



**LOS DELITOS CONTRA LA
LIBERTAD SEXUAL:**

AGRESIÓN Y ABUSO SEXUALES

**CRIMES AGAINST SEXUAL FREEDOM: SEXUAL
AGRESSION AND SEXUAL ABUSE**

**Máster Universitario en Acceso a la
Profesión de Abogado**

Presentado por:

MARTA LÓPEZ AJENJO

Dirigido por:

CARMEN PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ

Alcalá de Henares. 1 de febrero de 2019.

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
CAPÍTULO I. CONCEPTOS COMUNES A LAS AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES.....	
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	7
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	11
3. SUJETOS DEL DELITO: SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.	13
CAPÍTULO II. LAS AGRESIONES SEXUALES	
1. EL TIPO BÁSICO DE LAS AGRESIONES SEXUALES	16
1.1. Tipo objetivo.....	17
1.2. El tipo subjetivo: el dolo	24
1.3. Comisión por omisión.....	27
1.4. <i>Iter criminis</i> y consumación del delito	28
1.5. Autoría y participación. concursos de delitos	28
2. AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS (O VIOLACIÓN) Y OTROS SUBTIPOS AGRAVADOS.....	30
2.1. Tipo cualificado del art. 179 CP: el delito de violación	30
2.2. Los subtipos agravados del art. 180 CP	33
CAPÍTULO III. LOS ABUSOS SEXUALES	
1. CONCEPTO.....	36
2. CLASES O TIPOS	36

2.1. Abuso sexual no consentido.....	37
2.2. Abuso sexual de prevalimiento.....	39
2.3. Abuso sexual fraudulento o con abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.	40
CAPÍTULO IV. LA RESISTENCIA DE LA VÍCTIMA.....	42
1. CONCEPTO Y TÉRMINOS GENERALES DE LA RESISTENCIA.	42
2. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE RESISTENCIA EN EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES.....	42
3. CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA RESISTENCIA.....	44
4. INTIMIDACIÓN Y VIOLENCIA SIN RESISTENCIA. DELIMITACIÓN CON LOS ABUSOS SEXUALES.....	48
CAPÍTULO V. APLICACIÓN PRÁCTICA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA “LA MANADA”.....	52
1. ASPECTOS DE HECHO.....	52
2. ASPECTOS JURÍDICOS.....	55
3. EL ERROR DE TIPO Y LA AUSENCIA DE RESISTENCIA. RELACIÓN CON LOS ABUSOS SEXUALES.....	66
BIBLIOGRAFÍA.....	73
JURISPRUDENCIA.....	77

RESUMEN

Este trabajo va encaminado a realizar un análisis exhaustivo de los delitos de agresión y abuso sexual, sus requisitos y sus penas. Pero, sobre todo, pretende determinar cuál es la fina línea que separa ambos tipos delictivos. Para ello se empleará jurisprudencia y opinión doctrinal actualizada.

De esta manera, se analizarán los requisitos de los diferentes tipos, incluyendo los conceptos de violencia, intimidación, consentimiento, y resistencia de la víctima, entre otros. Asimismo, se valorará la posibilidad de que alguno de tales elementos evolucione con respecto a la concepción de la sociedad actual.

Por otra parte, para establecer la distinción entre ambos delitos y con el objeto de reflejar la difícil labor a la que se tienen que enfrentar los jueces y magistrados españoles en el enjuiciamiento y fallo de este tipo de delitos, se utilizará un caso reciente y muy mediático que ha recibido la dura opinión de la sociedad española como ataque a la ley, a su fallo y a los propios magistrados que justificaron la condena de los autores.

ABREVIATURAS

art./arts.	Artículo/s
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CP	Código Penal
D y J	Doctrina y Jurisprudencia
DP	Derecho Penal
FJ	Fundamento Jurídico
LO	Ley Orgánica
PE	Parte Especial
pp.	Página
RAE	Real Academia Española
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sentencia de “La Manada”	Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 38/2018 (Sección Segunda) de 20 de marzo de 2018
ST	Sentencia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

En España existe una clara división entre las agresiones sexuales (con sus respectivos subtipos agravados o cualificados en los arts.178-180 del Código Penal –en adelante CP–) y los abusos sexuales en los arts. 181- 182. Este trabajo va encaminado a poner de manifiesto las diferencias existentes entre los delitos de agresión y abuso sexual en España, y cómo son percibidos por la sociedad en su conjunto.

De esta manera, se analizarán los conceptos de violencia, intimidación, consentimiento, resistencia de la víctima, etc. Veremos cuáles son requisitos del tipo, así como la posibilidad de que alguno tenga que sufrir una evolución con respecto a la concepción de la sociedad actual. Todo ello a través de jurisprudencia y doctrina actualizada.

Por el contrario, en este trabajo no se prestará atención a los delitos contra la indemnidad sexual de menores (salvo alguna breve mención) y otros delitos relacionados como la prostitución, la pornografía, etc.

Así, en el Capítulo I serán analizados los conceptos comunes a las agresiones y abusos sexuales como la evolución legislativa, el bien jurídico protegido y los sujetos del delito. En los capítulos II y III, serán desarrollados por separado los requisitos del tipo de cada uno de los delitos de agresión y abuso sexual con el objeto de poner de manifiesto las diferencias existentes entre ambos.

Posteriormente, el capítulo IV se centra únicamente en la resistencia de la víctima dada la relevancia jurídica que ha cobrado, sobre todo, en los delitos de agresión sexual.

Por último, una vez haya sido despejada toda duda acerca del contraste entre los delitos de agresión y abuso sexuales, los conceptos teóricos se aplicarán de manera práctica a través del análisis de una sentencia.

En este sentido, el interés por este tema surge de la problemática social que plantean estos delitos, sobre todo desde la polémica Sentencia nº 38/2018 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en fecha 20 de marzo de 2018, popularmente conocida como “Sentencia de La Manada” (denominación que será utilizada en adelante), que será analizada en el presente trabajo, como ya he adelantado, en el Capítulo V. Igualmente, dado que esta sentencia ha sido recurrida, se incluirán

algunos fragmentos de la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en fecha 30 de noviembre de 2018

Tras esta polémica sentencia se ha vuelto a abrir la Sección Penal de la Comisión General de Codificación, la cual está formada por un grupo de juristas que asesora el Ministerio de Justicia, a los cuales se les ha encomendado la tarea inmediata de reforma de los delitos contra la libertad sexual. El objeto de esta Comisión es reformar estos delitos de manera que sean el reflejo de la sociedad actual y salvaguarden adecuadamente todos los bienes jurídicos protegidos por estos delitos. De esta manera, se podría producir una variación en los requisitos del tipo, o incluso que ambos se congregaran en uno solo.

Un ejemplo de esta reforma la tenemos en países como Alemania y Suecia, donde ya se ha establecido un delito unitario contra la libertad sexual.

En España, por el momento, habrá que esperar para ver cómo evoluciona la legislación respecto de estos delitos.

CAPÍTULO I. CONCEPTOS COMUNES A LAS AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los aspectos fundamentales de los delitos contra la libertad sexual, sobre todo de los violentos, han experimentado innumerables reformas a lo largo de los años. Así, la **LO 3/1989 de 21 de junio** sustituyó en el anterior CP 1944/1973 la antigua y tradicional rúbrica de “De los delitos contra la honestidad” por la más amplia de “Delitos contra la libertad sexual”, que se mantuvo posteriormente en el Código Penal de 1995.¹

Los cambios en la mentalidad de las personas y, por ende, de las costumbres sociales en lo que a la sexualidad se refiere, dieron lugar a que la LO 3/1989 supusiera un verdadero **progreso de la regulación de los delitos sexuales**. Mediante esta reforma se produjo la equiparación de los sujetos activo y pasivo del delito, la aceptación de que el acceso carnal podía realizarse tanto de manera anal como bucal, y la tipificación de la introducción de objetos como un delito de agresión sexual. Igualmente, se enfatizó que los delitos contra la libertad sexual tienen el objeto de doblegar la voluntad de la víctima con independencia del comportamiento sexual que se lleva a cabo,² por lo que el consentimiento de la víctima cobra también especial relevancia.

En segundo lugar, la reforma del CP de 1995 por la **Ley Orgánica 11/1999**, de 30 de abril, significó una transformación en el Derecho penal sexual, no solo en su propia denominación, “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales” (se añadió el concepto de indemnidad), sino también en la reinterpretación de algunos de sus elementos típicos. Esta reforma supuso la trasposición de la **Directiva 2011/93/UE** del Consejo Europeo y del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil por la que se sustituyó la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

Algunos de los cambios más relevantes del CP del 95 fueron la eliminación de la expresión “culpable” en los delitos contra la libertad sexual, para sustituirlo por la referencia al “responsable”. Igualmente, en esta reforma se modificó el art.179 CP, en

¹ MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, pp. 20 ss.

² LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, pp. 165 ss.

referencia al acceso carnal, y se matizaron las vías por las que se podía materializar este delito (vaginal, anal, bucal).³

Con la **Ley Orgánica 15/2003**, de 25 de noviembre, se modificó el tipo cualificado de agresiones sexuales (179 CP), incluyendo la posibilidad de realizar el tipo mediante la introducción de miembros corporales, además de a través de objetos como se tipificó en la reforma anterior.

Esta reforma de 2003 fue relevante dada la confusión que tenían los tribunales para tipificar un hecho consistente en la introducción de miembros corporales que no fueran objetos. Por ejemplo:

“Respondiendo al único motivo del recurso de casación, al amparo del art.849.1º de la LECrim., por indebida inaplicación de los arts. 16 y 62 del CP, interpuesto por el Ministerio Fiscal, destaca que el Ministerio Público, con apoyo en los hechos probados de la sentencia, estima que debió haberse considerado intentado el delito de agresión sexual del art. 179 del CP y critica el razonamiento de la sentencia recurrida expuesto en el Fundamento primero, en el que se **estima que la penetración del acusado con sus dedos en la vagina de la ofendida, era equiparable a la introducción de objetos**, prevista en el art. 179 del CP. de 1995. El Ministerio Público se apoya en una jurisprudencia de esta Sala, anterior a la entrada en vigor del nuevo Código, que cita, según la cual, objetos cuya introducción se consideraba agravante de la agresión sexual del art. 430 del antiguo Código Penal, son las “cosas inanes, excluyéndose que pudieran asimilarse a los objetos, otras partes del propio cuerpo del agresor, que no fuera el pene, como dedos o lengua”.⁴

Así, a partir de esta reforma se equipara la agresión sexual de introducción de objetos al acceso carnal y la penetración bucal o anal, todo ello regulado en el mismo art.179 CP.⁵

Posteriormente, mediante la **LO 5/2010 de 5 de junio** se traspuso la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Mediante esta reforma se otorga una mayor protección a los delitos sexuales cometidos sobre menores, al atentar no solo contra su

³ HUETE NOGUERAS, “Delitos contra la libertad sexual: Principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales”, 20 de abril de 2015, p. 3.

⁴ STS nº 1728/1999, Sala 2ª, de lo Penal, de 5 de abril de 2000, [FJ 1].

⁵ HUETE NOGUERAS. “Delitos contra la libertad sexual: Principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales”, 20 de abril de 2015, p. 3.

indemnidad sino también contra su desarrollo y formación. Igualmente, se introduce el concepto de *child grooming*, o utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores.

La última modificación del Código Penal ha tenido lugar a través de la **Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo**, mediante la cual –entre otras reformas– se han introducido nuevos delitos contra la libertad, la libertad sexual y la intimidad.

De esta manera, en el art.182.1 CP, referente a los delitos de abuso sexual puede ser también autor el que abuse de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima. En el mismo artículo se ha incrementado el mínimo y el máximo de edad del sujeto pasivo. Así, el mínimo ha pasado de los 13 a los 16; y el máximo de los 16 a los 18. Por último, se ha aumentado la pena de prisión de uno a tres años (con anterioridad a la reforma era de prisión de uno a dos años, o multa de 12 a 24 meses).⁶

De ello deriva que también se hayan producido reformas en los delitos de abusos y agresiones sexuales. Así, entre otras, se ha elevado la edad de consentimiento del sujeto pasivo de 13 a 16 años.

La causa de que se hayan producido todas estas reformas en los delitos contra la libertad sexual se debe a la evolución de la sociedad en cuanto a la concepción de la sexualidad. Es decir, si los valores y bienes jurídicos sociales sufren un cambio, la Ley debe cambiar de manera paralela.

Sin embargo, aún con todas con todas estas reformas, parece que aún queda mucho por modificar y perfeccionar en lo que respecta a la regulación de los delitos sexuales. Así, existe una crítica generalizada en cuanto a la variedad de subtipos agravados, puesto que en ocasiones un mismo hecho puede encuadrar en varios subtipos agravados que pueden incurrir en un *ne bis in idem*. Es decir, en muchas ocasiones incluso los jueces no saben en qué subtipo agravado delito cabe encuadrar en un determinado atentado contra la libertad sexual dado que una misma conducta puede quedar subsumida en varios delitos que cuentan con características similares.

Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la STS nº 411/2014, de 26 de mayo, FJ 4º. Los hechos delictivos de esta sentencia versan sobre los actos sexuales que un hombre

⁶ *Idem*.

ejerció contra una mujer con una discapacidad psíquica-intelectual del 65% sin que mediara consentimiento alguno. El sujeto activo realizó a la víctima tocamientos y distintas prácticas sexuales que no supusieron problema para calificarlos de delito, pero dado que el hecho se había cometido sin violencia e intimidación, fue calificado como abuso sexual con acceso carnal.

La dificultad para el juzgador residió en definir en qué subtipo agravado de abuso sexual quedaban subsumidos los hechos. Al tratarse de una incapaz, no podía prestar su consentimiento para mantener una relación sexual. ¿Entonces en este caso se podría encuadrar la conducta en el art. 181.5 e.r.c. el art. 180.1.3 CP?

Sin embargo, además, existía una relación de superioridad entre la incapaz y el sujeto activo, derivada de la propia incapacidad de la víctima. Por tanto, ¿se podría calificar también como delito del art. 181.5 e.r.c. el art. 180.1.4 CP?

Este suele ser uno de los conflictos a los que se tienen que enfrentar los juzgadores, sobre todo cuando la víctima es una persona con discapacidad especialmente necesitada de protección. Pues, si al autor se le castigara por ambos subtipos agravados, se estaría produciendo un *ne bis in idem*, es decir, se estaría castigando dos veces por un mismo hecho.

Así manifiesta su contrariedad Conde-Pumpido en la mencionada sentencia en relación con la ardua regulación que recoge nuestro CP:

“Esta argumentación es razonable y debe ser respetada. En efecto **la laberíntica regulación actual de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el CP 95**, que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo, todas ellas en el sentido de endurecer el tratamiento penal de estas conductas y de procurar contemplar toda agravación previsible, aconseja analizar con extremada atención la posibilidad, no remota, de incurrir en "bis in idem" sancionando doblemente un mismo comportamiento”.⁷

Conde-Pumpido concluye que:

“Para valorar este abuso ha de tomarse en consideración la naturaleza de la relación entre ambos, en concreto la diferencia de edad y condición, que es la que configura la relación sexual como manifiestamente abusiva, y que es lo que sucede en este caso.

⁷ STS nº 411/2014, de 26 de mayo, [FJ 4º]. La negrita es mía.

Pero estas mismas circunstancias, que son las que configuran el tipo básico, no pueden ser valoradas después, nuevamente, como agravaciones específicas”.⁸

Si bien esta dificultad no ha variado con respecto al CP de 2015 y en la actualidad siguen existiendo inconvenientes en la aplicación de uno u otro delito contra la libertad sexual. Por ejemplo, en cuanto a la concepción de intimidación, lo cual será tratado más adelante.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La determinación del bien jurídico protegido en los delitos sexuales ha sido siempre controvertida. En el CP 1944/1973 se hablaba de *honestidad*, pero no se precisaba el bien jurídico protegido.

Muchos autores ya criticaban el concepto de honestidad y su función de bien jurídico protegido. Entre aquellas críticas, destaca la de *Gimbernat*. Según él, los delitos contra la honestidad se cometen por acciones deshonestas e inmorales y en lo que coinciden todos esos delitos es en que “una acción deshonesto produce la lesión del bien jurídico de que se trate”.⁹

Otra corriente doctrinal sostuvo que el bien jurídico protegido tenía que estar representado por la *moral sexual*, definida por Muñoz Conde como “aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites el instinto sexual de las personas”.¹⁰

Sin embargo, para Antonia Monge Fernández, la concepción de moral sexual como bien jurídico protegido es peligrosa para la seguridad jurídica, debido al carácter fluctuante de la moral social. Además, al ser un concepto impreciso, permite que el juez haga valer sus propias concepciones personales conforme a la moral sexual dominante.¹¹

En definitiva, considerar la moral sexual como objeto protegido podría ser cuestionable desde la perspectiva del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que “...exige que el Derecho penal tenga por función principal la protección de uno o varios bienes jurídicos frente a conductas que los lesionen o pongan en peligro. Ello supone, en primer lugar, el rechazo del moralismo legal (es decir, de la criminalización de conductas

⁸ *Idem*.

⁹ GIMBERNAT. *Estudios de Derecho Penal*. Civitas, Madrid, 1976, pp. 197 y ss. Véase también. MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, pp. 20 ss.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 20.ª, 2015, p. 191.

¹¹ *Idem*.

meramente inmorales)”. En segundo lugar, supone “la exclusión del Derecho penal de conductas no peligrosas para el objeto de protección” (mediante la tipificación de aquellos comportamientos que no resulten dañinos para el bien jurídico protegido, o mediante la exclusión de hechos insignificantes para el mismo)¹².

El resultado de aquellas críticas, así como de la aplicación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, fue, como ya se ha mencionado anteriormente, que los “Delitos contra la honestidad” fueron sustituidos por los “Delitos contra la libertad sexual” mediante la LO 3/1989 de 21 de junio.

En la actualidad, la esfera de la libertad que afecta a la sexualidad es el bien jurídico protegido en el Título VIII del CP. Es decir, bien jurídico protegido de este tipo de delitos es sin duda la *libertad sexual*, concepto promovido por Díez Ripollés ya desde antes de la reforma del anterior CP en 1989, en virtud del cual, se tutela el derecho que toda persona tiene a decidir libremente la realización o no de actos de contenido sexual.¹³

Así, la libertad sexual significa la libre disposición de la persona de sus propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en el social. Es decir, se trata de la facultad de disponer del propio cuerpo o del ejercicio de la libertad sexual en libertad.¹⁴

Una misma idea aporta Orts en referencia al concepto de libertad sexual como “la facultad del ser humano de definirse autónomamente en el ámbito de la sexualidad”, esto es, “la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento por la de utilizar y servirse de propio cuerpo”.¹⁵

A partir de la reforma introducida por LO 11/1999, la rúbrica del Título VIII alude asimismo a la **indemnidad sexual**¹⁶, en caso de atentado contra la libertad sexual de menores e incapaces.

La indemnidad significa estado o situación de quien está libre de daño. Por tanto, la indemnidad sexual es el derecho de los menores y personas con discapacidad

¹² PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, *Revista General de Derecho Penal*, 29, 2018, pp. 6 y 7.

¹³ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 166.

¹⁴ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas* 2005, pp. 54 y ss.

¹⁵ ORTS BERENGUER, E., en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 199.

¹⁶ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p.166.

especialmente necesitadas de protección a no ser molestados y a no sufrir daño en el terreno sexual.¹⁷

La razón por la que en este caso no se habla de la libertad sexual propiamente dicha, sino de indemnidad sexual deriva del hecho de que los menores y determinadas personas con discapacidad especialmente necesitadas de protección son más vulnerables en cuanto a su capacidad de consentimiento, el cual se puede ver fácilmente viciado. Lo que no significa que no puedan prestar su consentimiento para mantener una relación sexual, lo cual dependerá del grado de discapacidad o de la edad de la víctima, sino que carecen o tienen limitada su capacidad para decidir libremente en este ámbito.¹⁸

En caso del menor, la prohibición de realizar actos de contenido sexual con los mismos se basa en que puede afectar al desarrollo de la personalidad y a su vida futura, produciendo un desequilibrio psíquico, al menos, en lo que al ámbito sexual se refiere; mientras que, en el caso de las personas con discapacidad especialmente necesitadas de protección, lo que se evita es que sean utilizados como objetos sexuales.¹⁹

En definitiva, la libertad y la indemnidad sexuales son los dos bienes jurídicos protegidos en los delitos sexuales.

3. SUJETOS DEL DELITO: SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.

En principio, en los delitos de agresión y abusos sexuales, el **sujeto activo** puede serlo cualquiera que realice la acción típica, es decir, la autoría del delito no está limitada a una persona de un determinado sexo. Por tanto, tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos de estos delitos. Por otro lado, el sujeto pasivo puede serlo cualquier persona.²⁰

La conducta típica de agresión y abuso sexual permite múltiples combinaciones: sujeto pasivo varón, sujeto pasivo mujer; sujeto activo varón y sujeto pasivo varón; sujeto activo mujer y sujeto pasivo varón; sujeto activo mujer y sujeto pasivo mujer.²¹

¹⁷ ORTS BERENGUER, E., en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p.199.

¹⁸ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p.166.

¹⁹ MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p.64. Véase también MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 20.ª, 2015, p. 191.

²⁰ MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p.64

²¹ *Idem*.

En definitiva, los delitos de agresión y abuso sexuales son un **delito común**, de sujeto activo indiferenciado, al no exigir ninguna cualidad en el sujeto que lleva a cabo la acción típica. Por tanto, la acción típica la podrá ejecutar cualquier persona, al margen del sexo u orientación sexual.²²

Si bien, dependiendo de la edad del sujeto pasivo la pena puede verse incrementada dada la mayor vulnerabilidad que presentan los menores. Así, en el caso de los abusos sexuales, el tipo delictivo aplicable será el regulado en el art. 183 CP si el sujeto pasivo es menor de 16 años; o el art.182 CP cuando se trate de menores de 18 años y mayores de 16 ²³. Para los casos de agresión sexual, en virtud del art.180.1.3 CP la pena podrá ser mayor cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

Sin embargo, dichas afirmaciones no son válidas para los tipos cualificados de los artículos 179, 180 y 181.4 CP, dado que el legislador exige ciertas cualidades en los sujetos del delito. Así, por ejemplo, el artículo 179 se refiere a tener *acceso carnal*, donde se suscita la cuestión sobre si la mujer puede ser sujeto activo de esta conducta. ²⁴

Algunos autores como Muñoz Conde dicen que la mujer no puede ser sujeto activo de las conductas consistentes en una penetración (vaginal, anal o bucal), entendida la que puede ser realizada por el órgano reproductor masculino, por lo que ésta solo puede cometer la modalidad de introducción de miembros corporales y objetos. ²⁵

Otros, como Orts dicen que “el acceso carnal por vía vaginal es un acto realizado tanto por el hombre como por la mujer que copulan, por el que el autor puede ser un hombre o una mujer (debiendo, en este segundo caso, pertenecer el sujeto pasivo al sexo opuesto”).

²⁶

Del mismo modo, en su día se abrió un debate sobre si podía haber delitos contra la libertad sexual en el matrimonio, es decir, siendo cónyuges los sujetos activo y pasivo. De esta manera, había distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales. Algunas consideraban que no existía delito sexual cuando el acto sexual era cometido contra el propio cónyuge. Otros decían que el acto era típico, pero no antijurídico porque

²³MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 20.^a, 2015, p. 191

²⁴ MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, pp.55 y ss.

²⁵ MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, 20.^a, 2015, p. 194.

²⁶ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5.^a, 2016, p.205

concurriría la exigencia de ejercicio legítimo de un derecho. Mientras que otras corrientes mantenían la semejanza entre la condición de cónyuge y de cualquier otras a efectos de calificar como delito sexual.²⁷

Ruiz Vadillo definía muy bien su postura, que se refleja en la realidad actual, en cuanto alegaba que “la base del bien jurídico, la libertad sexual, que no pierde una persona por el hecho de contraer matrimonio o vivir unida sentimentalmente a otra”.²⁸

Así lo viene manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

“Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación o agresión sexual, ni existen supuestos "derechos" a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación, o agresión sexual, y **no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando violencia o intimidación, tuviese acceso carnal o atentare contra la libertad sexual de su cónyuge** (Sentencias de 7 de noviembre de 1989 , 9 de marzo de 1989 , 14 de febrero de 1990 , 24 de abril y 21 de septiembre de 1992 , 23 de febrero de 1993 , 27 de septiembre de 1995 , 8 de febrero de 1.996 , 9 de Abril del 1997, núm. 584/97 y 17 de junio de 2008, núm. 436/2008 , entre otras)”.²⁹

“Este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, **libertad que no se anula por la relación conyugal**, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del otro cónyuge. Y, en el caso actual, la víctima hizo constar su falta de consentimiento de una forma expresa, manifiesta y activa, que solo mediante la violencia pudo ser superada”.³⁰

²⁷ SUÁREZ RODRÍGUEZ. *El Delito de Agresiones Sexuales asociadas a la violación*, 1995, p. 283.

²⁸ RUIZ VADILLO, *Actualidad Penal*, núm. 38 y 39, octubre 1990, p. 552. Véase también SUÁREZ RODRÍGUEZ. *El Delito de Agresiones Sexuales asociadas a la violación*, 1995, p. 283.

²⁹ STS nº 355/2013, Sala Segunda, de lo Penal, de 3 May. 2013, [FJ2]

³⁰ *Idem*.

CAPÍTULO II. LAS AGRESIONES SEXUALES

1. EL TIPO BÁSICO DE LAS AGRESIONES SEXUALES

El tipo básico de las agresiones sexuales se recoge en el **Título VIII del Código Penal**, concretamente en el **art.178 CP**, en virtud del cual:

“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.

La conducta del tipo básico de agresiones consiste en comportamientos violentos o intimidatorios de contenido sexual que no se dirigen a lograr el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, introducción de miembros corporales y objetos por vía vaginal o anal, integrados en las agresiones sexuales cualificadas o violación.³¹

Es decir, “comprende toda suerte de ataques, menos los consistentes en vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, integrados en las agresiones sexuales calificadas o violación”, por tanto, tan solo se dispone de una delimitación negativa en este tipo de delitos.³²

Por lo que puede consistir en cualquier comportamiento lascivo realizado con violencia o intimidación, atentatorio contra la libertad sexual de otro. Por tanto, “se considera agresión sexual (tipo básico) los tocamientos, caricias y otros, que supongan un contacto físico corporal entre el sujeto activo y pasivo, en cuyo caso habría que acudir al art.179 CP”.³³

Este delito está formado por:

- a) Un tipo objetivo, formado a su vez por dos elementos:
 - Atentado contra la libertad sexual de otra persona.
 - Cometer el delito mediante violencia o intimidación.

³¹ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p.167.

³² ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE, 5ª*, 2016, p.201.

³³ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p.167.

ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE, 5ª*, 2016, p.199.

- b) Un tipo subjetivo: el dolo y, para alguna doctrina, el ánimo lúbrico.

A continuación, se desarrollarán los aspectos esenciales de cada uno de ellos.

1.1. TIPO OBJETIVO

a. El atentado contra la libertad sexual

En el art. 178 CP no se delimitan las clases de conductas típicas, sino que se formula el tipo como atentado contra la libertad sexual, siendo típica toda conducta que afecte a ese bien jurídico (y en la que se den el resto de elementos del tipo que se analizarán más adelante). Este tipo requiere un acto sexual que se transforma en agresión porque **el sujeto pasivo no presta su consentimiento**.³⁴

En principio, el término atentado contra la libertad sexual parece exigir un **contacto corporal** entre los sujetos activo y pasivo (caricias, tocamientos).³⁵

Sin embargo, si bien en la mayoría de los supuestos se dará tal contacto físico entre agresor y víctima, cabe imaginar supuestos en los que no existe: por ejemplo, contactos que la víctima es obligada a realizar sobre un tercero o a sí misma (auto- contactos) ante la exigencia del autor de los hechos. De ahí que se proponga por alguna doctrina interpretar el contacto corporal en sentido restringido sobre el sujeto pasivo.³⁶

En esta línea, por ejemplo, Antonia Monge Fernández considera que “parece indudable que en un sentido material es posible atacar y lesionar la libertad e indemnidad sexuales mediante acciones que no supongan un contacto físico entre el agresor y la víctima”. Y añade que “la inexistencia de contacto corporal hay que entenderla en el sentido de que **no es preciso que exista dicho contacto entre el autor y la víctima, pero sí es preciso que exista algún tipo de contacto corporal en o sobre el cuerpo de la víctima**”.³⁷

Como ya he mencionado anteriormente, en este tipo delictivo básico (art.178 CP) no quedan comprendidos los actos de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o miembros corporales por vía vaginal o anal, característicos del delito de violación del art. 179 CP. Tampoco quedan comprendidos en el delito de agresiones sexuales aquellas conductas consistentes en la ejecución de actos de

³⁴ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, pp. 79 y ss.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Auto del TS de 4 de marzo de 1998. Véase también STS de 7 de mayo de 1998.

³⁷ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, pp. 79 y ss.

exhibición obscena o en la visión posterior de esos actos mediante su reproducción, *aunque medie violencia o intimidación*.³⁸ La razón por la que la doctrina considera que estos últimos actos no están incluidos en el precepto 178 es por comparación con el art. 185, el cual castiga los actos de exhibicionismo ante menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección sin limitar los medios, por lo que quedarían incluidos los casos en que se emplee violencia o intimidación. Y ello es porque si estos delitos vinieran incluidos en el art.178 CP se estarían castigando más gravemente estas conductas realizadas entre adultos, que si las mismas se efectuaran ante menores o incapaces. Por lo que la protección de estos dos últimos colectivos no tendría la protección que requiere su vulnerabilidad. ³⁹

Igualmente, la **ausencia de consentimiento de la víctima del acto sexual** es una condición esencial para su transformación en agresión sexual. Dicha ausencia de consentimiento constituye un ataque a la libertad en el ámbito de la sexualidad. En ningún caso cabe justificar la conducta en base al ejercicio de un pretendido derecho, como creer que una persona, por su anterior conducta, por ejemplo, el ejercicio de la prostitución, pierde su libertad de decisión.⁴⁰ En este sentido:

“La imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye el delito de violación, hoy agresión sexual, ya que la persona afectada, con independencia del modo que vive su sexualidad, conserva la autonomía de su voluntad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia”.⁴¹

“Aplicando a este supuesto la doctrina de la sentencia de 14 Feb. 1994, núm. 2160/1994, cabe señalar que a pesar de que haya existido un acuerdo previo para mantener relaciones sexuales, **es indudable que la víctima mantiene el derecho a poner límites a sus prestaciones (o a negarlas**, en atención al comportamiento de la otra parte) dado que --resulta redundante decirlo-- **en el acuerdo no enajena su condición de persona** y, por ello, el autor no puede tratarla como un objeto. Aun en el caso de que exista un consentimiento inicial de ejecutar ciertas acciones

³⁸ MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, 20^a, 2015, pp.190.

³⁹ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, pp. 79 y ss.

⁴⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A. en: *CP. Doctrina y Jurisprudencia* t. II. 1997, p. 2163.

⁴¹ STS nº 1667/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de octubre de 2002, [FJ10].

sexuales, los acusados no tienen derecho a recurrir a la violencia para imponer brutalmente la ejecución forzada de lo que sus víctimas ya no quieren realizar voluntariamente”.⁴²

“Doctrina que constituye una ineludible consecuencia de la definición del bien jurídico protegido como libertad sexual, es decir una parcela básica de la libertad individual, lo que impone tutelar la autodeterminación sexual de todos los individuos en cada momento, sin que resulte aceptable, a efectos de tutela penal, transformar esta libertad en un valor meramente patrimonial, aun cuando el sujeto previamente, en uso de su libertad, haya comerciado con su sexualidad”.⁴³

Lo mismo ocurre en cuanto a la antigua concepción de los delitos contra la libertad sexual en el matrimonio.⁴⁴

b. Violencia o intimidación

El segundo requisito para que exista delito de agresión sexual, además de la falta de consentimiento en la realización de un acto sexual, es la presencia de violencia o intimidación, “y es aquí donde más claramente se muestra la voluntad contraria del sujeto pasivo y, por tanto, donde se protege en su sentido más estricto como libertad de decisión en esta esfera”.⁴⁵ De hecho, como se desarrollará más adelante, la exigencia de violencia o intimidación es el elemento diferenciador entre el delito de abusos sexuales y de agresiones sexuales.

Sin embargo, **este elemento no es suficiente para originar el delito cuando existe consentimiento.** Por ejemplo, los actos de sadomasoquismo no pueden ser calificados como agresión sexual pues en ellos, aunque medie violencia, el sujeto pasivo consiente el acto sexual.⁴⁶

La violencia o intimidación tiene que estar relacionada con la agresión sexual, aunque no sea necesaria una relación causa efecto entre aquéllos y la pérdida de la libertad. Por el

⁴² *Idem.*

⁴³ STS nº 1667/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de octubre de 2002, [FJ10].

⁴⁴ Véase *supra*, Capítulo I.

⁴⁵ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p.169; ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p.201

⁴⁶ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.) *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p.169

contrario, hay algunos autores como Orts que consideran que “entre la violencia y la acción sexual ejecutada ha de haber una conexión causal, de modo tal que pueda afirmarse que la segunda se ha producido como consecuencia de haberse utilizado la primera”.⁴⁷ Exactamente lo mismo manifiesta este autor sobre la intimidación.

La violencia o intimidación puede ser ejercida de cualquier manera en la víctima, es decir, no existe una lista cerrada con determinadas conductas. Si bien, dicha violencia o intimidación debe ser suficiente anular la libertad sexual de la víctima.⁴⁸

A continuación, se pasará a desarrollar con más detalle los conceptos de violencia e intimidación.

b.1. La violencia

Comenzando por el término de “violencia”, este concepto ha sustituido al de “fuerza” del anterior CP de 1944/1973, por tratarse el primero de un término referido a las personas y no a las cosas. De esta manera, la fuerza se reserva para las cosas mientras que la violencia o *vis física* es un término para las personas.⁴⁹

“La violencia consiste en la **aplicación de fuerza física sobre el cuerpo de la propia víctima**. En este sentido, el término violencia equivale a **acometimiento, imposición material, uso de la fuerza física** u otra semejante que vale para vencer la voluntad de la víctima y que, por tanto, haga inútil la negativa a realizar el acto sexual”.⁵⁰

La violencia ha de ponderarse atendiendo al conjunto de circunstancias que rodean al hecho, a los sujetos (edad, fuerza), al lugar donde se comete el hecho, la ocasión y el entorno, entre otros.⁵¹

Por otro lado, la fuerza física aplicada a un sujeto distinto de la víctima, también llamada *vis in rebus* o fuerza en las cosas, podrá constituir modalidades concretas de provocar intimidación en sujeto pasivo, pero no son por sí mismas constitutivas de la violencia típica de este delito.⁵² Es decir, “no solo hay que atender a la fuerza física, sino también

⁴⁷ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 205

⁴⁸ [WOLTERS KLUWER](#). *Guías jurídicas: Las agresiones sexuales*.

⁴⁹ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 170

⁵⁰ [WOLTERS KLUWER](#). *Guías jurídicas: Las agresiones sexuales*.

⁵¹ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 205

⁵² MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, pp. 86 y ss.

a la fuerza física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor energía física aplicará el autor”.⁵³

Como indica Gimbernat “la inicial violencia puede terminar generando intimidación cuando se amenaza a la víctima con seguir ejerciendo la vis física demostrada lo que no es obstáculo para calificar el hecho como agresión violenta”.⁵⁴

Asimismo, es posible que la violencia sea ejercida por otra persona distinta a la que realiza el acto sexual. Esto ocurre por ejemplo cuando una persona sujeta a la víctima y es otra la que realiza el acto carnal.⁵⁵

Por otro lado, no es necesario que la violencia sea irresistible o absoluta, bastará que sea suficiente y eficaz para doblegar la voluntad contraria a la realización del acto sexual de que se trate. La violencia se mide, por tanto, “por su idoneidad, por su eficacia, no por su cantidad”.⁵⁶

En este sentido, no es necesaria una resistencia continuada del sujeto pasivo, el cual puede, apenas comiencen los actos de violencia, tolerar (que no consentir) la agresión sexual para evitar males mayores.⁵⁷ Dada la dificultad que plantea el término de resistencia, este será tratado más adelante con mayor precisión⁵⁸.

b.2. La intimidación

La intimidación consiste en la **amenaza de un mal que constriñe la voluntad del sujeto pasivo**. Supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza o amedrentamiento, uso de violencia compulsiva o violencia psíquica, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente o grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos, perturbando la facultad volitiva de la víctima.⁵⁹

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ GIMBERNAT. *Estudios de Derecho Penal*. Civitas, Madrid, 1976, pp. 179-180; véase también LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 170.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, pp.205

⁵⁷ MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, 20ª, 2015, p. 192.

⁵⁸ Véase *infra*, Capítulo III.

⁵⁹ CONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., en: *CP. D y J*, t. II, 1997, p. 2166.

En opinión de Antonia Monge Fernández: “la intimidación se identifica con la amenaza de un daño ilícito (y en algunos casos lícito), sometida a una condición ilícita”.⁶⁰

Sin embargo, como mantiene la jurisprudencia, la intimidación ha de revestir las características de suficiencia y entidad bastante para vencer la resistencia del sujeto pasivo sin que precise ser absoluta ni irresistible, pues se mide por su eficacia, no por su cantidad y ha de estar causalmente unida al acceso carnal (SSTS 25/10/2002 de 2/10/2006, 3/2/2015).⁶¹

En otras palabras: el concepto intimidación se basa en la "vis compulsiva", en virtud de la cual **el sujeto pasivo cede a la actividad sexual para evitar un mal mayor sobre su persona o bienes o sobre los de un tercero** con el que tenga una relación íntima o estrecha que le provoque ceder ante ese comportamiento (hijos, ascendientes, cónyuge, entre otros). A juicio de Antonia Monge Fernández, “no se requiere ni parentesco ni vínculo afectivo entre el agresor y la víctima, siendo suficiente que la amenaza anunciada surta su efecto intimidatorio en la persona amenazada”.⁶²

Es imprescindible que el sujeto esté intimidado y convencido de que ese mal con que se amenaza puede hacerse real en cualquier momento. Y es en ese momento, cuando la víctima está convencida de que la amenaza es real, cuando existe la intimidación.⁶³

Por tanto, la amenaza debe ser grave, seria, inmediata y efectuada por el sujeto que efectúa el acto sexual o un tercero. Tampoco es necesario que el mal se prolongue ininterrumpidamente, sino que basta con que la exteriorización de la amenaza resulte operativa.⁶⁴

En cuanto a la gravedad, para Gimbernat, debe reunir los siguientes requisitos: “a) tratarse de un mal constitutivo de delito, b) que el delito cuya realización se amenaza esté sancionado con una pena igual o superior a la violación y c) que en caso de tener una pena menor constituya un ataque contra la integridad corporal”.⁶⁵

⁶⁰ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p. 96.

⁶¹ ORTS BERENGUER, E., en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 205

⁶² MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, pp. 98 y ss.

⁶³ ORTS BERENGUER, E., en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 207.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ GIMBERNAT, *Estudios de Derecho Penal*. 1976, pp. 184 y ss., citado en LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 171.

La tesis anterior no tiene en cuenta aquella amenaza que no es delito, pero que sí se presenta como grave para la víctima.⁶⁶

En lo que respecta la edad del sujeto pasivo y el contexto social o familiar que le rodean, son factores decisivos para valorar hasta qué punto la intimidación puede tener el grado suficiente para integrar el tipo de alguno de estos delitos. No se trata, por tanto, de que sea el sujeto pasivo quien determine, con su personal sentimiento de valoración, cuándo la intimidación puede ser suficiente para considerar el acto sexual como agresión sexual o, en su caso, como violación, sino que el juzgador tenga en cuenta las circunstancias que conocía el agresor y que han llevado al acto sexual.⁶⁷

b.2.1. Crítica a los criterios actuales de delimitación del concepto de intimidación en los delitos sexuales.

A continuación, expondré la polémica actual relativa a los criterios actuales para la delimitación del concepto de intimidación en los delitos sexuales.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia española ha intentado explicar el concepto de intimidación desde un criterio mixto. Este exige, como se ha podido ver, una amenaza concreta, grave, real y que además produzca un determinado efecto en el sujeto pasivo. Así, el criterio objetivo se caracteriza por su exigencia de un mal relevante; mientras que el subjetivo se basa en la necesidad de probar el efecto en la víctima⁶⁸

Los seguidores del criterio parten tanto de la crítica al criterio objetivo, que en su opinión limita demasiado los supuestos típicos de intimidación; como de la crítica al criterio subjetivo, por las dificultades probatorias de determinación del efecto psicológico que necesariamente debe producirse en la víctima.⁶⁹

En definitiva, cabe preguntarse en primer lugar si es necesaria una amenaza; y en ese caso, cómo se determina la gravedad del mal amenazado.⁷⁰

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ MUÑOZ CONDE. *DP, PE*. 20ª, 2015, p. 193.

⁶⁸ GONZÁLEZ GUERRA. *Delitos contra la libertad sexual*, 2015, pp. 129 y ss.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ GONZÁLEZ GUERRA. *Delitos contra la libertad sexual*, 2015, pp. 129 y ss.

Si se afirmara que esa determinación de la gravedad corresponde a los tribunales, se estaría pretendiendo erróneamente que éstos deben juzgar cuándo una amenaza es seria desde la perspectiva interna de quien la formula.⁷¹

En segundo lugar, cabría analizar el efecto psicológico de la víctima: ¿llegó la víctima efectivamente a temer?, ¿es la acción del autor intimidatoria?, ¿conoció el autor el efecto intimidatorio de su amenaza? Por tanto, la **intimidación** se presenta como un criterio **impreciso**.⁷²

Aunque existen otros, lo anterior corresponde tan solo a la crítica del criterio más común utilizado para la delimitación de la intimidación.

Me gustaría poner esta crítica en relación con el caso de la Sentencia de “La Manada”⁷³ que va a ser analizada en el presente trabajo, pues una de las críticas a dicha sentencia versa sobre la existencia o no de intimidación en un caso en el que finalmente el tribunal falló a favor la calificación jurídica de abuso sexual. En este sentido, ¿se podría considerar intimidación que cinco hombres en edad adulta se queden a solas, y en un reducido espacio, con una chica de apenas 18 años?

1.2. EL TIPO SUBJETIVO: EL DOLO

Como ya se ha analizado, la conducta necesaria para que exista el delito de agresión sexual consiste en un acto de naturaleza sexual, realizado con violencia o intimidación, y en contra de la voluntad del sujeto pasivo.⁷⁴ Desde una perspectiva subjetiva, el delito de agresiones es un delito doloso y no está prevista la comisión imprudente.⁷⁵

De acuerdo con la doctrina dominante, el dolo está integrado por un elemento intelectual y otro volitivo, esto es, se trata de la conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. Por tanto, el dolo de las agresiones sexuales del art.178 CP está constituido por el conocimiento del sujeto activo de que está realizando un acto sexual en

⁷¹ *Idem*.

⁷² GONZÁLEZ- CUÉLLAR GARCÍA, A., en: *CP. D y J*, t. II, 1997, p. 2166.

⁷³ Véase *infra*, capítulo V.

⁷⁴ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p.111. Véase también *supra*, apartado 1.1.

⁷⁵ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p.172

el cuerpo de otro, con violencia o intimidación, y sin el consentimiento del sujeto pasivo; y, por tanto, sin la voluntad de realizar dicho acto ⁷⁶.

Para muchos autores, el dolo requiere la comprensión del significado social del hecho, es decir, **que el autor conozca su significado sexual**. Así, para Muñoz Conde, basta con que el autor tenga conocimiento de que realiza una agresión de carácter sexual. ⁷⁷ Del mismo modo, para Antonia Monge Fernández es rechazable la concepción de dolo como mero conocimiento de la realización del tipo.⁷⁸

Además, “el dolo debe ser directo”.⁷⁹

Existe cierta polémica sobre si se requiere algún elemento subjetivo de lo injusto adicional y distinto del dolo, pues durante muchos años la doctrina mayoritaria, e incluso cierta jurisprudencia, opinaban que en los delitos sexuales había que requerir el “ánimo lúbrico” o tendencia lasciva como un elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo.⁸⁰ Así, por ejemplo, según ha señalado el Tribunal Supremo en el pasado:

“Exige su apreciación la concurrencia de los siguientes requisitos: a) una acción, consistente en atentar contra la libertad sexual de otra persona; b) en la acción del atentado ha de mediar violencia o intimidación; y, c) que haya acceso carnal. Se requiere tanto un requisito objetivo de la acción proyectada por el cuerpo de la persona ajena, como el elemento subjetivo o intencional, **representado por la finalidad lúbrica o deshonesto, hasta el punto de que se ha afirmado que se trata de un delito de tendencia, en el cual el elemento subjetivo que tiñe de antijuridicidad la conducta, está constituido por el ánimo libidinoso o propósito de satisfacción sexual**”.⁸¹

En la gran mayoría de estos delitos el autor obra con tendencia lasciva, pero no siempre es así, pues se realizan actos de carácter sexual con fines de venganza, burla, curiosidad,

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 19ª, 2013, p.216. Véase también LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*”, 2016, p. 172.

⁷⁸ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p. 111.

⁷⁹ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 172.

⁸⁰ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p. 116.

⁸¹ Auto TS nº 2693/2001, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 dic. 2001, [FJ3].

despecho, etc. Por eso, en la actualidad la doctrina y jurisprudencia mayoritarias determinan que el único elemento subjetivo es el dolo.⁸²

Es bastante aclaratoria en este sentido la opinión de Antonia Monge Fernández, según la cual: **“lo decisivo es la finalidad de involucrar a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad**, con independencia de cuál sea el ánimo, la tendencia, o la finalidad específica perseguidas por el autor, pues lo relevante debe ser únicamente el atentado a la libertad sexual de la víctima, de ahí que solo se exija un dolo genérico, resultando antijurídica la conducta por la mera concurrencia de los elementos objetivos requeridos en el tipo legal”.⁸³

En esta misma línea se manifiesta la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo:

“Desde la tipicidad objetiva lo relevante es una conducta con un inequívoco contenido sexual, in consentida o viciadamente consentida, que sea agresiva en la libertad o a la indemnidad sexual. El tipo penal del abuso sexual no requiere un elemento subjetivo específico que, a veces, se ha expresado con la identificación de unos ánimos, lascivo, lúbrico o libidinoso, sino que como delito contra la libertad requiere en su tipicidad subjetiva el dolo entendido, en su acepción clásica, como conocimiento y voluntad de agredir la libertad sexual o la indemnidad de una persona, sin necesidad de que se concrete en un ánimo lúbrico o libidinoso, que no viene requerido por la tipicidad”.⁸⁴

“La tipicidad subjetiva no requiere una finalidad libidinosa (STS 424/2017, de 13 de junio), lo que exige es la descripción de la naturaleza sexual del acto que se realiza voluntariamente y, junto a ello, la concurrencia de la afectación del bien jurídico, la libertad y la indemnidad sexual. Ciertamente, es normal que las sentencias para dar un mayor énfasis a la conducta expresen la finalidad libidinosa, pero no es una exigencia típica, de manera que puede atentarse a la libertad e indemnidad sexual, como en el caso de esta casación, sin que concurra el ánimo que se menciona en el hecho, de la misma manera que puede agredirse a la libertad sexual por una finalidad de odio, racismo, xenofobia, etc. (411/2014, de 26 de mayo, 897/2014, de 15 de diciembre)”.⁸⁵

⁸² MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p. 116.

⁸³ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p. 117.

⁸⁴ STS nº433/2018, Sala Segunda, de lo Penal de 28 Sep. 2018.

⁸⁵ *Idem*.

1.3. COMISIÓN POR OMISIÓN

¿El delito de agresión sexual puede cometerse por omisión? En todos los delitos se hace el mismo planteamiento cuando se quiere responder a esta pregunta: ¿se puede cometer el delito por omisión a título de autor? Y cabe preguntarse si cabe la participación por omisión, ya que en este caso la respuesta es siempre afirmativa independientemente de cuáles sean los requisitos exigidos para la participación por omisión. También es obvio que en el delito de agresión sexual caben tanto la cooperación necesaria como la complicidad por omisión.⁸⁶

Antonia Monge Fernández plantea que, al no tratarse de un delito de propia mano, en principio sería admisible la comisión por omisión del delito de agresión sexual cuando un sujeto no impide o evita que otro lleve a cabo una acción de carácter sexual contra la voluntad de la víctima. Sin embargo, esta autora matiza y expone un argumento para negar la posibilidad de autoría por omisión. Así, como la conducta típica del art.178 CP, se describe con el verbo atentar, que es sinónimo de agredir, “la omisión no puede ser conceptualizada en absoluto como agresión, ni, por tanto, como atentado a la libertad sexual”. Esta es la opinión dominante.⁸⁷

En este sentido, algunos autores como Díez Ripollés, distinguen entre la modalidad de agresión sexual violenta y la intimidatoria: en la primera, es necesario que se produzca una acción violenta causada por un tercero, y que el sujeto activo aproveche tal circunstancia para realizar la conducta sexual. Así, este autor considera que se produciría una violencia omisiva en los comportamientos ejecutados sobre una víctima maniatada e inmovilizada, que por ello no puede oponer resistencia. Aunque dichas conductas implicarán en ocasiones el empleo mínimo de fuerza física por el agresor, constatándose la presencia de violencia activa.⁸⁸

En el caso de comisión por omisión en la modalidad intimidatoria de la agresión sexual, esta se produce cuando el agresor se aprovecha de una situación intimidatoria previa, no causada por él, dentro de un contexto de posición de garante que le genera un deber de evitar esa situación y considerándose equivalente a una conducta activa.⁸⁹

⁸⁶ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p. 117.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ Díez Ripollés, *Comentarios al Código Penal Parte Especial, Vol. II, 2004*, p. 294. Véase también: MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p. 117.

⁸⁹ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p. 120.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado el concepto de “agresión” en un ámbito restrictivo y ha afirmado en numerosas sentencias que éste debe consistir en un acometimiento personal, de carácter material o físico. Aunque niega tal exigencia en otros casos para compensar la drástica reducción de los bienes jurídicos defendibles.⁹⁰

1.4. ITER CRIMINIS Y CONSUMACIÓN DEL DELITO

Las agresiones, como los abusos sexuales, son delitos de mera actividad ya que no requieren un resultado diferenciado de la acción sexual alguno.⁹¹

Estos delitos se consuman con la realización de tocamientos con contenido sexual, junto con el empleo de violencia o intimidación sobre la víctima.⁹²

No obstante, lo cual, **se permite la tentativa (inacabada)**. Para ello, es necesario que se haya dado inicio a la ejecución del delito, empleando violencia o intimidación, pero sin llegar a realizar acto o tocamiento sexual alguno.⁹³

En lo que respecta a los actos preparatorios, ¿los actos preparatorios se castigan en este tipo de delito? Siguiendo el principio de impunidad de los actos preparatorios, y teniendo en cuenta que el CP no prevé expresamente la punición de la conspiración, provocación ni proposición para esta clase de delito, hay que concluir que las conductas que no hayan pasado de esta fase del *iter criminis* quedan impunes.

1.5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. CONCURSOS DE DELITOS

En cuanto a los sujetos del delito, teniendo en cuenta la redacción del art. 178 CP, cualquier persona puede ser sujeto activo o pasivo con independencia del sexo, basta con que sea un ser humano.⁹⁴

La persona que realice la conducta descrita en el tipo delictivo será la autora del delito. Además, son posibles las diversas formas de participación reguladas en los arts. 28 y 29

⁹⁰ MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p. 120.

⁹¹ ORTS BERENGUER, E., en: González Cussac (coord.), DP, PE, 5ª, 2016, p. 208

⁹² LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 172

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 173

CP. Así, por ejemplo, cuando un sujeto sujeta o amenaza a la víctima mientras el otro lleva a cabo la conducta sexual, se suele calificar la conducta como participación por cooperación necesaria.⁹⁵ Esta es la opinión del Tribunal Supremo y de un sector de la doctrina.

Sin embargo, para otros autores como Lamarca, este supuesto “constituye más bien un supuesto de coautoría donde cada sujeto realiza una parte de la conducta típica que consiste no solo en el comportamiento sexual, sino en ejecutarlo precisamente por medio de violencia o intimidación”.⁹⁶ En una misma línea se manifiesta Orts Berenguer: “no se requiere que todos los participantes ejecuten la agresión sexual, basta con que colaboren a que alguno de ellos la realice”.⁹⁷

En caso de que se trate de actuaciones conjuntas o en grupo, este hecho ya puede constituir por sí solo una amenaza suficiente para el sujeto pasivo, produciéndose los que Orts Berenguer denomina: intimidación ambiental.⁹⁸ La razón de ello es que en estos casos la víctima presenta mayores dificultades para negarse a las pretensiones de los agresores. Asimismo, supone una superior lesividad para el bien jurídico un ataque en grupo.⁹⁹

Por último, y a diferencia de lo que ocurría anteriormente, en la actualidad cabe la posibilidad de que pueda utilizarse a un tercero como instrumento obligándole, con violencia o intimidación, a que realice con otro una conducta sexual. Es decir, cabe la autoría mediata en este tipo de delitos.¹⁰⁰

En cuanto a los concursos, cabe apreciar **delito continuado** en los delitos contra la libertad sexual, el cual se produce cuando los mismos sujetos y en los mismos hechos, se ejercen varias conductas de agresión sexual o violación.¹⁰¹ En cuanto al concurso de leyes, existe cuando los actos de agresión sexual que se dirigen a consumir el acceso canal o la introducción de objetos quedan subsumidos en el tipo cualificado, excepto

⁹⁵ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.) *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 173.

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ ORTS BERENGUER, E., en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 213.

⁹⁸ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 173.

⁹⁹ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 175.

¹⁰⁰ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 173.

¹⁰¹ ORTS BERENGUER. en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, pp. 209 y 210.

cuando la conducta sexual es innecesaria y grave para la realización de la violación, en cuyo caso habrá concurso de delitos.¹⁰²

2. AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS (O VIOLACIÓN) Y OTROS SUBTIPOS AGRAVADOS

2.1. TIPO CUALIFICADO DEL ART. 179 CP: EL DELITO DE VIOLACIÓN

a. Conductas típicas

La conducta típica del delito de violación se recoge en el artículo 179 del Código Penal:

“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 seis a 12 años”.

Para que se produzca la violación, se requieren los mismos elementos que los del tipo básico ya analizados y, además, que la agresión sexual consista en:

1) Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal.

Esta conducta comprende tanto la acción de penetrar por parte del autor, como la conducta de obligar a la víctima a que la realice.¹⁰³

Esta implica necesariamente la intervención de un hombre, pues supone la penetración de su órgano genital por una de esas vías. Por tanto, la conducta de acceso carnal no podrá ser típica entre dos mujeres.¹⁰⁴

En general, se entiende consumada esta conducta por el acoplamiento del órgano viril en la vagina, o por su introducción en alguna de las dos otras vías (STS 13/10/2005; 27/5/2005, 30/4/2007).¹⁰⁵

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 168.

¹⁰⁴ ORTS BERENGUER. en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 202. Véase también, LAMARCA PÉREZ en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 174.

¹⁰⁵ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 202.

2) **Introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (i.e., vaginal o anal).**

La introducción de miembros u objetos plantea la duda de cuáles han de ser los medios comisivos. Doctrina y jurisprudencia suelen achacarlo a cuerpos sólidos semejantes en tamaño y forma al órgano sexual masculino (STS 23 de marzo de 1999), cosas corpóreas e inanimadas, que reúnan las condiciones para el ejercicio de la sexualidad. Respecto a los miembros corporales, hay que entender partes del cuerpo como manos, dedos o lengua.¹⁰⁶

b. *Iter criminis* y consumación.

“La introducción de miembros corporales u objetos requiere, como su propio nombre indica, que el objeto en cuestión sea introducido en la cavidad anal o vaginal. El acceso carnal por penetración de miembro viril exige para su consumación un mínimo de penetración del pene en la cavidad anal, bucal o vaginal”, según ha sido expuesto por Muñoz Conde.¹⁰⁷

Lo dispuesto en el art. 179 permite la tentativa. Aunque es difícil de precisar en la práctica por los actos exteriores, ya que es complicado saber cuándo el sujeto pretendía acceder carnalmente o solo realizar tocamientos sexuales. Si el autor pretende tener acceso por vía vaginal, anal o bucal y emplea para ello violencia o intimidación, pero antes de conseguir su propósito desiste voluntariamente de ello, no se le puede castigar por el tipo cualificado del art.179, pero sí por el tipo básico de agresión sexual, siempre que no haya habido consentimiento para ello.¹⁰⁸

c. Autoría y participación. Concursos.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, en este delito los sujetos activos y pasivos pueden serlo cualquiera: tanto un hombre como una mujer puede ser autores.¹⁰⁹

¹⁰⁶ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 168. Véase también ORTS BERENGUER, E., en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 202

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, 20ª, 2015, p. 195.

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ Véase *supra*, Capítulo I.

Al igual que en el tipo básico de agresión sexual, la violación no es un delito de propia mano sino que cabe la autoría mediata. Como ya se ha citado anteriormente, la realización de la violencia o intimidación por un tercero distinto al que realiza la acción de acceder carnalmente o introducir objetos constituirá coautoría, para unos autores, y participación, para otros.¹¹⁰

En este delito rigen las reglas generales de la participación, por lo que caben la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. En cuanto a la cooperación necesaria, esta podía consistir en ayuda física (por ejemplo, para sujetar a la víctima), o verbal o gesticular (amenaza).¹¹¹

En cuanto a los concursos, es muy frecuente que, con anterioridad a realizar una violación, se haya efectuado alguna conducta del tipo básico de agresión sexual. Si bien éstas no se pueden castigar de manera individualizada, sino que quedan subsumidas en el tipo más grave, que es la violación. Lo mismo ocurre con las posibles lesiones leves, coacciones o amenazas que se puedan ocasionar a la víctima.¹¹²

Hay ocasiones en que unas lesiones graves pueden dar lugar a concurso de delitos cuando exista dolo del autor de lesionar con independencia del de atentar contra la libertad sexual:

“Se sienta una regla general esencialmente expansiva y sólo en supuestos extraordinarios cabrá apreciar la existencia de un concurso ideal. Evidentemente estos supuestos sólo podrán ser determinados caso por caso teniendo en cuenta las especiales características o circunstancias del mismo, lo que además tendrá que ser patente en los hechos probados de la sentencia. Así, especialmente en el delito de violación la regla es que comporta siempre un trauma psicológico y el Legislador ya ha previsto ello a la hora de fijar la pena correspondiente. Sin embargo, en línea de principio no pueden excluirse traumas extraordinarios consecuencia de acciones especialmente vejatorias que puedan justificar la punición del delito de lesiones psíquicas, o lo que es lo mismo **casos en que pueda reconocerse el dolo del autor de lesionar psíquicamente a la víctima, con independencia del de atentar contra la libertad sexual, donde naturalmente tiene cabida no sólo el directo sino el eventual**”.¹¹³

¹¹⁰ Véase *supra*. Capítulo II.

¹¹¹ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 204

¹¹² ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 209

¹¹³ STS nº 491/2003, Sala Segunda, de 13 de nov de 2003, en relación por ejemplo con las lesiones psíquicas.

En los casos de detención ilegal, se puede dar un concurso medial dado que existe una relación de medio a fin entre dicha detención y la posterior agresión sexual. Si bien, puede convertirse en un concurso real si la detención se alarga después de del delito sexual.¹¹⁴

Por otro lado, el Tribunal Supremo determina que cabe el delito continuado “a) cuando la repetición del acto sexual se produce de manera seguida e inmediata con el mismo sujeto pasivo”; b) en el mismo marco de la misma ocasión, en análogas circunstancias de tiempo y lugar, bajo la misma situación de fuerza o intimidación; y c) cuando todos los actos responden al mismo impulso libidinoso no satisfecho hasta la realización de esa pluralidad con o sin eyaculación (STSS 4/12/2000, 26/3/2003, 23/4/2004, 30/1/2009)”.¹¹⁵

115

2.2. LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ART. 180 CP

El artículo 180 del Código Penal recoge 5 subtipos agravados:

1ª) Cuando la **violencia o intimidación** ejercidas revistan un carácter particularmente **degradante o vejatorio**. Es decir, que el autor sea capaz de humillar al sujeto pasivo. En este caso para que se pueda aplicar este subtipo agravado, la violencia o intimidación siempre deben ser graves y, además, presentar estos rasgos específicos.¹¹⁶

2ª) Cuando los hechos se cometan por la actuación **conjunta de dos o más personas**.¹¹⁷

En este sentido, es muy interesante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 20/10/1999, y de 17/1/2001) en cuanto a la existencia de cooperación necesaria. Así:

Existe cooperación necesaria cuando “se produce una violación en la que la presencia de varios individuos, sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realizan, actúa como **componente intimidatorio**, aunque no realicen acto alguno, produciéndose lo que puede denominarse gráficamente **intimidación ambiental**, porque la simple

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p.p. 210

¹¹⁶ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 209

¹¹⁷ Véase *supra*. Capítulo II.

concurrancia de una o varias personas, distintas del agresor efectivo, produce en el agredido un estado de indefensión real o efectivo”¹¹⁸.

En el Capítulo V se comprobará si estas afirmaciones se cumplen en la práctica.

3ª) Cuando la víctima sea **especialmente vulnerable**, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, al avanzado estado de gestación de la víctima o su estado de embriaguez (STS de 22 de noviembre de 2005).

La vulnerabilidad hace referencia a la facilidad con la que alguien puede ser atacado y lesionado, por lo que no depende de la fuerza del atacante, sino del estado de la víctima.

119

4ª) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya **prevalido** de una relación de **superioridad o parentesco**, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. Este subtipo agravado pretende castigar la mayor facilidad que tiene el autor para realizar el delito sexual cuando existe algún parentesco con la víctima o algún tipo de superioridad. Es decir, este subtipo añade una ventaja para el agresor, de la cual se prevalece.¹²⁰

5ª) Cuando el autor haga uso de **armas u otros medios igualmente peligrosos**, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los [artículos 149 y 150 del CP](#), sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

Basta con el uso de tales medios para aplicar esta circunstancia, si bien el uso del arma para asustar a la víctima formará parte de la intimidación y no de este subtipo agravado (STS 22 de diciembre de 1997).¹²¹

Como manifiesta Muñoz Conde, “la razón de la cualificación reside en algunos de los supuestos en la inferioridad en que se encuentra la víctima respecto al autor o autores de la agresión sexual. Esto es especialmente evidente en la circunstancia 2ª, en que la

¹¹⁸ SSTS de 20/10/1999, y de 17/1/2001, citadas en: ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 210.

¹¹⁹ ORTS BERENGUER. en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 213

¹²⁰ ORTS BERENGUER. en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 214

¹²¹ *Idem*.

actuación conjunta de dos o más personas no requiere que las dos o más personas lleguen a realizar el contacto corporal, sino que basta que una de ellas ejerza la violencia o intimidación sobre la víctima, mientras que la otra accede carnalmente”.¹²²

Así, el delito existe tanto si el agresor emplea la violencia o intimidación, como si se aprovecha o beneficia de la empleada por los demás partícipes. En el caso de que concurren sucesivas penetraciones de varios sujetos sobre la misma víctima, la Sala Segunda ha resuelto que cada uno es responsable, no solo de un delito por lo personalmente efectuado, sino de los cometidos por los restantes como cooperador necesario de su realización.¹²³

¹²² MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, 20^a, 2015, p. 198.

¹²³ LUZÓN CUESTA. *Compendio de Derecho Penal. PE*, 2010, p. 87.

CAPÍTULO III. LOS ABUSOS SEXUALES

1. CONCEPTO

Los abusos sexuales están tipificados en los arts. 181 y 182 CP, y según Orts “consisten en la realización de actos salaces atentatorios a la libertad sexual de otra persona, sin el consentimiento válido de ésta y sin violencia ni intimidación”.¹²⁴

En una misma línea se pronuncia Lamarca, definiendo los abusos sexuales como “aquellos comportamientos que se caracterizan por la realización de conductas de contenido sexual sin hacer uso de la violencia o intimidación”.¹²⁵

Según Muñoz Conde: “la diferencia fundamental con las agresiones sexuales es la no concurrencia de violencia o intimidación en los abusos como medios de ataque a la libertad sexual, pero tienen en común con aquéllas que se trata de un ataque a la libertad sexual no consentido o con consentimiento viciado”.¹²⁶

2. CLASES O TIPOS

Para explicar los abusos sexuales y sus subtipos, Orts los divide en tres grupos, en función del grado de falta de consentimiento o de consentimiento viciado que se aprecie en la víctima. Son los siguientes:

- 1) Abuso sexual no consentido.
- 2) Abuso sexual de prevalimiento
- 3) Abuso sexual fraudulento o con abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

Además, puede haber abusos sexuales con acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o con introducción de objetos o miembros corporales por vía vaginal o anal (art. 181.4 C.P), con una pena de 4 a 10 años de prisión. También hay otro subtipo agravado si concurren las circunstancias 3º o 4º del art. 180.

A continuación, se analizarán los abusos sexuales en los tres apartados anteriores.

¹²⁴ ORTS BERENGUER, E., en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 217

¹²⁵ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 178.

¹²⁶ MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, 20ª, 2015, p. 199.

2.1. ABUSO SEXUAL NO CONSENTIDO

Los **abusos sexuales no consentidos** son los regulados en los números 1 y 2 del art.181 CP.

La falta de consentimiento es requisito fundamental, bastando simplemente que el sujeto activo aproveche el descuido del sujeto pasivo. En este sentido, el consentimiento, incluso tácito, excluye la tipicidad, lo cual no quiere decir que cualquier contacto corporal signifique automáticamente un abuso sexual si el sujeto no consiente el mismo. Por ejemplo, un apretón de manos.¹²⁷

El legislador especifica en el 181.2 CP tres supuestos que serán considerados en todo caso como abusos sexuales no consentidos :

a) **Los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido.**

Se entiende por víctima privada de sentido “la persona desmayada, la que ha perdido el conocimiento o está narcotizada, anestesiada, bajo los efectos de una droga, embriagada, dormida [...]”, es decir, que no está “en condiciones de ejercitar sus facultades, de captar la realidad y de acomodar su conducta a tal conocimiento” (STS 22/10/2008, 28/7/2009; 25/11/2010, 27/6/2012).¹²⁸

Lamarca define tal privación de sentido como aquella “situación donde -el sujeto pasivo- no puede manifestar libremente su oposición a la conducta sexual. Se establece una presunción sobre la falta de consentimiento de la víctima [...]”.¹²⁹

Si el sujeto pasivo se encuentra en alguno de estos casos, se presume que no tiene capacidad para consentir o rechazar una relación sexual libremente. Tal presunción queda desvirtuada si se demuestra en el caso concreto que el sujeto pasivo podía autodeterminarse libremente en el ámbito sexual.¹³⁰

¹²⁷ MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, 20ª, 2015, p. 200. Al respecto, véase *supra*, Capítulo II.1, el debate sobre el concepto de comportamiento o acto sexual.

¹²⁸ ORTS BERENGUER, E., en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 218

¹²⁹ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 178.

¹³⁰ MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, 20ª, 2015, p. 201.

b) De cuyo trastorno mental se abusare

Según Lamarca el trastorno consiste en “que la víctima padezca una grave alteración psíquica que le impida apreciar el significado de la acción sexual que consiente [...]”. Continúa esta autora: “el trastorno puede deberse a motivos de índole emocional o afectivo (así, por ejemplo, si la víctima se encuentra en un estado de miedo intenso no provocado sino aprovechado por el autor)”.¹³¹

Para Orts, el trastorno “ha de entenderse como enfermedad mental grave, dolencia psíquica que conlleva una profunda afección de las capacidad intelectivas y/o volitivas del sujeto que le impiden comprender el significado pleno de sus actos y de acomodar su comportamiento a dicho conocimiento”.¹³² Al igual que Lamarca, incluye el trastorno mental transitorio.

Este trastorno mental puede ser transitorio o permanente, pero se exige que, en el momento de cometerse el hecho, exista objetivamente esa enajenación de la víctima, y que el agresor, conocedor de ese estado, abuse del mismo.¹³³

Esta privación de sentido o trastorno mental no exige la completa anulación de las facultades anímicas, sino que “basta la existencia de una disminución psíquica de sus facultades que la hagan prácticamente inerte a los requerimientos sexuales ajenos, al quedar anulados sus frenos inhibitorios, tanto en el saber, como en el querer”, o sea impedido de prestar un consentimiento consciente y libre.¹³⁴

c) 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

¹³¹ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 179.

¹³² ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 218.

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ LUZÓN CUESTA. *DP, PE*, 2010, p. 92.

En este caso, el autor anula la voluntad de la víctima “mediante fármacos drogas o cualquier otra sustancia natural o química”. Por tanto, en este caso el autor no se aprovecha de la situación, sino que es él quien la provoca.¹³⁵

“Lo relevante es que la víctima se encuentre en una situación de incapacidad para decidir [el acto sexual]”. Además, no es necesario que haya una anulación de voluntad absoluta, sino la suficiente para que la víctima no tenga capacidad de decisión¹³⁶.

2.2. ABUSO SEXUAL DE PREVALIMIENTO

El art.181.3 CP recoge el tipo penal de **abuso sexual por prevalimiento**. A diferencia de lo que sucede en los supuestos anterioridad, aquí sí hay consentimiento de la víctima, pero viciado por encontrarse el sujeto activo en una situación de superioridad respecto a ella.¹³⁷ Es decir, “un cierto consentimiento existe [...] si bien el culpable lo obtiene prevaleándose de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima (STS 25/05/2016)”¹³⁸ y que puede tener su origen en múltiples causas: “dependencia económica, relaciones docentes, de amistad, de vecindad, estado de desamparo, inmadurez”.¹³⁹

Lamarca define el abuso por prevalimiento de una manera más sencilla: “... un supuesto donde la víctima, aunque presta su consentimiento para la realización de la conducta de abuso sexual, no lo hace libremente”.¹⁴⁰

Ahora bien, esta situación de superioridad no es en sí misma suficiente para que exista el delito, sino que se deben dar dos requisitos para que exista esta variedad de abuso sexual:

- a) “el sujeto activo ha de ocupar una posición de superioridad respecto al sujeto pasivo”, que ha de ser manifiesta (evidente o clara);

¹³⁵ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 219.

¹³⁶ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 179.

¹³⁷ MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, 20ª, 2015, p. 203.

¹³⁸ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 2016, 5ª, p. 220.

¹³⁹ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 180.

¹⁴⁰ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 180.

- b) el sujeto activo ha de prevalerse de esa posición para relacionarse sexualmente con el sujeto pasivo.¹⁴¹

En definitiva, han de concurrir circunstancias que permitan afirmar que el consentimiento no ha sido libremente prestado, no siendo suficiente la constatación de una real relación de superioridad si no se explota con el fin de conseguir aquiescencia.¹⁴²

En cuanto a la edad, la jurisprudencia, aun admitiendo que la diferencia de edad es susceptible de crear situación de superioridad, suele exigir, evidenciándose del requisito del prevalimiento, la concurrencia de algún otro elemento que refuerce de alguna manera la posición de cierta autoridad del autor sobre la víctima: su ingenuidad o incultura, las relaciones de vecindad y diferencia socio-económicas, las relaciones de convivencia e incluso de parentesco.¹⁴³ Por tanto, no es necesario que el sujeto pasivo sea menor de edad (como ocurría antes del CP 95), sino que basta con que no decida libremente.¹⁴⁴

Este tipo de abuso por prevalimiento tendrá una especial relevancia a través del análisis de la sentencia de “La Manada”.¹⁴⁵

2.3. ABUSO SEXUAL FRAUDULENTO O CON ABUSO DE UNA POSICIÓN DE CONFIANZA, AUTORIDAD O INFLUENCIA SOBRE LA VÍCTIMA.

Este tipo de abuso sexual está regulado en el art.182 CP, en el cual se pueden observar tres situaciones distintas: abuso mediante engaño, abuso de una posición de reconocida autoridad o influencia, o abuso de una posición de reconocida de confianza.¹⁴⁶

Antes de pasar a ver cada situación de manera individual, es de advertir que en este supuesto de abuso sexual la edad está limitada a aquella persona que tenga entre 16 y 18 años.¹⁴⁷

¹⁴¹ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.) *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 220

¹⁴² LUZÓN CUESTA. *DP, PE*, 2010, p. 93.

¹⁴³ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 220

¹⁴⁴ LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 2016, p. 180.

¹⁴⁵ Véase *infra*, Capítulo V.

¹⁴⁶ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 220

¹⁴⁷ *Idem*.

En primer lugar, el **abuso mediante engaño** consiste en que el autor ofrece algo a la víctima que no se ajusta a la realidad, para que ésta acceda a realizar prácticas sexuales. Así, el abuso sexual mediante engaño consta de los siguientes componentes:

- 1) el sujeto activo tiene que emplear una confabulación para conseguir que el sujeto realice lo que quiere el autor.
- 2) El sujeto pasivo se tiene que creer las mentiras del autor.
- 3) Debe darse una relación de causa-efecto, en cuanto a que dicha relación sexual debe ser propiciada por el engaño provocado por el sujeto activo. ¹⁴⁸

El segundo lugar, el **abuso de una posición de reconocida** autoridad o influencia no presenta muchas diferencias con lo dispuesto en el art.180.1.3º CP. Esto da lugar a que sea una difícil tarea distinguir ambos supuestos para aquellos casos en los que la víctima sea una persona mayor de 16 y menor de 18 años. ¹⁴⁹ .

Por último, y al igual que en el caso anterior, el abuso de una posición de reconocida confianza plantea numerosos problemas, pues normalmente las situaciones de confianza, si no van unidas a una superioridad, pocas veces pueden suponer un ilícito penal. ¹⁵⁰

¹⁴⁸ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 221

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ ORTS BERENGUER, en: González Cussac (coord.), *DP, PE*, 5ª, 2016, p. 221

CAPÍTULO IV. LA RESISTENCIA DE LA VÍCTIMA

1. CONCEPTO Y TÉRMINOS GENERALES DE LA RESISTENCIA.

La resistencia de la víctima está relacionada con el consentimiento prestado por ésta, cuyas características ya han sido analizadas con anterioridad.¹⁵¹ Como se ha visto, la ausencia de consentimiento es un requisito del tipo para que exista agresión o abuso sexual. Pues bien, se ha entendido que la oposición de la víctima es la manifestación de su voluntad contraria al comportamiento sexual, y que exige la utilización de la fuerza como medio necesario para cometer el delito.¹⁵² La resistencia también es un parámetro empleado para medir la fuerza suficiente que precisa el delito, pues se puede decir que la fuerza utilizada sería la suficiente en concordancia a la resistencia que hubiera puesto la víctima.¹⁵³ Por tanto, la resistencia de la víctima se concibe como el **rechazo material y efectivo del atentado sexual**, como expresión externa contraria al acceso carnal.

Dicho esto, cabe preguntarse a continuación si la resistencia es un requisito del tipo, ya sea expreso o tácito. Para dar respuesta a estas cuestiones podemos acudir a lo que la jurisprudencia ha venido manifestando a lo largo del tiempo, lo que haremos en los apartados siguientes.

2. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE RESISTENCIA EN EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES

La idea de resistencia ha sufrido una gran evolución. En un principio se consideraba que la resistencia debía ser seria, mantenida, constante, real, efectiva. Es decir, que no bastaba con la simple falta de adhesión por parte del sujeto pasivo.¹⁵⁴

¹⁵¹ Véase *supra*, Capítulo II.

¹⁵² GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 2029-2035.

¹⁵³ GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 2011-2028.

¹⁵⁴ GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 2016.

Una de las cuestiones más llamativas era la relativa a si se realizaba o no el delito de violación cuando la víctima desistía del rechazo del ataque, y en consecuencia la interrupción de la resistencia se producía a causa de una satisfacción erótica por los actos realizados por el sujeto pasivo.¹⁵⁵

Así, la jurisprudencia de entre los años 60 y 80 reclamaba en la víctima una resistencia decidida y tenaz, si bien no se le podía exigir que agotara todos los medios defensivos que pudieran concebirse en un estado de lucidez y tranquilidad, bastando la resistencia que pudiera oponer en ese momento.¹⁵⁶

Llama la atención que, la valoración de la resistencia se hacía según un análisis judicial de los hechos, tanto en el ámbito objetivo como en el subjetivo, refiriéndose a la edad, condición, carácter, cultura, ocasión, entorno... Igualmente, podía depender de las condiciones físicas y psíquicas del sujeto pasivo en comparación con las circunstancias del autor.¹⁵⁷

Entre los académicos que defienden la postura de la exigencia de resistencia como requisito de las agresiones sexuales y de la violación se encuentra Díez Ripollés, al alegar que la violencia exige una oposición a la acción sexual. Dicha oposición puede ser expresa, tácita mediante actos concluyentes, o incluso presunta. Pero siempre debe suponer una resistencia efectiva a la acción sexual. No basta con una simple falta de consentimiento, ni tampoco con la mera constancia de la oposición de la víctima. Concluye diciendo que la resistencia ha de ser al menos pasiva, es decir, consistente en no facilitar las maniobras táctiles del sujeto activo.¹⁵⁸

Gracias a la evolución de la conciencia social, así como del propio Código Penal, la situación ha cambiado, y no la podría haber descrito mejor Joaquín Francisco Pacheco cuando decía que: “no es imprescindible que haya hecho una resistencia desesperada o que haya vencido todos sus esfuerzos. [...] No debía buscarse en las mujeres heroínas y en los violadores colosos de fuerza o de poder. En resultando que la resistencia fue verdadera y que se emplearon medios materiales capaces de sujetar, de inutilizar, de

¹⁵⁵ *Idem.*

¹⁵⁶ GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 2017. Véase también la STS n°3125 de junio de 1963

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 2018. Véase también, DIEZ RIPOLLÉS. *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II*, 2004, p. 289.

amedrentar a una persona común, la violación está justificada”¹⁵⁹. En general, según señala González Rus, se ha producido una atenuación formal de los requisitos exigidos en torno a la resistencia, pero, como se verá en el apartado cuarto, continúa siendo un requisito tácito que emplean jueces y tribunales para castigar este tipo de delitos¹⁶⁰.

3. CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA RESISTENCIA

Parece que la jurisprudencia actual ha ido suavizando el requisito de resistencia como requisito implícito de la agresión sexual, si bien todavía no queda clara cuál es la postura del Tribunal Supremo.

Así, para comenzar podemos advertir que la resistencia no es un requisito del tipo de agresión y abuso sexuales, y así lo manifestó el Tribunal Supremo en su sentencia 604/2004 de 15 de diciembre:

“Lo que califica la agresión sexual del artículo 179 del Código Penal no es la mayor o menor resistencia, sino la falta de consentimiento para el contacto sexual mediante penetración anal, bucal o vaginal, que se obtiene mediante la violencia o el miedo”.

Ya incluso en 1999 la AP de Tarragona en su ST de 14 enero afirmaba que la resistencia no forma parte del tipo penal:

“El delito de violación, comprendido en el art. 429 CP 1973, supone, según una reiterada jurisprudencia, un ataque a la libre disposición de la autodeterminación sexual, a la libertad y dignidad de la persona, constituyendo la conducta típica la acción violenta o intimidante dirigida a lograr el acceso carnal con la víctima, si bien tales ataques no han de ser irresistibles, sino idóneos en la ocasión concreta para conseguir el fin propuesto (TS S 27 Feb. 1995), bastando que la intimidación sea eficaz y suficiente para doblegar la voluntad de la mujer, **no requiriéndose por parte de ésta que se produzca resistencia, elemento que no forma parte del tipo penal**, como ha puesto de relieve el TS en SS 4 May. 1992, 11 Feb. 1994, 3 Feb. 1995, no excluyéndose la existencia del delito por la pasividad de la víctima cuando la resistencia aparece

¹⁵⁹ PACHECO. *Código penal concordado y comentado*, III, Madrid 1881, p.126, citado en GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 2016.

¹⁶⁰ GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 2019-2020.

inútil o el temor la inhibe (TS SS 12 Jun. 1985, 10 Dic. 1986, 17 Mar. 1987, 12 Jun. 1990 y 3 Feb. 1995)”¹⁶¹.

Continúa el Supremo diciendo:

“es suficiente para integrar la figura delictiva que la **manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista** en los propósitos [sic], **venciendo por la fuerza esa oposición y la resistencia ofrecida aunque esta fuera una resistencia pasiva** porque lo esencial es que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima porque obra conociendo su oposición, toda vez que incluso para superar esta resistencia meramente pasiva el agresor necesita utilizar la fuerza o la energía muscular, por escasa que ésta sea, sobre el cuerpo de la víctima para conseguir el objetivo propuesto (STS. 20.3.2000)”¹⁶².

Termina diciendo esta Sala:

“Lo **esencial** será **constatar la ausencia de consentimiento** válidamente prestado por el sujeto pasivo de elegir y practicar la opción sexual que prefiera en cada momento, sin más limitación que el obligado respeto a la libertad ajena, así como la de escoger con quien ha de realizar los actos relativos a su opción sexual y de rechazar las proposiciones no deseadas y repeler los eventuales ataques, debiendo hacerse aquí contar que **no es exigible ni siquiera que se resista o que manifiesta 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 (STS. 1.10.99)”.

Resulta poco clarificadora la postura del Tribunal Supremo con respecto a la resistencia, pues en una misma Sentencia:

- 1) Exige que la víctima se resista cuando la fuerza empleada por el sujeto activo sea de menor entidad.

En este sentido el Tribunal Supremo en su Sentencia 5/2007 de 19 de enero manifiesta:

¹⁶¹ La negrita es mía.

¹⁷¹ La negrita es mía.

“No puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso”.

Todo este caos respecto de la resistencia necesaria en los delitos de agresión sexual queda relativizado, pues, **solo puede prescindirse de la resistencia cuando hay un temor fundado, un racional convencimiento de la inutilidad de su empleo o de que oponiéndose a la agresión se corre el riesgo de un mal superior.**

- 2) Seguidamente manifiesta que para integrar la figura delictiva es suficiente con la oposición y resistencia de la víctima vencida por el autor y, por tanto, exigiendo que se produzca dicha oposición de la víctima.
- 3) Por último, y contrariando lo antedicho, la Sala de lo Penal manifiesta que solo se tendrá en cuenta la ausencia de consentimiento de la víctima.

En relación con la sentencia de La Manada¹⁶³ es interesante la STS 658/1999 de 3 de mayo, que aprecia la **existencia de agresiones sexuales, aun aceptando que no hubo resistencia por parte de la mujer**:

“La realización del tipo se suele dar también cuando **la situación de inferioridad** en la que se encuentra el sujeto pasivo le permita razonablemente suponer que **su resistencia podría acarrearle más perjuicios que ventajas**, tal es la situación en la que se encontraba la víctima, detenida en un calabozo, cuando fue objeto del abuso del recurrente, dado que se encontraba prácticamente en manos del agresor y en una posición de clara inferioridad en la que podría temer represalias o, en caso de una defensa activa, ser acusada de agresión al policía”.

Posiblemente por esa falta de claridad en lo que a la resistencia se refiere, hayan coexistido sentencias que no seguían el criterio del Tribunal Supremo en cuanto a la resistencia, estableciendo ésta como un requisito necesario para que se pueda hablar de violación o agresión sexual. En este sentido se pronuncia la SAP de León en su sentencia 18/2006 de 29 de mayo:

“Es decir, que los elementos principales o nucleares del tipo y que como tal deben ser acreditados cumplidamente por quienes ejercitan la acción acusadora son: **la falta de**

consentimiento y oposición de la víctima para realizar la penetración y el **vencimiento de esa voluntad por medio de fuerza** material o intimidación dirigida al sujeto pasivo de causarle un mal inminente y grave para constreñirle u obligarle a realizarle la penetración inicialmente rechazada”.

Recientemente, en su sentencia 573/2017, el TS manifestó que:

“La violencia o fuerza física utilizada ha de ser la adecuada para evitar que actúe según las pautas derivadas del ejercicio de un derecho de autodeterminación. **La resistencia de la víctima no tiene que ser tan intensa que tenga que provocar necesariamente la activación de actos violentos por su agresor.** El tipo penal únicamente requiere la violencia por el acusado y no hace mención a la resistencia que debiera oponer la víctima y mucho menos el grado o entidad de tal resistencia contra la fuerza física empleada por el agresor”.¹⁶⁴

“Por ello mismo, es suficiente que ante la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en sus propósitos, venciendo por la fuerza esa oposición y resistencia, incluso pasiva, porque lo esencial es que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima, porque obra conociendo su oposición, toda vez que incluso para superar esa resistencia meramente pasiva el agresor necesita utilizar la fuerza o la energía muscular, por escasa que ésta sea sobre el cuerpo de la víctima, para conseguir el objeto propuesto (SSTS 105/2005 de 29 enero , 804/2006 de 20 julio , 511/2007 de 7 junio)”.

En primer lugar, en esta sentencia parece que el Supremo da a entender que la víctima se debería resistir “un poquito”, para probar hasta dónde está dispuesto a llegar el agresor. Entonces, si este último emplea medios más violentos no habrá duda de que existe violación. ¿Pero y si el agresor emplea directamente medios violentos?¹⁶⁵ En este sentido, parece en la actualidad aún se sigue la línea del Tribunal Supremo en su sentencia 131/1998, de 9 de febrero:

“Lo importante frente a la innecesaridad de una resistencia inútil, es la actitud violenta, decidida y conminatoria del sujeto activo. La calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. **Si éste ejerce**

¹⁶⁴ STS nº 573/2017, Sala Segunda, de lo Penal, de 18 jul. 2017. La negrita es mía.

¹⁶⁵ Véase *infra*, Capítulo V.

una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia es innecesaria si lo que determina el tipo es la actividad o actitud de aquél, no la de esta”.

En segundo lugar, llama la atención que el segundo párrafo de esta sentencia de 2017 sea exactamente el mismo a que se ha hecho mención anteriormente a través de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 770/2006 de 13 jul. 2006, Rec. 1471/2005.

Por tanto, a tenor de la comparación de la jurisprudencia actual con la de hace más de 10 años, se podría concluir que la resistencia continúa siendo un requisito implícito del tipo aplicado por los jueces y tribunales.

Al menos, parece que algo ha avanzado la jurisprudencia en este aspecto, pues (como ya se ha indicado) hubo un tiempo en el que la mayor parte de la jurisprudencia entendía necesaria la resistencia respecto de los delitos de agresión sexual.

En definitiva, **aunque la resistencia de la víctima no se considera requisito en el tipo de violación, parece que de manera tácita sí que se establece como un requisito esencial.**¹⁶⁶

4. INTIMIDACIÓN Y VIOLENCIA SIN RESISTENCIA. DELIMITACIÓN CON LOS ABUSOS SEXUALES

Tras haber analizado los delitos de agresión y de abuso sexual, haber entendido las diferencias existentes entre ambos tipos, en este apartado es preciso comparar la delimitación de los delitos de agresión sexual, sobre todo del de violación, respecto de los delitos de abusos sexuales, y el papel que en esa delimitación *debería (o no)* jugar la idea de resistencia.¹⁶⁷

Como ya se ha podido ver, el delito de **agresión sexual** es equivalente a una **relación sexual no consentida y violenta o intimidatoria.**¹⁶⁸ **El hecho de que la resistencia no**

¹⁶⁶ GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 2011-2028.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 2029-2035.

debería ser un requisito del delito de violación resulta bastante lógico. Sin embargo, como hemos visto gracias al análisis de la jurisprudencia en los apartados anteriores de este capítulo, los tribunales intentan hacer que esté presente en el delito, logrando, de esta manera, que con esa exigencia de la resistencia, un elemento implícito del delito haya adquirido un protagonismo superior a los explícitos (falta de consentimiento y violencia e intimidación).¹⁶⁹

En este sentido, si comparamos el delito de agresión sexual con otros en los que también se exige violencia (ej., robo con violencia o intimidación), junto al uso de medios violentos no se exige como requisito la resistencia del sujeto pasivo. Por ejemplo, en el caso de un robo de cartera con violencia, no se exige del sujeto pasivo que luche con el ladrón o se enfrente activamente al mismo. Por el contrario, para considerar el hecho como delito basta con la agresión y con la entrega de la cosa. Ni siquiera se exige en estos delitos que la víctima obstaculice de alguna manera la comisión del delito, por lo que tendría que ser igual para los delitos de violación y de agresión sexual.¹⁷⁰

En cuanto a la **relación entre la intimidación y la resistencia**, en los supuestos en los que media la intimidación para la comisión del delito, no se suele exigir la resistencia. Algo que no ocurre cuando se utiliza la violencia como medio para cometer el delito. Esto llama poderosamente la atención, puesto que –como señala González Rus– **la intimidación es un medio comisivo menos lesivo que la violencia**, pero sin embargo **se le exigen menos requisitos legales** (no es necesaria la resistencia de la víctima) que al medio comisivo más grave, pues además de la violencia real y actual sería precisa la oposición activa y externa de la víctima.¹⁷¹ Dicho esto, ya se ha señalado anteriormente que el concepto de intimidación es discutido entre la doctrina y ha dado pie a resoluciones judiciales polémicas, como se verá con algo más detalle al analizar la sentencia de “La Manada” en el capítulo siguiente.

Así pues, como añade González Rus: **“El elemento de resistencia solo debería tomarse en cuenta cuando no conste por otros medios que el sujeto pasivo no consiente la**

¹⁶⁹ *Idem.*

¹⁷⁰ GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 2032.

¹⁷¹ *Idem.* Cabe señalar, sin embargo, que para otros autores el hecho de que la intimidación suela aparecer conjuntamente con la violencia en delitos como los de robo o agresiones sexuales es indicativo de que su lesividad es equivalente a la de la violencia, y no menor como se indica en el texto y opina González Rus. Véase en este sentido SÁNCHEZ-VERA, *Blog Fide*, 15-11-2018.

relación sexual".¹⁷² De este modo, "donde resulte claramente acreditada la falta de consentimiento del sujeto pasivo, donde la víctima diga directamente: ¡no!, es precisa la violencia, pero no la resistencia", al igual que ocurre en el robo con violencia e intimidación.¹⁷³

En definitiva, la frontera entre estas figuras delictivas está legalmente situada en la presencia o ausencia de violencia o intimidación, de manera que se puede afirmar lo siguiente: **atentado sexual violento (o intimidatorio) es igual a agresiones sexuales; y atentado sexual no violento (ni intimidatorio) es igual a abusos sexuales**. Esto es lo que establece la ley. **Sin embargo, doctrina y jurisprudencia a menudo sustituyen arbitrariamente este criterio legal por el de comportamientos resistidos igual a agresiones sexuales; y comportamientos no resistidos igual a abusos sexuales**.¹⁷⁴

Siguiendo todavía a González Rus, la fuerza y la intimidación constituyen un aumento de desvalor de la acción de los delitos de agresiones sexuales, y sobre él se deben hacer efectivas las consecuencias derivadas de la conducta violenta (o intimidatoria) del autor. Lo que no cabe en su opinión es transformar ese plus de desvalor del autor en una exigencia de conducta arriesgada para el sujeto pasivo, cuyo incumplimiento sería podría llegar a desvirtuar la propia protección. De esta manera, lo que se consigue es que se obligue a **la víctima a soportar riesgos adicionales como consecuencia de esa exigencia de resistencia**.¹⁷⁵

En otras palabras, lo que viene a decirse a la víctima desde la doctrina y jurisprudencia tradicional es lo siguiente: "frente a los comportamientos sexuales más intolerables, más graves, más peligrosos, los violentos, la protección penal debes «mereértela», asumiendo el riesgo de intentar tu propia defensa; por el contrario, si se trata de un comportamiento menos grave, no violento, puedes resultar protegido con la simple manifestación de tu disenso". Frente a esto, es importante subrayar una vez más que la mayor peligrosidad de

¹⁷² GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 2032. La negrita es mía.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 2033.

¹⁷⁵ GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 2034.

la conducta típica no puede traducirse en el requerimiento a la víctima de una conducta propia que aumente aún más los riesgos del comportamiento prohibido.¹⁷⁶

El mensaje debe ser otro, en (acertada) opinión de González Rus: ante un ataque intolerable, la protección penal debe ser debida a la víctima en cuanto manifieste la necesidad de la misma, rechazando explícitamente el comportamiento agresor, sin necesidad de incrementar por su parte los riesgos para su vida o salud.¹⁷⁷

Por tanto, la frontera que marca el Código Penal es la violencia (o la intimidación) y no la resistencia. Así, todo comportamiento violento (o intimidatorio), haya sido o no resistido, será castigado como agresión sexual si se realizó sin el consentimiento del sujeto pasivo.

En resumen: lo determinante no es la oposición del sujeto pasivo, sino la ausencia de voluntad de la víctima, su falta de consentimiento, y la concurrencia de medios violentos o intimidatorios en la realización del delito.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 2034-2035.

¹⁷⁷ GONZÁLEZ RUS, en: García Valdés et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 2035.

CAPÍTULO V. APLICACIÓN PRÁCTICA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA “LA MANADA”

Con el objeto de llevar a cabo un análisis más exhaustivo y poder comprender cuáles son las diferencias entre la agresión y el abuso sexual, es preciso llevar estos extremos a la práctica. De esta manera, se va a exponer un supuesto de hecho que será analizado comenzando por los hechos y relacionándolos con la calificación jurídica establecida por el tribunal, y las razones por las cuales se ha calificado el delito de aquella manera.

El supuesto de hecho elegido es un caso muy mediático en el que la opinión popular ha tenido un gran protagonismo, sobre todo en lo que se refiere a la concepción de intimidación como requisito necesario para que exista agresión sexual.

Así, se procederá al análisis de la **Sentencia nº 38/2018 de 20 de marzo de la Audiencia Provincial de Navarra**, que en este trabajo se viene denominando como **Sentencia de “La Manada”**. A modo de aclaración, la Sentencia objeto de análisis contiene un voto particular en cuyo fallo se absuelve a los condenados, el cual no va a ser objeto de análisis en este apartado.

Igualmente, dado que esta sentencia ha sido recurrida, se incluirán algunos fragmentos de la sentencia de segunda instancia que sean de relevancia en este capítulo, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en fecha 30 de noviembre de 2018 (STJS de Navarra nº 8/2018). Lo más relevante en esta resolución es que hay un voto particular (firmado por dos magistrados) que falla a favor de una condena por agresión sexual y no por abuso, por lo que serán analizadas las razones que llevan a esos dos magistrados del TSJ a alegar la existencia de intimidación en la comisión del delito.

1. ASPECTOS DE HECHO

Los hechos probados del caso se pueden resumir en los siguientes:

Durante los San Fermín de 2016, la denunciante se sentó en un banco al lado de un grupo de chicos con los que comenzó a entablar conversación. Pasado un rato, la chica realizó una llamada telefónica a la persona con la que había llegado a Pamplona para disfrutar de las fiestas, y al no poder quedar con él en ningún sitio para verse, decidió irse

su coche a dormir, ofreciéndose los procesados a acompañarla, sin que ésta pusiera objeción alguna.

Los cinco chicos, junto con la denunciante, pasaron varios minutos callejeando por las calles de Pamplona, aparentemente con el objeto de acompañarla al lugar donde tenía estacionado el vehículo. Sin embargo, la trayectoria escogida para llegar a ese lugar no fue la más adecuada, sino que empezaron a caminar en otra dirección.

Entretanto, dos de los condenados acudieron a un hotel a preguntar si tenían libre alguna habitación para mantener sexo. Algo que la denunciante, durante el acto del juicio, afirma no haber escuchado.

De este hecho se puede desprender que al menos dos de los condenados ya tenían intención de mantener relaciones sexuales con la denunciante desde el momento en que manifestaron el propósito de acompañarla a su coche.

Pues bien, al cabo de un rato caminando por las calles de Pamplona, uno de los condenados vio que había una chica entrando a un portal, por lo que decidió hacerse pasar por inquilino y así tener acceso al interior.

Mientras tanto, la denunciante y uno de los condenados estaban apartados y besándose en la boca.

El chico que había conseguido acceder al portal le dijo a los demás, "vamos, vamos", con el objeto de que todos accedieran al mismo. Así, "... quien le había dado la mano a la denunciante para besarse, tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano [otro de los condenados]; ambos la apremiaron a entrar en el portal tirando de «la denunciante», quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, **sin violencia**".¹⁷⁸

"Así la denunciante ofreció una explicación razonable, y convincente a juicio de la sala, sobre la forma en que le apremiaron a entrar en el portal, su sorpresa, la falta de previsión sobre lo que le iba a ocurrir y el propósito que a su parecer que en ese momento tenían los procesados para dirigirla al portal, por lo que **no opuso resistencia**".¹⁷⁹

Conforme a lo narrado, en la sentencia ha quedado acreditado que los condenados introdujeron a la denunciante en el portal, sin que mediara ni violencia ni intimidación,

¹⁷⁸ SAP de Navarra n° 38/2018 de 20 de marzo de 2018, p. 16. La negrita es mía.

¹⁷⁹ *Idem*.

sino que aquella accedió al habitáculo por su propia voluntad creyendo que iban a realizar otras actividades y no lo que finalmente ocurrió.

Una vez dentro, los condenados le dijeron que no gritara ni hablara en alto con el objeto de que los vecinos no se percatasen de su presencia. Así, una vez tuvieron acceso al portal, los cinco chicos guiaron a la denunciante a una parte del portal aislada, sin salida y de unos de 2,73 cm de largo, por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia.

Cuando la denunciante accedió al primer rellano, cuya puerta de acceso estaba abierta, tenía delante de ella a uno de los condenados y detrás a otros. De este modo fue dirigida por ellos al habitáculo descrito, **donde entre todos la rodearon**.¹⁸⁰ Parte de dichas relaciones sexuales fueron grabadas (siendo la mayor parte de la prueba practicada la consistente en esos vídeos), sin que la denunciante advirtiera ningún móvil ni aparato grabando ni los condenados le manifestaran tal hecho.

Una vez estaban dentro del habitáculo, los condenados le quitaron la riñonera a la víctima, le bajaron los pantalones y comenzaron a practicar actos de naturaleza sexual con penetración: “en esta situación la denunciante, [sic] sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados. [...] todo este conjunto de circunstancias, causó en la denunciante un bloqueo emocional, que le impidió reaccionar ante los hechos y le hizo adoptar la disposición de ánimo, que acabamos de reseñar como probada”.¹⁸¹

La denunciante en el acto del juicio “en concreto precisó que **cuando llegaron al cubículo empezó a sentir más miedo**, porque **se vio rodeada por los cuatro** y ante determinadas actitudes de ellos **se sometió**, quería que todo acabara y luego irse, le daba igual lo que pasara; contestando a pregunta específica del Ministerio Fiscal: «... sentía miedo cuando ya me vi rodeada por los cuatro y eso, entonces, **no sabía cómo reaccionar y no reaccioné. Reaccioné sometiéndome**», sin que pueda determinar los actos de naturaleza sexual realizados, ni cuánto tiempo duró, pues: «... lo único que quería era que pasara; yo cerré los ojos y si en algún momento los abrí, lo único que veía eran tatuajes

¹⁸⁰ SAP de Navarra n° 38/2018 de 20 de marzo de 2018, p. 53.

¹⁸¹ SAP de Navarra n° 38/2018 de 20 de marzo de 2018, p. 16

(...).». Mantuvo con rotundidad que en ningún momento dirigió la acción, ni dijo qué iba a hacerles a cada uno de ellos, no habló durante todo el tiempo en que duraron los hechos, no decidió cambiarse de posturas, ni insistió para que fuera uno de ellos quien le penetrara vaginalmente, ni de ninguna otra forma.”¹⁸² Añade en otro momento: “Lo único que le puedo decir es que estaba en **estado de shock, entonces me sometí y cualquier cosa que me dijeran iba a hacerla porque es que estaba en estado de shock, yo no, no, ni pensé, ni pude decidir en ese momento.**”¹⁸³

Así, podemos decir que la denunciante, y finalmente víctima, se encontraba en estado de shock como consecuencia del miedo que sentía al verse rodeada por cinco chicos, completamente sola y en un espacio tan reducido. Es decir, tenía el consentimiento viciado por el miedo que sentía en ese momento, dada la superioridad de los sujetos pasivos tanto en número como en volumen físico. Una vez hubieron finalizado las relaciones sexuales de los cinco chicos a la vez sobre la denunciante, estos se marcharon dejándola sola, y uno de ellos le sustrajo el teléfono móvil. Fue en ese momento cuando la denunciante salió a la calle llorando muy afectada, y fue socorrida por unos viandantes que pasaban por allí.

2. ASPECTOS JURÍDICOS

Los hechos narrados en el apartado anterior, fueron calificados por el Tribunal como:

- “**Cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento** previsto y penado en el Art. 181 3. y 4. del Código Penal en relación con los Arts. 192 y 74.
(ii) Un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del mismo cuerpo legal”.

En este apartado se analizarán cuáles fueron las razones por las que la Audiencia Provincial de Navarra calificó el delito contra la libertad sexual como abuso sexual con acceso carnal (sin que medie violencia ni intimidación) y no como violación (que requiere el empleo de violencia o intimidación).

Como ya se ha adelantado en el apartado anterior de este capítulo, la sentencia dictada por la AP de Navarra fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de

¹⁸² SAP de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo de 2018, p. 55. La negrita es mía.

¹⁸³ *Idem*. La negrita es mía.

Navarra. Dicha apelación ha sido recientemente resuelta por el TSJ (STSJ nº 8/2018, de 30 de noviembre), llegando a la misma conclusión que la sentencia de la AP: se condena por delitos de abuso sexual con acceso carnal y no como violación.

Las pruebas más relevantes que se practicaron en el juicio oral fueron, como ya se ha avanzado, los vídeos grabados en el momento del acto sexual con la denunciante; la declaración de la propia denunciante; y las declaraciones de los policías y personal médico que la atendió con posterioridad.

a. Decisión y motivación de Tribunal para la calificación del delito como abuso sexual. Crítica y opinión personal.

Ha quedado probado que la violencia no estuvo presente en ningún momento de los hechos. Incluso las pruebas médicas acreditan que la zona vaginal de la víctima no presentaba signos de violación. Así, constata la Sentencia que: **“las acusaciones no han probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante, que con arreglo a la doctrina jurisprudencial implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual”**.¹⁸⁴

Dado que el ejercicio de violencia sobre la víctima no se produjo, para acreditar la calificación jurídica del delito habría que acudir a la existencia o no de intimidación, pues, según se dé o no, se podría calificar el delito como abuso sexual agravado del art.181.4 CP o como violación del art.179 CP (que –como planteaban las acusaciones– podría estar además agravada por alguna de las circunstancias del art. 180.1 CP, entre otras, la actuación en grupo).

En virtud de la Sentencia analizada:

“En lo que atañe a la intimidación como medio comisivo alternativo, precisamos que ha sido definida por la jurisprudencia como **constreñimiento psicológico**, consistente

¹⁸⁴ SAP de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo de 2018, p. 96. La negrita es mía.

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**.¹⁸⁵

[...] **En las concretas circunstancias del caso, no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual**, como medio comisivo, que según se delimita en la constante doctrina jurisprudencial que acabamos de reseñar, requiere que sea previa, inmediata grave y **determinante del consentimiento forzado**".¹⁸⁶

“Según hacemos contar en nuestra declaración de hechos probados y la justificación que de valoración de la prueba, realizamos en el precedente fundamento, **las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad**, configurado voluntariamente por los procesados , **del que se prevalieron**, de modo que las prácticas sexuales se realizaron , sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada, quien **se vio así sometida** a la actuación de aquellos - vid por todas STS 2ª 761/2015 de 23 de noviembre - .¹⁸⁷

Sin embargo, ¿ese miedo y esa superioridad provocados por el hecho de que fueran cinco contra uno, no se podría entender como una forma de intimidación? El hecho de que una persona esté sola en un cubículo y rodeada de cinco hombres más fuertes que ella y la empiecen a desnudar, ¿tampoco se podría entender que es intimidatorio?

La respuesta para el tribunal es negativa pues dice: “Por el contrario estimamos, que los procesados conformaron de modo voluntario una **situación de preeminencia sobre la denunciante**, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la denunciante quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación”.¹⁸⁸

Es decir, lo que se está analizando es una situación dirigida y provocada por los condenados, los cuales desde un principio buscaron un lugar donde mantener relaciones sexuales con la denunciante y al no encontrarlo decidieron acceder al reducido habitáculo de un portal. Son cinco contra uno, con mayor corpulencia física y mayor edad. Y la

¹⁸⁵ SAP de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo de 2018, pp. 97 ss. La negrita es mía.

¹⁸⁶ *Idem*. La negrita es mía.

¹⁸⁷ SAP de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo de 2018, p. 99. La negrita es mía.

¹⁸⁸ *Idem*. La negrita es mía.

conclusión a la que llega la Audiencia es que no es intimidación, sino que es una situación de preeminencia sobre la denunciante provocada por esa superioridad en número en edad y en grado de experiencia y madurez. A una misma conclusión llega el TSJ, en cuanto afirma que “la conducta sorpresiva de los acusados que sitúan a la joven en un contexto opresivo y humillante, mediando su desvalimiento, aprovechando una desproporción abusiva de fuerzas, y sirviéndose de una situación de superioridad por razón de género, edad y actuación en grupo”.¹⁸⁹

El inconveniente es que el concepto de intimidación es muy restrictivo, pues tiene que consistir en la amenaza de un mal grave, real, futuro y directo que lleve a que la víctima preste su consentimiento forzado para mantener relaciones sexuales, y que dicho consentimiento derive exclusivamente de esa intimidación creada por el sujeto pasivo y dirigida a viciar el consentimiento de la víctima.¹⁹⁰

Continúa el TSJ: “A juicio de la Sala los vídeos evidencian de una parte la pasividad doliente de la víctima y de otra **el abusivo comportamiento de los acusados**, que inician sin prolegómeno alguno y desarrollan sin miramiento un atentado contra el derecho a la libre determinación personal de la joven, prevaleciendo de su número y fuerza, escarneciendo su situación de desamparo”.¹⁹¹

De modo que, según el tribunal, la **situación (intimidatoria)** creada sobre la víctima no es más que una situación de **superioridad**, donde la denunciante tenía el **consentimiento viciado** precisamente por encontrarse en esa situación de desventaja.

Así, dice la AP:

“en conclusión, la situación que según apreciamos describen los videos y fotos examinados, **nada tiene que ver, con un contexto en el que la denunciante estuviera activa, participativa, sonriente y disfrutando de las prácticas sexuales**, según mantiene los procesados. Las grabaciones muestran como los procesados disfrutaban de la situación e incluso posan en actitud jactanciosa alguno de ellos, mientras que nada de eso revelan las grabaciones respecto a la denunciante, quien según acabamos de razonar, en los dos últimos vídeos a partir de los que se interrumpió la grabación

¹⁸⁹ STSJ de Navarra nº 8/2018, de 30 de noviembre, p. 28.

¹⁹⁰ Véase *supra*, Capítulo II.

¹⁹¹ STSJ de Navarra nº 8/2018, de 30 de noviembre, p. 29. La negrita es mía.

aparece **agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando**".¹⁹²

“En concreto, en relación con las declaraciones en el acto de juicio oral de la denunciante a la que antes nos hemos referido con detalle, en el sentido de que **cuando ocurrieron los hechos estaba en estado de shock - sic- , lo único que mostró fue pasividad y sumisión**; describiendo la vivencia de los hechos como una **situación de bloqueo psicológico**, en que no sabía qué estaba pasando, no entendía la situación, **no podía pensar y en consecuencia no podía reaccionar**".¹⁹³

“...Y así frente a una situación en la que **la persona siente que su vida corre peligro**, se obvia la actuación de pensamiento racional, del cerebro superior en la que se ponderan las diversas posibilidades y se actúa con el cerebro primitivo donde está el sistema límbico”.¹⁹⁴

Según los médicos forenses, en esta situación caben diversas reacciones: una reactiva de lucha, defensa, petición de ayuda, otra de pasividad, ya sea con rigidez o con relajación, y por último una incluso de acercamiento o cierta amistad con el agresor, para **evitar males mayores y conseguir que concluya cuanto antes**.¹⁹⁵

De esta manera, en virtud de esto último declarado por el tribunal, sobre la víctima cabrían dos tipos de reacción cuando se ve forzada a mantener relaciones sexuales no consentidas:

- 1) No reaccionar, permanecer en estado de shock y hacer lo que le dicen. Todo ello derivado de un consentimiento viciado provocado por el miedo y la posición de inferioridad frente a los cinco hombres que han creado esa situación con el objeto de conseguir el acto sexual. Así es como ocurre y así es como aparece la víctima en los vídeos, según el Tribunal, con una actitud pasiva y sin participar en las relaciones sexuales.

Es decir, si la víctima intuye que reaccionar e intentar zafarse del sujeto pasivo va a suponer un riesgo importante para su vida, y responde a la situación de manera callada y sumisa ante el peligro de una reacción fatídica de los hombres, va a ser abuso siempre y cuando no medie violencia ni intimidación.

¹⁹² SAP de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo de 2018, p. 73. La negrita es mía.

¹⁹³ *Idem*. La negrita es mía.

¹⁹⁴ SAP de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo de 2018, p. 73. La negrita es mía.

¹⁹⁵ SAP de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo de 2018, p. 75.

En este sentido, es relevante una sentencia mencionada anteriormente, concretamente sentencia 604/2004, de 15 de diciembre, del Tribunal Supremo:

“Lo que califica la agresión sexual del artículo 179 del Código Penal no es la mayor o menor resistencia, sino la falta de consentimiento para el contacto sexual mediante penetración anal, bucal o vaginal, que se obtiene **mediante la violencia o el miedo**”.

En el caso de “La Manada”, el contacto sexual se obtiene a través del miedo que le produce a la víctima encontrarse sola, en un espacio reducido, con cinco hombres más fuertes y mayores que ella. ¿Entonces por qué en estos hechos no ha habido agresión sexual, y en cambio se ha calificado como abuso?

Para justificar la existencia de abuso por prevalimiento, la Audiencia de Navarra tiene en cuenta los siguientes aspectos:

“(i) El **escenario de opresión configurado por los procesados**, en la forma que acabamos de señalar;

(ii) La **asimetría derivada de la edad y las características físicas de denunciante** - recién alcanzada su mayoría de edad- y procesados - con edades comprendidas entre los 24 y 27 años-, notoriamente apreciables; es razonable considerar que estas circunstancias no pudieron pasar desapercibidas para los procesados, quien como hemos señalado, una vez que le había enderezando hasta el habitáculo que tiene una sola salida, la rodearon.

(iii) La radical **desigualdad en cuanto a madurez y experiencia** en actividades sexuales de la denunciante y procesados.

Según se hemos argumentado en el precedente fundamento, para valorar la personalidad de la denunciante, entre otros aspectos, consideramos que a la fecha de los hechos se encontraba en los albores de su vida sexual, nunca había tenido relaciones sexuales en grupo, ni con personas desconocidas y en ninguna circunstancia había sido penetrada por vía anal.

Esta esta vivencia de su sexualidad, no es parangonable con la de los procesados, quienes reconocieron que anteriormente habían mantenido relaciones sexuales en grupo, que alguno de ellos gustaba de grabar. Pero igualmente aceptaron que en ninguna ocasión anterior, habían mantenido relaciones grupales, en la proporción

personal, ni con la inmediatez que se define y de desequilibrio en cuanto a la edad y demás circunstancias que declaramos probadas.

Los procesados de este modo, **crearon una “... atmósfera coactiva”**, que no es incompatible con una **puesta en escena** en la que se deslicen afirmaciones falaces (vid STS. 2ª 898/2012 de 15 de noviembre); en la que la **que [sic] la presencia de cada uno de ellos, contribuyó causalmente, para configurar una situación de abuso de superioridad de la que se prevalieron.**

Por todo ello, declaramos probado y lo 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**.¹⁹⁶

Llama la atención que para describir la situación en que se encontraba la víctima en el momento de los hechos emplee la palabra “impresionada”. Según la RAE, algo impresionante es aquello que causa asombro o admiración. Por lo que no es la palabra más adecuada para describir dicha situación.

Más que impresionante, la palabra a utilizar sería intimidante, lo cual consiste en aquello capaz de infundir miedo.

De todo ello se puede concluir que para el tribunal la intimidación era un requisito del tipo ausente. Si bien, esa “atmósfera coactiva” o “puesta en escena” que los condenamos fueron urdiendo, se asemeja a la “intimidación ambiental” que propone Orts.¹⁹⁷

2) Reaccionar, intentar zafarse y posiblemente poner en riesgo su vida frente a los cinco hombres corpulentos que están frente a ella en un habitáculo reducido.

Y esta opción es la que de nuevo nos deriva a aquel requisito tácito e intrínseco que es la resistencia, el cual ha sido objeto de análisis en este trabajo¹⁹⁸.

En caso de que la chica se hubiera resistido y la hubieran forzado, ¿entonces habría habido violación? Sin embargo, al no haber habido resistencia y al haber tenido la víctima el

¹⁹⁶ SAP de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo de 2018, p. 102.

¹⁹⁷ Véase *supra*, Capítulo II.

¹⁹⁸ Véase *supra*, Capítulo IV.

consentimiento viciado por la situación intimidatoria y de superioridad, de la que los condenados eran conscientes y de la cual se aprovecharon, únicamente hay abuso sexual.

Por tanto, hay dos posibles reacciones: o resistirse, y que en ese caso haya forzamiento y por tanto violación; o dejarse llevar para no sufrir un mal mayor, y entonces solo habrá abuso.

En consonancia, lo que se exige a la víctima para que haya violación es que se resista si todavía no han empleado violencia sobre ella; mientras que para que haya intimidación se exige al autor que la ponga de manifiesto de manera clara y directa sobre la víctima. Pues el hecho de que cinco hombres rodeen a una chica y la empiecen a desnudar no se puede entender como intimidación, puesto que en ningún momento nadie dice expresa una amenaza (*si no haces esto, te haré lo otro...*).

En contraste con la concepción de los hechos que han tenido (en general) tanto la AP de Navarra como el TSJ de Navarra, los cuales han fallado a favor de la existencia de abuso sexual en lugar de agresión sexual, llaman poderosamente la atención el **voto particular de la sentencia del TSJ**.

Para éstos últimos, los hechos que acaecieron en los San Fermín de 2016 no deben ser calificados de abuso, sino de delito continuado de agresión sexual (arts.178 y 179 CC, y subtipo agravado del art.180). La razón es que para estos dos magistrados **hay intimidación**. Y lo relevante es que los hechos que se produjeron entonces, no han cambiado en absoluto. Entonces, ¿por qué dos de los cinco magistrados ven intimidación, y los otros no?

Las razones en las que fundamentan la calificación de los hechos como agresión sexual se basan en la existencia de la llamada “**intimidación ambiental**”, que, como vimos, es un concepto no desconocido y seguido por muchos autores, entre ellos Orts.¹⁹⁹ Así, en el voto particular se explica este concepto de intimidación de la siguiente manera:

“Entrando en el examen de lo que se ha venido denominando «**intimidación ambiental**», la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1.991 declara que «para ello basta con que el **autor** del delito, con sus propios actos, configure una situación ambiental integrada por una serie de circunstancias que **la víctima valora como algo que hace inútil una posible oposición por su parte**...en que en tal lugar

¹⁹⁹ Véase *supra*, Capítulo II.

y hora **no exista posibilidad de obtener auxilio por terceras personas**, así como la **actitud del sujeto agresor**, normalmente de **consistencia física más fuerte**, que manifiesta su decidido propósito de abusar del cuerpo ajeno para la satisfacción de sus propios apetitos, **sin que sea preciso utilizar ningún arma o instrumento material amenazante»**.²⁰⁰

[..] “la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental, a la vez que provocar un **efecto de reforzamiento psicológico, por envalentonamiento de los agresores**”.²⁰¹

Estas afirmaciones llevan a concluir a los magistrados del TSJ que firman el voto particular discrepante que:

“Ante los tales actos habidos tanto con anterioridad, [...] no ha de obtenerse la conclusión de haber tenido lugar, simplemente, un supuesto de abuso de superioridad del que se han aprovechado y prevalido los acusados para la satisfacción de sus deseos, sino un **acto de intimidación y coacción creado por todos ellos**, tendiendo una **encerrona** a la víctima, teniendo en cuenta la prácticamente **nula posibilidad de ésta de huir y/o escapar**. En definitiva, conductas reveladoras de la existencia de **intimidación suficiente** para mantener que los hechos tuvieron lugar mediante **intimidación ambiental** para vencer la voluntad de la víctima”.²⁰²

[...] “en definitiva, nos encontramos ante un supuesto de **ausencia o inexistencia total de consentimiento efectivo de la víctima**, anulado por la acción de los acusados, ante lo que aquélla valora como algo que hace inútil una posible oposición por su parte, ante la imposibilidad de obtener auxilio por terceras personas, máxime cuando la actitud del sujeto agresor (en nuestro caso **cinco agresores**), de **consistencia física más fuerte**, que **manifiestan su decidido propósito de abusar del cuerpo ajeno para satisfacción de sus propios apetitos, sin que sea preciso utilizar ningún arma o instrumento material amenazante** (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1.991)”.²⁰³

En definitiva, la cuestión a discutir en el caso que se ha planteado es: ¿el ordenamiento jurídico español debería cambiar el concepto de “intimidación”?, o ¿debería evolucionar

²⁰⁰ STSJ de Navarra nº 8/2018, de 30 de noviembre, p. 81.

²⁰¹ *Idem*.

²⁰² STSJ de Navarra nº 8/2018, de 30 de noviembre, p. 88.

²⁰³ *Idem*. La negrita es mía.

la interpretación de este concepto? ¿El voto particular de los dos magistrados del TSJ podría ser un paso para que evolucione la concepción actual y se incluya el concepto de “intimidación ambiental”?

Parece que la sociedad española se manifiesta a favor de esta última práctica (la intimidación ambiental), pues ésta ha sido la protesta generalizada de los españoles a raíz de la sentencia de “La Manada”. Un caso que además de tener votos a favor de abuso y votos a favor de agresión; ha tenido incluso un voto particular de absolución hacia todos los acusados (y ahora condenados). Por lo que este caso no está exento de complejidad.

Para entender la repercusión social que ha tenido esta sentencia podemos acudir a lo manifestado en algunos medios de comunicación. Por ejemplo, según un editorial de *El País*:

“La distinción legal no siempre fácil de establecer, conduce a la hiriente cuestión de **cuánto se tiene que resistir una persona para evitar ser violada sin jugarse ni la integridad física ni la vida** y para que, al tiempo, se le reconozca como víctima de tan grave asalto a su libertad sexual y sus agresores no queden impunes. En este caso límite se ha descartado la violencia, pero la ausencia de intimidación resulta difícil de comprender. La propia sentencia indica que la joven sintió un «intenso agobio y desasosiego», «que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad». La mera situación, sin mediar amenaza, fue intimidatoria para la denunciante, sola, en un oscuro portal, rodeada de cinco tipos corpulentos dispuestos a tener sexo con ella”.²⁰⁴

Según reportaba el *Diario de Navarra*:

“Todos [los profesionales de la justicia de Navarra entrevistados] coinciden en que el caso del portal de Paulino Caballero es muy complicado y excepcional, y que los jueces han tenido que resolver en mitad de una presión sin parangón. También lo ven muy interesante desde el punto de vista jurídico. Sobre la intimidación (requisito para ser una agresión sexual), algunas voces sostienen que el tribunal resolvió «apegado a la tradición jurisprudencial», que dice que para que exista intimidación tiene que haber una amenaza con un mal expreso, algo que en este caso no hubo. «Quizás la

²⁰⁴ *EL PAÍS*. 27 de abril de 2018. La negrita es mía.

jurisprudencia tenga que adaptarse a los nuevos tiempos y que situaciones como la del portal se consideren intimidación».²⁰⁵

Por su parte, Enrique Gimbernat ha manifestado que:

“Partiendo de los hechos que -con un esfuerzo y detalles encomiables- la sentencia de la APN ha declarado probados, **éstos deberían haber sido calificados de violaciones continuadas** cometidas por cada uno de los acusados y no, como equivocadamente se ha hecho, de abusos sexuales con prevalimiento. Ello es así porque si, tal como se afirma en la sentencia, no es cierto que la denunciante se pusiera de acuerdo con los acusados para practicar sexo en grupo, **su «estado de shock», su «sensación de angustia, agobio, desasosiego y estupor», y su «ausencia y embotamiento de sus facultades superiores», sólo pueden encontrar una explicación plausible en que se sintió amenazada** de que los cinco autores acudieran, si no accedía a sus deseos sexuales, a la violencia, de la que no podía escapar porque se encontraba en un habitáculo reducido que se había convertido en una ratonera. Y es que, cuando la sentencia afirma que los autores ejecutaron sus actos «valiéndose de su superioridad física y numérica y de la imposibilidad de la denunciante de ejercer resistencia ante el temor de sufrir un daño mayor y la imposibilidad de huir del lugar», lo que se está describiendo son todos los elementos que constituyen una **violación intimidatoria**. Porque «valerse de su superioridad física y numérica» sólo puede entenderse en el sentido de que, **si se valen, es porque están amenazando**, aunque sea implícitamente, con ejercer esa superioridad física y numérica, y porque, para la denunciante, esa «imposibilidad de ejercer resistencia y huir del lugar», accediendo a consentir las acciones sexuales de los acusados, «ante el temor de sufrir un daño mayor», ese daño mayor sólo puede entenderse, igualmente, en el sentido de padecer daños físicos si no se aquietaba”.²⁰⁶

No obstante, y dado que todo es opinable, muchos juristas expertos en la materia han apremiado al Tribunal por el exhaustivo trabajo realizado en la argumentación sobre la calificación jurídica de abuso y no de agresión sexual.

Así, en aras de dar una visión objetiva sobre el caso analizado, me gustaría poner de manifiesto que España es una nación con separación de poderes y que la independencia

²⁰⁵ GONZÁLEZ. *Diario de Navarra*, 6 de mayo de 2018.

²⁰⁶ GIMBERNAT. *EL MUNDO*, 28 de mayo de 2018. La negrita es mía.

de la justicia y la aplicación de las leyes deben ser perseverantes y primar frente a la opinión pública, que en muchas ocasiones se deja llevar sin conocer ni saber lo que la Ley predica.

3. EL ERROR DE TIPO Y LA AUSENCIA DE RESISTENCIA. RELACIÓN CON LOS ABUSOS SEXUALES.

Ya por último, resulta interesante observar uno de los argumentos de los condenados, que recurrieron en apelación la SAP de Navarra alegando la existencia de error invencible de tipo. En este apartado se analizará por qué el TSJ de Navarra ha desestimado dichas afirmaciones.

Como ya decíamos en el apartado anterior, tan arraigada está la idea de que para la existencia del delito de violación o de agresiones sexuales es precisa la resistencia del sujeto pasivo, que llega a considerarse en ocasiones que la falta de resistencia puede dar lugar a un error vencible sobre la existencia de intimidación. De esta manera la SAP de Guadalajara en su sentencia 82/2006 de 12 de mayo acordó que:

“Cabe apuntar incluso que el procesado incurrió en un error vencible sobre un hecho constitutivo de la citada infracción penal, la intimidación, elemento normativo del tipo de este concreto delito, y que en esa situación, **la mera negativa de ella no tuvo entidad bastante para manifestarse como resistencia**, pues, según reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es suficiente, a tales efectos, la mera oposición formal de la víctima, por lo que el procesado llevó a cabo la relación sexual creyendo que contaba con el consentimiento”.²⁰⁷

En primer lugar, cabe hacer una distinción entre el error de tipo y el error de prohibición. El **error de tipo**, regulado en art.14.1 y 2 CP, tiene lugar sobre alguno de los elementos configuradores del tipo penal (sobre un hecho constitutivo del delito), y se produce cuando el sujeto activo no es consciente de que con su conducta está realizando todos los elementos objetivos de un tipo penal. El error de tipo actúa sobre la tipicidad y la antijuridicidad, en particular sobre el dolo del autor, eliminándolo. Este error puede ser vencible o invencible en función de si podía haberse evitado o no.

²²⁰La negrita es mía.

Por su parte, el **error de prohibición** (art.14.3 CP) se produce cuando existe un absoluto desconocimiento de que la acción que el sujeto está realizando de manera consciente y voluntaria está prohibida por el ordenamiento jurídico.²⁰⁸

En este apartado tan solo me centraré en el error de tipo, con el objeto de compararlo con los delitos contra la libertad sexual anteriormente analizados. Pues en aquellas ocasiones en que la víctima tiene su consentimiento viciado por una superioridad de la que se prevalece el autor, y no manifiesta signos de no querer que se produzca la relación sexual para evitar un mal mayor, ¿realmente es posible que el autor crea que el sujeto pasivo quiere y consiente esa relación sexual y actúe mediante error de tipo?

Algunos autores como Antonia Monge Fernández consideran que en la práctica, en los delitos de agresión sexual, no hay espacio para que se den supuestos de error sobre un elemento del tipo, en particular de error sobre el consentimiento de la víctima, mientras que en el caso de los abusos sexuales sí suele plantearse con mayor frecuencia.²⁰⁹

Por otra parte, el error vencible es aquel que pudo evitarse aplicando las más elementales normas de cuidado; elimina el dolo, dejando la responsabilidad culposa, de existir el correspondiente tipo penal imprudente. En cambio, el error invencible es aquel en el que ni aplicando las más elementales normas de la diligencia exigible se hubiera podido evitar el resultado, motivo por el que excluye totalmente la responsabilidad penal.²¹⁰

Por tanto, esencial en esta cuestión no es solo el *no saber o no conocer*, sino también el determinar si era posible *evitar* el error (es decir, evitar que la realización de todos los elementos de un hecho ilícito se desconociera).

En el caso de la Sentencia de La Manada analizado en este capítulo, **¿podríamos considerar que los autores del hecho podrían haber obrado con error de tipo?**

Hay sentencias que pueden llegar a apreciar error en el sujeto activo, en cuanto al consentimiento del sujeto pasivo a la hora de mantener relaciones sexuales:

“Ese precedente sexual consentido y la ausencia de toda expresión de no desear el acto sexual que proponía el acusado, así como la inexistencia de algún movimiento corporal que revelase esa falta de consentimiento, máxime en unas condiciones como el interior

²⁰⁸ *Idem.*

²⁰⁹ MONGE FERNÁNDEZ. *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, p. 112.

²¹⁰ *Idem.*

de un automóvil donde las maniobras que describe el "factum" por parte del acusado necesariamente requerían no sólo una actitud permisiva por parte de Luis Pablo, sino también un cierto grado de colaboración en la complicada y casi contorsionista acción que se relata en el "factum" para culminar con la penetración. Pero, en todo caso, lo que resulta de todo punto incuestionable es que en este contexto, la inexistencia por parte de Luis Pablo de toda palabra o expresión corporal de oposición, rechazo, contrariedad o disentimiento al acto sexual, aboca, cuanto menos, a considerar desde la perspectiva del acusado, un consentimiento tácito a dicho acto por parte de aquél y, en último extremo, la concurrencia de un error de tipo del art. 14 C.P. (LA LEY 3996/1995) al pensar que la relación sexual no era in consentida. Ciertamente es que se trataría de un error vencible, pues bastaría una pregunta al partenaire, pero no existiendo posibilidad legal de calificar este delito como culposus, la conclusión sería la misma que si el error fuera invencible al afectar el error directamente al elemento subjetivo del delito, esto es, a la consciencia y voluntad de ejecutar la acción sexual sin el consentimiento del sujeto pasivo, de suerte que la no concurrencia de tan fundamental componente del injusto, impide la tipificación como tal.

En conclusión, siendo la única prueba en que se apoya el Tribunal a quo para declarar la culpabilidad del acusado tan frágil, vulnerable y debilitada por las circunstancias que han quedado expuestas, y siendo la misma susceptible de llevar a un resultado valorativo contrario al obtenido por la Sala de instancia, es claro que la dicha prueba carece de la suficiencia incriminatoria exigible para sustentar un pronunciamiento condenatorio, precisamente porque esa insuficiencia avala la persistencia de dudas racionales y razonables sobre la tan mencionada concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo del encuentro sexual completamente incompatible con el citado juicio de certeza que debe presidir toda sentencia condenatoria".²¹¹

En el caso analizado, según los hechos probados en la sentencia, parece que fueron los propios autores los que provocaron conscientemente esa situación y de la que se prevalieron para abusar de la víctima, sin que ésta última fuera realmente conocedora de sus intenciones.

Además, en esa situación en la que la víctima se encuentra acorralada y es penetrada vaginal y bucalmente a la vez, rodeada de cinco hombres que la agarran del pelo y que

²¹¹ STS n°726/2006, Sala Segunda, de lo Penal, de 29 jun. 2006.

no le dejan si quiera ver lo que hay a su alrededor (como prueba de lo cual no se dio ni cuenta de que estaba siendo grabada), sería difícil entender que cinco hombres en edad madura no tuvieran la suficiente diligencia de advertir que, posiblemente una chica de 18 años recién cumplidos, no quisiera mantener sexo con cinco hombres a la vez en un habitáculo minúsculo. Por tanto, en este caso, sería difícil apreciar cualquier tipo de error en los autores que les pudiera eximir de alguna responsabilidad, sobre todo por la superioridad manifiesta tanto en número como edad que éstos tenían sobre la víctima.

Y a esta misma conclusión es a la que ha llegado el TSJ de Navarra:

“Como oportunamente precisa la STS 868/2002, de 17 mayo, **“es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo”**.²¹²

“La laxitud con que los acusados apreciaban el asentimiento de la joven no es tampoco excusa de su lesivo proceder, pues media una prevalente **desproporción de fuerzas**, una radical **inferioridad** —en razón de edad, número y condición—, y en **lugar angosto y opresivo que dificulta su reacción y defensa**”.²¹³

“La subsunción en el tipo penal de abuso con prevalimiento resulta una consecuencia inevitable del relato fáctico de la sentencia recurrida. Se declaran probadas no sólo la situación de manifiesta superioridad —numérica, física y escénica— de los acusados (cinco varones de edades muy superiores y fuerte complexión rodeando a la víctima en un lugar recóndito y angosto) y su efectiva incidencia en la libertad de elección, acción y reacción de la víctima (que en esa situación se sintió impresionada y sin capacidad de reacción, experimentando un intenso agobio y desasosiego que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, y a hacer lo que los procesados le decían), sino que también se declara probada la consciencia de la posición de dominio o preeminencia que la sumisión de la denunciante proporcionaba a los acusados y el aprovechamiento por ellos de dicha situación de desequilibrio para la satisfacción de sus apetencias sexuales (los procesados conocieron y aprovecharon la

²¹² STSJ de Navarra nº 8/2018, de 30 de noviembre, p. 32.

²¹³ STSJ de Navarra nº 8/2018, de 30 de noviembre, p. 33.

situación de la denunciante, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por ellos, para realizar con aquella diversos actos de naturaleza sexual)".²¹⁴

²¹⁴ STSJ de Navarra nº 8/2018, de 30 de noviembre, p. 34.

CONCLUSIONES

A través de este trabajo me he querido centrar sobre todo en el delito de agresión y abuso sexual y los requisitos del tipo que conciernen a cada uno de ellos. Y qué mejor forma de hacerlo que a través de un caso de hecho real y polémico, que como hemos visto ha sido cuestionado y criticado por la sociedad.

Así, las cuestiones a las que se ha dado respuesta a través de este trabajo han sido, a groso modo, las siguientes:

1. En primer lugar, ha quedado proyectada la **suave línea que separa el abuso de la agresión sexual**. Así, si media violencia o intimidación en la comisión del delito habrá agresión sexual, y si no, será calificado de abuso sexual. Siempre y cuando medie la falta de consentimiento de la víctima en cuanto a la relación sexual propiamente dicha.
2. En segundo lugar, el problema que se ha planteado es **qué entendemos por violencia y por intimidación para tipificar el delito como agresión o como abuso**. El término violencia no parece que haya planteado muchas dificultades en estos delitos, pero no ocurre lo mismo con el de intimidación.

Como hemos visto, hay ocasiones en que una situación puede ser intimidante por sí sola, sin que medie la intervención del autor. Pero el hecho de que no haya una injerencia real y directa del autor no quiere decir que el mismo no tenga la voluntad de intimidar a la víctima, o que no sea consciente de que con su propia presencia la víctima se encuentra amenazada.

Así, de manera tácita, el autor habría obtenido un consentimiento viciado de la víctima para mantener relaciones sexuales con ella, pero siendo consciente del efecto creado en ésta y aprovechando esta situación para cometer el delito.

Tras el análisis del supuesto de hecho podríamos concluir que existen dos tipos de intimidación: la directa y la indirecta. La primera es aquella en la que el propio autor hace manifiesto un mal que va encaminado a obtener el consentimiento viciado de la víctima para mantener relaciones sexuales con ella.

La intimidación indirecta sería aquella en la que el autor no ha realizado ninguna acción encaminada a amedrentar a la víctima, pero que éste es consciente de que la situación creada presiona al sujeto pasivo para que ceda a la relación sexual, siempre a través de

aquel escenario creado a conciencia con el único propósito de agredir sexualmente. Es decir, se produce lo que muchos autores denominan “intimidación ambiental”.

Por tanto, considero que la Ley (o su interpretación) debería evolucionar, pues una situación no es intimidatoria porque así lo exprese el autor, sino aquella en la que con su actuación haya creado una situación intimidatoria y con ello haya viciado el consentimiento de la víctima, siendo el sujeto activo perfectamente consciente del efecto que ha creado en la víctima y de lo cual se aprovecha para cometer el delito de agresión sexual.

3. En tercer lugar, me ha llamado poderosamente la atención **la importancia de la resistencia en los delitos de agresión sexual**. Pues, como hemos visto, aunque no sea un requisito explícito del tipo, se ha utilizado, sin embargo, por los jueces y magistrados a discreción para fallar sobre si ha habido delito contra la libertad sexual o no, y de qué tipo.

Se le da demasiada importancia a la resistencia, puesto que cada persona reacciona de una manera distinta ante una situación de estrés y riesgo vital. No es la primera vez que una persona se queda en shock después de un accidente en lugar de socorrer. ¿Y qué ocurre con los robos con violencia o intimidación? ¿Al sujeto pasivo se le exige algún tipo de resistencia? ¿Se le exige que elija entre su vida o su monedero? La respuesta es no. Y la razón es que muchos jueces todavía piensan que la víctima de una agresión o abuso sexual puede llegar a disfrutar durante el acto sexual no consentido. ¿Entonces cuando una persona se esconde debajo de la cama y no hace nada cuando escucha que alguien ha entrado en su casa, lo que desea es que le roben?

Al igual que el concepto de intimidación, el de resistencia también debería cambiar, puesto que la reacción de la víctima no es la que se está analizando y poniendo en duda, sino la acción típica del autor, que es el que comete el delito.

Ambas cuestiones nos deben llevar a una reflexión. ¿Por qué el concepto de intimidación es rígido y solo existe cuando es expreso por parte del autor? Mientras tanto, la resistencia no es un requisito del tipo, y sin embargo alguna jurisprudencia y doctrina actúan como si lo fuera.

Ni un concepto debería ser tan limitado ni el otro tan versátil, sino que siempre se deberían tener en cuenta todos los aspectos que han rodeado el hecho delictivo.

BIBLIOGRAFÍA

CEBEIRO BELAZA, Mónica. “Los penalistas estudian unir abuso sexual y violación en un solo delito”. *El País*. 9 de mayo de 2018. Recurso electrónico disponible en:

https://elpais.com/politica/2018/05/09/actualidad/1525880323_041149.html

[consulta: septiembre de 2018]

CONDE- PUMPIDO FERREIRO, C. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Madrid: Trivium. 1997, pp. 2166 y ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, JL., *Comentarios al Código Penal Parte Especial*, Vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 294.

GARCÍA VALDÉS, C. “Intimidación y violencia sin resistencia. Delimitación con los abusos sexuales”, en: García Valdés, C./Cuerda Riezu, A./Martínez Escamilla, M./Alcácer Guirao, R./Valle Mariscal de Gante, M. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Derecho pena, parte especial*, t. III. Madrid: Edisofer, 2008, pp. 2052-2180

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “La sentencia de 'La Manada'”. *El Mundo*. 28 de mayo de 2018. Recurso electrónico disponible en:

<https://www.elmundo.es/opinion/2018/05/28/5b0ac368268e3eda288b45bd.html>

[consulta: septiembre 2018]

GONZÁLEZ- CUÉLLAR GARCÍA, A., en «Delitos contra la libertad sexual», en Cándido-Conde Pumpido-Ferreiro, J., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, Madrid, 199, p. 2166.

GONZÁLEZ, Gabriel. “Así opinan los expertos en Derecho sobre la sentencia de 'La Manada'”. *Diario de Navarra*. 6 de mayo de 2018. Recurso electrónico disponible en:

<https://www.diariodenavarra.es/noticias/navarra/2018/05/06/opinan-expertos-derecho-sentencia-manada-590167-300.html>

[consulta: septiembre de 2018]

GONZÁLEZ GUERRA, Carlos. M. *Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*. [Buenos Aires] Editorial Montevideo de, 2015.

GONZÁLEZ RUS, J.J, en: García Valdés et al. (coord.). “¡No! Y basta (a propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y agresiones sexuales)”, en: García Valdés, C./Cuerda Riezu, A./Martínez Escamilla, M./Alcácer Guirao, R./Valle Mariscal de Gante, M. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Derecho penal, Parte Especial*, t. III. Madrid: Edisofer, 2008, pp. 2011-2036.

[HUETE NOGUERAS, José Javier. “Delitos contra la libertad sexual: principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales”](#). 20 abril 2015, pp. 35 y ss. [Recurso electrónico disponible en:](#)

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8 [consulta: diciembre 2018]

LAMARCA PÉREZ, Carmen. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en: Lamarca Pérez (coord.), C. /Alonso de Escamilla, A./ Mestre Delgado E./ Rodríguez Núñez, A./ *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Madrid: Dykinson. 2016, pp. 165 y ss.

LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. [Madrid] Dykinson, S.L., julio 2010.

MAGRO SERVET, Vicente. “Requisitos para la apreciación del error de tipo o prohibición (artículo 14 CP) ante la comisión de un delito”. *Diario La Ley*, Nº 9192, Sección Doctrinal, Editorial Wolters Kluwer: 8 de Mayo de 2018.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *Los delitos de agresiones sexuales violentas. Análisis de los arts. 178 y 170 del Código Penal conforme a la LO 15/2003 de 25 de noviembre*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 20 y ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

ORTS BERENGUER, Enrique, en: González Cussac (coord.). “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales” y “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual”, en: Vives Antón, T.S. / Orts. Brenguer, E. / Carbonell Mateu, J.C. / Martínez- Buján Pérez, C./ Cuerda Arnau, Mª. L./ Boja Jiménez, E./ González Cussac J.L. (coord.). *Derecho Penal. Parte Especial. 5ª Edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015*, Valencia: Tirant. 2016, pp. 199 y ss.

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen. “¿Pueden los bienes jurídicos supraindividuales ser lesionados mediante conductas individuales?”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 29, 2018.

[REDACCIÓN NOTICIAS JURÍDICAS. “Las 15 claves de la reforma del Código Penal”.](#)
[Noticias jurídicas. 31 de marzo de 2015. Recurso electrónico disponible en:](#)

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9285-las-15-claves-de-la-reforma-del-codigo-penal/>

[\[consulta: 28 de octubre de 2018\].](#)

RUIZ VADILLO, “Algunas consideraciones sobre el delito de violación tras la reforma de 1989 desde los aspectos sustantivo y procesal conforme especialmente a la doctrina jurisprudencial de la Sala 2º de lo Penal del Tribunal Supremo”, *Actualidad Penal*, núm. 38 y 39, octubre 1990, [pp.40 y ss].

SÁNCHEZ-VERA TRELLES, “La bolsa o la vida del ‘procès’”, *Blog FIDE*, 15 de noviembre de 2018. Recurso electrónico disponible en:

https://blogs.elconfidencial.com/espana/blog-fide/2018-11-15/bolsa-vida-violencia-proces-cuestiones-juridicas_1647306/ [consulta: 10 de enero de 2011]

SUÁREZ RODRÍGUEZ, CARLOS. *El Delito de Agresiones Sexuales asociadas a la violación*. Pamplona: Aranzadi, 1995, pp. 283.

WOLTERS KLUWER, “Guías jurídicas: las agresiones sexuales”. Recurso electrónico disponible en:

http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDU2MTfbLUouLM_DzbsMz01LySVAC1zRWXIAAAAAA==WKE

[consulta: agosto de 2018]

JURISPRUDENCIA

SAP Tarragona nº34/1997, Sección 2ª, de 14 de enero

ATS de 4 de marzo de 1998 y STS de 7 de mayo de 1998

STS nº 1728/1999, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 de marzo

SAP Burgos nº135/2000, Sección 1ª, de 25 de septiembre 2000

STS nº530/2001, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 de marzo

ATS nº2693/2001, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 de diciembre

STS Nº491/2003, Sala Segunda, de lo Penal, de 13 de noviembre

STS nº 604/2004, Sala Segunda, de lo Penal, de 15 de diciembre

STS nº 252/2006, Sala Segunda, de lo Penal, de 6 de marzo

STS nº5/2007, Sala Segunda, de 19 de enero [FJ1]

STS nº 355/2013, Sala Segunda, de lo Penal, de 3 de mayo. 2013

STS nº 411/2014, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de mayo [FJ 4º]

STS nº573/2017, Sala Segunda, de lo Penal, de 18 de julio

STS nº433/2018, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 de septiembre

SAP Navarra nº 38/2018, Sección 2ª, de 20 de marzo

STSJ nº8/2018 de 30 de noviembre