Máster de Acceso a la Abogacía

Facultad de Derecho

Universidad de León

Curso 2018/2019

Agresión Sexual y Abuso sexual: Especial referencia al caso "La Manada"

(Sexual aggression and sexual abuse: Special reference to the case "La Manada"

Realizado por la alumna Dña Sandra Abella Morán

Tutorizado por la Profesora Dra. Dña. María Anunciación Trapero Barreales

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS 3

I. RESUMEN.....5

II. OBJETIVOS 7

III. METODOLOGÍA.....8

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....10

CAPÍTULO II. ¿DELITOS PÚBLICOS O SEMIPÚBLICOS? 14

CAPÍTULO III. DELITOS SEXUALES DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO 17

CAPÍTULO IV. LOS DELITOS DE AGRESIONES SEXUALES 22

1. ¿Qué se entiende por violencia? 25

2. ¿Qué se entiende por intimidación? 27

3. Agravantes específicas de las agresiones sexuales.....31

3.1. La violencia o intimidación revisten carácter particularmente degradante o vejatorio .31

3.2. Los hechos se comentan por actuación conjunta de dos o más personas.....33

3.3. La víctima es especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación.....36

3.4. El prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco 39

3.5. El uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones graves 40

CAPÍTULO V. DE LOS ABUSOS SEXUALES 42

1. Agravaciones en los delitos de abusos sexuales 46

2. Especial referencia al abuso por prevalimiento 47

CAPITULO VI. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE LA "LA MANADA".....50

CAPITULO VII. CONCLUSIONES 59

BIBLIOGRAFÍA 62

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADP	Anuario de Derecho Penal (citado por año)
AP	Audiencia Provincial
art./s	artículo/s
CE	Constitución Española
comp.	Compilador
coord.	coordinador
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal (revista citada por número y año)
dir.	Director
DRAE	Diccionario Real Academia de la Lengua Española
LL	La Ley (revista citada por número y año)
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
Núm	Número
n.	nota
OMS	Organización Mundial de la Salud
PE	Parte Especial
PG	Parte General
RDP	Revista de Derecho Penal (citada por número y año)
s., ss.	siguiente/s
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STSJ	Sentencia del Tribunal superior de Justicia

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

I. RESUMEN

El caso conocido como “La Manada” ha revelado una discrepancia desde el punto de vista social y el jurídico en la forma de entender el delito de violación. A esta conclusión ha de llegarse si se atiende a la rápida respuesta parlamentaria generada por el citado caso, la presentación de dos proposiciones de ley por dos grupos parlamentarios, y del gobierno, convocando a la sección penal de la Comisión General de Codificación para la elaboración de una propuesta de reforma del CP.

Las reformas penales, sin embargo, han de ser más meditadas y reflexionadas. Por ello, en este trabajo se va a llevar a cabo un estudio, doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial, de los delitos de agresiones y abusos sexuales tipificados en los arts. 178 a 181 CP, centrando el análisis en los elementos sobre los que se establece la diferenciación entre estos dos grupos de delitos contra la libertad sexual: si está presente o no el medio comisivo de la violencia o la intimidación y cómo ha de distinguirse entre el ataque sexual intimidatorio (agresión) y el ataque sexual de prevalimiento (abuso).

El estudio se completa con unas reflexiones acerca de dos aspectos que también han tenido reflejo en mayor o menor medida en el caso mediático: por un lado, se ha de mantener o no la naturaleza de delito semipúblico de los delitos de agresiones y abusos sexuales y, por otro, se expone un enfoque de los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género.

Palabras Clave: *Género, violencia sexual, agresión sexual, abuso sexual, intimidación ambiental, prevalimiento*

1.2. Abstract

The case known as "The Pack" has revealed a discrepancy from the social and legal point of view in the way of understanding the crime of rape. This conclusion must be reached if attention is paid to the rapid parliamentary response generated by the

aforementioned case, the presentation of two proposals of law by two parliamentary groups, and of the government, summoning the criminal section of the General Codification Commission for the elaboration of a proposal to reform the PC.

Criminal reforms, however, have to be more thoughtful and thoughtful. Therefore, in this work is going to carry out a study, doctrinal and, above all, jurisprudential, the crimes of aggression and sexual abuse typified in the arts. 178 to 181 PC, focusing the analysis on the elements on which the differentiation between these two groups of crimes against sexual freedom is established: whether or not the means of violence or intimidation is present and how to distinguish between the intimidating sexual assault (assault) and sexual assault of prevalence (abuse).

The study is completed with reflections on two aspects that have also been reflected to a greater or lesser extent in the media case: on the one hand, the nature of a semi-public crime of crimes of aggression and sexual abuse must be maintained or not. , on the other hand, an approach to crimes against sexual freedom is exposed from a gender perspective.

Keywords: *Gender, sexual violence, sexual assault, sexual abuse, environmental intimidation, prevalence.*

II. OBJETIVOS

Con el presente trabajo de fin de máster se pretende averiguar si la protesta social sobre el mediático caso "La Manada" está o no justificada y, sobre todo, si es o no necesaria la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales de los arts. 178 a 181 CP.

Con la mirada en este objetivo central, en el estudio han de fijarse los siguientes objetivos específicos:

- Debatir sobre la tutela de los delitos de agresión y abuso sexual tipificados en los arts. 178 a 181 CP.
- Dar una visión y contextualización de los delitos sexuales desde una perspectiva de género.
- Definir teóricamente los elementos comunes compartidos por los delitos contra la libertad sexual objeto de análisis: las conductas típicas, el sujeto activo y pasivo, las circunstancias típicas cualificantes (en el caso de las agresiones sexuales más amplias que en los abusos sexuales.
- Analizar los elementos típicos que sirven para la diferenciación entre los dos grupos delictivos: la violencia o intimidación en las agresiones sexuales, la falta de consentimiento (por no haber sido prestado o por no ser válido jurídicopenalmente) en los abusos sexuales.
- Explicar la distinción de abusos y agresiones sexuales desde el supuesto más complicado de definir: la intimidación ambiental (agresión) y el abuso de prevalimiento (abuso).
- Valorar la respuesta judicial dada en el caso mediático que ha generado un gran descontento social, tomando como punto de referencia un aspecto que ha sido ignorado y que es, por otra parte, indiscutible: el análisis y la crítica ha de hacerse teniendo en cuenta el Derecho positivo vigente en un Estado que se proclama como social y democrático de Derecho.

III. METODOLOGÍA

Para la realización del presente trabajo se ha seguido el método de investigación que es utilizado en el ámbito jurídico.

El primer paso ha sido la elección del tema y la tutora del mismo. Tras varias opciones sobre distintas líneas de investigación, se ha optado finalmente por este tema tras una meditada reflexión, consciente de la dificultad para su enfoque y desarrollo desde un punto de vista jurídico y social, no solo por gran cantidad jurisprudencia consolidada al respecto y, en muchos casos contradictoria, sino porque se pretende desarrollar un trabajo sobre el que hay gran sensibilidad y preocupación social y mediática, originada por un caso resuelto ya judicialmente en primera y segunda instancia, el conocido como "Caso La Manada", pero que se ha sucedido de otros casos que también han sido denunciados en los medios de comunicación.

Una vez centrado el tema del trabajo, se ha llevado a cabo la búsqueda y recopilación del material bibliográfico sobre el mismo. En este punto se ha hecho una selección de la bibliografía más representativa e interesante, para tener presente cuál es la postura doctrinal sobre la regulación positiva de los delitos de agresiones y abusos sexuales, en particular, sobre la distinción entre la agresión cometida por medio de la intimidación y el abuso de prevalimiento. Este estudio selectivo resulta fundamental para saber si la opinión de los expertos es coincidente con el sentir social, en el sentido de que técnicamente los delitos sexuales están mal regulados. La búsqueda selectiva de bibliografía se ha traducido en la utilización de libros, artículos de revista y monografías específicas sobre la materia fundamentalmente.

También se ha llevado a cabo la búsqueda y recopilación jurisprudencial, centrada particularmente en el TS, pero también se ha utilizado alguna sentencia interesante de los tribunales inferiores (de AP y, sobre todo, el caso que ha servido para decantarme por este tema, el caso resuelto por la AP de Navarra). Para el proceso de selección de sentencias se ha tenido diferentes fechas de resoluciones donde se puede apreciar si ha habido cambios o no en la argumentación de estos delitos por vía jurisprudencial. El estudio jurisprudencial es el aspecto más interesante de este trabajo, pues, a la vista de las proclamas lanzadas en las movilizaciones tras el conocimiento de la resolución judicial antes citada, es necesario comprobar si, efectivamente, la interpretación judicial

de estos delitos no se corresponde con la realidad histórico-social actual, siendo necesaria por tanto la reforma legislativa reclamada.

Una vez recopilada la información necesaria para realizar el trabajo, bibliográfica y jurisprudencial, se ha pasado al estudio y sistematización de la misma, lo que ha servido para la elaboración definitiva del índice, pasando a la última fase de redacción del mismo.

En cuanto al sistema de citas utilizado en la redacción del trabajo, se ha seguido el indicado por la tutora del mismo, la prof. Trapero Barreales.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de agresiones y abusos sexuales están incluidos dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en el Título VIII del Libro II CP.

En cuanto al bien jurídico protegido en estos delitos de índole sexual, cuando de personas mayores de edad y plenamente responsables se trata, resulta en la actualidad indiscutible el objeto de protección, tanto para la doctrina[1] como para la jurisprudencia[2]: este es, como la propia rúbrica del Título indica, la libertad sexual. Lejos queda la propuesta defendida desde la propia regulación positiva en torno al bien jurídico entendido como la honestidad sexual, rúbrica con la que denominaba a estos delitos en el CP anterior antes de ser sustancialmente reformados en el año 1989.

Se trata de un bien jurídico de índole personal o individual, conectado con el ejercicio de la libertad o autodeterminación en materia sexual, en su vertiente o aspecto negativo (como derecho que tiene toda persona a no verse involucrado en una actividad sexual sin su consentimiento), clasificable como eminentemente personal, a la vista de las previsiones contenidas en el art. 74.3 CP en materia de delito continuado.

Esta autonomía sexual supone que el sujeto, hombre o mujer, puede establecer sin trabas en sus relaciones con otros sujetos mayores de edad las líneas de sus actuaciones en el terreno de la sexualidad y de la afectividad, por lo que implica que entre adultos tiene que regir el principio de las prácticas sexuales, sean estas las que sean, han de estar plenamente consentidas, sin imposiciones que coarten el designio de los partícipes. Es por ello que la ley sigue pensando que, entre adultos, fuera de los supuestos de teórica falta de madurez en relación con la personalidad y la sexualidad, esta libertad de

[1] DE LA ROSA CORTINA, Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 2013, 13 y ss.

[2] Desde el punto de vista jurisprudencial está desde hace tiempo asentado el reconocimiento de la libertad sexual como bien jurídico protegido en el caso de personas mayores de edad plenamente capaces, consecuentemente al cambio de rúbrica del Título que sistematiza estos delitos desde el año 1989. Para ejemplificar la definición del bien jurídico recientemente, véase, entre otras muchas, STS 674/2018, de 19 de diciembre; STS 13/2019, de 17 de enero.

intercambio ha de ser sin ingerencias[3] violentas ni intimidatorias y sin situaciones de abuso y de prevalimiento[4].

Lo que sucede, al igual que en otros delitos que afectan a la libertad, es que puede intuirse que detrás de los tipos penales de agresiones y abusos sexuales se pueden identificar otros bienes jurídicos también importantes y dignos de protección. Pues, en el caso de las agresiones sexuales, resulta evidente que se va a producir como mínimo un menoscabo de la integridad física, claramente cuando se recurren a los medios violentos para doblegar la voluntad de la víctima. Y, en el mismo sentido, como se deduce de alguna de las circunstancias cualificantes descritas en el art. 180.1 CP, a veces junto al ataque a la libertad sexual se produce un menoscabo significativo de la integridad moral o, en definitiva, de la dignidad de la víctima. Significa, pues, que estamos frente a delitos pluriofensivos, con un bien jurídico principal o preponderante, la libertad sexual como manifestación del derecho a la libre autodeterminación en este ámbito[5], lo que ha de tenerse presente a la hora de explicar las eventuales relaciones concursales con otros delitos, particularmente con los delitos leves de lesiones, contra la integridad moral o vejaciones injustas leves.

Desde este planteamiento sobre el objeto de protección, es evidente que el derecho a la autodeterminación sexual ha de ser reconocido a todos los ciudadanos en pie de igualdad, sin que se pueda admitir ni defender un planteamiento discriminatorio por razón de sexo. Esto ha de tener también consecuencias en la interpretación de los elementos típicos a través de los cuales se describen los delitos de agresiones y abusos sexuales, pues en la medida en que no haya obstáculos para su planteamiento por razones fisiológicas, a la hora de que se ejecuten determinadas conductas típicas (por ejemplo, acceso carnal por vía anal, vaginal, bucal) en los planos de sujetos activos y pasivos de estos delitos han de admitirse sin distinción que puede haber hombres y mujeres. De esta manera se abarca la libertad sexual para no verse involucrado en relaciones o conductas sexuales que van a ser mantenidas con una persona del mismo

[3] Se escribe a propósito la palabra ingerencia con “g”, y no con “j”, como aparece en el DRAE, atendiendo a las explicaciones sobre el origen etimológico dadas por LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. PG, 3ª, 2016, 31/n. 23.

[4] Véase, entre otros muchos, QUERALT JIMÉNEZ, Manual Derecho Penal. PE, 2015, 200; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal PE, 21ª, 2017, 194.

[5] QUERALT JIMÉNEZ, Manual Derecho Penal. PE, 2015, 201.

sexo o sexo diferente al sujeto pasivo, también en el caso de las conductas más gravemente lesivas del bien jurídico, las consistentes en acceso carnal[6].

Con la aprobación del CP en el año 1995 se ha establecido una línea divisoria clara, al menos teóricamente, entre los delitos de abusos y agresiones sexuales: los medios comisivos empleados para su comisión. Así, para la calificación de los hechos como agresiones sexuales es requisito imprescindible que concurra un medio comisivo violento para anular la voluntad de la víctima, la violencia o la intimidación. Faltando estos medios comisivos, si no hay consentimiento en la realización de la conducta sexual, se está en el ámbito de los delitos de abusos sexuales. Tal distinción se refiere tanto a los abusos y agresiones sexuales de menores de 16 años, de los que no nos ocuparemos en este trabajo, como para los abusos y agresiones sexuales de mayores de 16 años. Y en los abusos sexuales el consentimiento puede faltar por tres razones diferentes: una, porque el hecho se ha realizado de manera sorpresiva, sin que la víctima consienta (art. 181.1 CP). Dos, porque el sujeto pasivo no está en condiciones de prestar un consentimiento válido, bien porque está privada de sentido, bien porque se abusa de su trastorno mental, bien porque se ha anulado su voluntad por haber utilizado un fármaco u otra sustancia similar (art. 181.2 CP). Tres, porque el sujeto pasivo ha prestado un consentimiento viciado, en el caso de mayores de edad, porque se ha obtenido mediante prevalimiento (art. 181.3 CP). Dentro de la regulación de los abusos sexuales se encuentra un cuarto supuesto, que no va a ser objeto de atención en este trabajo (por razones de espacio y, también, porque se aleja del principal objetivo marcado en el mismo), el denominado abuso sexual mediante engaño tipificado en el art. 182 CP, referido a la protección de víctimas entre 16 a 18 años de edad.

La respuesta judicial dada en primera y segunda instancia a un caso mediático reciente, el conocido como “El caso La Manada” ha puesto en cuestión la definición de los delitos de agresiones sexuales. En particular, entre otras cuestiones debatidas, ha sido objeto de cuestionamiento el concepto de intimidación (que repercute en la distinción entre abuso de prevalimiento-agresión sexual9, uno de los medios comisivos que han de concurrir para que proceda aquella calificación y no la de abuso sexual (o abuso sexual de prevalimiento). En el centro del debate, visto desde un punto estrictamente jurídico-penal, está la difícil delimitación entre uno y otro delito en los casos que se recurre a la

[6] STS 1141/1984, de 29 de junio.

denominada intimidación ambiental, situaciones que se encuentran en la zona gris entre auténtica anulación o el vicio del consentimiento, donde en ocasiones se recurre a la calificación como intimidación, y el delito cometido por tanto es de agresión sexual, en otras ocasiones se califica como prevalimiento de una situación de superioridad, y el delito cometido por tanto es de abuso sexual de prevalimiento.

El efecto inmediato del caso anteriormente destacado, tras el gran revuelo generado con la decisión de los Magistrados de la AP de Pamplona, ha sido la petición a la Comisión General de Codificación, sección penal, un informe sobre la posible reforma legislativa de los delitos de agresiones y abusos sexuales. Hasta ahora la Comisión no ha elevado el informe solicitado[7].

Parece razonable que se analice con cierto detenimiento la interpretación de estos delitos de naturaleza sexual para constatar si está o no justificada esta futura reforma. Y con la mirada puesta en este objetivo principal, también han de ser atendidas otras consideraciones que pueden tener una incidencia más o menos clara en este ámbito.

[7] La actividad de la Comisión General de Codificación puede ser consultada en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas. A fecha 31 de enero de 2019 no ha sido presentado el informe sobre la posible reforma de los delitos de agresiones sexuales.

CAPÍTULO II. ¿DELITOS PÚBLICOS O SEMIPÚBLICOS?

El art. 191 CP dispone que para proceder por estos delitos será necesaria la denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del MF, que actuará ponderando los intereses legítimos en presencia y, en el caso de que la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de una especial protección o persona desvalida, bastará solo con la denuncia del MF.

Del precepto se desprende la voluntad legal de ampliar la procedibilidad al MF para poder iniciar el procedimiento penal por uno de estos delitos, reconociéndose la posibilidad de incoación de oficio a instancia del Ministerio Público. Esto es así porque, independientemente de la posición que adopte la víctima, se puede evitar el que se dé una orden judicial de archivo de las actuaciones sin audiencia previa del MF. Es más, debería de crearse la infraestructura o el sistema necesario para que incluso en el caso de inexistencia de denuncia se ponga en conocimiento del Fiscal esa presunta actuación delictiva a fin de que este pueda incoar las *diligencias informativas* a que viene facultado por virtud del art.773 LECrim y utilizar el resultado de las mismas a efectos de ponderar esos intereses en presencia, de los que depende la posible interposición de la querella. La importancia del art.191.1 CP radica en colocar al MF en el mismo plano que la víctima en lo que a la iniciación del procedimiento se refiere, al poder querellarse independientemente de la voluntad de esta. La legitimación "ab initio" del MF le legitima también a tomar conocimiento de los hechos desde su perpetración así como a investigar lo sucedido[8].

Se observa en el precepto que la legitimación para iniciar el procedimiento es de forma escalonada, en primer lugar la víctima, en defecto su representante legal y en última instancia el MF[9].

La titularidad del *ius puniendi* o potestad punitiva que ostenta el Estado supone que se deja de lado la voluntad de la víctima o perjudicado particular por el delito a la hora de ejercitar o no la persecución penal del mismo, salvo excepciones para los delitos privados y semipúblicos o semiprivados. Esto no es más que la prohibición de la auto

[8] FUENTES SORIANO, ADP, num .1999- 2000 (2001), 282 y 283.

[9] LIBANO BERISTAIN, RDP 32 (2011), 20.

tutela como medio para resolver conflictos de naturaleza penal que sirve para conceptualizar el delito como fenómeno público[10].

El MF, entre otros sujetos, ostenta la titularidad de la acción penal. En virtud del art.105.1 LECrim "Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada".

En los delitos de agresión y abuso sexual, la acción penal está ligada al bien jurídico protegido de la libertad y/o indemnidad sexual, que a su vez se trata de un derecho fundamental. En este sentido no hay diferencia ni justificación en que sean delitos semi públicos y que ello conlleve a una menor protección respecto de otros derechos o bienes jurídicos, esto es, que queda a elección de la víctima el castigo o no de este tipo de delitos, cuando deberían de ser siempre condenados.. Por ejemplo, no parece razonable que un ordenamiento proteja la propiedad privada, sin tener en cuenta la voluntad del sujeto pasivo, pero, sin embargo, no tutela el derecho a la libertad sexual de la misma manera. Lo mismo ocurre con la mayor protección que se le da a la integridad física frente a la libertad sexual, cuando son bienes jurídicos íntimamente ligados en los delitos sexuales teniendo en cuenta en algunas ocasiones el agresor de este último tipo delictivo es más reincidente.

Desde la promulgación de la CE, los delitos contra la libertad sexual han sido objeto de varias reformas (las más importantes en 1989, en 1995, en 1999, en 2010 y la última y más reciente en 2015). En los últimos años se ha producido una importante expansión punitivista en materia sexual, centrada sobre todo en la protección de los menores de edad, expansión en un doble sentido, desde la tipificación penal de más conductas delictivas y en el incremento de las sanciones penales. Pero el aspecto que ha permanecido invariable ha sido el de la catalogación de los delitos de agresiones y abusos sexuales (y otros delitos de esta naturaleza) como delitos semipúblicos o semiprivados.

Esta catalogación ha sido objeto de cuestionamiento, abogando por su conversión en delitos públicos[11], alegando los siguientes argumentos en su apoyo. En primer lugar, la

[10] ASENCIO MELLADO, Derecho Procesal Penal, 7ª, 2015, 29.

evolución social hace que el antiguo fundamento de la necesidad de denuncia por parte del ofendido para preservar su honor pierda sentido actualmente.

En segundo lugar, la supresión de la denuncia como requisito preceptivo para la iniciación del procedimiento en modo alguno supone que no puedan y deban adoptarse todo tipo de medidas tendentes a la protección de la víctima. Esto es, el hecho de que estos tipos delictivos se conviertan en delitos públicos no ha de suponer una desprotección de la víctima, hasta el punto de que sufran una victimización secundaria y hasta terciaria derivada de la persecución penal del hecho.

En tercer lugar, desde un punto de vista psicológico está absolutamente demostrado que el violador tiende a repetir su acción y, sin duda, dicha reiteración vendrá alentada ante la impunidad con la que puede llegar a cometerla. Esta impunidad se ve facilitada si el delito es perseguible a instancia de parte, pues es muy posible que un número no insignificante de víctimas no denuncien los hechos por el miedo a sufrir represalias, o el miedo al qué dirán, o a otro tipo de consecuencias de diferente significado y en la mayoría comprensibles por otro lado.

Finalmente, se alega que la denuncia previa en estos delitos supone ciertos problemas de incongruencia con otros preceptos legales en relación con los cuales la paz social se ve igualmente amenazada y para cuya protección basta tan solo con la persecución de oficio, al margen de cuál sea la voluntad de la víctima al respecto[12].

---

[11] GARCÍA-PABLOS MOLINA, Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas, 3ª, 1996, 38.

[12] FUENTES SORIANO, ADP, num. 1999- 2000 (2001), 273.

CAPÍTULO III. DELITOS SEXUALES DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

A lo largo de la historia de la humanidad la mujer ha sido objeto de la dominación masculina en prácticamente todos los ámbitos en los que transcurre la vida de una persona. Tal dominación ha estado presente en diferentes niveles, desde considerar a la mujer como el sexo débil e inferior hasta un reparto desigual de funciones y responsabilidades. Esta dominación masculina ha sido apoyada por la cultura patriarcal que ha existido en la sociedad desde siglos pasados hasta ahora, una cultura donde la dominación del hombre está íntimamente ligada a la violencia machista[13] .

Una violencia que se manifiesta de diferentes formas, como son la violencia física y psicológica, la mutilación genital femenina, la trata de mujeres, el infanticidio de niñas, el acoso sexual, la prostitución y la violencia sexual, entre otras[14]. Y es algo que no se restringe a un clase social, raza o cultura, sino que se da en todos los ámbitos[15].

La violencia sexual que se ejerce sobre todas las mujeres las convierte en víctimas indirectas de una violencia simbólica más dañina y perjudicial que la física, cuyos efectos son tanto o más devastadores, ya que promueve y facilita la adquisición de roles diferenciados y estereotipados para hombres y mujeres[16].

El DP del XIX y XX, lejos de proteger los intereses de la mujer, contribuyó a asignar y reproducir una determinada significación del ser social mujer, es decir, de la estructura

[13] ROMERO SÁNCHEZ, Percepción social de las agresiones sexuales hacia mujeres: el papel del alcohol y los mitos sobre la violación, 2012, 9.

[14] Las distintas modalidades de violencia que sufren las mujeres están enumeradas en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Una enumeración también detallada, con propuestas de tipificación penal de las distintas formas de violencia, se encuentra en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

[15] Véase, por todos, ROMERO SÁNCHEZ, Percepción social de las agresiones sexuales hacia mujeres: el papel del alcohol y los mitos sobre la violación, 2012, 9.

[16] BROWNMILLER, Against Our Will: Men, Woman, and Rape, 1975, 396.

de género. Esta idea de género viene a decir que en tanto que el sexo está determinado biológicamente, el género se dota de contenido socialmente[17].

Desde que al inicio de los setenta del siglo pasado surge el interés por el estudio de la violencia sexual, han sido numerosas las definiciones planteadas por diferentes ámbitos y disciplinas para referirse a este tipo de violencia ejercida contra la mujer. Son diversas autoras feministas las que han propuesto una definición amplia, que permita abarcar el variado rango de formas de violencia sexual (desde tocamientos no deseados hasta las agresiones sexuales con penetración) posibilitando así la obtención de índices de prevalencia más ajustados a la realidad. Sin embargo, durante años posteriores se han seguido utilizando definiciones restringidas que se corresponden con el tratamiento legal y jurídico de los casos[18].

Por ello, en los años setenta, siguiendo la tradición del feminismo liberal de principios de siglo, muchos estudios han abordado la cuestión de las posibles discriminaciones penales y se ha creído que, luchando contra estas disposiciones discriminatorias, se conseguiría el ideal de un DP neutro e igual para ambos sexos. Será sobre todo a partir de la década de los 80 cuando va a aparecer con fuerza la idea de que conseguir una igualdad de sexos en las disposiciones jurídicas no va a implicar que haya una igualdad material ante el Derecho[19].

Dentro de la materia de los delitos sexuales se encuentran las demandas de superación de las vinculaciones de género. La regulación tradicional del DP y, en concreto, de los llamados delitos sexuales, ha sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de los derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres. Es por ello que el movimiento feminista desde finales del siglo XIX se ha preocupado de la violencia sexual. Lo que hoy conocemos como violencia sexual fue definido por estas corrientes feministas como un problema de

[17] SAEZ BUENAVENTURA, en: MAQUIEIRA SÁNCHEZ (comp.), Violencia y Sociedad Patriarcal, 1990, 3.

[18] Para más detalles, véase, ROMERO SÁNCHEZ, Percepción social de las agresiones sexuales hacia mujeres: el papel del alcohol y los mitos sobre la violación, 2012, 12-13.

[19] BODELÓN GONZÁLEZ, en: Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género, Jornadas organizadas por el Instituto Vasco de la Mujer,199, 187.

opresión sexual explicando esta violencia como una manifestación dentro de un marco de relaciones patriarcales[20].

Puede verse este desamparo de la mujer en el antiguo art.428 CP anterior:

"El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos o les causare cualesquiera lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjese lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa materna".

Por contra, nunca existió un precepto paralelo exculpatorio paralelo en referencia a la mujer que sorprendía al marido en un adulterio. Afortunadamente, con las posteriores reformas del CP anterior[21], la naturaleza de los delitos sexuales cambiaron dando un giro a la tradición punitiva que seguía anclada en la moral desigualitaria entre sexos. En este aspecto la LO 3/1989, de 21 de junio, que actualizó el anterior CP, introdujo importantes cambios en los hasta ese momento denominados delitos contra la honestidad, rúbrica utilizada para la sistematización de estas infracciones delictivas, muy ilustrativa del sentido y objeto de protección de aquellos tipos penales; como

[20] GIMBERNAT ORDEIG, Estudios de Derecho Penal, 3ª, 1990, 78 ss.

[21] Las reformas del CP anterior comienzan con la Ley 22/1979, de 26 de mayo, que suprimió los delitos de adulterio y amancebamiento, una consecuencia inmediata de la promulgación de la CE. Hasta la promulgación del nuevo CP, en 1995, se aprobaron diferentes reformas legislativas del texto punitivo anterior, la más importante en lo que atañe a los delitos de agresiones y abusos sexuales ha sido la mencionada en el texto, la operada por la LO 3/1989, de 21 de junio. Con la aprobación del CP, en 1995, se vuelve a introducir un cambio significativo en la definición de los delitos de agresiones y abusos sexuales, pues es el momento en el que se establece la distinción entre estas figuras delictivas desde los medios comisivos utilizados, si hay violencia o intimidación es agresión sexual, si falta cualquiera de los dos medios comisivos es abuso sexual. El cambio se produjo incluso en un aspecto lleno de simbolismo, la eliminación del término violación para denominar a los ataques más graves contra la libertad sexual. Será en la reforma de la LO 11/1999, de 30 de abril, cuando, además de otros cambios importantes (en la propia rúbrica del Título, que a partir de ahora será delitos contra la libertad e indemnidad sexual) cuando se recupere nuevamente el término violación para designar los ataques más graves a este bien jurídico. El CP vigente ha sido modificado en otras ocasiones en esta materia, con cambios también relevantes, tal como se ha citado en el texto: a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, y la LO 1/2015, de 30 de marzo.

primer efecto importante de la reforma operada en el año 1989 la rúbrica pasó a denominarse delitos contra la libertad sexual[22].

La modificación de la rúbrica fue acompañada de la inclusión del hombre como sujeto pasivo de todos los delitos sexuales. Consecuentemente, con la aprobación del nuevo CP, en el año 1995, siguiendo los pasos de la reforma de 1989, no se refleja ninguna diferencia por razón de sexo en el sujeto activo y, en particular, tampoco en el sujeto pasivo o víctima, pudiendo ser hombre o mujer. Esta opción legislativa fue criticada desde el punto de vista feminista, entendiendo que la violación es un delito que comete un género contra otro, es decir, el género masculino contra el femenino, pues se trata de un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar poder sobre la mujer, aquí a través de la sexualidad[23]. En este sentido, como afirma ASÚA BATARRITA "los llamados delitos sexuales han sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres"[24].

Como se ha comentado, tras la aprobación del CP, en el año 1995, han sido varias las reformas aprobadas de los delitos contra la libertad sexual, en la mayoría de las ocasiones teniendo como foco de atención la reforzada protección de los menores. A pesar de ello, en ninguna de las reformas se ha atendido a las peticiones del movimiento feminista a favor de la introducción de una perspectiva de género en la regulación positiva, en el sentido de establecer una diferenciación en la protección del sujeto pasivo. Se ha consolidado la distinción entre agresiones y abusos sexuales desde la perspectiva de los medios comisivos utilizados para “imponer” la conducta sexual. En ambos casos, sin ningún género de duda, falta el consentimiento válidamente otorgado por el sujeto pasivo.

En la actualidad con la gran repercusión social que ha provocado el contenido de la sentencia judicial del denominado “Caso de la Manada”, los delitos de agresiones y

[22] Para más detalles sobre la reforma de 1989 en los delitos sexuales, DE VICENTE MARTÍNEZ, en: ADP, num.1999-2000 (2001), 84 y 85.

[23] Véase, entre otros muchos, DE VICENTE MARTÍNEZ, en: ADP, num.1999-2000 (2001), 86.

[24] ASÚA BARRARITA, en: Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género, Jornadas organizadas por el Instituto Vasco de la Mujer, 1998, 49.

abusos sexuales previsiblemente serán objeto de nueva reforma legislativa. Haciendo una lectura desde las proclamas y críticas a esta resolución judicial, las posiciones feministas parecen exigir un cambio radical en la concepción de los delitos sexuales, en el sentido de convertir en agresión sexual toda conducta que se lleve a cabo sin el consentimiento, expreso y previo, del sujeto pasivo. No parece que el cambio legislativo vaya a ser tan radical, a la vista de las proposiciones de ley presentadas tras la publicación de esta sentencia[25], pero sí se pretende delimitar de una manera algo más precisa el concepto de intimidación, al menos cuando el ataque sexual se va a cometer por más de un sujeto activo.

[25] Hasta la fecha, se han presentado dos proposiciones de ley para reformar los delitos de agresiones sexuales, uno por el grupo popular, el otro por el grupo parlamentario mixto. Véase la información en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Busqueda%20Avanzada?_piref73_1335465_73_1335464_1335464.next_page=/wc/enviarCgiBuscadorAvIniciativas.

CAPÍTULO IV. LOS DELITOS DE AGRESIONES SEXUALES

El primer capítulo del Título VIII del Libro II CP es el dedicado a los delitos de agresiones sexuales.

Con este concepto se abarca a cualquier conducta sexual en la que se ve involucrado el sujeto pasivo utilizando para ello como medios comisivos la violencia o la intimidación. Se trata, por tanto, de un claro supuesto de atentado a la libertad sexual del sujeto pasivo, pues es evidente que no se consiente la realización de tal conducta sexual cuando el sujeto activo tiene que recurrir a la violencia o a la intimidación para ejecutar tal conducta.

Desde el punto de vista de las posibles conductas sexuales cometidas, las agresiones sexuales se disgregan en dos tipos penales, por un lado, el tipo básico del art. 178 CP y, por otro lado, el tipo cualificado del art.179 CP, en el que encuentra el delito de violación, con una descripción de diversas conductas que, a efectos penales, reciben esta denominación. A ambos preceptos les resultan aplicables una serie de agravantes específicas contempladas en el art. 180 CP, circunstancias típicas cualificantes que tratan de abarcar los supuestos y situaciones que se presentan en los ataques a la libertad sexual y que implican un mayor desvalor, de acción y/o de resultado[26].

El tipo básico de las agresiones sexuales, quien también las define, se encuentra regulado en el art.178 del CP:

Art.178*:* "El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de 1 a 5 años".

Como se puede comprobar fácilmente, no se ha descrito la conducta típica constitutiva de este delito, como es la tónica general en la tipificación penal, describir las conductas prohibidas o, en los delitos omisivos, las conductas debidas. En su lugar, la ley ha optado por recurrir a la remisión al bien jurídico afectado, la libertad sexual de una persona.

[26] DIAZ MORGADO, en: CORCOY BIDASOLO (dir)/ VERA SANCHEZ (coord.), Manual de Derecho penal. PE. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1, 2015, 243 y ss.

Tal indefinición en la descripción de la conducta típica ha generado el debate de qué tipo de situaciones están cubiertas por este tipo básico. Desde luego, no se discute el caso en que el sujeto activo realiza violentamente una conducta sexual sobre el sujeto pasivo, entendiendo por conducta sexual aquella en la que existe contacto físico entre autor-víctima, y se trata de un contacto en una zona corporal claramente sexual o erógena, por ejemplo, tocamientos en vagina, en los senos, en los glúteos, o determinados besos[27], entre otras. En estos casos es claro que se produce el ataque a la libertad sexual, pues el sujeto activo obliga a la víctima a tolerar una conducta indudablemente sexual en contra de su voluntad, recurriendo a la violencia o a la intimidación para su imposición[28].

Las dudas surgen cuando no hay contacto corporal o físico entre sujeto activo y sujeto pasivo. En concreto, cabe discutir si es o no un delito de agresión sexual el supuesto en el que el sujeto activo obliga al sujeto pasivo a realizarse tocamientos así mismo en zonas erógenas. O cuando obliga al sujeto pasivo a que realice dichos tocamientos sobre el cuerpo del sujeto activo. O, finalmente, cuando el sujeto activo obliga al sujeto pasivo a que realice o soporte tocamientos con un tercero[29]. Si el objeto de protección es la libertad sexual, desde un planteamiento negativo, esto es, se protege el derecho del sujeto pasivo a no verse involucrado en una conducta de naturaleza sexual, ha de concluirse que este tipo de supuestos sí son constitutivos de agresión sexual[30].

Como consecuencia de esta indeterminación en la descripción de la conducta típica, también se plantea la duda de si constituyen o no agresiones sexuales determinados casos en los que el contacto corporal no es tan evidentemente sexual, o casos realizados en determinados contextos, por ejemplo, las revisiones ginecológicas o de otros profesionales médicos. Para estos casos dudosos en los que puede resultar confusa la naturaleza sexual de la conducta, los tribunales de forma tradicional han exigido la

[27] STS 449/2000, de 4 de septiembre; AAP de León 1072/2018, de 30 de octubre.

[28] RAGUÉS I VALLÉS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), Lecciones de Derecho Penal. PE, 5ª, 2018, 131.

[29] Véase, por ejemplo, STS 674/2018, de 18 de diciembre.

[30] La jurisprudencia también ha llegado a esta conclusión. Véase, por ejemplo, STS 1538/2004, de 30 diciembre; STS 105/2005, de 29 de enero; STS 102/2006, de 6 de febrero; la STS 1397/2009, de 29 de diciembre.

concurrencia de un especial elemento subjetivo del injusto, el ánimo lubrico o lascivo[31]. Pero este requisito del "ánimo lubrico o lascivo" no está explicitado en los arts. 178 y 179 CP y, ni mucho menos, es una exigencia su concurrencia, simplemente se utiliza en los casos que pueden sembrar algún tipo de duda.

La conducta del delito de agresión sexual implica o comporta contacto físico. Esto supone que queda fuera de este tipo penal otros supuestos en los que hay un componente sexual en la conducta. Es el caso de los actos exhibicionistas, aun cuando se recurra a la violencia o a la intimidación para su ejercicio. Este tipo de conductas quedan fuera del art. 178 CP, pero pueden dar lugar a otros delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por ejemplo, pueden ser constitutivas de un delito de exhibicionismo, art. 185 CP, o, tras la reforma de 2015, un delito de abuso o agresión sexual de menores de edad tipificado en el art. 183 bis[32].

En el art. 179 CP se tipifica el tipo cualificado o agravado de agresión sexual, con *nomen iuris* propio, el delito de violación. Aquí sí se describen las conductas sexuales constitutivas del delito, las que más afectan al bien jurídico protegido:

Art.179: “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 responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de 6 a 12 años”.

A la vista del tenor literal de este precepto, donde no se alude a quien cometa acceso carnal, sino que la redacción es más abierta, cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, se puede entender que se está incluyendo en la violación tanto los casos en los que el sujeto activo accede carnalmente al sujeto pasivo como los casos en los que el sujeto activo se hace acceder carnalmente por el sujeto pasivo. Así lo ha entendido ya el TS[33].

[31] Véase, por ejemplo, STS 708/2012, de 25 de septiembre.

[32] MUÑOZ CONDE, Derecho Penal PE, 21ª, 2017, 194.

[33] Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 27 de mayo de 2005. Este Acuerdo ha sido aplicado, por ejemplo, en la STS 1295/2006, de 13 de diciembre, en la que se condenó a cuatro personas, tres hombres y una mujer, como responsables de un delito de agresión sexual, por inmovilizar y maniatar a un hombre para realizarle una felación, en la que se iban turnando, hasta conseguir que se eyaculara.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el acceso carnal se consuma con la conjunción de los órganos genitales de sujeto activo y sujeto pasivo, en el caso del acceso vaginal, aunque no se produzca traspaso de la zona vestibular femenina; en el acceso bucal la consumación se alcanza cuando el pene atraviesa los labios de la víctima. Para las conductas de introducción de objetos o miembros corporales, cuando se produce una introducción parcial en la cavidad vaginal o anal[34].

Para que el hecho se califique como agresión sexual o violación, en ambos casos han de concurrir uno de los medios comisivos descritos en los arts. 178 y 179 CP: la violencia o la intimidación.

1. ¿Qué se entiende por violencia?

La OMS[35] define violencia como el uso de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos de desarrollo o privaciones.

La clasificación que establece la OMS al respecto, divide la violencia en tres categorías generales. La violencia de naturaleza sexual de este tipo de delitos encontraría ubicación dentro de la "Violencia interpersonal".

El TS define violencia como aquella "fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima" sin que sea necesaria la causación en el sujeto pasivo de ningún tipo de lesión o secuela que, en caso de ocasionarse, podrá dar lugar a la apreciación de un tipo de lesiones en concurso ideal, si son lesiones de cierta entidad[36]. Sobre las lesiones que se pueden derivar como consecuencia de la violencia, cuando son lesiones psíquicas el TS considera que la afectación a la salud ya que absorbida por las agresiones sexuales[37].

[34] STS 834/2002, de 13 de mayo; STS 669/2014, de 29 de octubre del 2014.

[35] La definición puede consultarse en https://www.who.int/topics/violence/es/

[36] STS 1294/2003, de 7 de octubre; STS 993/2004, de 22 de noviembre.

[37] Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 10 de octubre de 2003.

Tradicionalmente, para apreciar que había sido empleada la violencia como medio comisivo del delito sexual, la jurisprudencia exigía que la víctima hubiera ofrecido resistencia u oposición frente al autor. Sin embargo, afortundamente este entendimiento del medio comisivo ha sido superado por los tribunales, no siendo por tanto cierta la opinión contraria de la ciudadanía, al menos esto prece que se ha querido dar a entender en las manifestaciones convocadas tras el conocimiento de la resolución judicial del "Caso de la Manada"[38]. En aquel sentido, el TS ha afirmado que "no es exigible ni siquiera que se resista o que se manifieste una actitud pasiva de no colaboración, pues incluso puede darse la intimidación con la presencia de una actitud activa, cuando la conducta sexual se impone mediante actos tendentes a vencer la negativa de la víctima"[39].

La violencia física debe de ser entendida como aquella que sea suficiente para doblegar la voluntad de la víctima. Por ello no se consideran conductas típicas constitutivas de agresiones sexuales aquellos casos en los cuales la violencia tiene una finalidad diferente, como es en el caso de ciertas prácticas eróticas[40].

Esta violencia física puede darse de dos formas diferentes[41]:

- Doblegar la voluntad del sujeto pasivo porque no se le ha dado la posibilidad de oponerse. Este tipo de fuerza es aquella que razonablemente[42] excluye la resistencia de la víctima sin que se exija una resistencia límite de la víctima. A título de ejemplo, concurre el medio comisivo de uso de la violencia, entre otros, en los casos en los que se arroja a la víctima sobre el capot del vehículo[43], se pone un cuchillo en el cuello y

[38] https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-decenas-personas-protestan-ministerio-justicia-sentencia-manada-no-abuso-violacion-20181205190612.html

[39] STS 608/2007, de 10 de julio. En el mismo sentido, no exigiendo la resistencia activa de la víctima para que se califiquen los hechos de agresión sexual o violación, cuanto el sujeto activo ejerce una fuerza clara y suficiente, STS 538/2018, de 8 de noviembre.

[40] QUERALT JIMÉNEZ, Manual Derecho Penal. PE, 2015, 204.

[41] QUERALT JIMÉNEZ, Manual Derecho Penal PE, 2015, 204-205.

[42] La razonabilidad viene establecida por las circunstancias de cada caso concreto, a la intensidad del ataque, la previsibilidad del sujeto activo, el lugar donde suceden los hechos, el grado de fuerza inicialmente desplegado por el agresor, la actitud agresiva y amenazante del violador que permite presagiar malos augurios ante una negativa...etc.

[43] SAP de Sevilla 71/2002, de 28 de noviembre.

arrebata la ropa de la víctima[44], se impide que la víctima se baje del vehículo[45], se agarra a la mujer por la cintura solicitándole que le realice una felación y, ante su negativa y su intento de escapar, se le impide marchar cogiéndola del cuello, arrojándola al suelo y tirándose él mismo sobre ella para practicar la felación[46], golpear con una piedra a la víctima y utilizar la fuerza en una segunda ocasión para eliminar los obstáculos que aquella había dispuesto para defenderse del autor[47], usar la fuerza justa por el autor para doblegar la voluntad de la víctima, algo a apreciar a cada caso concreto[48], o se ha mencionado expresamente que, en ningún caso, la fuerza o violencia ha de ser irresistible para la víctima[49].

- Doblegar la voluntad de la víctima privándole de su razón o sentido. En este grupo debe incluirse el caso en el que la agresión se verifica utilizando narcóticos u otras sustancias que, sin llegar a ser totalmente abladoras de la voluntad, postran a la víctima en un estado de laxitud tal que hace imposible, inviable o insuficiente su reacción contraria al contacto sexual. El problema es que este tipo de supuestos, de auténtica violencia, **son calificados legalmente como abusos sexuales desde la reforma de 2010,** a la vista de la definición prevista en el art. 181.2 CP[50].

2. ¿Qué se entiende por intimidación?

Mientras que la violencia constriñe físicamente a la víctima, el concepto de intimidación ataca a la libre formación de la voluntad. La intimidación hace que la víctima acceda por miedo facilitando así la acción antijurídica del autor que no necesita imponerse físicamente a aquella. Esta intimidación supone un miedo a un mal, sin embargo este

[44] STS 243/2002, de 22 de febrero.

[45] SAP de Barcelona 316/2003, de 10 de abril.

[46] STS 680/2002, de 12 de abril; y STS 645/2002, de 16 de abril.

[47] STS 709/2005, de 7 junio.

[48] STS 152/2000, de 18 de julio; SAP de Oviedo104/2001, de 17 de mayo; y SAP de Valladolid 400/2014, de 25 de septiembre.

[49] SAP de Madrid 269/2014, de 25 de abril; SAP de Zaragoza 189/2014, de 25 de septiembre.

[50] Antes de la reforma, se califica como agresión sexual en la SAP de Madrid 529/2009, de 15 de julio.

miedo difiere en cada persona, puesto que la misma situación puede amedrentar a una persona pero no a otra, por ello al intimidación tiene que tener un determinado nivel comparable a un mal con el que se amenaza a la víctima y el daño que sufrirá de no atender al requerimiento del autor.[51]

La jurisprudencia[52] y la doctrina[53] definen la intimidación como provocar miedo en otra persona mediante el anuncio de un mal. En ocasiones se tiende a confundir intimidación con coacciones[54], pero también se reconoce que intimidar es aterrorizar o, en menor medida, atemorizar, es una amenaza de un mal, que no es imprescindible que se vaya a causar de manera inmediata[55] y con las coacciones no se aterroriza a nadie, pues el sujeto activo lo que hace es imponer la conducta al sujeto pasivo, no se trata de influirle en la motivación a través del mal amenazador, cosa que sí hace la intimidación[56].

Por lo tanto la intimidación debe consistir en la amenaza de un mal, pero no se requiere que sea un mal inmediato[57], solo basta que sea grave y verosímil[58].

Este mal, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se relaciona directamente por el autor con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual reclamada por el agresor, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. Se exige, pues, que la intimidación sea previa, no necesariamente inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado[59].

---

[51] GARCIA RIVAS, en: ALVAREZ GARCÍA (dir.)/ MAJON-CABEZA OLMEZA; VENTURA PÜSCHEL (coord), Derecho Penal Español PE (I), 2º, 2011, 591 y ss.

[52] Véase, entre otras muchas, STS 1583/2002, de 3 de octubre de 2002; STS 368/2010, de 26 de abril; STS 9/2016, de 21 de enero.

[53] Véase, por todos, RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), Lecciones de Derecho Penal. PE, 5ª, 2018, 132.

[54] Véase, por ejemplo, SAP de Barcelona 74/2002, de 9 de enero; SAP de Granada 30/2006, de 20 de enero.

[55] SAP de Málaga 7/2003, de 30 de enero; SAP de Madrid 540/2013, de 29 de junio; STS 9/2016, de 21 de enero.

[56] QUERALT JIMÉNEZ, Manual Derecho Penal. PE, 2015, 205.

[57] STS 914/2008, de 22 de diciembre.

[58] STS 355/2015, de 28 de mayo.

[59] STS 9/2016, de 21 de enero.

Es importante y necesario atender a las circunstancias concretas de la situación, no solo a lo que el autor de forma explícita anunció a la víctima, sino también a otros factores importantes que pueden llegar a crear un auténtico cuadro intimidatorio[60]. En particular, hay tener en cuenta la edad del sujeto pasivo, el contexto social o familiar que lo rodean, pues son factores decisivos para poder valorar la intimidación, ya que una persona u otra pueden tener un grado de intimidación diferente y no sentirse intimidado y atemorizado antes las mismas situaciones[61].

La jurisprudencia no exige que sea una intimidación que resulte irresistible para la víctima, basta con que sea suficiente para llegar a someter o eliminar su voluntad de resistencia, siempre teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso[62].

De igual modo, si la intimidación es clara y suficiente, resulta innecesario atender a la resistencia o no de la víctima, puesto que lo que determina el tipo delictivo es la actitud del agresor, no la de la víctima[63].

No obstante, la jurisprudencia se muestra vacilante en relación con los contextos intimidatorios difusos, puesto que estos supuestos generan una difícil delimitación con los abusos sexuales de prevalimiento (supuestos, por tanto, en los que también se descarta que exista consentimiento válido para la realización de la conducta sexual), calificación esta que reciben los casos en los que el sujeto activo se prevale de su situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima (art. 181.3 CP). Hay que entender la intimidación en un sentido técnico jurídico, no en sentido coloquial. En ocasiones puede resultar difícil distinguir entre situaciones en las que se produce esa situación de superioridad manifiesta, por eso hay que dejar claro que no es lo mismo la intimidación, explicada anteriormente, donde la voluntad de la víctima es anulada, que el prevalimiento, donde la voluntad de la víctima se ve afectada, coartada, limitada, pero no anulada completamente. Más adelante, en el apartado relativo a los delitos de abusos sexuales, se volverá sobre el abuso sexual de prevalimiento.

---

[60] RAGUÉS I VALLÉS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.) Lecciones de Derecho Penal. PE, 5ª, 2018, 133.

[61] MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, 21ª, 2017, 197.

[62] Véase, por ejemplo, la STS 578/2004, de 26 de abril, donde se afirma textualmente que "la violencia debe de ser idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia determinación" siendo un criterio que se utiliza de forma igualitaria con la intimidación.

[63] STS 609/2013, de 10 de julio.

A veces se puede considerar que existe prevalimiento incluso existiendo actos de violencia o intimidación, si estos actos violentos o intimidatorios son anteriores o muy cercanos en el tiempo y no se dirigen directamente a superar la falta de consentimiento, no reúnen los requisitos (dependiendo de cada caso) que permitan que se considere como suficientes para eliminar la voluntad contraria de la víctima. Por ello hay que dejar claro que la *intimidación* sirve para obtener el consentimiento, puesto que se fundamenta en un mal localizado, concreto, de realización posible, que *elimine el consentimiento*, tiene que probarse la relación de medio a fin entre el medio comisivo y la acción típica y, en cambio, el prevalimiento no hace falta que se anuncie un mal de estas características, sino que basta el aprovechamiento consciente de una situación de superioridad, creada o no, que coarte la libertad de la víctima[64].

Para ilustrar la forma de aplicación de estas definiciones en torno al medio comisivo intimidatorio, y su delimitación del abuso de prevalimiento, cabe citar los siguientes ejemplos. Se ha apreciado intimidación en el caso de que un individuo, tras haber tenido una primera relación consentida con una menor de 16, la conminó a tener otras bajo la amenaza de revelar lo sucedido a su novio y familia[65], o el supuesto en el que un padre amenazó a su hija con su propio suicido para mantener relaciones sexuales con ella[66]. Se ha considerado prevalimiento el caso en el que un individuo mantuvo varias relaciones sexuales con su hijastra de 16 años tras decirle que si no accedía a ello no le dejaría ver a su novio, se lo contaría a su madre y abandonaría el domicilio llevándose a su hermana[67]. También se ha descartado que haya habido intimidación cuando se ha amenazado a las víctimas con no pagar la cena pedida en un restaurante y no llevarlas en coche de vuelta a casa si no accedían a una relación sexual[68].

En el caso que tanta polémica ha generado, el "Caso la Manada", el Tribunal ha descartado que haya concurrido el medio comisivo intimidatorio para forzar a la víctima a mantener relaciones sexuales con los sujetos activos; el Tribunal sí ha considerado que

---

[64] RABTAN, *Intimidación y prevalimiento: diferencias según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2018. Vease en: https://tsevanRABTAN.wordpress.com/2018/04/26/intimidacion-y-prevalimiento-diferencias-segun-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo/

[65] STS 32/2015, de 3 de febrero.

[66] STS 469/2013, de 5 de junio.

[67] STS 724/2004, de 4 de junio.

[68] STS 744/2004, de 14 de junio.

se trata de un supuesto de abuso sexual de prevalimiento. Se ha descartado la primera hipótesis porque no ha habido actos explícitos de amenazas[69]. No ha tenido en cuenta el concepto de intimidación ambiental[70] que ha sido elaborado en los casos en los que intervienen en el acto sexual varios sujetos, uno o varios de ellos presenciando la conducta que realiza el otro u otros sujetos activos, considerando que la presencia de los primeros sí contribuye a reforzar la intimidación ejercida por los segundos.

3. Agravantes específicas de las agresiones sexuales

Como se ha indicado anteriormente, en el art. 180 CP se enumeran las circunstancias típicas cualificantes aplicables a los delitos de agresiones sexuales de los arts. 178 y 179 CP. Su apreciación lleva a un incremento sensible de la pena a imponer, en el caso de las agresiones sexuales prisión de 5 a 10 años (el homicidio, art. 138.1 CP, se castiga con la pena mínima de 10 años), y en el caso de la violación, prisión de 12 a 15 años (el delito de homicidio del art. 138.1 CP se castiga con prisión de 10 a 15 años).

En el art. 180.2 CP se prevé un segundo nivel agravatario (las penas se han de imponer en su mitad superior) para el caso de que concurran dos o más circunstancias típicas cualificantes descritas en el apartado primero.

3.1. La violencia o intimidación revisten carácter particularmente degradante o vejatorio

Se exige la existencia de un trato particularmente degradante o vejatorio que debe de poder predicarse, en particular, de la violencia o intimidación ejercidas, excluyendo ya los casos en que dichos elementos puedan apreciarse en la propia conducta final del menoscabo a la libertad sexual. Es decir, la propia conducta como atentado sexual ya trae consigo un trato degradante y vejatorio, por eso la circunstancia cualificante no se

[69] SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo.

[70] Véase la intimidación ambiental en casos cometidos por varios acusados, por ejemplo, STS 620/2003 del 28 del 04 del 2003; SAP de Huelva 271/2010 del 27 del 09 del 2010.

conecta con la conducta realizada. Pero la violencia o intimidación utilizadas para doblegar la voluntad de la víctima sí puede suponer un especial o particular trato vejatorio o degradante para ella, razón que lleva a agravar considerablemente la respuesta punitiva, tal como se ha indicado en párrafos anteriores[71].

El fundamento material de esta agravación radica, por tanto, en el aumento de injusto que conlleva el trato vejatorio y degradante causado a través del empleo de los medios comisivos, al atentar contra la dignidad de la víctima[72].

Sin embargo, un sector doctrinal ha criticado que la circunstancia cualificante haya limitado el carácter vejatorio o degradante a los medios violentos o intimidatorios, en vez de posibilitar la aplicación de la agravante cuando el hecho considerado de forma global concurra el trato humillante. Porque, planteada de esta manera la circunstancia cualificante, por ejemplo, el caso de la agresión sexual en la que se somete a su contemplación a los familiares de la víctima no queda abarcado por el subtipo de esta agravación[73].

En cualquier caso, lo cierto es que, para los supuestos en los que sí resultara plausible afirmar claramente ese *exceso* de trato humillante, supuestos en los que por lo general se caracterizan por la realización de ulteriores acciones distintas de las propiamente sexuales específicamente encaminadas a provocar esa humillación de la víctima o de terceros, el propio CP posee títulos de imputación autónomos que pueden abarcar ese *plus* de desvalor, concretamente a partir de la aplicación del art. 173 CP que tipifica los atentados contra la integridad moral[74].

Debe destacarse que el subtipo agravado exige que el menoscabo de la dignidad se produzca respecto de la víctima de la agresión sexual, por lo que, presuponiendo que concurren los requisitos del art.173 CP, ningún obstáculo habría a la aplicación del

---

[71] ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, 2004, 15. Se ha hecho aplicación de esta circunstancia cualificante, desde esta explicación, por ejemplo, en la STS 584/2007, de 27 de junio.

[72] Véase, entre otros muchos, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 10ª, 2016, 887.

[73] MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 10ª, 2016, 888.

[74] ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, 2004, 17.

citado precepto con respecto al menoscabo a la integridad moral que ello supondría para el padre del hijo e hijo de la víctima que son obligados a contemplar la acción, siguiendo con el ejemplo anteriormente mencionado, de modo que, dado el carácter personalísimo del bien jurídico protegido, sería de aplicación un concurso real entre los delitos contra la integridad moral y el de agresiones sexuales porque estaríamos antes distintos hechos porque existen distintos resultados lesivos para diferentes bienes jurídicos[75]. Respecto a la víctima de agresión sexual, en este tipo de casos no se aplicará el art.180.1.1º CP, pero si sería aplicable el delito contra la integridad moral consistente en el trato degradante que, excediendo el inherente a la agresión sexual, supone someter a la víctima a la contemplación por sus familiares del acto sexual[76].

Por otro lado, hay que atender a la temporalidad del menoscabo a la integridad moral. Así, si el trato degradante se produce con la violencia o intimidación, será de aplicación el subtipo agravado del 180.1.1º CP; si por el contrario, se produce tras la práctica y consumación de los actos sexuales, será de aplicación preferentemente el delito contra la integridad moral del 173 CP[77]. En este último término, podrá afirmarse que el delito contra la integridad moral, en cuanto afecte a la víctima de la agresión sexual y no a terceras personas, solo podrá concurrir con la agresión sexual en concurso real, porque si el trato degradante se produce en la violencia o intimidación se aplicará el subtipo agravado del 180.1.1º CP[78].

3.2. Los hechos se comentan por actuación conjunta de dos o más personas

El fundamento de este subtipo agravado radica en el mayor componente de intimidación que la intervención conjunta de varias personas conlleva para la víctima, así como en la consiguiente reducción de las capacidades de defensa y resistencia de ésta[79].

---

[75] A este supuesto concursal se refiere específicamente MIR PUIG, Derecho Penal. PG, 10ª, 2016, 227 ss.

[76] Esta solución ha sido la que ha sido aplicada en la SAP Lleida 20/1998, de 22 de enero.

[77] SAP Barcelona 11/2001, de 14 de febrero.

[78] ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas, 2004, 21.

[79] ORTS BERENGUER/SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 2001, 109.

Algún sector doctrinal ha puesto de relevancia la mayor intensidad del atentado contra la libertad sexual que supone la participación en el hecho de varias personas, destacando que, para la aplicación de esta agravación, basta con que uno de esas personas realice los actos de contenido sexual. Es entendible por lo tanto que no pueda ser de aplicación conjunta con la agravante genérica de *abuso de superioridad* del art.22.2 CP en lo relativo al auxilio de terceras personas de cara al debilitamiento de la defensa de la víctima[80].

La cuestión controvertida es determinar cuándo se está ante una actuación conjunta a efectos de aplicar el art. 180.1.2ª CP. Pues bajo su tenor literal se puede entender que engloba cualquier tipo de participación por una tercera persona, incluyendo la mera complicidad, resultando en consecuencia indiferente que los intervinientes se comporten en su totalidad como coautores o como simples cómplices[81].

La mayoría de la doctrina interpreta de forma más restrictiva este precepto, entendiendo por actuación conjunta los supuestos en los que se va a apreciar la coautoría entre los intervinientes[82] o, por lo menos, una cooperación necesaria[83]. Obviamente, como cuestión previa a la hora de formular una exégesis de esta circunstancia cualificante es preciso establecer la tesis doctrinal que va a mantenerse para la explicación de la autoría y la coautoría, por un lado, y para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, por otro lado.

Existe cierta relativa unanimidad doctrinal en la consideración de que esta modalidad agravatoria no exige que cada uno de los intervinientes practique el acto sexual con la víctima, sino que basta con que uno de ellos realice esos actos de contenido sexual y el resto de intervinientes realicen algún acto de violencia o intimidación[84], como por

[80] CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios al Código Penal, VI, 2002, 103.

[81] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir,), Comentarios al Código Penal, VI, 2002, 527.

[82] MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 10ª, 2016, 889.

[83] ORTS BERENGUER/SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 2001, 111.

[84] MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 10ª, 2016, 889.

ejemplo puede ser una intimidación ambiental[85]. Esto se ve facilitado por la forma como se explica la coautoría o la cooperación necesaria, como se ha advertido anteriormente, facilitado además en este caso porque estamos ante delitos que exigen la realización de dos conductas como mínimo: la conducta violenta o intimidatoria y la conducta sexual propiamente dicha.

Si se atiende al fundamento material de esta circunstancia cualificante, mencionado anteriormente, se pueden establecer unas pautas genéricas para su apreciación[86]:

- Que la actuación del segundo o sucesivos intervinientes no tiene que concretarse en actos de naturaleza sexual.
- Que estos intervinientes a mayores tienen que hallarse presentes en dichos actos.
- Pueden considerarse "casos fáciles" aquellos en el que el interviniente a mayores del actor material practica actos de violencia sobre la víctima, posibilitando con ellos la práctica de la agresión sexual por parte del actor material.
- Pueden considerarse "casos difíciles" aquellos en los que media intimidación, no limitándose la aplicación del subtipo agravado a los casos en los que la intimidación es directa y principalmente dirigida o ejercida por el interviniente, sino que también deberá de ser de aplicación cuando esta intimidación es presencial, porque se asume que la presencia en los hechos de otros intervinientes conlleva un aumento de la intensidad intimidatoria.

[85] Así, por ejemplo, queda de manifiesto la *intimidación ambiental* de quien no realiza como tal el acto de contenido sexual en la STS 767/1993, de 2 de mayo: "no solamente quienes personalmente empleen el esfuerzo físico para doblegar la voluntad de la víctima, sino también quienes respondiendo a un plan conjunto realicen una acción en cuyo desarrollo se realiza la violación contribuyendo a que ésta hubiese sido posible y, asimismo, quienes, aunque no realicen acto alguno presenciando lo que se propone realizar el autor material por su conducta y presencia constituya un componente intimidatorio en cuanto que *con su presencia y actitud crean la denominada intimidación ambiental* en cuanto que producen un estado anímico de indefensión en la víctima".

[86] ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, 2004, 35

3.3. La víctima es especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación

Se trata de una calificación de carácter victimológico, que es aplicable también al delito de abusos sexuales, tal como se dispone en el art. 181.5 CP. Se establece una limitación expresa, a través de la remisión al art. 183 CP, que afecta a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad: para el caso en que la víctima sea especialmente vulnerable por ser menor de 16 años vendrá en aplicación el delito de agresiones (o abusos sexuales) a menores de esta edad regulados en el art. 183 CP.

Es una de las circunstancias de las más discutidas en lo relacionado a sus límites de aplicación[87].

Por un lado, existe vaguedad semántica del término *especial vulnerabilidad* y, por otro, se pone de manifiesto el riesgo de poder incurrir en un *bis in idem* con su aplicación a supuestos en los cuales la edad, la enfermedad o la situación particular de la víctima ya ha sido tenida en cuenta por el juzgador para ponderar la presencia del elemento típico de la intimidación. Este problema también se plantea con especial intensidad en los delitos de abusos sexuales, en los que también hay que distinguir entre el tipo básico y el tipos cualificado basado en la especial vulnerabilidad de la víctima[88].

En relación al termino *especial vulnerabilidad* debido a su edad, enfermedad, discapacidad o situación, con esta circunstancia se pretende tener en cuenta la particular indefensión que se deriva de estas situaciones[89]. Desde esta perspectiva se ha explicado mayoritariamente esta circunstancia cualificante, considerando que la agravación radica en la reducción o anulación de las capacidades de defensa y resistencia que personas con las citadas características poseen de cara a oponerse a las intenciones del agresor[90]. Pero también se ha defendido por un sector doctrinal otra fundamentación, que sirve

[87] CANCIO MELIÁ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), Comentarios al Código Penal, 1997, 527.

[88] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios al Código Penal, VI, 2002, 717 ss.

[89] MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, 21ª, 2017, 200.

[90] GONZÁLEZ-CUELLAR, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, II, 1997, 2214.

además para evitar el obstáculo del posible *bis in idem* que ha sido mencionado anteriormente, considerando que la cualificación objeto de estudio no se legitima únicamente en la menor capacidad de defensa de la víctima, sino, además, en el mayor daño psíquico que la agresión sexual conllevará para personas con estas características que las hacen más vulnerables[91].

Es importante advertir del problema de compatibilidad de esta circunstancia cualificante con la prevista en el art. 180.1.4º CP, desde la perspectiva del prevalimiento, que se excplicará más adelante, o con el abuso de superioridad del art.22.2 CP o, incluso, con la de alevosía del 22.1º CP. La solución ha de ser, en todo caso, la incompatibilidad entre estas circunstancias, resolviendo la concurrencia a favor de la que ahora nos ocupa, ya que el fundamento del art. 180.1.3º CP coincide en sus elementos esenciales con los de las últimas circunstancias citadas[92].

La gran similitud con la agravante de abuso de superioridad (art.22.2. CP) ha sido destacada de forma reiterada por la doctrina, poniendo de manifiesto que, por ejemplo, el art.180.1.3º CP es una concreción de la agravante genérica del abuso de superioridad, guardando similitud con el fundamento ultimo del abuso de superioridad[93]. De igual forma, en relación con la circunstancia de alevosía (art.22.1 CP)[94], se ha dicho que con el subtipo del art.180.1.3º CP nos encontramos en realidad ante una modalidad especifica de la alevosía, por lo que para su aplicación deberán de concurrir en todo caso los requisitos de la alevosía[95], esto es así porque la situación de indefensión que se exige en el subtipo agravado es *asimilable materialmente a la alevosía*, sin embargo, con un matiz fundamental, y es que en la aplicación del art. 180.1.3º CP, a diferencia de

[91] ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, 2004, 56.

[92] BEGUE LIZAÚN, Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 1999, 76 ss.

[93] CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios al Código Penal, VI, 2002, 516.

[94] La diferencia del abuso de superioridad del art.22.2 y de la alevosía del art.22.1 no es más que de carácter cuantitativo, configurándose al grado de reducción de la defensa, de tal forma que la alevosía viene exigiendo una práctica anulación, el abuso de superioridad basta con que se vean disminuidas las posibilidades de defensa.

[95] BEGUE LIZAÚN, Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 1999, 77.

la alevosía, no precisa la *instrumentalización por parte del autor del delito de dicha situación* de indefensión[96].

A tenor de todo ello, lo más razonable sería entender que el fundamento de la agravación debe estar en que el comportamiento típico es de mayor gravedad cuando el autor configura su comportamiento precisamente en atención a la especial vulnerabilidad de la víctima[97].

Para la aplicación de la circunstancia cualificante del art. 180.1.3ª CP no es preciso una anulación completa de la defensa, porque si esto fuese así el uso de la violencia e intimidación sería innecesario y ambos son requisitos para que se dé la agresión sexual. Es por ello que aquí habría que diferenciar diferentes situaciones que no cabrían en las agresiones sexuales ni en este subtipo agravado, por un lado, los casos en los que no haya violencia o intimidación, sino que el sujeto solo se sirve de la situación de especial vulnerabilidad para llevar a cabo los actos de contenido sexual (por ejemplo, una víctima inconsciente) siendo esto una conducta recogida dentro del marco penal de los abusos sexuales. Y, en segundo lugar, una situación más compleja, los casos en los que el sujeto sí practica actos de violencia o intimidación, pero son innecesarios para llevar a cabo una sumisión de la voluntad de la víctima (ejemplo en una víctima parapléjica), por lo que la violencia o intimidación adquirirían un sentido autónomo al del acto sexual, en cuyo caso seguiría siendo un delito de abusos sexuales en concurso con lesiones o amenazas o, en su caso, la modalidad agravada de abusos sexuales del art. 181.5 CP[98].

Por lo tanto, será la intensidad y los límites de la violencia o intimidación el punto de inflexión no solo con relación a la delimitación ente abusos y agresiones sexuales, sino también con respecto a las posibilidades de aplicación del subtipo agravado en lo tocante a las tensiones con el *bis in idem*, destacando que para la aplicación del art.180.1.3º CP la situación de especial vulnerabilidad puede ser generada por el agente, pero no concurrirá este subtipo agravatorio cuando esa situación sea consecuencia de la

[96] MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 10ª, 2016, 891.

[97] CANCIO MELIÁ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORBE BARREIRO (coord.), Comentarios al Código Penal, 1997, 529.

[98] ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, 2004, 51.

violencia o intimidación ejercidas[99] por cuanto lo que posibilita vencer la voluntad de la víctima será *exclusivamente* debido a estos actos.

En la aplicación de esta modalidad cualificada puede aparecer algún caso que resulta difícilmente explicable. Así, podrá ser de aplicación el subtipo agravado del 180.1.3º CP en el caso de un sujeto que tiene acceso carnal con la víctima habiéndole puesto previamente un somnífero en la bebida pero la víctima se halla en un estado de semiinconsciencia. Si se llega al estado de inconsciencia nos encontraríamos ante un abuso sexual (a la vista de la definición del art. 181.2 CP), aunque no sería así si la inconsciencia fue lograda por un golpe[100].

3.4. El prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco

Esta circunstancia cualificante, al igual que la anterior, se fundamenta en la disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, contemplada esta vez desde la relación personal que ocupa el sujeto activo con la víctima, exigiendo el legislador no solo una relación de parentesco o superioridad, sino que el sujeto se prevalga de ella para lograr la ejecución del delito[101].

Nos encontramos con los mismos problemas de compatibilidad existentes entre los esta circunstancia cualificante y los medios comisivos propios de las agresiones sexuales, pues si esta y la anterior circunstancia descrita en el art.180 se fundamenta en la disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, el aprovechamiento de estas circunstancias es lo que permite plantear de manera más evidente los abusos sexuales, pues hacen innecesario en la mayoría de las ocasiones el recurso a la violencia o la intimidación para vencer la resistencia de la víctima.

Las dificultades de compatibilidad radican en que es difícil encontrar supuestos en los que el agente se haya servido de la violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima y además haya tenido que servirse, para el mismo fin, de una relación de superioridad o de parentesco o afinidad, opción que sería penalmente rechazable

[99] LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), Manual de Derecho Penal, PE, 2015,139.

[100] Para este último supuesto, SAP de Lleida 590/2001, de 15 de octubre.

[101] ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, 2004, 66.

porque no se daría la exigencia de que el actor se prevalga y sirva de esa relación para doblegar la voluntad, por ello se hace complicado encontrar situaciones en la que la superioridad o parentesco haya sido necesaria, como forma añadida a la violencia o a la intimidación, para vencer la resistencia de la víctima[102].

Los tribunales han aplicado de manera reducida de forma autónoma el subtipo del art.180.1.4º CP, por su especial complejidad[103].

3.5. El uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones graves

La última circunstancia cualificante de las agresiones sexuales se fundamenta en el mayor desvalor de la acción que conllevan las conductas de agresión sexual cuya violencia o intimidación ejercida puede, dado el peligro inherente a los medios empleados para ello, llegar a causar la muerte o lesiones graves de los arts. 149 y 150 CP, por lo tanto, estamos ante un subtipo de agresión sexual de *ratio* pluriofensiva, pues castiga la efectiva lesión de la libertad sexual y, además, la creación de un peligro para los bienes como la vida o la salud. A este respecto la doctrina[104] ha puesto de manifiesto que no basta con la simple exhibición de armas o medios peligrosos, sino que el agresor debe de hacer uso de los mismos. Esto supone que hay que emplear esas armas o medios para crear un riesgo concreto para la vida o la integridad física y salud, en este caso, cuando el resultado de peligro concreto va referido al peligro de causar alguna de las lesiones graves descritas en los arts. 149 y 150 CP.

Para reforzar la tesis que exige el uso del arma, no bastando la mera exhibición, se alega que el empleo de las armas o medios especialmente peligrosos han de formar necesariamente parte de los actos mediales de violencia o intimidación, siendo por esa razón, y en virtud de la prohibición de doble incriminación, por lo que, en aras de

[102] ORTS BERENGUER/SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 2001, 114-115.

[103] Véase, STS 1104/2000, de 26 de junio; STS 318/2001, de 23 de abril; STS 655/2005, de 20 de mayo.

[104] GONZÁLEZ RUS, CPC 59 (1996), 339.

establecer un contexto de acción diverso a lo que sería la mera intimidación, se exige no solo la exhibición intimidatoria, sino algo más que, que se emplee el arma[105].

Además de esta exigencia de uso o empleo del arma, también se exige que ese arma o medio genere un riesgo de lesión concreto, el cual es preciso que genere una situación de peligro de especial intensidad[106]. La intensidad exigible del peligro viene dado, por un lado, por las consecuencias posibles a que el peligro puede llevar (muerte, lesión, pérdidas o inutilidad de órganos...etc.); por otro lado, porque se exige que se genere un peligro concreto para uno de estos bienes jurídicos, no siendo suficiente con la peligrosidad en abstracto derivable del uso de instrumentos peligrosos[107]. Por tanto, no basta que la acción conlleve una apariencia de peligro desde un punto de vista *ex ante* y tampoco es necesario que se haya creado una situación de peligro tal que solo el azar hubiera evitado, sino que será suficiente con que se haya generado un riesgo, todavía controlado por el agresor, idóneo para producir esas lesiones[108].

La sentencia quizás más relevante, por ser la más citada en las resoluciones posteriores del Supremo y de Audiencias Provinciales, es la STS 431/1999, de 23 de marzo, donde se establece una amplia argumentación relativa tanto a la fundamentación de la cualificación como a sus criterios de aplicación. La sentencia comienza poniendo de manifiesto que el art. 180.1.5º CP no castiga el ataque a la libertad sexual, sino el riesgo contra la incolumidad física que supone el uso de medios especialmente peligrosos. Establece que lo importante no tiene que ser el instrumento en sí, sino el uso que se le dé, de tal manera que la simple presencia del instrumento no integraría el tipo agravado, si no se hace un uso de aquel que pueda poner en riesgo la integridad física de la víctima. Es por ello que el acento hay que ponerlo en los actos de violencia antes que en el empleo de medios con afán meramente intimidatorio.

---

[105] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, LL 1997-IV, 610.

[106] CANCIO MELIÁ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), Comentarios al Código Penal, 1997, 529.

[107] ALCÁCER GUIRAO, La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, 2000, 185 ss.

[108] MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 10ª, 2016, 892.

CAPÍTULO V. DE LOS ABUSOS SEXUALES

Como ya se ha comentado, la diferencia entre los delitos de agresiones sexuales y los que ahora nos ocupan estriba en los medios comisivos que han de concurrir en los primeros, la violencia o intimidación, y que, consecuentemente, no han de estar presentes en los segundos.

En este caso el sujeto activo realiza actos que atentan contra la libertad sexual de la víctima, o cuando es una persona con trastorno mental, atenta contra su indemnidad sexual, sin que el sujeto pasivo en ningún caso haya prestado su consentimiento o, en última instancia, su consentimiento no es válido, bien porque está viciado, bien porque no está en condiciones ni tiene la capacidad o madurez psicológica para prestarlo.

Al igual que sucede en los delitos de agresiones sexuales, también en los abusos sexuales se diferencia entre el tipo básico, referido a cualquier conducta de naturaleza sexual realizada sin consentimiento válido del sujeto pasivo, el tipo cualificado o agravado desde la perspectiva de las conductas sexuales realizadas, que suponen una mayor intromisión en la esfera sexual del sujeto pasivo, y el tipo penal en el que se describen las circunstancias cualificantes aplicables al tipo básico o al tipo cualificado de abusos sexuales. Todo ello se encuentra regulado en el art. 181 CP.

El tipo básico se regula en el art.181.1. CP: "El que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses".

Con ligeras diferencias, este tipo básico se describe de manera muy similar al tipo básico de agresión sexual del art. 178 CP. La principal diferencia estriba en la mención al doble bien jurídico protegido, la libertad o la indemnidad sexual. Esto se explica en los abusos sexuales porque aquí inicialmente sí puede haber una aparente aceptación por parte del sujeto pasivo de la conducta realizada por el sujeto activo, pues no ha sido necesario el recurso a la violencia ni a la intimidación para su imposición. Pero lo que sucede es que ese aparente consentimiento puede estar siendo otorgado por una persona que carece de la madurez necesaria para comprender el significado del acto consentido, lo que dificulta en ese caso que se defina el bien jurídico como la libertad sexual

(difícilmente se puede ejercer el derecho a la autodeterminación sexual si no se entiende el significado del acto que se va a realizar). En estos casos en los que la víctima no tiene capacidad de obrar en materia sexual (en el art. 181.2 CP se identifica con el abuso sexual cometido abusando del trastorno mental del sujeto pasivo) el objeto de protección ha de ser otro, de ahí que se aluda a él en el art. 181.1 CP: este no es otro que la indemnidad sexual[109].

Dicho esto, al igual que en el art. 178 CP, no se encuentra una referencia explícita a la conducta típica prohibida por ser lesiva del bien jurídico protegido, en su lugar se hace una referencia indeterminada y vaga a cualquier conducta que suponga un ataque a la libertad o indemnidad sexuales. Las conductas típicas serán, por tanto, *mutandis mutandi*, las mismas que han sido comentadas en la explicación del tipo básico de agresiones sexuales.

Entran dentro de este primer apartado los supuestos de tocamientos sorpresivos cometidos por el sujeto activo sobre el sujeto pasivo, es decir, los casos en los que el autor contacta corporalmente con otra persona sin darle previamente la oportunidad de expresar su consentimiento o negativa. La calificación de estos casos como constitutivos de abusos desaparece tan pronto como la víctima expresa su negativa y el autor se ve obligado a aplicar la fuerza corporal para vencer la posible resistencia. Si esto sucede, lo que inicialmente empezó como un abuso se convertiría en una agresión[110].

Cuando la naturaleza sexual de los actos no es clara, la jurisprudencia tradicional entiende la posibilidad de apreciar unos abusos sexuales si el sujeto actuaba con *ánimo lubrico o lascivo*, siendo cierto que el TS en sentencias recientes[111] sobre abusos cuestiona la necesidad de este elemento subjetivo adicional al dolo, entendiendo que el tipo penal del art. 181 CP no lo exige de manera expresa; por tanto, el tipo subjetivo se construye concurriendo el dolo, referido este al conocimiento por parte del sujeto activo

[109] Acerca de las nociones de libertad sexual e indemnidad sexual como bienes jurídicos protegidos en estos delitos, véase, por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma, 1985, 22 y ss.

[110] RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.), RAGUÉS I VALLÈS (coord.) Lecciones de Derecho Penal. PE, 5ª, 2018, 136.

[111] Véase, por ejemplo, STS 897/2014, de 15 de diciembre; STS 957/2016, de 19 de diciembre; STS 433/2018, de 28 de septiembre.

del significado sexual del hecho que se dispone a realizar, así como de la ausencia de consentimiento para su realización por parte del sujeto pasivo.

En el art. 181.2 CP se ofrece una definición de abuso sexual no consentido: "…se consideran abusos sexuales no los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo 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".

Si el sujeto pasivo se encuentra dentro de uno de estos supuestos se presupone que no tiene la capacidad suficiente para consentir o rechazar una relación sexual libremente, o no está en condiciones de manifestar su aceptación o rechazo (está inconsciente). Sin embargo, estamos ante una presunción *iuris tantum* puesto que esto quedaría desvirtuado si se demuestra que el sujeto pasivo podría auto determinarse libremente en el ámbito sexual[112].

Cuando se refiere a la enfermedad mental de la víctima, está hay que entenderla en un sentido amplio. Según el TS, tal caso concurre cuando la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado consentimiento verdadero y auténtico porque su patología excluye la aptitud de saber conocer la transcendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de autodeterminación sexual[113].

Es el mismo tribunal el que establece también que debe de descartarse la concurrencia de enajenación suficiente en los supuestos de debilidad mental moderada o leve, por estimar que, en estos casos, no se encuentra anulada la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo. Sin embargo, se admite en este supuesto la posibilidad de apreciar abusos por prevalimiento de una situación de superioridad, pero eso ya entraría en los supuestos del art.181.3 CP[114].

El criterio a seguir no es simplemente la patología que pueda sufrir la víctima, sino la capacidad para entender la naturaleza del acto sexual cuya realización se consiente, por ello, en ocasiones, el tribunal ha negado la existencia de abusos cuando el sujeto pasivo

[112] MUÑOZ CONDE, Derecho Penal PE, 21ª, 2017, 205.

[113] STS 1308/2005, de 30 de octubre; STS 127/2017, de 28 de agosto.

[114] STS 1484/2005, de 1 de diciembre.

tenía un conocimiento básico, aunque rudimentario, de la sexualidad. Así mismo, se puede apreciar error de tipo vencible si el retraso mental de la víctima no es especialmente evidente para el autor[115].

En el caso de que la voluntad de la víctima sea anulada a base de fármacos, drogas o semejantes, se entiende que se hace referencia a las situaciones en las que, sin llegar a la pérdida total de consciencia, se anula la voluntad de la víctima para decidir acerca del mantenimiento de relaciones sexuales, sin que sea necesario que la anulación de la voluntad sea provocada por el propio autor[116]. La inclusión de este supuesto dentro de la definición de abuso sexual no es, sin embargo, la más acertada, tal como ha puesto de relieve la doctrina, pues en estos casos en los que el sujeto activo recurre a fármacos o drogas para anular la voluntad de la víctima, el uso de estos medios se puede calificar como un medio violento, por lo que la calificación más correcta es la de agresión sexual[117].

Los supuestos legales de abusos sexuales se completan con la previsión contenida en el art. 181.4 CP para el abuso sexual de prevalimiento, en este caso porque el consentimiento otorgado por el sujeto pasivo está viciado al no ser libremente prestado. Dadas las características típicas exigidas para su aplicación, de difícil delimitación con los supuestos de agresiones sexuales cometidas mediante intimidación, resulta conveniente realizar un estudio diferenciado de esta modalidad, lo que se hará en un apartado independiente.

La sanción penal prevista para los abusos sexuales se incrementa considerablemente atendiendo a la conducta sexual realizada sin consentimiento válidamente emitido por el sujeto pasivo (art. 181.4 CP). Se trata de las mismas conductas que, de mediar violencia o intimidación, son constitutivas del delito de violación. En el caso de los abusos sexuales, la pena es prisión de 4 a 10 años.

---

[115] STS 542/2007, de 11 de junio; STS 530/2015, de 17 de septiembre.

[116] RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), Lecciones de Derecho Penal. PE, 5ª, 2018, 137 y 138.

[117] CUGAT MAURI, en: ALVAREZ GARCÍA/ GONZALEZ CUSSAC (dir) Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Comentarios a la Reforma penal de 2010, 2010, 225 y ss./ ORTS BERENGUER, en: ZUÑUGA RODRIGEZ/ MENDEZ RODRIGUEZ/ DIEGO DIAZ-SANTOS (coords.) Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías, 2001, 29 y ss.

1. Agravaciones en los delitos de abusos sexuales

El legislador ha previsto que dos de las modalidades agravadas del art.180 sean también de aplicación en el ámbito de los abusos sexuales. Concretamente la correspondiente al art.180.1.3 "Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación salvo lo dispuesto en el art.183" y la del art.180.1.4º "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 a la víctima".

La diferencia radica en que, mientras para las agresiones sexuales la pena se eleva en grado superior, en los abusos la pena que se impone es la prevista para el delito de abuso sexual cometido en su mitad superior.

El tipo agravado de abusos sexuales de personas vulnerables (art.181.5) es equiparable a la agravante del 180.1.3º. En ambos supuestos estamos ante un mayor injusto por cuanto el sujeto activo atenta contra personas que tienen una considerable reducción de la capacidad de autoafirmación sexual, bien en lo relativo de formación de voluntad, bien en lo relativo a la expresión de la misma frente a la intención del agresor. Desde este punto de vista, esta agravante se traduce pues en una situación de *superioridad* en relación con el doblegamiento de la voluntad. Asumido pues este presupuesto, la aplicación de esta agravación en los supuestos de abusos sexuales del art.181 apenas podría encontrar ámbito de aplicación sin vulnerar el principio *non bis in idem*, por cuanto, conceptualmente es inherente a dicha figura delictiva -abuso sexual- una situación de superioridad del agente con respecto a la víctima, dado que solo esa superioridad del sujeto pasivo permite actuar contra el consentimiento de la víctima sin tener que servirse de la violencia o intimidación[118].

En relación con la agravación prevista en el art.180.1. 4º, cuando se da en los abusos sexuales de prevalimiento (art. 181.3 CP) se presentan las mismas dificultades en relación con el principio *non bis in idem*. La incompatibilidad entre ambas figuras es aún mayor, ya que ambos tipos penales se caracterizan por un mismo elemento: prevalerse de una situación de superioridad. Así la doctrina en su totalidad ha afirmado

[118] ALCÁCER GUIRAO, La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, 2000, 104-105.

que el abuso sexual con prevalimiento que se regula en el art.181.3 CP es incompatible con la agravación fundada en el prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco del 180.1.3º, ya que el legislador ya ha tenido en cuenta esas circunstancias para describir el delito del 181.3[119].

2. Especial referencia al abuso por prevalimiento

El delito de abusos sexuales por prevalimiento (art. 181.3 CP) es el que suscita más problemática en su delimitación del delito de agresión sexual cuando el medio comisivo utilizado es el intimidatorio.

La apreciación de esta modalidad típica requiere que la víctima se encuentre en una situación de inferioridad respecto del autor y que esta situación le haya impedido consentir libremente. Por otro lado, el sujeto activo tiene que prevalerse de dicha situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima, pues así se requiere para la construcción típica de esta modalidad de abuso sexual. Todo ello tiene que ser contrastado y no puede presumirse, tanto la situación de superioridad en la que se encuentra el sujeto activo respecto del sujeto pasivo como el hecho de que el primero se prevale de dicha situación para obtener un consentimiento viciado del segundo[120].

El prevalimiento o abuso de superioridad supone un aprovechamiento de estado o situación que configure un supuesto desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentre en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad para decidir libremente y la otra se aproveche deliberadamente de su posición de superioridad, consciente de que la victima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.[121]

---

[119] ORTS BERENGUER/SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 2001, 116-117; CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios al Código Penal, VI, 2002, 214; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 21, 2016, 335-336.

[120] RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), Lecciones de Derecho Penal. PE, 5ª, 2018, 137-138.

[121] STS 305/2013 del 12 de 04 del 2013; STS 132/2016 del 23 del 02 del 2016

Los requisitos que exige son una situación de superioridad manifiesta, que la situación influya, coartándola en la libertad de la víctima y 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 prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así vicciado, ala relación sexual.[122].

En la jurisprudencia también se encuentra una definición de prevalimiento. Por tal circunstancia se entiende el abuso de una situación de superioridad capaz de limitar la libertad de decisión del sujeto pasivo. En su aplicación se ha considerado como situaciones de superioridad la amistad entre las familias del autor y la víctima, la diferencia de edad entre ambos sujetos, en particular se ha tenido en cuenta esta situación antes de la reforma de 2015, cuando los delitos de abusos sexuales de menores de edad ponían el acento en el límite de 13 años (con la reforma de 2015 el límite de edad para los delitos de agresiones y abusos sexuales se ha establecido en 16 años). Ahora bien, la comprobación de estas circunstancias por sí solas no exime de la verificación de sus efectos sobre la libertad de decidir en el caso concreto[123].

Para apreciar la circunstancia de prevalimiento se ha exigido un desnivel *notorio* entre las posiciones de ambas partes, estando una de ellas en situación de inferioridad en la que se restringe de forma relevante su capacidad de decidir de forma libre[124].

Han sido varias las sentencias en las que se ha apreciado esa modalidad delictiva de prevalimiento, por ejemplo:

- Caso en el que un individuo, mayor de edad, comete varios delitos sexuales contra su sobrina menor de edad prevaleciéndose de su relación de afinidad y su situación de superioridad.[125]
- Caso en el que se prevalece de la situación de amistad y confianza mantenida con la familia de la víctima.[126]
- Caso en el que un individuo de más de cuarenta años que mantuvo relaciones sexuales con su sobrina de 13[127].

[122] STS 1518/2001 del 14 del 09 del 2001

[123] Sobre el concepto y aplicación, véase STS 802/2000, de 16 de mayo.

[124] STS 658/2004, de 24 de junio.

[125] STS 351/2018 del 11 del 07 del 2018.

[126] STS 1328/2018, de 13 de septiembre.

- Caso en el que un policía en los calabozos de comisaría tuvo relaciones con una mujer detenida[128].
- Caso de un ginecólogo que se aprovechó de la exploración a sus pacientes para realizarles *movimientos masturbatorios*[129].

Sin embargo, el TS negó la existencia de delito en el caso de un profesor de cuarenta y cinco años que mantuvo relaciones con una alumna de dieciséis años, madura y *con un destacado nivel de conocimientos sexuales*[130].

[127] STS 368/2005, de 29 de marzo.

[128] STS 1228/2011, de 16 de noviembre.

[129] STS 488/2014, de 11 de junio.

[130] STS 658/2004, de 24 de junio.

CAPITULO VI. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE LA "LA MANADA"

Merece una especial mención y análisis para este trabajo, por englobar de forma generalizada los puntos anteriormente descritos y por ser de gran relevancia social, mediática y jurídica, el caso que ha pasado a denominarse de “La Manada”. Por este motivo se va a hacer una valoración de este caso, completando así lo que ya se ha ido comentando en otros apartados de este trabajo, pero haciendo especial hincapié o confrontándolo con las opiniones surgidas a raíz del conocimiento de la primera resolución judicial recaída sobre este caso.

La sentencia del citado caso ha recibido una gran cantidad de críticas y protestas. El tribunal que sentenció el caso, la Audiencia Provincial de Navarra, se enfrentaba no solo a las dificultades que el delito en sí acarrea, sobre todo a la presión mediática surgida desde el mismo momento en que se dio a conocer el suceso, desde que echó a andar la investigación. Las movilizaciones que se han sucedido durante su fase de instrucción y enjuiciamiento han sido elevadas, incrementadas considerablemente en el momento en que se dio a conocer el fallo judicial. En este caso se ha llegado a poner en entredicho la competencia de los Magistrados juzgadores, por resolver jurídicamente un asunto de una manera totalmente incomprensible y ajena al sentir social, olvidándose estas protestas que la labor interpretativa del juez de lo penal está sometida al principio de legalidad.

Los principales problemas planteados en este caso a la hora de dictar sentencia era la prueba de una ausencia de consentimiento no verbalizada, del conocimiento de dicha ausencia de consentimiento por parte de los sujetos intervinientes en los hechos (dolo), la calificación, en su caso, de los medios utilizados, que no parecían encajar a la perfección en los habituales métodos del violador ni del abusador por prevalimiento, y todo ello aderezado por una gran presión social[131]. No se entran en otros aspectos que sí son de importancia técnico-jurídica, como es el problema concursal que plantea este caso, porque se han cometido varios actos sexuales por los diferentes sujetos condenados, y porque plantea el problema de la aplicación o no de la construcción del delito continuado en los delitos de abusos y agresiones sexuales.

[131] Los puntos más importantes de dificultad han sido destacados por GIL GIL/NUÑEZ FERNANDEZ, El Cronista 77 (1018), 4.

Pero, sin duda, el aspecto más polémico de la sentencia condenatoria[132] se ha centrado en la calificación jurídica de los hechos como abusos sexuales de prevalimiento, en lugar de la calificación de violación reclamada mediáticamente en todas las movilizaciones surgidas a posteriori. Demostrado que los sujetos implicados no recurrieron en ningún momento a la violencia como medio comisivo, el caso enfrentaba al Tribunal a decidir teniendo presente el complicado problema de delimitación entre la intimidación y el abuso de prevalimiento. Porque tampoco en este caso se ha demostrado que los sujetos implicados en los hechos hubieran proferido amenazas de causar algún mal o daño a la víctima en caso de que opusiera alguna resistencia. Descartada la violencia y la amenaza explícita, quedaba por decidir si se trataba de uno de los supuestos que podrían subsumirse en la intimidación ambiental, tal como ha sido explicada y definida jurisprudencialmente, para que la calificación como agresión sexual –violación, atendidas las conductas realizadas- pudiera prosperar.

Una vez demostrada probatoriamente la falta de consentimiento por parte de la víctima (lo que desde la movilización mediática se ponía en entredicho, con las pancartas dirigidas a los jueces recordándoles que "no es no"), el Tribunal se enfrenta a la disyuntiva de calificar como abusos sexuales/agresiones sexuales, pues esta es la distinción que prevé el CP en los delitos contra la libertad sexual, tal como se ha explicado en este trabajo. La opinión social reflejada en las movilizaciones, sin embargo, desconocen esta distinción, al menos cuando se ha reclamado sin más que, faltando el consentimiento de la víctima, el acto sexual se tiene que calificar de agresión sexual o de violación. También se ve reflejada esta discrepancia entre el concepto popular-el jurídico cuando en las protestas se ha calificado de barbaridad la condena por abusos sexuales, pues esto supone una humillación para la víctima, una puesta en duda de su palabra o un soberano ejercicio de machismo, insistiéndose que no es abuso, que es violación, como si el problema se encontrase en una cuestión terminológica[133].

Como se ha explicado en este trabajo, El CP español solo tipifica como violación, concretamente así llamado, aparte de otras conductas sexuales, el acto que implica una

[132] Teniendo presente el objetivo de este trabajo, no se entra a analizar ni valorar las argumentaciones alegadas por el Magistrado que emitió un voto particular en esta sentencia. Las argumentaciones y explicaciones ofrecidas en este voto particular generaron tanto o más polémica que la propia calificación del Tribunal como abuso sexual en lugar de violación.

[133] GIL GIL/NUÑEZ FERNANDEZ, El Cronista 77 (2018), 4 y 5.

penetración no consentida utilizando violencia o intimidación, mientras que, si no media la violencia o intimidación, el hecho tiene que ser calificado necesariamente como abuso sexual, sea cual sea la conducta concretamente realizada.

Frente a los gritos lanzados en las movilizaciones sociales, ya se ha visto anteriormente que no es necesario que la violencia sea irresistible ni es necesario que la víctima ponga en riesgo su vida para que medie violencia, por lo que la protesta social de "si no te matan no ha violación" carece de sentido, responde a otra época afortunadamente superada. Pero esto no es óbice para que, si el medio comisivo es el violento, es necesario que el sujeto activo ejerza efectivamente violencia, debe de emplear un medio físico suficiente y eficaz para doblegar la voluntad de la víctima, como por ejemplo serían golpes, empujones o desgarros. En este caso, atendiendo a las dos principales pruebas incriminatorias, las manifestaciones de la propia víctima, los informes médicos y, en el caso concreto que analizamos, los videos aportados, se observa inequívocamente que no ha existido violencia por ninguno de los intervinientes.

En el caso que se comenta, la víctima en el juicio oral ha matizado y corregido algunas de sus primeras declaraciones, algo que, por cierto, puede ser un problema para que pueda ser utilizada como prueba del hecho que se juzga, en unos delitos en los que la mayoría de las ocasiones la única prueba es la propia declaración del sujeto pasivo. La necesidad de que se mantenga la coherencia en la declaración, sin contradicciones, sin que se revelen también motivos de venganza u otros similares, resulta, pues, fundamental. No es pues, tampoco cierto el otro aspecto de crítica que se ha manejado en las manifestaciones, la falta de credibilidad de la víctima en su declaración, o el distinto rasero para medir si hay o no consentimiento en un delito que afecta a la libertad sexual/el delito de robo o de hurto, también basado sobre la falta de consentimiento del sujeto pasivo. En este punto la opinión pública se olvida del principio fundamental que rige en nuestro sistema de justicia penal: el de presunción de inocencia. Lo que significa que se ha de probar, sin que exista la más mínima duda, que el sujeto efectivamente ha cometido el delito que se le imputa. En todo caso, las diferencias en el relato de lo sucedido por parte de la víctima a lo largo del procedimiento ha supuesto que los datos que maneja la opinión pública, que sirven para

sus proclamas y críticas a la sentencia, no sean los que el Tribunal ha estimado probados[134].

Queda el último punto que ha generado el descontento social, si ha habido o no intimidación en el caso enjuiciado.

Para la opinión pública, es indiscutible que hay intimidación cuando una mujer se ve rodeada por cuatro o cinco hombres y, acto seguido, estos llevan a cabo la conducta sexual. La mera diferencia numérica implica sin ningún género de dudas intimidación. Y no cabe otra calificación en tal situación.

Como se ha explicado anteriormente, para que se califique de agresión sexual, la intimidación ha de tener una entidad equivalente a la violencia, el otro medio comisivo. Se admite sin problemas como intimidación la amenaza de un mal que no se va a causar de manera inmediata, pero sí se exige que sea un mal de cierta entidad, grave, idóneo en definitiva para anular la libertad de decisión de la víctima. Y basta con la intimidación para que exista agresión sexual, no es necesario que la víctima oponga resistencia. Cuando la amenaza es expresa, clara, de un mal grave, se califica sin problemas –una vez probada esta circunstancia- como agresión sexual; los problemas surgen cuando la amenaza es implícita, de un mal que genera dudas su calificación o no de grave[135].

En este caso se ha descartado que haya habido amenaza expresa, clara, pues la víctima tampoco lo manifestó en ningún momento en sus declaraciones.

Por lo tanto, el Tribunal sentenciador tenía que entrar a valorar si los hechos probados eran constitutivos pese a todo de agresión sexual, porque cabía aplicar la construcción de la intimidación ambiental, o caso de que no fuera así, la única opción jurídicamente posible que quedaba era la aplicación de los delitos de abusos sexuales.

Este es, sin duda, el punto más polémico y controvertido desde el punto de vista jurídico-penal, y sobre el que los comentarios de los expertos se han pronunciado, de manera prudente, en cuanto a si la calificación del Tribunal sentenciador era o no correcta.

[134] GIL GIL/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, El Cronista 77 (2018), 5.

[135] Sobre los elementos definidores de la intimidación, véase, entre otras, STS 9/2016, de 21 de enero.

La prudencia es obligada si se quieren hacer comentarios sobre un caso judicial sin haber ni siquiera leído el texto de la sentencia, ni la declaración de hechos probados, ni los fundamentos jurídicos. Pero aún más, si tampoco se ha tenido un conocimiento directo sobre el caso resuelto judicialmente, pues la inmediación es materia reservada en exclusiva a los jueces y magistrados juzgadores.

El Tribunal, tras la valoración de las pruebas practicadas, las declaraciones de la víctima en este punto han sido fundamentales, ha descartado que concurra el medio comisivo de la intimidación, pese a que el TS en otros casos, quizás con más claridad que en este, sí se ha admitido como intimidación ambiental, por tanto agresión sexual, la ejercida por las personas que están presentes durante el ataque sexual, pues la víctima se ve intimidada, por el sujeto que amenaza explícitamente y por el resto de sujetos que presencian el acto, colaborando así moralmente con el autor. Como mal menor, el Tribunal ha considerado que los hechos sí pueden ser calificados como abuso de prevalimiento, pues es la presencia de varios sujetos durante el acto sexual lo que genera la situación de clara e inequívoca inferioridad de la que se aprovechan conscientemente los sujetos. Desde la propia argumentación del Tribunal había lugar para condenar por agresión sexual, pues considera siempre probado el testimonio de la víctima y que los acusados crearon voluntariamente una *atmósfera coactiva* que causó en la denunciante un bloqueo emocional, con lo que el fallo de la sentencia explica el prevalimiento como una forma menos grave de la intimidación a través de la cual los condenados consiguieron coartar la libertad de la víctima[136].

El revuelo y malestar generalizado provocado por este caso, con trascendencia en los medios y organismos internacionales, ha tenido un efecto inmediato, la propuesta de reforma del CP de los delitos de agresiones sexuales. De momento, la sección penal de la Comisión General de Codificación no ha presentado propuesta de reforma al Ministerio de Justicia. Pero sí se han presentado dos propuestas de proposición de ley por dos grupos parlamentarios que pretenden dar respuesta a la reclamación popular sobre la calificación del delito como agresión sexual o violación: si en el acto sexual intervienen dos o más personas, esto es, sin más, agresión sexual. Pues se presume, por tanto, que dos o más personas supone o implica que hay intimidación para la víctima.

[136] GIL GIL/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, El Cronista 77 (1018), 6.

Dentro del contenido de la resolución del caso de *La Manada* podemos encontrar una serie de puntos claves, para entender la sentencia y la posterior condena, en los que se explica porque estamos ante un abuso sexual y no una violación.

En primer lugar haciendo referencia al *empleo de medio físico.* La sentencia explica textualmente que *las acusaciones no han probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante, que con arreglo de la doctrina jurisprudencial implica una agresión real más o menos violenta, o por medios de golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza física eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarte a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual.* De esto podemos deducir que los jueces consideran que, para constatar la existencia de violencia se debe de emplear un medio físico que doblegue la voluntad de la víctima, una violencia física. Y tal y como explicó la víctima en más de una ocasión, esta optó por no resistir. La ausencia de heridas y/o lesiones argumentados por los informes forenses presentados en juicio demuestra la inexistencia de la violencia, uno de los requisitos básicos de la agresión sexual.

Siguiendo con esta serie de puntos clave, nos encontramos ante la ausencia de amenazas que, según la jurisprudencia citada y dictada a lo largo de la sentencia, esta intimidación se define como *"un constreñimiento psicológico, consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual".* En base a ello los jueces consideraron que no había existido esta intimidación, también un requisito básico de las agresiones sexuales, ya que argumentan que no hubo amenaza directa alguna, ni se verbalizó una violencia posterior si su víctima se negaba a participar en el acto sexual. Además, la sentencia también menciona sentencias en las que se pone de manifiesto que determina la intimidación no es tanto la actitud de la víctima sino la del agresor, por ello la sentencia relata que ni hubo intimidación explicita por parte de los agresores ni huna una negación explicita de la victima pese a que esta, como se relata en los hechos probados, quedó *impresionada* y paralizada, adoptando una actitud de *sometimiento y pasividad.*

Así cita textualmente la sentencia que *¨la calificación jurídica de los hechos enjuiciados debe de hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si este ejerce una*

intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquel, no la de ésta."

Por otro lado, de forma clave, nos encontramos la situación de preeminencia. En relación a ello la sentencia cita que *"los hechos que declaramos probados, configuran una situación en la que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, abusando de la superioridad así constituida para presionarle e impedir que tomara una decisión libre en materia sexual. Las prácticas sexuales a las que se vio sometida la denunciante son consecuencia y están vinculadas en relación causal con dicha situación de preeminencia conformada por los procesados, quienes abusaron de su superioridad así generada.* Así, en virtud de esta argumentación, la sentencia si consideró que el consentimiento de la víctima fue artificial, en tanto que se manifestó desde una posición de expresa superioridad, tal y como tipifica el art.181.3 CP.

Otro punto clave de la sentencia es la asimetría y escenario de opresión, esto que es que los jueces explican que se coartara la libertad sexual de la víctima atendiendo a las circunstancias externas que definen el escenario de superioridad. Lo primero es el lugar, un habitáculo pequeño y oscuro (el portal), en segundo lugar la asimetría de la edad y, en tercero, la desigualdad radical de madurez y experiencia sexuales de los agresores y de la víctima, en comparación. Así la sentencia narra que *" en la valoración de las circunstancias que conforman esta situación, ponemos de relieve, el modo en que la denunciante entró en el portal de modo súbito y repentino, sin violencia; la forma en que le enderezaron hasta el habitáculo donde se desarrollaron los hechos, un lugar recóndito, angosto, estrecho, una única salida coincidente con la zona por donde se realiza la entrada, y en el que le prepararon una encerrona, colocándola en ese lugar y rodeándola. Tenemos por lo tanto una primera y fundamental base en la que apoyar nuestro juicio de valor, no meramente descriptivo, para afirmar que las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurando voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron sin aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada."*

De estos elementos los jueces extraen al coacción y un consentimiento obtenido por una *manifesta superioridad,* pero no por violación.

Por último se puede destacar el embotamiento del raciocinio ya que, más adelante, se analiza el comportamiento del a víctima para tratar de razonar como se explica la existencia del consentimiento al mismo tiempo que se justifica la coacción de sus agresores. Para ello los jueces se sirven del bloque emocional que sufrió la víctima, causada por la atmósfera coactiva en la que estaba sometida. Una asimetría creada por la experiencia sexual previa de casi todos los miembros en sexo grupal y por la presencia de cinco hombres rodeándola en un portal, así la sentencia cita que "*declaramos probado y justificamos en el precedente fundamento que al encontrarse en esta situación, en el lugar descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querido por estos, la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción"* A partir de aquí la sentencia describe otra vez los hechos probados para explicar que los hechos desencadenaron una reacción de desconexión y disociación de la realidad en la víctima, no sin antes remitirse a la jurisprudencia del supremo para dejar claro que *"sujetar la cabeza (...) durante una felación, sin más datos no puede equipararse a la violencia del delito de agresión sexual."* Es por ello que en suma huno un embotamiento del raciocinio provocado por las circunstancias pero que, a juicio de los magistrados y de la jurisprudencia expuesta en la sentencia, no fue causado por violencia o intimidación alguna como requisito de la violación.

Con toda la consiguiente argumentación se llegó a la conclusión de que la condena sería por abuso sexual .

Como consecuencia de este caso tan mediático se han visto varías respuesta al respecto, no solo la indignación popular, si no, algo tan relevante como una reforma del Código Penal. La sociedad entiende que debería de llamarse *violación* relación sin consentimiento, no solo a aquellas en las que medie violencia o intimidación. Estaríamos simplemente ante un cambio terminológico, puesto que dentro del CP seguiría existiendo subtipos mas agravados que otros por las circunstancias que les rodearía.

A pesar de ello la presión social generada y el gran impacto de este caso ha conseguido que se baraje un cambio legislativo en lo que se refiere a estos delitos, siendo este cambio encargado por el gobierno a unos expertos en la materia.

La comisión sobre delitos sexuales encargada de reformar estos delitos en el CP acordó a finales del 2018 en una propuesta al Ministerio de Justicia la desaparición el delito de abuso sexual, quedando todo englobado en el de agresión o violación. El informe de los juristas de la comisión (15 mujeres y 13 hombres) rebaja también la pena máxima a la que puede ser condenado un agresor sexual de los 15 a los 12 de prisión. Esta rebaja se explica en la necesidad de que los delitos sexuales no se equiparen con los de homicidio. En las reuniones mantenidas con la comisión se han trabajado sobre dos borradores, dos textos que proponen lo mismo pero de forma distinta: uno diseña una versión diferenciada de los mismos delitos en base a la existencia o no de violencia y el otro presenta una versión unificada de todas las agresiones sexuales y violaciones. En ambos recogen de manera explícita las agresiones a victimas soneticos con drogas o fármacos así como las protagonizadas por varios individuos (violaciones grupales). Los dos borradores incluyen que las agresiones sexuales *serán cualquier acto sexual que no cuente con el consentimiento de la víctima, agravado si se trata de una agresión con penetración.*

CAPITULO VII. CONCLUSIONES

En mi opinión, aun sabiendo que este tipo de delitos admite como sujetos pasivos a ambos sexos y, teniendo en cuenta como ha sido históricamente el camino y el papel de la mujer en la sociedad, es necesario iniciar un cambio para que todas las personas pero, en especial, las mujeres puedan vivir sin este tipo de violencia en sus vidas.

Es fundamental que se establezcan las medidas necesarias para que esta modalidad de violencia desaparezca definitivamente, con especial atención a las medidas dirigidas para evitar este tipo de comportamientos violentos contra las mujeres. La agresión y el abuso sexual son acciones inaceptables, independientemente del nivel de ingresos de las personas, del color de la piel, de la fama de la víctima y del sexo.

Centrando ya la atención en la perspectiva jurídica, la condena en este tipo de delitos resulta muy complicada, dadas las dificultades probatorias cuando se cuenta en la práctica con una sola prueba incriminatoria, el testimonio de la víctima. Las dificultades también se ven reforzadas por la pervivencia del planteamiento de estos delitos como semipúblicos o semiprivados, dejando en la decisión de la víctima su persecución penal.

Se propone la conversión de los delitos de agresiones y abusos sexuales en delitos públicos, pues ello podrá ser un aliciente para que, a través de la persecución oficial, se reduzca la comisión de estos hechos. En todo caso, no se puede seguir manteniendo su consideración como delitos semipúblicos o semiprivados por ser la única manera de evitar la victimización secundaria.

La regulación penal de los delitos de agresiones y abusos sexuales ya no se diferencian e las conductas sexuales; su distinción se establece desde los medios comisivos utilizados para doblegar la voluntad de la víctima o para lograr un consentimiento que, en todo caso, no resulta válido. Esta diferenciación es, en términos generales, correcta. Si el sujeto activo recurre a medios violentos o intimidatorios, este hecho ha de ser considerado jurídicopenalmente más grave porque la afectación al bien jurídico también es mayor.

Desde la perspectiva de los delitos de agresiones sexuales, la jurisprudencia utiliza unos conceptos de violencia o intimidación que, en términos generales, resultan adecuados y correctos, demostrándose que no es correcta la opinión ciudadana sobre la interpretación

judicial del delito de violación. De manera acertada no se exige que la víctima oponga resistencia activa si esta se revela innecesaria en el caso concreto.

En algunos aspectos la regulación penal sí es mejorable. No resulta sencillo establecer la diferencia entre la agresión sexual cometida por medio de la intimidación y el abuso sexual cometido por prevalimiento. Desde el momento en que el prevalimiento es planteado como una intimidación de segundo nivel se comprende fácilmente que esta distinción resulta bastante complicada.

Tampoco resulta acertada la actual tipificación penal como abuso sexual en los casos de utilización de drogas u otras sustancias para anular la voluntad del sujeto pasivo. La utilización de este tipo de sustancias ha de ser considerado como una agresión sexual, pues equivale a la utilización de la violencia como medio comisivo.

Desde el punto de vista social toda conducta sexual no consentida es calificada de violación, al menos si la acción consiste en acceso carnal. Desconoce la diferencia cualitativa existente entre abuso y agresión sexual, al igual que también se desconoce la distinción entre hurto y robo. Pero jurídicopenalmente sí es preciso que se mantenga la diferencia, pues no puede ser tratado penológicamente de la misma manera un ataque sexual sorpresivo que un ataque sexual violento.

En este momento la sección penal de la Comisión General de Codificación está trabajando sobre una posible reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales. En concreto, se está trabajando sobre dos posibles propuestas. Comparto con la propuesta de esta Comisión la conversión en agresión sexual el ataque que se produce utilizando fármacos u otras drogas para anular la voluntad de la víctima.

Haciendo una valoración global, también parece acertada la propuesta de la Comisión de Codificación a favor de la calificación como agresión sexual y no como abuso la conducta sexual realizada en grupo, esto es, cuando el acto se comete por dos o más personas. Esta calificación despeja las dudas a la hora de entender que la presencia de varias personas, tengan un papel más o menos activo, constituye una clara intimidación para la víctima.

Otras posibles propuestas regulativas planteadas por esta Comisión resultan excesivas o, en todo caso, tienen un mero mensaje simbólico. Me refiero a la propuesta de calificar como agresión sexual o violación toda conducta sexual realizada sin consentimiento de

la víctima. Porque, una vez formulada así la definición, a continuación sí se proponen diferentes penas dependiendo de si se comete o no con violencia o intimidación.

En definitiva, en una parte esencial la propuesta de reforma tiene una enorme carga simbólica, ligada al término agresión o violación. Pero esto no es la solución al grave problema de violencia sexual que sufren de manera particular las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

ALCACÉR GUIRAO, Rafael: *La Tentativa Inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto,* Comares, Granada, 2000.

Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, Atelier, Barcelona, 2004.

GARCIA RIVAS, Nicolás en: ALVAREZ GARCÍA, F.Javier (dir.)/ MAJON-CABEZA OLMEZA, Araceli ; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coord), Derecho Penal Español PE (I), 2º, 2011.

ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho Penal. Parte especial,* 7ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ASÚA BARRARITA, Adela: *Las Agresiones sexuales en el nuevo CP: Imágenes Culturales y discurso Jurídico*, en: Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género, Jornadas organizadas por el Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, 45-102.

BEGUE LIZAÚN, Jaime: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, J. M. Bosch Barcelona, 1999.

BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna: *Cuestionamiento de la eficacia del Derecho Penal en relación de los intereses de las mujeres,* en: Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género, Jornadas organizadas por el Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, 183-202.

BROWNMILLER, Susan: *Against Our Will: Men, Woman, and Rape,* Simon & Schuster, New York 1975.

CARMONA SALGADO, Carmona: en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal: Tomo VI*, Edersa, Madrid, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel: en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

DIAZ MORGADO, Celia, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir)/ VERA SANCHEZ, Juan Sebastian (coord.): Manual de Derecho penal. PE. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados. Tirant lo Blanch, España, 2011.

CUGAT MAURI, Miriam, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* en: ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZALEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2010, 225-248.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: *Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, 2013, 13 y ss. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Jos%C3%A9%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14

DE VICENTE MARTINEZ , Rosario: *Derecho Penal y Discriminación de la mujer*, en: ADP num.1999-2000 (2001), 83-100.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985.

GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GIL GIL, Alicia/NUÑEZ FERNANDEZ, José: *A Propósito de la "Manada"*, en: El Cronista, num.77 (2018), 4-15.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Estudios de Derecho Penal*, 3ª, Tecnos, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II*, Tirant lo Blanch, España, 1997.

GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995*, en: CPC 59 (1996), 321-271.

FUENTES SORIANO, Olga: *La iniciación Cuasi Pública de los Procesos por Delitos Sexuales*, en: ADP, num.1999- 2000 (2001), 273-291.

LAMARCA PÉREZ, Carmen: en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª, Colex, Madrid, 2015.

LIBANO BERISTAIN, Arantza: *El régimen procesal de los delitos sexuales perseguidles a instancia de parte,* en: RDP 32 (2011), 211-218.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal: Tomo VI*, Edersa, Madrid, 2002.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Lecciones de Derecho penal. PG,* 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal PG*, 10ª, Reppertor, Barcelona, 2016.

MORALES PRATS, Fermín/GARCÍA ALBERO, Ramón: en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª, Aranzadi, Pamplona, 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte Especial*, 21ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NUÑEZ FERNÁNDEZ, José. Véase GIL GIL, Alicia/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep: *Manual Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ROMÁN CUEVA, Nora Iria: *Tramitación y prueba de las agresiones sexuales*, Universidad de Elche, Alicante, 2015.

ROMERO SÁNCHEZ, Mónica: *Percepción social de las agresiones sexuales hacia mujeres: el papel del alcohol y los mitos sobre la violación,* Universidad de Granada, 2012.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: *Razones y sinrazones para una reforma anunciada*, en: LL 1997-IV, 1143-1155.

ORTS BERENGUER, Enrique: *La reforma de los delitos contra la libertad sexual* en: ZUÑUGA RODRÍGUEZ/MÉNDEZ RODRÍGUEZ/DIEGO DIAZ-SANTOS (coords.) *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001, 29-66.

ORTS BERENGUER, Enrique/SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, Carlos: *Los Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, 5ª, Atelier, Barcelona, 2018.

SÁEZ BUENAVENTURA, Carmen, *Violencia y proceso de socialización genérica: enajenación y transgresión, dos alternativas extremas para las mujeres*, en: MAQUIEIRA/SÁNCHEZ, *Violencia y sociedad patriarcal*, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1990, 1-18.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos: Véase ORTS BERENGUER, Enrique/SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, Carlos

1. Webgrafía.

→ Agresiones sexuales, en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/

→ *Instituto de la Mujer*, *http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/Violencia/DelitosLibertadSexual.htm*

→ RABTAN, Tsevan: https://tsevanrabtan.wordpress.com/2018/04/26/intimidacion-y-prevalimiento-diferencias-segun-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo/ (*26 de abril de 2018)*

→ OMS https://www.who.int/topics/violence/es/

2. Jurisprudencia

- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del 25 de mayo del 2006 S 8-10-1969; y con firmeza desde la S 4-4-1979.
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 27 de mayo de 2005
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 10 de octubre de 2003

- Sentencia Tribunal Supremo 1141/1984 de 29 de 06 de 1984, ponente Jose Hermenegildo Moyna Menguez.
- Sentencia del Tribunal Supremo 767/1993 de 2 de 05 de 1994, ponente Manuel García Miguel.

- Sentencia del Tribunal Supremo 431/1999 de 23 de 03 de 1999, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 802/2000 de 16 de 05 de 2000, Enrique Bacalupo Zapater.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1104/2000 de 26 de 06 de 2000, ponente Andrés Martinez Arrieta;
- Sentencia del Tribunal Supremo 449/2000, de 4 de 9 de 2000, ponente Jose Marañon Chávarri.
- Sentencia del Tribunal Supremo 152/2000 de 18 de 07 de 2000, ponente Adolfo Jesus García Morales.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1518/2001 de 14 de 09 de 2001, ponente Joaquin Martin Canivell
- Sentencia del Tribunal Supremo 318/2001 de 23 de 04 de 2001, ponente Adolfo Pregp de Oliver Tolivar
- Sentencia del Tribunal Supremo 834/2002, de 13 de 05 del 2002, ponente Enrique Bacigalupo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 243/2002 de 22 de 02 de 2002, ponente Martin Canivell.
- Sentencia del Tribunal Supremo 680/2002 de 12 de 04 de 2002, ponente Joaquín Martin Canivell.
- Sentencia del Tribunal Supremo 645/2002 de 16 de 04 de 2002, ponente Jose Ramón soriano.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1583/2002 del 3 de 10 de 2002, ponente José Aparicio Calvo-Rubio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1294/2003 de 7 de 10 de 2003, ponente Carlos Granados Perez.
- Sentencia del Tribunal Supremo 620/2003 de 28 de 04 de 2003, ponente Enrique Abad Fernández.
- Sentencia del Tribunal Supremo 724/2004, de 04 de 06 del 2004 ponente Enrique Abad Fernandez.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1538/2004 de 30 de 12 de 2004, ponente Juan Saavedra Ruiz.
- Sentencia del Tribunal Supremo 744/2004 de 14 de 06 de 2004, ponente Joaquín Delgado García.

- Sentencia del Tribunal Supremo 578/2004 de 26 de 04 de 2004, ponente Luis Román Puerta Luis
- Sentencia del Tribunal Supremo 993/2004 de 22 de 11 de 2004, ponente José Ramón Soriano Soriano.
- Sentencia del Tribunal Supremo 488/2014 de 11 de 06 de 2014, ponente Perfecto Agustín Andrés Ibañez.
- Sentencia del Tribunal Supremo 658/2004 de 24 de 06 de 2004, ponente Julian Artemio Sanchez Melgar.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1308/2005, ponente Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 709/2005 de 07 de 06 de 2005, ponente Enrique Bacigalupo Zapater.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1484/2005, de 1 de 12 de 2005, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 368/2005, del 29 del 03 de 2005, ponente José Ramón Soriano Soriano.
- Sentencia del Tribunal Supremo 105/2005 de 29 de 01 de 2005, ponente Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 655/2005 de 20 de 05 de 2005 ponente Jose Ramon Soriano Soriano.
- Sentencia del Tribunal Supremo 102/2006 del 6 de 02 de 2006, ponente Miguel Colmenero Menendez de Luarca.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1295/2006 de 13 de 12 de 2006, ponente Miguel Colmenero Menendez.
- Sentencia del Tribunal Supremo 584/2007 de 27 de 06 de 2007, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 542/2007 de 11 de 06 de 2007, ponente Sanchez Melgar.
- Sentencia Tribunal Supremo 608/2007, ponente Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 914/2008, de 22 de 12 de 2008, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1397/2009, ponente Prego de Oliver y Tolivar.

- Sentencia del Tribunal Supremo 368/2010 de 26 de 04 de 2010, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1228/2011 de 16 de 11 de 2011, ponente Manuel Marchena Gomez
- Sentencia del Tribunal Supremo 708/2012, de 25 de 09 de 2012, ponente Carlos Granado Pérez.
- Sentencia del Tribunal Supremo 609/2013 10 de 07 de 2013, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron.
- Sentencia del Tribunal Supremo 305/2013 de 12 de 04 de 2013, ponente Julián Artemio Sanchez Melgar.
- Sentencia del Tribunal Supremo 469/2013, ponente Conde- Pumpido Tourón.
- Sentencia del Tribunal Supremo 669/2014 de 29 de 10 de 2014, ponente Antonio Moral García.
- Sentencia del Tribunal Supremo 897/2014 de 15 de 12 de 2014, ponente Julián Artemio Sanchez Melgar.
- Sentencia del Tribunal Supremo 488/2014, ponente Andrés Ibáñez.
- Sentencia del Tribunal Supremo 530/2015 de 17 de 09 de 2015, ponente Manuel Marchena Gómez.
- Sentencia del Tribunal Supremo 32/2015, ponente Andrés Ibáñez.
- Sentencia del Tribunal Supremo 355/2015, de 28 de 05 de 2015, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron.
- Sentencia del Tribunal Supremo 9/2016, de 21 de 01 del 2016, ponente Miguel Colmenero Menendez de Luarca.
- Sentencia del Tribunal Supremo 957/2016 de 19 de 12 de 2016, ponente Andrés Palomo del Arco
- Sentencia del Tribunal Supremo 132/2016 de 23 de 02 de 2016, ponente Andrés Palomo del Arco
- Sentencia del Tribunal Supremo 127/2017 de 28 de 08 de 2017, ponente Joaquín Giménez García.
- Sentencia del Tribunal Supremo 433/2018 de 28 de 09 de 2018, ponente Andrés Martínez Arrieta.
- Sentencia del Tribunal Supremo 538/2018 de 8 de 11 de 2018, ponente Susana Polo García.

- Sentencia del Tribunal Supremo 674/2018 de 19 de 12 de 2018, ponente Luciano Varela Castro.
- Sentencia del Tribunal Supremo 674/2018 de 18 de 12 del 2018, ponente Luciano Varela Castro.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1328/2018 de 13 de 09 del 2018, ponente Manuel Marchena Gómez.
- Sentencia del Tribunal Supremo 351/2018 de 11 de 07 del 2018, ponente Vicente Magro Servet.
- Sentencia del Tribunal Supremo 13/2019 de 17 de 01 del 2019, ponente Vicente Magro Servet.

- Sentencia Audiencia Provincial de Lleida, 20/1998 de 22 de 01 de 1998, ponente María Victoria Josefa Guinaldo Lopez.
- Sentencia Audiencia Provincial de Lleida 590/2001 de 15 de 10 de 2001 ponente Luis Fernando Ariste López.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, 71/2002 de 28 de 11 de 2002, ponente Francisco Gutiérrez López.
- Sentencia Audiencia Provincial Barcelona 316/2003 de 10 de 04 de 2003, ponente Jose Carlos Iglesias Martin
- Sentencia Audiencia Provincial Barcelona 11/2001 de 14 de 02 de 2002, ponente Jose María Pijuan Canadell.
- Sentencia Audiencia Provincial de Oviedo 104/2001 de 17 de 05 de 2001, ponente María Covadonga Vázquez Llorens.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 74/2002 de 09 de 01 de 2002, ponente Miguel Ángel Gimeno Jubero.
- Sentencia Audiencia Provincial de Málaga 7/2003 de 30 de 01 de 2003, ponente Federico Morales Gonzalez.
- Sentencia Audiencia Provincial de Granada 30/2006 de 20 de 01 de 2006, ponente Pedro Ramos Almenara.
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 529/2009 de 15 de 07 de 2009, ponente Francisco Jesús Serrano Gassent.
- Sentencia Audiencia Provincial de Huelva 271/2010 de 27 de 09 de 2010, ponente Jesus Fernandez Entralgo.

- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 540/2013 de 29 de 06 de 2013, ponente María del Sagrario Herrero Enguita.
- Sentencia de Audiencia Provincial de Valladolid 400/2014 de 25 de 09 de 2014, ponente Ángel Santiago Martínez García.
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 269/2014 de 25 de 04 de 2014, ponente María Tardon Olmos.
- Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza 189/2014 de 25 de 09 de 2014, ponente Antonio Eloy Lopez Millan.
- Auto de la Audiencia Provincial 1072/2018 de 30 de 10 de 2018, ponente Alvaro Miguel de Aza Barazon.
- Sentencia Audiencia Provincial Navarra 38/2018 de 20 de 03 de 2018, ponente José Francisco Cobo Saez.
- Sentencia Audiencia Provincial de Murcia 1628/2018 de 10 de 07 de 2018, ponente Juan del Olmo Galvez.