como resultado de tal circunstancia. En añadidura, el parentesco al que hace referencia el precepto, tiene que serlo por ascendencia, descendencia o entre hermanos, no teniendo cabida las

⁶⁸ DÍAZ MORGADO, C. *Comentarios al Código Penal*, op. cit. pp. 663-664.

relaciones “tíos-sobrinos”⁶⁹. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sí ha apreciado esta agravación en los supuestos en los que el acusado actúa como padrastro o compañero sentimental de la madre y conviviente de esta última y de la víctima⁷⁰. En cualquier caso, si las circunstancias personales de la víctima ya se han valorado para determinar la existencia de intimidación del tipo básico no puede apreciarse esta agravación, al deber respetarse el principio de *non bis in idem*⁷¹.

5.4. Prevalimiento como vicio del consentimiento en los abusos sexuales.

Profundicemos ahora, en el consentimiento de la víctima como requisito legal en el tipo penal del abuso sexual con prevalimiento, art. 181.3 del CP. El consentimiento del sujeto pasivo debe concurrir, en todo caso, según lo dispuesto en el precepto legal: “*cuando el consentimiento se obtenga*”, no obstante, este consentimiento se encuentra viciado pues se presta de manera coartada⁷². En concordancia, autores como MUÑOZ CONDE establecen que ésta es la principal diferencia con respecto al resto de los abusos sexuales, pues “*aquí sí hay consentimiento, pero viciado por encontrarse el sujeto activo en una situación de superioridad con respecto a la víctima*”⁷³.

En palabras de RAMÓN RIBAS, en los abusos sexuales a diferencia de lo acontecido en las agresiones, la conducta sexual no resulta impuesta, en

⁶⁹ STS 137/2015, de 25 de marzo.

⁷⁰ STS 1101/2009, de 5 de noviembre.

⁷¹ DÍAZ MORGADO, C. *Comentarios al Código Penal*, op. cit. p. 664.

⁷² CUERDA ARNAU, María L., “*Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado*”, op. cit. p. 126.

⁷³ MUÑOZ CONDE, F.. *Derecho penal. Parte especial*. 22ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. p. 220.

contraposición, el agresor logra influir de tal manera en el proceso de formación de la voluntad de la víctima, que consigue adecuar ésta a sus deseos⁷⁴. Por lo tanto, en los abusos por prevalimiento, la voluntad de la víctima se encuentra coartada, no anulada, porque si se llega a anular dicha voluntad, se incurre en el tipo penal de las agresiones sexuales⁷⁵.

En suma, la jurisprudencia exige que concurren tres elementos para apreciar el prevalimiento:

- 1º) Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta.
- 2º) Que esa situación influya y coarte la libertad de la víctima.
- 3º) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de la situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual⁷⁶.

6. EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento, como es lógico, excluye la tipicidad de la conducta sexual, pues resulta evidente que no puede existir una lesión al bien jurídico protegido, cuando éste sea disponible y el portador manifieste la voluntad de realizar el acto requerido. Por ello, cuando el tipo penal precisa que la acción se realice en contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, el consentimiento del titular excluirá la tipicidad y cualquier antijuricidad por falta de relevancia jurídica, pues no se produce lesión al bien jurídico

⁷⁴RAMÓN RIBAS, E., *El concepto de intimidación en lo delitos de agresiones sexuales*. Comentario de la STS 1396/1999, de octubre, Revista de Derecho y Proceso Penal. Nº 10, 2003. p. 268.

⁷⁵FARALDO GABANA, P./RAMÓN RIBAS, E., *“La sentencia de la manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”*, *op. cit.* pp. 258 y ss.

⁷⁶STS 1518/2001, de 14 de septiembre.

protegido⁷⁷. Esto se desprende de la teoría liberal del bien jurídico, sostenida por autores como ROXIN, quien señala que un consentimiento efectivo hace desaparecer el desvalor del resultado y con él desaparecen el desvalor de la acción y el tipo del delito⁷⁸.

6.1. Formas de consentimiento.

Respecto a la forma en que debe manifestarse, cabe clasificar el consentimiento como real (expreso o tácito) y presunto, éste último es el que más controversia genera. Atendiendo al art. 36.2 del Convenio de Estambul, ratificado por España, se establece que el consentimiento debe otorgarse de forma voluntaria como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes. Por su parte, la STS 344/2019, de 4 de Julio, en su fundamento jurídico 5º, dispone que el consentimiento debe manifestarse expresamente o deducirse de forma clara, por lo tanto, no es necesaria su verbalización, pero sí su apreciación objetiva por parte de los sujetos partícipes en el acto sexual. Así, podemos identificar el consentimiento expreso con la manifestación inequívoca de consentir la conducta sexual, proferida de forma verbal o escrita, por el titular del bien jurídico protegido. Siendo el consentimiento tácito, aquel que se comunica a través de actos que dejan clara la posición de aceptación o rechazo que tiene el titular del bien ante contacto sexual, siendo estos actos fácilmente comprensibles para el otro sujeto de la relación.

⁷⁷ VICENTE MARTÍNEZ, R., “*El delito de violación: problemas que plantea su vigente regulación*”, en FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M., *La Manada, un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. p. 187.

⁷⁸ VICENTE MARTÍNEZ, R., “*El delito de violación: problemas que plantea su vigente regulación*”, *op. cit.* p. 187. *Apud.* ROXIN, C., *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pp. 135 y ss.

Completando esta definición, para que el consentimiento sea real debe manifestarse antes o simultáneamente al comportamiento de carácter sexual, pues aquel que se preste una vez cometida la acción será, en todo caso, perdón del ofendido y operará como extinción de la responsabilidad⁷⁹, no como causa de atipicidad. La diferencia entre ambas figuras radica en que el consentimiento impide el nacimiento de la responsabilidad criminal del actor, mientras que el perdón del ofendido supone que el sujeto sí ha cometido un hecho delictivo pero la presencia posterior del perdón sirve para extinguir esa responsabilidad, pues así se desprende del art.130.1.5º del CP.

En contraposición, a grandes rasgos, el consentimiento presunto será aquel en el que el titular del bien, por determinadas circunstancias, no puede manifestar su voluntad. Actualmente las dos opiniones mayoritarias llegan a resultados distintos. La concepción del consentimiento presunto como representación de la que hubiera sido la voluntad del titular permite justificar, el actuar en provecho propio dañando intereses del titular, si parece que ésa hubiera sido su voluntad, puesto que ésta y sólo ésta es la que ha de ser atendida. Por el contrario, si se concibe el consentimiento presunto como una variante suprallegal del estado de necesidad, en la medida en que la ponderación de los intereses en conflicto es objetiva, y siempre hay que actuar de acuerdo con el interés objetivo del titular, salvando el bien jurídico de mayor valor, la posibilidad de actuar en interés propio queda excluida por principio⁸⁰.

⁷⁹ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: *El consentimiento en el derecho penal*, 1º ed. Tirant Lo Blanch, Monografías, Valencia, 2014. pp. 170-171.

⁸⁰ *Ibid*, pp. 205-212.

Llegados a este punto, conviene señalar que uno de los aspectos clave del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual estriba en el consentimiento de la víctima, estableciendo en su art. 178.1 que *“se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes su voluntad expresa de participar en el acto”*. Ante la exigencia de un consentimiento expreso, el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) se muestra crítico, y considera *“innecesaria”* la definición efectuada, alegando que en materia de delitos contra la libertad sexual el Código Penal vigente ya recoge la idea del consentimiento, sancionando todo acto de carácter sexual realizado sin el libre consentimiento del sujeto pasivo, ya sea como agresión o como abuso sexual. Asimismo, el informe del CGPJ, sostiene que dicha concepción supondría un aparente desplazamiento de la carga probatoria que resulta incompatible con el principio acusatorio y la presunción de inocencia.

6.2. Error sobre el consentimiento.

Según MONGE FERNÁNDEZ, cuando se dé un supuesto en el que sujeto activo crea erróneamente que concurre el consentimiento del titular, éste se resolverá como un error de tipo, teniendo en cuenta que la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo es un elemento integrante del delito de abusos sexuales, sobre el que versa la ignorancia del actor. Así, conforme a las reglas del error de tipo, en el caso planteado quedará excluido el dolo; si el error fuere invencible, la conducta quedará en la impunidad, mientras que si fuere vencible, se imputará el hecho a título de imprudencia (art. 14.1

CP). Ahora bien, dada la ausencia de un tipo imprudente en el ámbito de los abusos sexuales, los casos en que el sujeto actúe bajo un error vencible de tipo, también resultarán impunes⁸¹. En igual sentido, MUÑOZ CONDE sostiene que los casos de error sobre el consentimiento deben ser tratados como casos de error sobre un elemento integrante de la infracción penal y determinan, por tanto, la atipicidad, al no estar prevista la comisión imprudente⁸².

6.3. Ausencia de consentimiento.

A modo introductorio, el art. 181.2 del CP considera abusos sexuales no consentidos, los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido, personas aquejadas de un trastorno mental y, finalmente, los que se ejecuten anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier sustancia natural o química idónea a tal efecto. En este caso, el legislador penal presume *iuris et de iure* que si el sujeto pasivo se encuentra en alguna de las tres situaciones indicadas carece de capacidad para consentir u oponerse a la relación sexual libremente. Sin embargo, tal presunción queda desvirtuada, si se demuestra que en el caso concreto el sujeto pasivo podía autodeterminarse libremente en el ámbito sexual⁸³.

6.3.1. Abuso sexual sobre persona privada de sentido.

En esta primera modalidad, el CP presume la ausencia de consentimiento en toda persona inconsciente, narcotizada, anestesiada o dormida, siempre que esté incapacita para actuar de forma autónoma, por tener alterada su

⁸¹ MONGE FERNÁNDEZ, A. “Las Manadas” *op. cit.* pp. 236-240.

⁸² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial. op. cit.* p. 218.

⁸³ *Ibid.*

capacidad de percibir la realidad. En este sentido, conveniente subrayar que para apreciar esta circunstancia, la jurisprudencia no exige una pérdida total de conciencia, siendo suficiente que la víctima tenga anulados considerablemente sus frenos inhibitorios, de modo que no esté en condiciones de oponerse a contacto sexual⁸⁴. Con respecto al origen de este estado, es irrelevante que la situación la haya provocado el propio autor o un tercero, siempre que se aproveche de esta situación para realizar la conducta sexual.

6.3.2. Abuso sexual sobre persona aquejada de trastorno mental

En segundo lugar, el CP considera abusos sexuales no consentidos los que se realicen sobre “*personas aquejadas de un trastorno mental*”, entendiéndose por tal cualquier anomalía o alteración psíquica, similares a las que determinan la exención de responsabilidad del art. 20.1º CP, esto es, la enfermedad mental en un sentido amplio, siempre que afecte a la capacidad de decisión en el ámbito sexual. Además, el tipo penal requiere que el sujeto abuse del trastorno mental de la víctima, lo cual implica que conozca de su existencia y que, además, sepa que ese déficit intelectual impide a la víctima decidir libremente sobre el comportamiento sexual⁸⁵.

Esto se desprende de un sector de la doctrina penal, representada por MUÑOZ CONDE, quien señala que la conducta sexual deviene típica cuando el autor “abuse” del trastorno mental, aprovechándose de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el alcance del acto sexual. Este

⁸⁴ MONGE FERNÁNDEZ, A. “Las Manadas” *op. cit.* p. 243.

⁸⁵ *Ibid.* p. 244.

“abuso” exige, por tanto, una actitud dolosa, que tiene que ser probada y no simplemente presumida en el correspondiente proceso⁸⁶.

6.3.3. Abuso sexual sobre persona que carezca de voluntad por el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea al efecto.

Como tercera modalidad, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Con anterioridad a la reforma LO 5/2010, de 22 de junio, esta modalidad se incluía en el supuesto de “*persona privada del sentido*”, pero planteaba problemas interpretativos en algunos casos.

Actualmente, esta modalidad se aplica a supuestos en los que sin llegar a producirse una pérdida de conciencia propia de la “*privación de sentido*”, se consigue anular la capacidad de autodeterminación en materia sexual. De la dicción legal “*anulando la voluntad de la víctima*”, se infiere la necesidad de que la sustancia haya sido administrada a la víctima por quien va a mantener el contacto sexual, o por otra persona que colabore con él⁸⁷. En consecuencia, quedarían fuera de este tipo penal los casos en los que la anulación de la voluntad trae causa en la conducta de la propia víctima o de un tercero sin conexión con el autor, quien se limita a aprovechar tal

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Manuales de Derecho penal. Parte especial. op. cit.* p. 219.

⁸⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad?. La llamada sumisión química en Derecho Penal: Especial referencia a los delitos sexuales. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol.39. 2019. pp. 684-685.

circunstancia, estos supuestos podrían verse reconducidos a la modalidad de privación del sentido⁸⁸.

Para mayor abundamiento en el elemento de la “*anulación de la voluntad*”, hay quienes exigen una incapacidad absoluta de consentir, “*sin que baste una mera limitación de la voluntad de la víctima*”. No obstante, siendo la finalidad del agresor la de mantener un contacto sexual que no es deseado, la voluntad a la que se refiere el texto legal debe entenderse como la capacidad para autodeterminarse en el ámbito sexual, y ésta admite distintos niveles de afectación, por lo que no se precisa una anulación total al punto del estado de inconsciencia, sino que es suficiente una “*afectación considerable de capacidad con disminución del grado de vigilancia, del estado de conciencia y de la capacidad de juicio, de manera que no pueda oponerse eficazmente a los deseos del agresor*”⁸⁹.

Completando esta definición, SANCHEZ MORALEDA⁹⁰ añade que a los requisitos anteriores hay que adicionar la necesaria relación de medio a fin entre el suministro de la sustancia y la anulación de voluntad.

7. ENGAÑO

El art. 182.1 del CP, contiene un tipo específico de abuso sexual por el que se sanciona “*al que, interviniendo engaño o abusando de una posición*

⁸⁸De acuerdo con tal criterio MONGE FERNÁNDEZ, A. “Las Manadas” *op. cit.* pp. 248-252.

⁸⁹En igual sentido TORRES FERNÁNDEZ, M.E., Suministro de drogas... *op. cit.* p. 191.

⁹⁰Así SÁNCHEZ MORALEDA VILCHES, N., El concepto de violencia y el problema de la “Sumisión química” en los delitos sexuales (a propósito de la discusión en España). REEPS 5 Especial (2019). p. 12.

reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho”, esta figura delictiva se ha ganado la calificación doctrinal y jurisprudencial de “abuso sexual fraudulento”. Cabe apuntar que este primer apartado fue redactado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que modificó sustancialmente el requisito de edad del sujeto pasivo, de tal forma que en la anterior regulación se tutelaba a los menores de entre trece y dieciséis años, mientras que la actual ampara los supuestos acometidos contra víctimas de edades comprendidas entre los dieciséis y dieciocho años.

Por su parte, el apartado segundo del presente artículo, contempla un subtipo agravado en función del contenido del comportamiento sexual. Así, cuando la conducta típica consista *“en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años”*. A su vez, la pena se impondrá en su mitad superior, cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad, discapacidad o situación; o si en la ejecución del delito, el responsable se ha prevalido de una situación de superioridad o parentesco.

Normalmente se aplica a los supuestos de “seducción” en los que el agresor hace creer algo al sujeto pasivo, ya sea enamoramiento, promesa de matrimonio, etc., lo que le lleva a acceder al acto sexual. Algunos autores han destacado que la “mera seducción” no satisface las exigencias de este tipo si no se concreta en alguna clase de engaño. Sin embargo, no está claro

si el engaño opera como elemento causal determinante de la relación sexual “consentida” o basta con que opere como vicio del consentimiento⁹¹.

Tampoco queda claro, en sede de imputación objetiva, cuál es el objeto de engaño o qué peculiaridades debe tener el comportamiento propuesto y su significación social. Jurisprudencialmente, se ha aplicado a supuestos en los que se mantienen relaciones sexuales aprovechándose de poderes de videncia, en casos en los que el sujeto se hace pasar por médico para lograr que los menores accedieran a que les introdujera el dedo en el ano⁹², o también, en los tradicionales supuestos de promesa de matrimonio. La antigua jurisprudencia consideraba como “engaño” la “falsa promesa de matrimonio”, sin embargo, hoy en día este tipo de engaño ha perdido relevancia y parece que no haya cabida ya para este delito, salvo su aplicación a los casos en que medie engaño sobre la propia significación sexual del acto (se finge una revisión ginecológica) o sobre sus consecuencias (se oculta una enfermedad de transmisión sexual)⁹³.

Por consiguiente, hay quienes opinan que en la actualidad resultaría más conveniente subsumir los comportamientos verdaderamente graves en el abuso de prevalimiento, cuando la edad y las circunstancias del sujeto pasivo determinen una auténtica inferioridad respecto al sujeto pasivo⁹⁴. En contra, MUÑOZ CONDE opina que esta equiparación valorativa entre el abuso mediante engaño y el abuso por prevalimiento es discutible, ya que, como se ha señalado anteriormente, en el abuso por prevalimiento se

⁹¹DÍAZ MORGADO, C. *Comentarios al Código Penal*, op. cit. pp. 669-670.

⁹²Como ocurrió en el caso de la STS 340/2015, de 3 de junio.

⁹³MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pp. 222-223.

⁹⁴MONGE FERNÁNDEZ, A. “Las Manadas” op. cit. pp. 260-261.

incluyen casos rayanos en la intimidación propia de la agresión sexual, mientras que el engaño incluye supuestos de menor relevancia.

En cualquier caso, el sujeto pasivo debe ser siempre un menor de edad pero mayor de dieciséis años, es decir, menores de edades comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho años. Por tanto, se entiende, que salvo que medie engaño o abuso de situación de superioridad, el mayor de dieciséis años es completamente libre de otorgar su consentimiento al acto sexual, careciendo de relevancia penal, la conducta sexual que se lleve a cabo en estos casos⁹⁵.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA.- A lo largo del trabajo, ha quedado patente la problemática derivada de la inexistencia de vías sencillas para probar la concurrencia de violencia e intimidación, provocando que en muchos casos se revictimice al sujeto pasivo, buscando en su conducta una resistencia activa probatoria del ataque sexual efectuado contra su voluntad. Así, la sentencia del caso “La Manada”, es en mi opinión, un ejemplo perfecto de aplicación sexista de una regulación de los delitos sexuales desfasada y excesivamente centrada en la resistencia ejercida por la víctima, lo que obliga a analizar en detalle el comportamiento de ésta, en lugar de buscar esas evidencias en el comportamiento del agresor y en la objetividad de los hechos ocurridos.

Es por ello que considero oportuno que se realice una reformulación de los tipos penales, incorporando nuevas pautas interpretativas que permitan

⁹⁵Igualmente DÍAZ MORGADO, C. *Comentarios al Código Penal*, op. cit. pp. 669-670.

despejar dudas, para de este modo, evitar las actuales técnicas que invaden en exceso la privacidad de la víctima.

SEGUNDA.- De las numerosas críticas que propició esta sentencia, surgieron diversas propuestas de reforma en la regulación penal de los delitos sexuales, las cuales pretenden la eliminación de la diferencia entre agresión y abuso sexual, o, lo que es lo mismo, entre la violencia e intimidación y cualquier otro medio comisivo, calificando como agresión todo acto sexual llevado a cabo sin el consentimiento expreso del titular del bien jurídico protegido.

En este sentido, pese a oponerme a los razonamientos en los que se exige una resistencia activa por parte de la víctima, no considero que la solución más justa sea eliminar las gradaciones en los atentados contra la libertad sexual, pues admitir esto sería aceptar un Derecho Penal simplista y sin matices.

Sin embargo, resulta evidente que la distinción entre agresión sexual y abuso sexual no queda lo suficientemente clara en la actual regulación legal, siendo conveniente suplir dichas deficiencias incorporando alguna matización o añadiendo algún criterio legal que ayude a distinguir con nitidez ambos tipos penales. En consecuencia, las propuestas de *lege ferenda*, deberían ser más prudentes a la hora de subsumir todos los comportamientos calificados como abusos, en las agresiones sexuales.

TERCERA.- Por otro lado, partiendo de la premisa de que la característica esencial de las agresiones sexuales, estriba en la realización

del acto sexual mediante el uso de violencia o intimidación para doblegar la voluntad de víctima, considero que carece de sentido condicionar la aplicación del tipo de las agresiones sexuales, a que dicha violencia o intimidación alcancen una determinada entidad. Pues si se demuestra que la conducta no fue consentida y se utilizaron estos medios para llevar a cabo la acción delictiva, indagar en la mayor o menor intensidad de dichos medios para en consecuencia, aplicar un tipo penal u otro, no solo complicaría el proceso probatorio sino que, además, resultaría contraproducente.

Siguiendo con lo expuesto y teniendo en cuenta que los abusos sexuales con prevalimiento, están previstos para dar cabida a los supuestos en los que el agresor se vale de una posición de superioridad para interferir en el proceso de formación de la voluntad del sujeto pasivo y acomodar ésta a sus deseos, habría que dejar fuera del tipo, todas aquellas hipótesis de violencia menor o intimidación de segundo grado, pues la situación de superioridad no puede traer causa en el empleo previo de alguno de estos medios, cualquiera que sea su entidad. Pues esto supondría configurar los abusos sexuales como cajón de sastre, al que incorporar todas aquellas conductas que no alcancen el grado de extremidad necesario para la calificación de agresiones sexuales.

CUARTA.- En lo referente al término jurisprudencial de la intimidación ambiental, construido para considerar cooperadores necesarios a los sujetos que, con su sola presencia física y consciencia del acto sexual, contribuyen al incremento de un ambiente intimidatorio y reducen las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, rehúso de las modificaciones que pretenden imponer una especie de presunción *iuris et de iure* de intimidación, cuando

concurran varios sujetos activos en la realización del comportamiento. Pues considero que, en todo caso, deberá ser objeto de prueba, atendiendo siempre no solo las circunstancias objetivas del hecho, sino también circunstancias personales de la víctima, pues no todos respondemos igual ante los mismos estímulos. En cualquier caso, es indudable que los supuestos de violaciones en grupo en los que los agresores configuran un escenario objetivamente intimidatorio y se aprovechan de éste para coartar y doblegar la voluntad de la víctima, deben ser calificados como agresiones sexuales, y no como abusos.

QUINTA.- Para finalizar, estimo oportuno dar más protagonismo al consentimiento como medio comisivo, rechazando las posturas que admiten presunciones en relación al consentimiento ya que, en mi opinión, los comportamientos de carácter sexual solo deberían llevarse a cabo mediando el consentimiento real de todos los partícipes en la relación, no siendo necesario que éste se preste de forma expresa (verbal o escrita), pues la voluntad de la otra persona se puede inferir a través de los actos u omisiones que ésta realice, o mediante su lenguaje no verbal.

Dicho lo cual, a la hora de juzgar los delitos contra la libertad sexual, todo se reduce a la propia significación, que como sociedad, tengamos acerca de la sexualidad, para concluir si la entendemos como un conjunto de prácticas meramente toleradas, o si por el contrario, son la expresión de una relación consensuada entre personas libres e iguales, pues en la actualidad siguen existiendo parámetros sexistas en la determinación de la gravedad de la violencia o intimidación, en la exigencia de resistencia, o al considerar el silencio y la pasividad como una forma más de consentir.

BIBLIOGRAFÍA

- CÓRDOBA RODA, Juan - GARCÍA ARÁN, Mercedes. “*Comentarios al Código Penal, Tomo I. Parte especial*”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 58, 2004.
- DÍAZ MORGADO, Celia. *Comentarios al Código Penal*, 1ª ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel A, en DÍEZ RIPOLLÉS, José L./ ROMEO CASABONA, Carlos M. (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Madrid, 2004.
- ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: *El consentimiento en el derecho penal*, 1º ed. Tirant Lo Blanch, Monografías, Valencia, 2014.
- FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M.: *La manada: un antes y un después de la regulación de los delitos sexuales en España*, (coords. Silvia Rodríguez López y María Ángeles Fuentes Loureiro). ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 20018
- GAVILÁN RUBIO, María. “*Agresión sexual y abuso con prevalimiento. Análisis de la reciente jurisprudencia*”. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS). núm. 12, 2018.
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M., *Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2011.
- GONZÁLEZ RUS, *El delito de violación en el Código Penal español*, ed. Universidad de Granada, departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, Granada, 1982.
- GONZÁLEZ RUS, “*¡No!, y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)*”, en

GARCÍA VALDÉS, C., y otros (Coords.), Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008.

- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José U. *Fisonomía jurídico-penal de las agresiones sexuales*. Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 2010.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. “Las Manadas” y su Incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales. 1ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2020.
- MUÑOZ CONDE, F.: “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso *La Manada*”, Revista penal, n. 43.
- MUÑOZ CONDE, F. Manuales de Derecho penal. Parte especial. 22ª ed. Tirant lo Blanch, 2019.
- ORTS BERENGUER, Enrique., Delitos contra la libertad sexual, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Manual Derecho Penal Español, Parte especial. 7ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.
- SÁNCHEZ MORALEDA VILCHES, N., El concepto de violencia y el problema de la “Sumisión química” en los delitos sexuales (a propósito de la discusión en España). REEPS 5 Especial (2019).
- SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos. *El delito de las agresiones sexuales*, ed. Aranzadi, 1995.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E., Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad?. La llamada sumisión química en Derecho Penal: Especial referencia a los delitos sexuales. Estudios Penales y Criminológicos, vol. 39. 2019.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STS 1518/2001, de 14 de septiembre.
- STS 1174/2001, de 2 de octubre.
- STS 1583/2002, de 3 de octubre
- STS 1259/2004, de 2 de noviembre.
- STS 604/2004, de 15 de diciembre.
- STS 1291/2005, de 08 de noviembre.
- STS 1295/2006, de 13 de diciembre.
- STS 228/2007, de 14 de marzo.
- STS 7256/2008, de 22 de diciembre.
- STS 39/2009, de 29 de enero.
- STS 1101/2009, de 5 de noviembre.
- STS 137/2015, de 25 de marzo.
- STS 340/2015, de 3 de junio.
- SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo.
- STSJ Navarra 8/2018, de 30 de noviembre.
- SAP Madrid 2/2019, de 1 de febrero.
- STS 344/2019, de 4 de julio
- STS 462/2019 de 14 de octubre.
- STS 145/2020, de 14 de mayo.