



TRABAJO DE FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO 2018-2019

LA AGRESIÓN SEXUAL INTIMIDATORIA Y EL ABUSO
SEXUAL DE PREVALIMIENTO: A PROPÓSITO DEL
CASO DE “LA MANADA”

INTIMIDATING SEXUAL AGGRESSION AND SEXUAL ABUSE
FROM A POSITION OF ADVANTAGE: “LA MANADA” CASE

Autora: Blanca M. Moxó Alonso

Directora: Dra. Bárbara San Millán Fernández



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	2
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL SEXUAL: BREVE REFERENCIA AL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LOS DELITOS SEXUALES	2
3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO VIII CP	5
4. LA ACTUAL TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL ..	9
4. 1 LAS AGRESIONES SEXUALES	9
4.1.1 Tipo básico: artículo 178 CP	10
4.1.1.1 Medios comisivos	13
4.1.1.1.1 <i>La violencia</i>	14
4.1.1.1.2 <i>La intimidación</i>	15
4.1.2 La violación: artículo 179 CP	21
4.1.2.1 El acceso carnal	22
4.1.2.2 La introducción de miembros corporales u objetos	23
4.1.3 Subtipos agravados: artículo 180 CP	25
4.2 LOS ABUSOS SEXUALES.....	25
4.2.1 Tipo básico: artículo 181.1 CP	26
4.2.2 Abusos sexuales sobre personas privadas de razón o sentido o de cuyo trastorno mental se abusare o anulando la voluntad: artículo 181.2 CP	27
4.2.3 El abuso de prevalimiento: artículo 181.3 CP.....	30
4.2.3.1 Distinción con la agresión sexual intimidatoria: problemas interpretativos	34
4.2.4 Subtipos agravados de los delitos de abuso sexual	40
5. EL CASO DE “LA MANADA”	41
5.1 INTRODUCCIÓN	41
5.2 HECHOS PROBADOS.....	42
5.3 SENTENCIA 38/2018, DE 20 DE MARZO, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA	45
5.3.1 Voto particular	49
5.4 SENTENCIA 473/2018, DE 30 DE NOVIEMBRE, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA.....	52
5.4.1 Voto particular	55
5.5 SENTENCIA 344/2019, DE 4 DE JULIO, DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	57
6. CONCLUSIONES	61
7. BIBLIOGRAFÍA.....	67

1. INTRODUCCIÓN

En el verano de 2016 una joven denunció haber sido agredida sexualmente por cinco hombres de forma conjunta. El caso de “La Manada”, nombre por el que se conoce el procedimiento judicial seguido frente a los cinco acusados, y que tuvo una gran repercusión mediática, planteó la problemática existente para deslindar la figura del abuso de prevalimiento de las agresiones sexuales intimidatorias.

Es por ello que en el presente trabajo van a analizarse las características y requisitos propios de ambos delitos, sus diferencias y las tres sentencias que resuelven el citado procedimiento judicial.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL SEXUAL: BREVE REFERENCIA AL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LOS DELITOS SEXUALES

El Derecho penal sexual tal y como queda configurado por el Código Penal de 1848 permanece prácticamente inalterado hasta las reformas que comienzan a tener lugar en 1978, siendo su objeto de tutela indiscutido la *honestidad o moral sexual colectiva*¹.

Este código, bajo la rúbrica de los “Delitos contra la honestidad”, agrupaba varios conjuntos de delitos en cuatro capítulos distintos.

En primer lugar, recogía los delitos de adulterio y amancebamiento, estableciendo un claro trato de favor a la conducta delictiva del marido, no sólo por cuanto que la pena aparejada a la misma era considerablemente inferior, sino también por cuanto constituía requisito típico que la misma tuviera lugar en la casa conyugal o fuera de ella “con escándalo”.

¹ DÍEZ RIPOLLES, J.L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA, C.M. (Coords.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 2004, pág. 211.

Seguidamente, incluía el delito de violación, que únicamente aceptaba como sujeto pasivo a la mujer, constituyendo la conducta delictiva el “yacimiento” con la misma siempre que: (1) se usara fuerza o intimidación, (2) la mujer se hallara privada de razón o sentido, o (3) fuera menor de 12 años. Junto al delito de violación se recogía la figura de los “abusos deshonestos”, que tipificaba cualquier comportamiento sexual en el que concurriera alguna de las circunstancias exigidas para el delito de violación que fuera distinto al yacimiento con una mujer.

De esta forma, la penetración heterosexual vaginal era considerada la conducta de mayor desvalor; mientras que la penetración heterosexual u homosexual anal quedaba incluida en el delito de abusos deshonestos. La gravedad que se otorgaba a tal conducta derivaba de la sobrevaloración que se otorgaba a la virginidad de la mujer (puesto que de ella dependía su posibilidad de encontrar marido) y del riesgo de embarazo que conllevaba la misma (con la consiguiente posibilidad de incluir hijos ilegítimos en la familia)².

En tercer lugar, el Código contenía tres modalidades distintas de estupro: las dos primeras caracterizadas por el yacimiento con una “doncella” de entre 12 y 23 años, ejerciendo una posición de autoridad o guarda sobre la misma, en la primera de ellas, o mediando engaño, en la segunda; y la tercera, por el yacimiento con hermana o descendiente, y con independencia de que la víctima superase los 23 años de edad. El mismo capítulo comprendía, además, un delito de promoción o facilitación de “la prostitución o corrupción de menores de edad”, que exigía la concurrencia de habitualidad o abuso de superioridad para su punición.

Por último, recogía unos delitos de “rapto con miras deshonestas”, que se castigaban de distinta forma en función de si se realizaban en contra de la voluntad de la mujer, o con su aquiescencia si la “robada” era menor de 12 años o doncella de entre 12 y 23.

² CARUSO FONTÁN, M. V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 2006, págs. 39-40.

Como el Código penal actual, añadía un último capítulo que comprendía las disposiciones comunes a los anteriores, entre las que destacaba que “el ofensor quedaba relevado de la pena impuesta casándose con la ofendida”.

No es hasta finales de los años 60 y principios de los 70 cuando se inicia una radical transformación del objeto de tutela en estos delitos, caracterizada por la renuncia a proteger a través del Derecho penal una determinada “moral sexual”³. En su lugar, las reformas legales siguientes orientan la protección hacia el concepto de “libertad sexual”, entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad⁴, por lo que se centran en la tipificación de aquellas conductas mediante las cuales se involucra a una persona en comportamientos de naturaleza sexual no consentidos.

De esta forma, la reforma de 1978 deroga los delitos de adulterio y amancebamiento y el delito de estupro consistente en el mero acceso carnal a una mujer de entre 12 y 16 años; proclama la indiferenciación de género en los sujetos activo y pasivo de los delitos de estupro y abusos deshonestos; y elimina como requisito típico la exigencia de que la mujer fuera “doncella”, en unos casos, o “de acreditada honestidad” en otros, requisito que excluía de protección penal a prostitutas y mujeres sospechosas de costumbres licenciosas.

Siguiendo la tendencia del legislador a indicar el bien jurídico protegido por los preceptos contenidos en un título en su rúbrica, la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, sustituye la expresión “honestidad” por “libertad sexual”. Esta reforma del Código penal de 1973 supuso, además, la inclusión en el delito de violación no sólo del acceso carnal por vía vaginal, sino también por la vía anal o bucal; la indiferenciación del género de los sujetos activo y pasivo del delito; y el reconocimiento de que la introducción de objetos constituye también una agresión sexual.

El Código penal de 1995 introduce, como variante más importante, un cambio en el modelo de clasificación de los delitos en esta materia, distinguiendo entre agresiones y abusos sexuales. Esta modificación pone de manifiesto la

³ DÍEZ RIPOLLES, J.L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág.214.

⁴ GAVILÁN RUBIO, M., “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 12, pág. 84.

intención del legislador de poner el acento de la incriminación de esta clase de conductas en la forma de doblegar la voluntad de la víctima, más que en la concreta conducta sexual llevada a cabo, esto es, de proteger ante todo la libertad de decisión en la esfera sexual y no una determinada concepción moral acerca de la sexualidad en sí⁵. En consecuencia, la gravedad de los delitos sexuales queda determinada en atención a la intensidad del atentado a la libertad sexual producido y no a la naturaleza del acto sexual realizado⁶.

Poco tiempo después, con la Ley Orgánica 11/1999, de 11 de abril, se añade el término “indemnidad” a la rúbrica del Título VIII, con el fin de precisar la protección de menores e incapaces, a los que, por considerarles carentes de la necesaria formación para poder ser considerados verdaderamente libres en este ámbito de la sexualidad, no se les considera titulares de libertad sexual⁷.

Posteriormente, como reformas importantes, encontramos la de 2003, que añade la conducta de introducción de miembros corporales como constitutiva del delito de violación; la de 2010, que introdujo un tratamiento autónomo y agravado de las agresiones y abusos contra menores de trece años; y la de 2015, que, entre otras, eleva la edad del consentimiento sexual a los 16 años.

3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO VIII CP

El principio de intervención mínima en el Derecho penal o principio de *ultima ratio* implica que la intervención penal debe quedar reducida a los conflictos sociales más graves o cuya solución sea más importante para la sociedad⁸, por lo que la sanción penal deberá ceder en beneficio de otras ramas del Derecho cuando estas prevean otras vías de protección alternativas menos restrictivas de derechos y suficientes para alcanzar dicho fin⁹.

⁵ LAMARCA PEREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, en *Revista Jueces para la democracia*, n. 927, pág. 50.

⁶ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 217.

⁷ Así parece pronunciarse el legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁸ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1996, pág. 61.

⁹ SSTC (Pleno) 24/2004, de 24 de febrero; y 26/2018, de 5 marzo.

Por lo tanto, la afectación a un concreto bien jurídico de la conducta tipificada como delito se configura como una condición *sine qua non* para considerar legítima la intervención del legislador penal. Es más, en su calidad de *ultima ratio* del sistema, esta intervención deberá reservarse para aquellos hechos que, de forma más grave, lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos más importantes.

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, sustituye la expresión “honestidad” por “libertad sexual” con la finalidad de avanzar en la reforma iniciada en 1978, que abogaba por abandonar la protección de una determinada moral sexual, suprimiendo la tipificación de aquellas conductas que no conllevaban una verdadera lesividad material para un bien jurídico fundamental, y configurar como objeto de tutela de los delitos sexuales la “libertad sexual”.

De esta forma, el Código penal de 1995 incluye para el Título VIII la rúbrica de “Delitos contra la libertad sexual”, ampliada en 1999 a “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, lo que advierte la intención del legislador de atribuirles la condición de bienes jurídicos protegidos por los delitos incluidos en este título.

La decisión de configurar la libertad sexual como objeto de tutela de los delitos sexuales revela la percepción de la dimensión sexual como positiva y fundamental para el individuo, hasta el punto de considerarla *una de las dimensiones vitales más intensamente relacionadas con los planteamientos de autorrealización personal del individuo*¹⁰. Esta visión de la esfera sexual se contrapone a la mantenida en tiempos anteriores, en los que imperaba la negación y represión de este ámbito personal.

Es, precisamente, esta valoración de la dimensión sexual como primordial para la autorrealización personal la que justifica la intervención penal para combatir aquellas conductas por las que se compele a una persona a mantener un contacto sexual en contra de su voluntad¹¹.

¹⁰ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 6, 2000, pág. 70.

¹¹ Y ello por cuanto el artículo 10 del Texto Constitucional considera al libre desarrollo de la personalidad “uno de los fundamentos del orden político y la paz social”.

De la misma forma, esta concepción de la libertad sexual como necesaria para la consecución de las aspiraciones personales, es una de las connotaciones que hace necesaria la sustracción de su regulación penal del régimen de protección dispuesto con carácter general para la libertad en el Título VI, por más que la libertad sexual sea considerada una concreción del término genérico libertad¹². A este motivo se añaden otros que justifican su autonomía, como la especialidad de sus modalidades comisivas o las matizaciones que requiere el propio concepto. Autonomía de la que, por otro lado, también gozan otros bienes jurídicos en nuestro Ordenamiento, como la libertad de conciencia¹³.

En cuanto a las precisiones que requiere el propio concepto de libertad sexual, debemos apuntar que esta presenta dos dimensiones o vertientes: una positiva, consistente en la *libre disposición del propio cuerpo a efectos sexuales*¹⁴; y una negativa, que supone el *derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento por otra en el contexto sexual*¹⁵. La determinación específica de cuál de las dos es el objeto de tutela del Título VIII resulta esencial toda vez que, tanto el artículo 178 CP (agresiones sexuales) como el artículo 181 CP (abusos sexuales), hacen depender la calificación de la conducta como delictiva de su afectación al bien jurídico.

Pues bien, a partir de la descripción típica de los preceptos legales y a la luz del carácter fragmentario del Derecho penal, hemos de concluir que en los tipos se protege la libertad sexual en su faceta negativa, y ello por cuanto se castiga *la implicación de alguien en una práctica de naturaleza sexual, en sentido amplio, en contra de su voluntad, con esta viciada o sin ella*¹⁶; lo que demuestra que el objetivo del legislador es asegurar que toda persona ejerza la actividad

¹² En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, cit., pág. 70; CARUSO FONTÁN, M. V., “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual”, cit., pág. 153; MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2017, pág. 191; ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001, págs. 16-17.

¹³ Los delitos contra la libertad de conciencia se regulan en el Capítulo IV del Título XXI CP.

¹⁴ CARUSO FONTÁN, M. V., en *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., pág. 153.

¹⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., en *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, 1985, pág. 23.

¹⁶ ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, cit., pág. 17.

sexual en libertad¹⁷. Esta es la idea o interés que late detrás de la tipificación de los delitos sexuales: el aseguramiento de que todo acto sexual sea ejercido en absoluta libertad.

En sentido contrario se pronuncia parte de la Doctrina. Así, GARCÍA RIVAS considera que la libertad sexual como bien jurídico protegido por el Título VIII del Código Penal hace referencia a *aquella faceta de la libertad del individuo que le permite decidir sin sujeción a condicionantes externos, cómo, cuándo y con quién prefiere mantener relaciones sexuales*¹⁸, por lo que parece poner el acento en la libertad sexual positiva, quedando la negativa preservada como efecto derivado de la protección de la primera.

Sin embargo, aceptar dicha hipótesis nos llevaría a considerar como delictivas conductas de muy distinta entidad, pues nos conduciría a valorar de igual forma aquellos actos por los que se obliga a una persona a mantener un contacto sexual en contra de su voluntad, y aquellos por los que se le impide llevar a cabo una actividad sexual sí deseada. Así, quedarían igualmente incluidas en el delito de agresión sexual del artículo 178, tanto la conducta de un padre que obliga a su hijo, mediando violencia o intimidación, a detener su actividad de masturbación; como la conducta de un hombre que obliga a su compañera de trabajo, también a través de alguno de estos medios comisivos, a realizar la misma actividad sobre el cuerpo de éste.

Otro fundamento que nos lleva a concluir que el objetivo del legislador es velar por que toda persona no se vea implicada en un contexto de naturaleza sexual no deseado y, por tanto, proteger la libertad sexual en su faceta negativa, es que aquellos comportamientos por los que se impide a un sujeto mantener una relación sexual consentida o sobre sí mismo ya se encuentran debidamente protegidos por los delitos de coacciones y amenazas¹⁹.

¹⁷ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, cit., pág. 69.

¹⁸ GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Derecho Penal español, Parte Especial (I)*, Valencia, 2011, pág. 586.

¹⁹ En este sentido, CARUSO FONTÁN, M. V., en *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., pág. 157 y DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, cit., pág.72.

No cabe duda de que ambas vertientes de la libertad sexual se encuentran íntimamente relacionadas. Este vínculo es destacado especialmente por DÍEZ RIPOLLÉS, quién considera que la protección de la libertad negativa constituye el mejor medio de promoción de la libertad positiva, pues la progresiva despenalización de aquellas conductas sexuales que impiden el ejercicio libre de la sexualidad, y que no conllevan limitaciones a la libertad sexual de los demás; y la única tipificación de aquellas conductas en las que una persona incluye de manera no consentida a otra en un comportamiento sexual, ha sido la vía que de manera más eficaz ha fomentado el libre ejercicio de la sexualidad en su vertiente positiva²⁰.

4. LA ACTUAL TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

El Título VIII del Libro II del Código penal recoge en su Capítulo I los delitos de agresión sexual, que tipifican aquellas conductas atentatorias contra la libertad sexual de una persona en las que media violencia o intimidación; mientras que, en el Capítulo II, se incluyen los delitos de abuso sexual, caracterizados por la ausencia de ambos medios comisivos para lograr el ataque al mismo bien jurídico.

4. 1 LAS AGRESIONES SEXUALES

El Capítulo I del Título VIII del Código penal está compuesto por tres artículos: el artículo 178, que contempla el tipo básico de agresiones sexuales; el artículo 179, que tipifica la modalidad agravada constitutiva del delito de violación; y el artículo 180, que recoge una serie de circunstancias que cualifican los anteriores delitos.

²⁰ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, cit., pág. 71; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, cit., pág. 23.

El elemento característico de los delitos de agresiones sexuales es el empleo de violencia o intimidación con la finalidad de atentar contra la libertad sexual de otra persona. Es esta instrumentalización de la violencia o intimidación para conseguir hacer efectivo el atentado sexual la que distingue las agresiones de los abusos sexuales, por cuanto estos últimos se constituyen como actos que atentan contra la libertad sexual de una persona sin que medie violencia o intimidación²¹.

La mayor penalización de las conductas constitutivas de agresión se explica en que el legislador centra el núcleo de desvalor en la vulneración de la decisión autónoma de la víctima²² y, por tanto, de su libertad sexual; y no en el concreto comportamiento sexual realizado.

4.1.1 Tipo básico: artículo 178 CP

El artículo 178 CP castiga, con la pena de prisión de uno a cinco años, y como responsable de agresión sexual, al que, con violencia o intimidación, atente contra la libertad sexual de otra persona.

De esta forma, la conducta típica queda configurada como el atentado a la libertad sexual de otra persona *con violencia o intimidación*.

La Doctrina ha destacado la indeterminación y consiguiente inseguridad jurídica a la que conduce la redacción típica del precepto, puesto que permite incluir en el mismo conductas de muy distinta significación²³. Esta indeterminación es la que, tradicionalmente, ha llevado a parte de la Doctrina y

²¹ Por otra parte, la afección a este ámbito personal es el que permite deslindar las agresiones sexuales de las amenazas o coacciones.

²² GAVILÁN RUBIO, M. "Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia", cit., pág. 84.

²³ En este sentido, ORTS BERENGUER, E., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales", en VIVES ANTÓN, T. S./ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J. C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2004, pág. 236; MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., "Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª Edición, Navarra, 2016, págs. 1278-1279; GARCÍA RIVAS, N., "Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales" -apartados II a VI-, cit., pág. 592.

a la Jurisprudencia a exigir un *ánimo lúbrico o libidinoso*²⁴. Sin embargo, la exigencia de tal elemento subjetivo del injusto está hoy día superada²⁵, dado que la misma conducía a excluir del delito de agresión aquellos actos de claro significado sexual que realizara el actor con otra intención que no fuera la propia excitación sexual, como aquellos realizados únicamente con ánimo vejatorio o con “sed de venganza”. A favor de tal argumentación ha de señalarse que el legislador no ha incluido referencia alguna en el precepto a este elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, a diferencia de lo que sucede en otros preceptos, como el “ánimo de lucro” en el delito de hurto.

Por lo tanto, hemos de determinar que no se exige ningún elemento subjetivo distinto del dolo, como concluye la Sentencia del Tribunal Supremo 806/2007, de 18 de octubre (Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre): “Este especial elemento subjetivo carece ahora totalmente de razón de ser, toda vez que el desvalor de la acción resulta plenamente del conocimiento del autor de los elementos del tipo objetivo, es decir, del carácter sexual de la acción realizada en el cuerpo de otro y la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo”.

Por otra parte, la tradicional configuración de estos delitos como *delitos de propia mano*²⁶ exigía la concurrencia de un contacto físico entre sujeto activo y pasivo. Sin embargo, esta consideración ha sido abandonada²⁷, y, si bien la acción sexual típicamente relevante exige de un contacto físico²⁸, este no tiene por qué recaer sobre el cuerpo de la víctima ni tiene por qué ser realizado por el sujeto activo. Así, quedan incluidos en el delito de agresión sexual aquellos actos

²⁴ En este sentido, GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, cit., pág. 595; ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, cit., pág. 246; MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 195; MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1279; GAVILÁN RUBIO, M. “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia”, cit., pág. 84.

²⁵ A pesar de que, en ocasiones, el Tribunal Supremo sigue refiriéndose a este *ánimo lúbrico o libidinoso*, aunque únicamente para referirse a la intención sexual del sujeto activo, que no deja de ser el dolo típico [STS 39/2009, de 29 de enero de 2009 (ponente: Sr. Delgado García)].

²⁶ CUGAT MAURI, M. “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tomo I, Madrid, 2004. pág. 316; y así parece entenderlo MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág.194.

²⁷ Lo que ha permitido aceptar como posible la coautoría y la autoría mediata en estos delitos.

²⁸ MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1279.

por los que se obliga al sujeto pasivo, mediando violencia o intimidación, a realizar un comportamiento sexual consigo mismo, con un tercero e, incluso, con animales²⁹.

La exigencia de un contacto corporal de significación sexual (si bien, como se ha expuesto, no tiene por qué ser del sujeto activo con la víctima), permite excluir del tipo aquellas conductas por las que se obliga a una persona, con violencia o intimidación, a la contemplación no deseada de acciones libidinosas o lúbricas³⁰; que quedarían incluidas en el delito de coacciones.

En cuanto a los sujetos, el tipo básico de agresiones sexuales se configura como un delito común, por cuanto puede ser cometido por cualquier persona, sea hombre o mujer. De la misma forma, la agresión podrá diferirse sobre cualquiera, refiriéndose el legislador al sujeto pasivo como “otra persona”; por lo que, lógicamente, no cabe hacer ninguna diferenciación basada en el modo de vida de la víctima (ej., prostitutas) o en que ésta sea cónyuge o persona de análoga relación de afectividad del sujeto activo³¹.

Por lo tanto, es posible cualquier combinación de los sujetos activo y pasivo del delito, con independencia de su género (hombre-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre y mujer-mujer); característica que no es predicable de todos los delitos de agresiones sexuales, por cuanto algunos exigen la concurrencia del órgano sexual masculino (delito de violación mediante acceso carnal del artículo 179 CP), aunque con independencia de la posición que ocupe el varón.

Por otra parte, otros tipos exigen la concurrencia de determinadas circunstancias en el sujeto activo o pasivo del delito (por ejemplo, el artículo 180.1. 3º, que exige que el sujeto pasivo sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación; o el artículo 180.1. 4º,

²⁹ GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, cit., pág. 595.

³⁰ MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1280.

³¹ Anteriormente, cuando el bien jurídico protegido era considerado la “honestidad”, el yacimiento matrimonial violento o intimidatorio no se podía considerar constitutivo del delito de violación, por cuanto éste no podía ser considerado “deshonesto”. En su lugar, se consideraba que, en tales casos, el hecho debía ser sancionado a través del delito de coacciones, como expone la SAP, Guipúzcoa (Sección 3ª), de 20 marzo de 1998.

que obliga a que el sujeto activo sea ascendiente, descendiente o hermano de la víctima).

Como delito de mera actividad, no requiere de la producción de ningún resultado material para su consumación. Sin embargo, y dado que requiere de la producción de acciones ejecutivas previas, cabría apreciar tentativa desde el momento en que se ejerce la violencia o la intimidación, aunque finalmente no llegue a producirse el atentado contra la libertad sexual, cuando este fuera el propósito final perseguido por el sujeto activo³².

4.1.1.1 Medios comisivos

La violencia e intimidación se configuran como los medios comisivos de los delitos de agresiones sexuales; medios que, como ya se ha expuesto, permiten distinguir la figura de las agresiones de la de los abusos sexuales.

Ambas deben ir dirigidas a la consecución del atentado sexual, por lo que deberá existir una relación de medio-fin entre la violencia o intimidación ejercida y la relación sexual pretendida o lograda³³; no siendo posible hablar de agresión sexual cuando la violencia o la intimidación hayan sido ejercidas con posterioridad a la acción³⁴.

Por otra parte, podrán ser ejercidas tanto por el sujeto que lleva a cabo el acto sexual como por un tercero, aprovechándose aquél de la violencia o intimidación ejercida por éste. En este sentido, cuando nos encontremos en un caso de actuación conjunta en el que uno de los sujetos ejerce la acción violenta o intimidatoria, y otro el concreto acto sexual, nos hallaremos ante un supuesto de coautoría del artículo 28 CP.

³² GARCÍA RIVAS, N., "Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales" -apartados II a VI-, cit., pág. 595.

³³ Así lo establece la STS 39/2009, de 29 de enero, (ponente: Sr. Delgado García): "ha de haber una relación de causa a efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada vis física o psíquica vaya dirigida a conseguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad".

³⁴ Por tanto, deberán ser previas o simultáneas al ataque.

4.1.1.1.1 La violencia

Podemos entender la violencia como toda fuerza física ejercida sobre el cuerpo de la víctima que la determina a realizar o padecer un determinado acto sexual.

La sustitución en el Código de 1995 del término “fuerza” por el de “violencia” permite relativizar el problema de la “irresistibilidad” de aquélla, así como excluir la exigencia de resistencia a la víctima³⁵. De esta forma, bastará con que concurra una violencia idónea para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, y no su resistencia³⁶. En este sentido se pronuncia la STS 573/2017, de 18 de julio (Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre), señalando que el tipo penal no hace ninguna mención a la resistencia que debiera oponer la víctima, y, mucho menos, al grado o entidad de tal resistencia; sino que únicamente exige el ejercicio de violencia por el sujeto activo. En base a ello, concluye que lo relevante es que el agresor actúe en contra de la voluntad de la víctima, venciendo, por la fuerza (por escasa que ésta sea), su oposición³⁷.

Como se ha dicho, bastará con probar la idoneidad de la violencia ejercida para doblegar la voluntad del sujeto pasivo³⁸. Por lo tanto, resulta lógico que, a los efectos de valorar dicha idoneidad, deban tenerse en cuenta todas las circunstancias concurrentes a la acción: tanto las objetivas, que atienden a las características de la conducta (como, por ejemplo, el momento y lugar de producción de los hechos); como las subjetivas, que atienden a las circunstancias personales de los sujetos (su edad, constitución física, etc.).

³⁵ Resistencia que ya había sido excluida como requisito típico por la Jurisprudencia años antes de la reforma. Así, la STS de 20 de mayo de 1991 (ponente: Sr. Ruiz Vadillo), ya señalaba que lo único requerido por el tipo penal era la voluntad contraria de la víctima, entendida como su “oposición a los actos sexuales pretendidos o impuestos por el agresor”, a lo que añadía que la voluntad “no significa otra cosa que el ejercicio libre de su libertad; por consiguiente no exigiéndose más que este rechazo a los actos que el agresor quiere realizar, sin necesidad no sólo de resistencias heroicas sino ni siquiera de actos enérgicos y permanentes de oposición que pudieran representar para la víctima la originación de nuevos y acaso mayores y más graves males”.

³⁶ STS 291/2018, de 18 de junio (ponente: Sr. Palomo del Arco).

³⁷ En este mismo sentido, SSTS 105/2005, de 29 de enero; y 804/2006, de 20 de julio, que puntualiza que no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual.

³⁸ La violencia típica a los efectos del delito de agresión sexual ha sido definida por el Tribunal Supremo como *aquella que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación* [STS 578/2004, de 26 de abril (Ponente: Sr. Puerta Luis)].

Por otro lado, sólo se entiende por violencia aquella que es ejercida sobre el cuerpo del sujeto pasivo; sin perjuicio de que la violencia ejercida sobre un tercero o la *vis in rebus* puedan integrar la modalidad intimidatoria de agresión sexual³⁹.

Además, es importante señalar, como ya se ha referido, que la violencia debe ir dirigida a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, debiendo existir una relación de causalidad entre la violencia ejercida y el acto sexual realizado. De esta forma, no toda relación sexual violenta constituirá un delito de agresión sexual (lo que permite excluir la tipicidad de las relaciones sadomasoquistas consentidas). En este sentido, apuntan ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ que *una agresión sexual no es un acto sexual violento, sino un acto sexual violentador*⁴⁰. La violencia ejercida por el agresor es la que hace posible el desarrollo del acto sexual que éste deseaba; de tal forma que, si ésta no hubiera tenido lugar, no se habría logrado el mismo.

4.1.1.1.2 La intimidación

La intimidación es definida por la Jurisprudencia como la “amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual”⁴¹. De esta forma, se ha venido exigiendo, a los efectos de apreciar la concurrencia de intimidación, la amenaza de un mal, que habrá de ser grave, futuro y verosímil, y que se concretará en caso de que la víctima no acceda a realizar o a dejarse hacer lo pretendido por el agresor.

La intimidación se constituye como el medio alternativo a la violencia, y, al igual que ésta, deberá ir orientada a la consecución de la relación sexual pretendida; esto es, deberá existir una relación medio-fin entre la intimidación

³⁹MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1281; ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, cit., pág. 33.

⁴⁰ ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, cit., pág. 35.

⁴¹ SSTS 355/2015, de 28 mayo; 769/2015, de 15 diciembre; 953/2016, de 15 diciembre y 480/2016, de 2 junio, entre otras.

ejercida y el acto de naturaleza sexual deseado por el agresor, toda vez que éste no hubiera tenido lugar si no se hubiera empleado la primera⁴².

Al igual que en el caso de la violencia, la Jurisprudencia no exige que la intimidación empleada alcance el grado de irresistible, sino que basta con que ésta sea suficiente, en el sentido de idónea, en el caso concreto para alcanzar la finalidad pretendida (esto es, hacer efectivo el atentado contra la libertad sexual), paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima.

De igual forma, y a los mismos efectos de valorar la idoneidad (en este caso de la intimidación), el Tribunal Supremo ha señalado que habrá que atender “a las características objetivas del hecho o conducta ejecutados y a las circunstancias personales de la víctima,” por lo que quedarán incluidos como supuestos de intimidación suficiente, aquellos en los que “desde perspectivas razonables para un observador neutral y en atención a las circunstancias del caso, la víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzosamente a las pretensiones de éste” [Sentencia del Tribunal Supremo 9/2016, de 21 enero (Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar)].

Sucede que, a pesar de señalar que habrán de tenerse en cuenta tanto las características objetivas del hecho como las circunstancias personales de la víctima, el Alto Tribunal, en orden a apreciar la existencia de la intimidación típica de la agresión, ha puesto el acento en la conducta del sujeto activo⁴³, que, según dispone, habrá de ejercer una intimidación *seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado*⁴⁴.

⁴² Por lo tanto, y como se ha referido para el caso de la violencia, la intimidación habrá de ser previa o simultánea al desarrollo de la actividad sexual. De esta forma, las amenazas proferidas a la víctima para que no denuncie los hechos no pueden convertir el abuso sexual cometido en un delito de agresión sexual intimidatoria, puesto que la intimidación no ha ido a dirigida a la consecución de la relación sexual, sino que ha sido posterior (SSTS 1153/1998, de 6 de octubre y 1959/2002, de 22 de noviembre).

⁴³ SSTS 355/2015, de 28 de mayo; 9/2016, de 21 de enero; 769/2015, de 15 de diciembre; 667/2008, de 5 de noviembre; 51/2008, de 6 de febrero y 224/2005, de 24 de febrero, entre otras.

⁴⁴ Entre otras muchas, STS 355/2015, de 28 mayo; 9/2016, de 21 enero; 769/2015, de 15 diciembre; 23/2017, de 24 enero; 953/2016, de 15 diciembre y 480/2016, de 2 junio.

Por lo tanto, la Jurisprudencia ha venido exigiendo cierto grado de objetividad intimidatoria en la conducta del agresor. En este sentido, ha dispuesto que “el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente” [STS 667/2008, de 5 de noviembre (Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre)].

Es esta exigencia la que muchas veces ha llevado a la Jurisprudencia a no apreciar la concurrencia de un delito de agresión sexual, por considerar que la intimidación ejercida por el agresor no alcanzaba el nivel de objetividad necesario. En estos casos, y a pesar de que la víctima manifestase haberse sentido gravemente intimidada por las amenazas, advertencias, o, simplemente, la conducta del agresor; ésta ha sido calificada finalmente como un delito de abuso sexual de prevalimiento y no como una agresión sexual.

Así, por ejemplo, la STS 1689/2003 de 18 diciembre (Ponente: Sr. Saavedra Ruiz), no considera constitutiva de agresión sexual, sino de abuso, la conducta de un hombre que, aprovechando las ausencias de su compañera sentimental en la casa en que ambos convivían, acudía a la habitación donde dormían las dos hijas menores de su compañera (de 8 y 14 años), para acostarse desnudo en la cama de éstas, realizándoles distintos tocamientos en los pechos y en la zona genital, llegando a penetrar vaginalmente a una de ellas en varias ocasiones y a introducir un dedo en la vagina de la otra; todo ello a pesar de la negativa de la menores, que intentaban apartarle, a lo que éste les decía que si no accedían haría daño a su madre o hermanos, creando un miedo en las menores a que dichas amenazas pudieran cumplirse y a que éste “les tapara la boca y las ahogara”.

Ante hechos similares, más acertada parece la STS 224/2005, de 24 de febrero (Ponente: Sr. Berdugo y Gómez de la Torre), que castiga por un delito de agresión sexual intimidatoria a un hombre que hizo objeto de tocamientos a su sobrina de 11 años, en distintas partes del cuerpo, como pechos y vulva, llegando en una ocasión a intentar penetrarla analmente; todo ello bajo la amenaza de que si se le contaba a alguien “lo pagaría su hermano pequeño”.

En este sentido, y especialmente en relación con los menores, sí se han tenido en cuenta las particularidades subjetivas concurrentes en el sujeto pasivo

de la agresión, habiéndose señalado que “la voluntad de los niños es más fácil de someter y de ahí que amenazas que ante un adulto no tendrían eficacia intimidante sí las adquieren frente a la voluntad de un menor” (SSTS 769/2015, de 15 de diciembre; 953/2016, de 15 de diciembre y 667/2008, de 5 de noviembre, entre otras).

Por otra parte, y como ya se ha referido, la intimidación es definida por la Jurisprudencia como la *amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil*⁴⁵; debiendo ser ésta, además, *seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado*⁴⁶. Por lo tanto, se ha venido exigiendo que el sujeto activo amenace injusta e ilícitamente al sujeto pasivo con hacerle objeto, a él o a otra persona, de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato, pero sí grave, futuro y verosímil; con la pretensión de que la víctima acceda a realizar o padecer la acción sexual pretendida por éste, de tal forma que la concreción del mal tendrá lugar si el sujeto pasivo persiste en su negativa.

En cuanto a cómo ha de manifestarse dicha amenaza, el Tribunal Supremo ha señalado que la intimidación no se limita únicamente al empleo de medios físicos o al uso de armas, sino que son suficientes *las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando, por las circunstancias coexistentes (ausencia de terceros, superioridad física del agente, credibilidad de los males anunciados expresa o implícitamente, etc.) haya que reconocerles idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido* [Entre otras, STS 914/2008, de 22 diciembre (Ponente: Sr. Ramos Gancedo)].

Por lo tanto, y como ha destacado la Doctrina⁴⁷, si partimos de la consideración de que la intimidación no ha de ser irresistible, sino idónea a los efectos de doblegar la voluntad del sujeto pasivo, carece de sentido exigir que siempre y en todo caso deba concurrir una amenaza concreta por parte del sujeto activo (ya sea implícita o explícita); siendo suficiente la creación o el aprovechamiento del agresor de un estado de miedo en la víctima.

⁴⁵ Véase nota a pie 48.

⁴⁶ Véase nota a pie 50.

⁴⁷ CUGAT MAURI, M. “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., págs. 332-333

Pues bien, el Tribunal Supremo en la Sentencia 978/2002, de 23 mayo (Ponente: Sr. Ramos Gancedo), establece, de manera muy acertada, que “la intimidación integra un fenómeno psicológico consistente en atemorizar a alguien con la producción de un mal, de forma que intimidación es sinónimo en lo esencial de aterrorizar”; añadiendo que, la agresión mediante procedimiento intimidatorio, “supone el empleo de cualquier medio de coacción, amenaza o amedrentamiento”.

Sin embargo, a continuación, parece contradecir esta última consideración, puesto que parece señalar que esta *vis compulsiva* o *vis psíquica* únicamente puede ocasionarse “ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado”; argumentación que no podemos compartir en base a lo expuesto.

A este respecto, hemos de señalar que se han dado distintos supuestos en los que no se ha exigido la concurrencia de amenazas concretas a efectos de apreciar la existencia de la intimidación típica del delito de agresión sexual.

En este sentido, resulta especialmente importante la STS 914/2008, de 22 de diciembre⁴⁸; la cual, si bien parte de la consideración de que la intimidación instrumental al delito de agresión sexual suele realizarse inmediatamente antes de ejecutarse el atentado contra la libertad sexual, admite que ésta también puede ser generada (especialmente en el ámbito familiar) mediante “una paulatina y persistente coerción y amedrentamiento del sujeto pasivo que va minando progresivamente su capacidad de decidir libremente sobre la conducta sexual que se le requiere, hasta someterla a una sumisión absoluta, con nula capacidad de oponerse ante los males con que reiteradamente se le amenaza de no acceder a los deseos del sujeto activo”. Esta situación de sumisión absoluta, en la que la víctima accede a realizar o padecer los comportamientos

⁴⁸ Esta sentencia trata el caso de un hombre nacional de Sierra Leona que trajo a España desde su país de origen a sus dos hijas menores, momento a partir del cual empezó a acudir por las noches a la habitación donde éstas dormían, aproximadamente con una frecuencia de dos veces al mes, introduciéndose en sus camas. Una vez allí, además de realizarles todo tipo de tocamientos, les obligaba a ser penetradas vaginalmente por éste, a ver pornografía con él mientras le masturbaban, y a soportar todo tipo de humillaciones y vejaciones. Para que éstas no le contasen a nadie lo sucedido, solía decirles que en España era algo normal que los padres hicieran esas cosas con sus hijas, que nadie las iba a creer y que se iban a reír de ellas, y les amenazaba con mandarlas de vuelta a su país. Asimismo, éstas eran objeto de agresiones físicas continuas.

sexuales pretendidos por el agresor, sin oponer ningún tipo de resistencia, y sin que el sujeto activo tenga que recurrir a amenazas concretas y directas antes de cada uno de los actos sexuales, ha sido denominado como *estado de intimidación permanente* o *situación objetiva intimidante*. En estas situaciones, la mera presencia del sujeto activo puede ser suficiente a los efectos de doblegar la voluntad del sujeto pasivo; por lo que algunos autores han considerado que deben considerarse agresión sexual y no abuso⁴⁹.

Sin embargo, no sólo en estos casos no se ha exigido que el sujeto activo profiera una amenaza concreta (que haya de ser, además, *seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado*). Así, por ejemplo, la STS 1670/2002, de 18 de diciembre (Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater), aprecia intimidación únicamente por la simulación por parte del autor de su condición de policía. El hecho enjuiciado versa sobre un hombre que, haciéndose pasar por policía, convence a una menor de 15 años para que la acompañe a su vehículo a fin de mostrarle unas fotografías en relación con unos robos que le dijo estar investigando. Finalmente, el hombre acaba trasladándola a un lugar apartado, donde realiza distintos tocamientos en el cuerpo de la menor, llegando a introducirle los dedos en la vagina y realizando además tocamientos bucales en dicha zona genital; intentado huir la menor en un principio, pero finalmente accediendo cuando éste le dice que si se portaba bien no le haría daño. A este respecto, el Tribunal señala que “la simulación del carácter policial, es decir de la disposición de una facultad coactiva por parte del autor, es suficiente para intimidar a una persona”; añadiendo que “el texto legal al referirse a los medios de comisión del delito los define desde dos puntos de vista diversos. Cuando se refiere a la violencia se refiere a medios objetivamente coactivos. Cuando se refiere a la intimidación toma en cuenta el punto de vista de la víctima y los efectos que sobre ésta pueda haber ejercido la acción del autor”.

Por lo tanto, habrá que atender a las circunstancias tanto objetivas como subjetivas concurrentes en cada caso concreto a los efectos de determinar la existencia de intimidación o no; intimidación que, como se ha expuesto, no puede

⁴⁹ GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, cit., pág. 594.

limitarse a aquellos casos en los que el agresor articule una determinada amenaza de un mal, ya sea de palabra o de obra.

Lo determinante deberá ser la creación por el sujeto activo, de forma deliberada y consciente, de una situación de miedo o constreñimiento psicológico del sujeto pasivo, que se proyecte en su capacidad de decisión, quedando la voluntad de la víctima totalmente doblegada y, por tanto, cediendo en favor de lo requerido por el agresor. A estos efectos, debemos considerar que lo relevante no será tanto el modo o la forma en que esta intimidación se ejerza (esto es, mediante una amenaza o no); sino la efectiva creación de esa situación de miedo y angustia en la víctima, que la haga temedora de padecer (o de que un tercero cercano padezca) un mal en caso de que no acceda a participar en la acción sexual pretendida por el agresor.

Con un discurso coherente con el expuesto, la ya referida STS 978/2002, de 23 de mayo, concluye que “la agresión sexual intimidatoria requiere indefectiblemente la realización por el agente, de modo consciente y deliberado de una conducta por medio de actos, expresiones o ademanes de suficiente entidad en sí mismos capaces de generar en el sujeto pasivo ese profundo temor fundado de sufrir un daño grave e inmediato en el caso de no acceder a los propósitos lúbricos del autor”.

Por último, señalar que el Tribunal Supremo ha exigido que, necesariamente, una vez que el autor haya expuesto su intención, la víctima haga patente su negativa de tal forma que sea percibida por aquél⁵⁰.

4.1.2 La violación: artículo 179 CP

El artículo 179 CP establece que, 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 seis a doce años de prisión.

⁵⁰Entre otras, SSTS 9/2016, de 21 enero; 914/2008, de 22 diciembre; 373/2008, de 24 junio; 720/2007, de 14 septiembre y 1162/2004, de 15 octubre.

El delito de violación, consagrado por el citado precepto, conforma un tipo agravado del tipo básico de agresión sexual, por cuanto éste se articula sobre la previa definición de agresión sexual referida en el artículo 178 CP, como atentado contra la libertad sexual de una persona con violencia o intimidación.

Por lo tanto, deberá emplearse necesariamente una violencia o intimidación como medio típico dirigido a la consecución del atentado sexual, a la que se unirán unas determinadas características en cuanto al concreto comportamiento sexual realizado que exige este precepto.

4.1.2.1 El acceso carnal

El Código Penal de 1995 contemplaba, en un principio, junto al acceso carnal, la introducción de objetos y la penetración por vía anal o bucal, lo que daba a entender que el acceso carnal únicamente consistía en la introducción del órgano sexual masculino en la vagina⁵¹.

El precepto fue modificado por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de mayo, que elimina la referencia a la “penetración”, y especifica que el “acceso carnal” puede realizarse tanto por la vía vaginal, como por la anal y la bucal.

Por lo tanto, el acceso carnal es entendido por la Doctrina y la Jurisprudencia como el *coito vaginal, anal o bucal*⁵², lo que implica la introducción en la vagina, el ano o la boca, del órgano sexual masculino⁵³.

Es por ello que resulta necesaria la concurrencia de un hombre para que pueda tener lugar la modalidad comisiva ahora objeto de comentario. Sin embargo, éste no tiene por qué ser el sujeto activo de la agresión en todo caso. En este sentido, el Tribunal Supremo admitió en su Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 25 de mayo de 2005 que “es equivalente acceder carnalmente que

⁵¹GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, cit., pág. 597.

⁵²MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1285.

⁵³ GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, cit., pág. 598.

hacerse acceder⁵⁴; por lo que será posible toda clase de coito con independencia de que el sujeto activo y pasivo del delito sea hombre o mujer y con la única excepción de las relaciones lésbicas⁵⁵.

En cuanto a la consumación del acceso carnal, la Jurisprudencia ha establecido que éste, cuando va referido a la vía vaginal, se perfecciona cuando se produce el contacto de los órganos sexuales o *coniunctio membrorum*, con penetración más o menos perfecta del pene en la cavidad genital femenina; debiendo entenderse que dicha cavidad comienza en el *labium majus*⁵⁶. Por lo tanto, la consumación se entiende producida tan pronto se consigue la conjunción de los órganos genitales, sin exigirse la perfección fisiológica del coito.

Esta interpretación resulta igualmente extensible al resto de vías, esto es, al ano y la boca⁵⁷.

4.1.2.2 La introducción de miembros corporales u objetos

Como ya se ha señalado, el Código penal de 1995, en su redacción inicial, equiparaba la introducción de objetos al acceso carnal, constituyendo ambas conductas, junto a la penetración anal o bucal, el tipo agravado del delito de agresión sexual básica.

Sin embargo, al no especificarse las vías por las que podía tener lugar tal introducción, se entendía que el legislador había querido incluir las tres posibles (vaginal, anal o bucal).

⁵⁴ En contra de esta consideración se pronuncia MUÑOZ CONDE, quien considera que la conducta por la cual una mujer se hace penetrar, mediante violencia o intimidación, por un hombre, no merece la misma consideración que aquella por la que, también con violencia e intimidación, el hombre penetra a la mujer; considerando que el primer supuesto debería ser reconducido al tipo básico de agresión sexual (MUÑOZ CONDE, F., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", cit., págs. 198-199).

⁵⁵ Sin perjuicio de que el *cunnilingus* sea también constitutivo del delito de violación, pero en la modalidad de introducción de miembros corporales y no en la de acceso carnal. En los demás supuestos, se exigirá la introducción de algún objeto por la vía vaginal o la anal para que tal relación pueda ser constitutiva de violación.

⁵⁶ SSTs de 22 de septiembre de 1992; 365/2006, de 24 marzo; 1459/2003, de 31 octubre y 1710/2003, de 19 diciembre.

⁵⁷ En este sentido, la STS 834/2002, de 23 de mayo (Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater), considera que existe penetración bucal desde el momento en que el órgano genital masculino traspasa los labios, aunque el mismo no traspase la línea de los dientes del sujeto pasivo.

La equiparación de aquellas conductas por las que se introduce un objeto por vía bucal respecto de aquellas por las que se introduce en vía vaginal o anal fue duramente criticada por la Doctrina⁵⁸; y el Legislador, haciéndose eco de dichas críticas, modifica con la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, la dicción del precepto, limitando la tipicidad de la introducción de objetos a la vía vaginal y anal. De esta forma, la introducción de objetos en la boca con ánimo lúbrico deberá calificarse, en su caso, como una agresión sexual del tipo básico.

Por objetos, tanto Doctrina como Jurisprudencia, han entendido instrumentos o cosas, esto es, cuerpos sólidos e inanimados, que actúen o puedan considerarse como sustitutivos del pene⁵⁹. Por lo tanto, la penetración de partes del cuerpo, como dedos o lengua, quedaba excluida de esta modalidad agravada, considerando que debía incluirse en la modalidad básica de agresión sexual⁶⁰.

Para acabar con dicha interpretación, la Ley Orgánica 25/2003, de 25 de noviembre, incluye como modalidad comisiva del delito de violación la introducción de miembros corporales junto a la de objetos, que deberá ir referida también a la vía vaginal o anal. De esta forma, la penetración digital o lingual se considera también constitutiva del tipo agravado del artículo 179 CP. Esta reforma ha sido especialmente alabada por la Doctrina en cuanto supone la equiparación del *cunnilingus* y la felación⁶¹.

Tanto en el caso de objetos como en el de miembros corporales, el precepto hace alusión a su “introducción”, por lo que no bastará con el mero contacto de estos con la vagina o el ano; sino que habrá que constatar una

⁵⁸ GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, cit., pág. 597; y MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1285.

⁵⁹ ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, cit., pág. 239; GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, cit., pág. 598; y LAMARCA PEREZ, C. “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, cit., pág.52, quién apunta que los objetos deberán resultar semejantes en tamaño y forma al órgano sexual masculino del que tratan de ser un sustitutivo.

⁶⁰ SSTS 430/1999, de 23 marzo; 314/1994, de 14 febrero y 1728/1999, de 5 abril.

⁶¹ GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, cit., pág. 598; y ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, cit., pág. 240.

efectiva introducción en la vagina o el recto⁶². En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 514/2009, de 20 de mayo (Ponente: Sr. Soriano Soriano), que dispone que “el art. 179 nos habla de "introducción" de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (vaginal o anal), y es evidente que no podemos identificar las palpaciones, frotamientos o tocamientos con la introducción de un miembro corporal, aunque sea el dedo”⁶³.

4.1.3 Subtipos agravados: artículo 180 CP

El artículo 180 CP contiene un catálogo de circunstancias que cualifican los anteriores delitos, por lo que, en caso de que concurra alguna de las mismas en una conducta constitutiva de agresión sexual del tipo básico, ésta será castigada con la pena de prisión de 5 a 10 años; mientras que, si concurre en una conducta constitutiva del delito de violación del artículo 179 CP, ésta será castigada con la pena de prisión de 12 a 15 años. Además, el precepto prevé que, en caso de que concurren dos o más de las circunstancias reflejadas en el mismo, las referidas penas se impondrán en su mitad superior.

Estas agravaciones específicas son las siguientes: el carácter especialmente degradante de la violencia o la intimidación empleadas para hacer efectiva la agresión sexual, la actuación conjunta de dos o más personas para la consecución de la misma, la especial vulnerabilidad de la víctima, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación; el prevalimiento de una relación de superioridad o de parentesco; y el uso de armas u otros medios igualmente peligrosos.

4.2 LOS ABUSOS SEXUALES

Los artículos 181 y 182 del Código penal tipifican los delitos de abusos sexuales, distinguiéndose éstos de los delitos de agresión sexual por un

⁶²MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1288.

elemento negativo, cuál es la ausencia de empleo por parte del sujeto activo de medios violentos o intimidatorios para vencer la voluntad contraria de la víctima a la realización de un acto de carácter sexual.

Estos preceptos contienen distintas modalidades de abuso sexual, teniendo todas ellas en común tres elementos: la ausencia de violencia e intimidación, la falta del consentimiento del sujeto pasivo y la realización de actos de naturaleza sexual⁶⁴.

Sin embargo, las distintas modalidades se diferencian en cuanto al modo de ataque al bien jurídico protegido, pudiendo clasificarse de la siguiente forma: (1) supuestos en los que existe una ausencia de consentimiento, teniendo el sujeto pasivo capacidad para consentir (artículo 181.1); (2) supuestos en que se actúa en ausencia de consentimiento, no teniendo el sujeto pasivo capacidad para consentir o teniéndola limitada (artículo 181.2); y (3) supuestos en los que el sujeto pasivo presta su consentimiento, pero éste se considera irrelevante por haberse obtenido de manera viciada (artículos 181.3 y 182.1)⁶⁵.

4.2.1 Tipo básico: artículo 181.1 CP

El apartado primero del artículo 181 CP establece que será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses, el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realice actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona.

Por tanto, el tipo básico del delito de abuso sexual se caracteriza por la mera ausencia de consentimiento por parte del sujeto pasivo, sin perjuicio de la indispensable concurrencia de las notas comunes a todo delito de abuso sexual, cuáles son la ausencia de violencia e intimidación y la existencia de una conducta de carácter sexual. Esto es así por cuanto los párrafos segundo y tercero del artículo 181 CP y el artículo 182 CP contemplan supuestos específicos de falta de consentimiento (abusos sexuales sobre personas que se hallen privadas de

⁶⁴ STS 4/2011, de 24 de enero (Ponente: Sr. Martínez Arrieta).

⁶⁵ CUGAT MAURI, M. "Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", cit., pág. 349.

sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o sustancias análogas; el abuso de prevalimiento, y los abusos a menores entre dieciséis y dieciocho años mediando engaño o prevalimiento).

De esta forma, la modalidad de abuso sexual contenida en este precepto se configura como un tipo residual o de recogida⁶⁶, en el que se incluirán aquellas conductas atentatorias contra la libertad sexual de una persona, ejercidas sin violencia e intimidación y sin que medie consentimiento, que no puedan quedar comprendidas en el resto de modalidades constitutivas de abuso sexual.

Se trata, generalmente, de aquellos atentados contra la libertad sexual *perpetrados furtivamente o aprovechando el descuido o la confianza del sujeto pasivo*⁶⁷, al cual no se le da oportunidad para manifestar su falta de consentimiento (por ejemplo, quién de forma sorpresiva realiza tocamientos en la zona genital de una persona aprovechando la estancia de ambos en un lugar concurrido).

4.2.2 Abusos sexuales sobre personas privadas de razón o sentido o de cuyo trastorno mental se abusare o anulando la voluntad: artículo 181.2 CP

El artículo 181.2 CP establece que se considerarán específicamente no consentidos y, por tanto, abusos sexuales, aquellos actos de naturaleza sexual que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare. Además, a estos supuestos se equiparan por la LO 5/2010 aquellos 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.

⁶⁶ MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1303; GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, cit., pág.614; DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit. pág. 327; y CUGAT MAURI, M. “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 351.

⁶⁷ STS 761/1991, de 3 de junio (Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar).

En estos casos, se presume *ex lege* que el sujeto pasivo no tiene capacidad para autodeterminarse libremente en el ámbito sexual, presunción que puede quedar desvirtuada si se prueba lo contrario en el caso concreto.

Por “privación de sentido” no hemos de entender una ausencia total de conciencia, sino una pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto pasivo en un grado o intensidad suficiente que le haga inerte frente a los requerimientos sexuales⁶⁸. Por tanto, no se exige que la pérdida de conciencia sea total, sino únicamente que afecte de manera intensa a las facultades anímicas de la víctima, incapacitándole para autodeterminarse en la esfera sexual.

En este sentido, el Tribunal Supremo establece en la Sentencia de 20 de diciembre de 1985 (Ponente: Sr. Gil Sáez), que la privación de sentido incluye no sólo a aquellas personas en estado de inconsciencia absoluta, sino también a personas desmayadas o que han perdido más o menos de manera prolongada el conocimiento, hipnotizadas, anestesiadas, narcotizadas, o sometidas a los efectos de las drogas o el alcohol cuando lo sean con cierta intensidad.

Además, únicamente se requiere el conocimiento por parte del sujeto activo de la situación de ausencia de sentido en la que se encuentra la víctima, no siendo necesario que sea él mismo quien la haya provocado.

Por otra parte, y en cuanto al abuso de trastorno mental, hemos de señalar, en primer lugar, que el Tribunal Supremo ha venido estableciendo que por dicho desorden no ha de entenderse únicamente el padecimiento de enfermedades mentales genuinas, sino que debe incluirse el sufrimiento de cualquier patología o deficiencia psíquica o psiquiátrica que anule, reduzca o debilite las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto pasivo, de tal forma que se encuentre impedido para prestar un consentimiento libre y, por tanto, eficaz⁶⁹.

Es importante resaltar que para la existencia del delito se precisa no sólo de la constatación objetiva de dicho retraso o trastorno, sino que será necesario comprobar la concurrencia de dos presupuestos adicionales: que el mismo impida al sujeto pasivo autodeterminarse en la esfera sexual, en el sentido de

⁶⁸ SSTs 1902/1992, de 16 de septiembre; 267/1994, de 15 febrero y 538/1999, de 9 abril.

⁶⁹ SSTs 240/2010, de 24 marzo; y 821/2007, de 18 octubre.

que no sea capaz de conocer y comprender la significación y alcance del acto sexual realizado; y que el sujeto activo del delito abuse o se aproveche de tal circunstancia para llevar a cabo el atentado contra la libertad sexual de la víctima⁷⁰.

Este último requisito, que exige el “abuso” por parte del sujeto activo del trastorno mental de la víctima para la consecución del acto sexual, implica tanto el conocimiento por parte del sujeto activo de la alteración psíquica que padece el sujeto pasivo, como su instrumentalización a los efectos de lograr dicho acto. Por lo tanto, no toda relación sexual habida con una persona que tenga un retraso mental conllevará la tipicidad de dicha conducta, sino únicamente aquella en la que se advierta un elemento de “abuso”⁷¹.

Con la introducción de dicho requisito, el legislador busca no impedir en todo caso que las personas con trastornos mentales puedan tener relaciones sexuales con otras que no sufran dicho desorden, y únicamente castigar a aquellos que se aprovechen de esa situación de anormalidad psíquica para lograr un contacto sexual.

Por otra parte, resulta condición indispensable que el autor conozca la existencia de dicha anomalía en el sujeto pasivo, por cuanto el desconocimiento de la misma conllevaría la existencia de un error sobre la concurrencia de los elementos del tipo objetivo, que excluiría el dolo (artículo 14 CP). En este caso, ya sea un error vencible o invencible, la conducta resultaría atípica, por cuanto el Código penal no contiene modalidad imprudente en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Por último, y en cuanto a la anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de drogas, fármacos o cualquier otra sustancia idónea a tal efecto, se requiere, por un lado, la utilización de dichas sustancias y, por otro, que su ingesta provoque la anulación de la voluntad de la víctima.

⁷⁰ SSTS 542/2007, de 11 de junio; y 1308/2005 de 30 octubre. En el mismo sentido, MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., págs. 1305-1306; MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 206; GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, cit., págs. 615-616; y DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit. págs. 314-317.

⁷¹ STS 1308/2005, de 30 octubre (Ponente: Sr. Berdugo y Gómez de la Torre).

Estos supuestos se venían subsumiendo, de forma general, en las modalidades de “persona privada de sentido” o “persona de cuyo trastorno mental se abusare”. Sin embargo, la introducción específica de dicha forma de abuso por la LO 5/2010 es valorada positivamente por MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, por cuanto consideran que no siempre una “anulación de la voluntad” equivale a una “privación de sentido”, ya que en la actualidad existen determinadas drogas o fármacos que no provocan una pérdida de conciencia en la víctima, sino una absoluta sumisión de la misma o, incluso, su colaboración con el agresor⁷². En estos casos, deberá comprobarse la existencia de una grave restricción de la capacidad de respuesta de la víctima, aunque ésta no hubiera perdido la conciencia.

4.2.3 El abuso de prevalimiento: artículo 181.3 CP

El artículo 181.3 CP castiga con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses al que obtenga el consentimiento de la víctima prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de ésta.

La equiparación de la pena del abuso de prevalimiento con respecto a la del resto de abusos anteriormente referidos no se produce hasta 1999⁷³, puesto que la redacción original del Código penal de 1995 lo configuraba como un tipo de abuso privilegiado, castigándolo con la pena de multa de seis a doce meses frente a la pena de multa de seis a veinticuatro meses que establecía para el tipo básico, y la pena de prisión de seis meses a dos años que establecía para el abuso sobre persona privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

Esta equiparación venía siendo requerida por la Doctrina, que no podía compartir el trato benévolo que se dispensaba a la figura del abuso de prevalimiento, especialmente en relación con la modalidad básica y residual del artículo 181.1, ya que el primero suponía un ataque más intenso a la libertad

⁷²MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., págs. 1306-1307.

⁷³ Reforma introducida por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

sexual que el segundo, que quedaba reducido fundamentalmente a aquellos supuestos en los que se ataca de manera sorpresiva al sujeto pasivo⁷⁴.

Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede en los tipos de abusos anteriormente comentados, en el abuso de prevalimiento sí existe el consentimiento del sujeto pasivo (*“cuando el consentimiento se obtenga...”*, a diferencia de *“sin que medie consentimiento...”* y *“se considerarán abusos sexuales no consentidos...”*). Sin embargo, este consentimiento se encuentra viciado, por cuanto únicamente se obtiene debido a que el sujeto activo se prevale de una situación de superioridad manifiesta que ostenta sobre la víctima, coartando la libertad de ésta.

Partiendo de lo dispuesto en el precepto, el Tribunal Supremo estableció por Sentencia 1518/2001, de 14 de septiembre (Ponente: Sr. Martín Cavinell), que para la consumación del subtipo del artículo 181.3 CP deben concurrir a la obtención del consentimiento para la relación sexual tres exigencias: (1) que exista una situación de superioridad del sujeto activo sobre el pasivo, que ha de ser manifiesta; (2) que esa situación de superioridad influya, coartando la libertad de la víctima; y (3) que el sujeto activo, consciente de esa situación y de sus efectos inhibitorios de la libertad de decisión de su víctima, se prevalga de la misma para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual.

Este delito tiene como antecedente el estupro de prevalimiento, tipificado desde el Código penal de 1848. Este Código y sus sucesivos especificaban aquellas relaciones que podían dar lugar a prevalimiento, incluyendo el cometido por una autoridad pública, un sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada.

Sin embargo, tanto el Código penal de 1995 como el anterior, establecen una cláusula general, conforme a la cual la situación de superioridad puede originarse por cualquier causa. De esta forma, el referido prevalimiento debe entenderse como cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una

⁷⁴MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1301.

posición privilegiada respecto del sujeto pasivo⁷⁵, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole⁷⁶.

El artículo 181.3 CP establece que existe abuso de prevalimiento “cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”. Por lo tanto, y tal y como se ha referido, no sólo ha de existir esa situación de superioridad, que puede tener su origen en cualquier causa, sino que ésta ha de cumplir, a su vez, con dos requisitos: ser “manifiesta” y “eficaz”⁷⁷.

Por “manifiesta”, entendemos aquella relación de superioridad que es apreciable desde un punto de vista objetivo, esto es, perceptible no sólo desde la subjetividad de una de las partes, sino también por terceros, dada su notoriedad y evidencia.

Por su parte, la exigencia de que la relación de superioridad sea “eficaz”, se entiende en el sentido de que ésta ha de tener la relevancia suficiente en el caso concreto para coartar, cohibir, coaccionar o restringir la libertad sexual de la persona sobre la que se ostenta.

El anterior Código penal de 1973 no exigía la concurrencia de estos dos requisitos, puesto que únicamente establecía que el consentimiento debía obtenerse por el sujeto activo *prevaliéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación*. La introducción de éstos por el Código vigente se explica por cuanto éste no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, mientras que bajo la vigencia del anterior sólo resultaba típica la conducta si la víctima tenía una edad comprendida entre los doce y los dieciocho años.

No obstante, no basta con la mera existencia de una relación de superioridad “manifiesta” y “eficaz”, sino que, en todo caso, se exige la concurrencia de un tercer presupuesto: que el sujeto activo del delito se

⁷⁵ SSTs 305/2013, de 12 abril; 542/2013, de 20 mayo; 855/2015, de 23 noviembre; 92/2016, de 17 febrero; 132/2016, de 23 febrero y 9/2016, de 21 enero.

⁷⁶ STS 170/2000, de 14 febrero; 802/2000, de 16 mayo; 868/2002, de 17 mayo; 1974/2002, de 28 noviembre; 1149/2003, de 8 septiembre; 140/2004, de 9 febrero y 488/2009, de 23 junio, entre otras.

⁷⁷ STS 170/2000, de 14 febrero; 658/2004, de 24 junio; 568/2006, de 19 mayo; 488/2009, de 23 junio y 305/2013, de 12 abril, entre otras.

aproveche o instrumentalice dicha situación de superioridad para lograr el consentimiento del sujeto pasivo. Esta exigencia resulta lógica, toda vez que su omisión conllevaría la prohibición general e injustificada del ejercicio consentido de relaciones sexuales entre personas entre las que exista una asimetría de poder originada por cualquier causa.

De esta forma, el sujeto activo debe ser consciente de la situación de superioridad que ostenta frente a la víctima y de los efectos coactivos que produce en la libertad de decisión de ésta, y debe utilizar dicha ventaja en su beneficio, para obtener el consentimiento viciado de la misma⁷⁸. Así, serán precisamente esa posición de superioridad y la instrumentalización de la misma por el sujeto activo las que determinen al sujeto pasivo a prestar su consentimiento.

En este sentido, la STS 140/2004, de 9 de febrero (Ponente: Sr. Sánchez Melgar), establece que “el prevalimiento se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su evidente posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta”.

Por lo tanto, deberá existir un aprovechamiento de una situación de poder, de mando o de influencia, tan fuerte que anule, restrinja o disminuya en gran medida las facultades volitivas del sujeto pasivo, que, en contra de su íntimo parecer, accede a la conducta sexual pretendida por el sujeto activo; debiendo ser consciente éste último no sólo de que ostenta esa situación privilegiada, sino también de que la víctima no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado y presionado por tal situación⁷⁹.

⁷⁸ STS 841/2007, de 22 octubre (Ponente: Sr. Giménez García)

⁷⁹ STS 542/2013, de 20 mayo (Ponente: Sr. Sánchez Melgar).

4.2.3.1 Distinción con la agresión sexual intimidatoria: problemas interpretativos

Tanto Doctrina como Jurisprudencia han destacado las dificultades interpretativas que existen para deslindar la figura del abuso de prevalimiento de las agresiones intimidatorias⁸⁰.

En este sentido, la ya citada STS 1689/2003, de 18 de diciembre (Ponente: Sr. Saavedra Ruiz), establece que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible, puesto que no siempre resulta clara la distinción entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. A estos efectos, determina que lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo, más que la reacción de la víctima frente a aquélla (“el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente, o carece objetivamente del componente normativo de la intimidación”).

Es por ello que, poniendo el acento en la conducta del sujeto activo, la Jurisprudencia ha venido exigiendo, a los efectos de apreciar la existencia de intimidación, que éste amenace al sujeto pasivo con hacerle a él, o a alguien cercano a su persona, objeto de un mal o perjuicio para la vida o la integridad física. Esta amenaza, señala el Alto Tribunal, podrá ser de palabra o mediante actos concluyentes, pero, en todo caso, habrá de ser *seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado*.

Partiendo de lo expuesto, la STS 9/2016, de 21 de enero, establece que el elemento relevante a la hora de distinguir el abuso de prevalimiento de las agresiones intimidatorias es la ausencia de un comportamiento coactivo por parte del sujeto activo dirigido a la obtención del consentimiento de la víctima, que no aparece en los casos de prevalimiento y sí en los de intimidación. En este

⁸⁰GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, cit., pág. 617; CUGAT MAURI, M. “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 361; DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., págs. 307-308; y CARUSO FONTÁN, M. V., “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual”, cit., págs. 145 y 308. En el mismo sentido, SSTS 509/1997, de 10 de abril; 1689/2003, de 18 de diciembre; 26/2008, de 16 de enero, y 457/2008, de 17 de junio; 132/2016, de 23 de febrero, entre otras muchas.

sentido, establece que el prevalimiento queda configurado sobre la base de una situación de superioridad que basta para coartar la libertad de la víctima, sin requerir actos amenazantes de un mal futuro; mientras que la intimidación supone, en un grado superior, la presentación de un mal, como elemento que suprime o reduce de manera muy significativa la capacidad de decisión de la víctima, que consiente por no tener otra elección aceptable.

Sin embargo, no podemos compartir del todo esta consideración, puesto que el abuso de prevalimiento exige el aprovechamiento por parte del sujeto activo de la situación de superioridad que ostenta frente a la víctima, y dicho “aprovechamiento” implica en cierta medida un comportamiento coactivo.

Como sostiene DÍEZ RIPOLLÉS, el prevalimiento no se configura como una consecuencia necesaria de la situación de superioridad, por lo que será necesario para su concurrencia, al menos, que el sujeto activo omita cualquier manifestación en virtud de la cual la víctima pueda concluir que se encuentra fuera de tal situación de superioridad a la hora de decidir acerca del comportamiento sexual propuesto⁸¹.

En el abuso de prevalimiento el sujeto activo no sólo es consciente de que ocupa dicha situación de superioridad sobre la víctima, sino que la instrumentaliza en su beneficio, siendo también consciente de que el consentimiento que presta el sujeto pasivo se encuentra mediatizado. La consciencia de esa conminación y la omisión de cualquier indicación que permita a la víctima concluir que se encuentra fuera de dicha relación de superioridad definen, por sí mismas, un comportamiento coactivo.

Por lo tanto, hemos de concluir que el prevalimiento exige ese “aprovechamiento”, que, de un modo u otro, implica una coacción o presión al sujeto pasivo, aunque no consista en la amenaza de un mal; ya que, si bien dicha amenaza constituye en todo caso un comportamiento coactivo, no sólo puede constituir un comportamiento coactivo dicha amenaza.

Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo 132/2016, de 23 de febrero (Ponente: Sr. Palomo del Arco), que establece que “aunque

⁸¹ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit. págs. 306-307.

efectivamente el prevalimiento no exige un comportamiento coactivo, nada impide que la situación de superioridad haya sido generada por el propio sujeto activo a través de actos intimidatorios sin entidad para determinar la existencia de una agresión, pero que unidos a otras circunstancias concurrentes configuran una evidente situación de superioridad de la que se aprovecha el autor”.

Otro criterio de distinción que establece la Sentencia 9/2016, de 21 de enero⁸², es que en los casos de intimidación “el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión”; mientras que, en los casos de prevalimiento, “la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente”.

No obstante, este criterio no resulta aceptable, toda vez que el propio Tribunal Supremo ha reconocido que la intimidación empleada para la consecución del acto de naturaleza sexual en ningún caso debe alcanzar el grado de irresistible, sino que basta con que sea suficiente e idónea en el caso concreto para hacer efectivo el atentado contra la libertad sexual, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima. De esta forma, ha sido el propio Tribunal el que ha reconocido que la víctima no tiene por qué hallarse en una situación de absoluta indefensión a los efectos de apreciar la existencia de una agresión sexual intimidatoria⁸³, por lo que resulta contradictorio determinar ahora que para su distinción con el abuso de prevalimiento se exige que la víctima carezca completamente de capacidad de decisión.

De esta consideración parte la STS 935/2006, de 2 de octubre (Ponente: Sr. Berdugo y Gómez de la Torre), pero concluye que, para la apreciación de la intimidación típica de la agresión, debe partirse, en todo caso, de una amenaza: “es cierto que también se ha afirmado que basta que sea eficaz para doblegar la voluntad del sujeto pasivo del delito, sin que sea necesario que tal intimidación sea irresistible, pero ello evidentemente partiendo de la existencia de una amenaza que sea relevante objetivamente”. En los casos en que no concurra

⁸² Reiterado en otras como las SSTS 92/2016, de 17 febrero; 132/2016, de 23 febrero; 855/2015, de 23 noviembre; 305/2013, de 12 de abril; o 542/2013, de 20 mayo.

⁸³ Véase nota a pie 44.

dicha amenaza, entiende el Alto Tribunal, que los hechos podrían, en su caso, constituir un delito de abusos sexuales.

En igual sentido se pronuncia parte de la Doctrina. Así, MUÑOZ CONDE entiende que en el artículo 181.3 CP deben incluirse aquellos supuestos que no llegan al nivel de agresión sexual porque la intimidación no tiene “*la gravedad necesaria*”⁸⁴.

Todo lo expuesto nos lleva a concluir que tanto la Jurisprudencia como parte de la Doctrina hacen depender la apreciación de la existencia de intimidación y, por tanto, de una agresión sexual, de que el sujeto activo del delito profiera a la víctima una amenaza de un mal grave. Esta amenaza habrá de ser, además, seria, previa, inmediata y determinante del consentimiento forzado. En caso de que concurra una amenaza, pero ésta no cumpla con dichos requisitos, entienden que podrá estudiarse la posible existencia de un delito de abuso sexual de prevalimiento.

Si bien es cierto que el Alto Tribunal entiende que la intimidación no debe ser “irresistible” sino “idónea” para doblegar la voluntad del sujeto pasivo y que, a los efectos de valorar dicha idoneidad debe atenderse no sólo a las características objetivas del hecho o conducta ejecutados sino también a las circunstancias personales de la víctima⁸⁵; también es cierto que parte de la consideración de que en todo caso debe concurrir la amenaza de un mal concreto.

Es por ello que podemos concluir que esta postura se basa principalmente en consideraciones objetivas, esto es, en la concreta conducta adoptada por el sujeto activo desde el punto de vista de un tercero, y de manera muy secundaria e incidental en las características de la víctima, que puede ser más o menos vulnerable, puesto que llega a la conclusión errónea de que la intimidación únicamente puede alcanzarse a través de amenazas.

Debemos recordar en este momento que el Tribunal Supremo ha establecido que la intimidación integra un fenómeno psicológico consistente en

⁸⁴ MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 207.

⁸⁵ STS 9/2016, de 21 enero (Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca)

atemorizar a alguien con la producción de un mal, considerando, por tanto, que la intimidación es sinónimo de aterrorizar⁸⁶.

Pues bien, no cabe duda de que no puede hacerse depender la concurrencia de intimidación únicamente de que la víctima se haya sentido atemorizada por el sujeto activo, sino que, lógicamente, habrá que tener en cuenta si la conducta de éste tenía la entidad suficiente desde un punto de vista objetivo para despertar tal sentimiento de terror en la víctima. Sin embargo, lo que tampoco debe ponerse en duda es que dicho sentimiento de terror no sólo puede alcanzarse a través de amenazas o, lo que es lo mismo, que la intimidación puede alcanzarse sin necesidad de éstas.

En este sentido se pronuncia CARUSO FONTÁN, quien considera que “quien asusta o aterroriza sin avisar sobre un mal concreto lo hace creando una situación que produce en el sujeto pasivo el convencimiento de que se le ocasionará un daño”, puesto que una persona se asusta cuando teme un mal, aunque en el caso concreto desconozca las características exactas que puede reunir dicho mal⁸⁷. En virtud de ello entiende que lo esencial habrá de ser que el dolo del sujeto activo abarque la voluntad de causar dicho temor en el sujeto pasivo, independientemente de cómo esto se lleve a cabo, y que, por tanto, esa situación puede crearse tanto mediante la amenaza de un mal concreto como mediante la creación de un ambiente intimidatorio.

Es precisamente de esta consideración de la que ha partido el Tribunal Supremo para estimar la concurrencia de un delito de agresión sexual y no de abuso en aquellas situaciones en las que la intimidación es generada mediante un paulatino y persistente amedrentamiento de la víctima, especialmente en el ámbito familiar, que le conduce a una situación de sumisión absoluta, anulando completamente su capacidad de oposición a los comportamientos sexuales requeridos por el agresor, sin que éste tenga que recurrir antes de cada atentado a amenazas concretas y directas para la consecución del mismo⁸⁸. En estos casos, el Tribunal ha estimado que la mera presencia del sujeto activo puede ser suficiente a los efectos de doblegar la voluntad del sujeto pasivo, puesto que, al

⁸⁶ STS 978/2002, de 23 mayo (Ponente: Sr. Ramos Gancedo)

⁸⁷ CARUSO FONTÁN, M. V., “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual”, cit., pág. 187.

⁸⁸ STS 914/2008, de 22 de diciembre (Ponente: Sr. Ramos Gancedo).

haber sido objeto anteriormente de agresiones físicas o psicológicas por parte del sujeto activo, tiene conocimiento de las consecuencias que pueden desencadenarse si se niega a realizar o padecer la conducta pretendida por el agresor.

Por lo tanto, en estos casos, que han sido denominados por el Tribunal Supremo como *estados de intimidación permanente* o *situaciones objetivamente intimidantes*, la Jurisprudencia ha entendido que no es necesario que el agresor tenga que recurrir a amenazas concretas y directas antes de cada atentado sexual, puesto que la víctima ya se encuentra gravemente intimidada debido al comportamiento previo del agresor con ella, siendo consciente de que si no accede a los requerimientos sexuales del agresor será objeto de maltratos físicos.

Sin embargo, no podemos reducir los supuestos en que la víctima sufra un temor real a padecer dichos daños al ámbito doméstico, puesto que, fuera del mismo, pueden darse otros en los que exista una situación previa intimidante al acto sexual sin necesidad de que el sujeto activo profiera amenazas de un mal concreto. Así, por ejemplo, en aquellos casos en los que el sujeto activo sea de compleción física muy superior a la de la víctima, o en caso de que actúen varios agresores en grupo, y éste o éstos requieran de modo conminatorio una determinada conducta sexual al sujeto pasivo, cuando concurren también otras circunstancias, como encontrarse en un lugar aislado, sin posibilidad de huir o pedir auxilio.

En estos supuestos no podemos considerar que la víctima presta su consentimiento porque se encuentra en cierto modo “amedrantada” o “presionada” por la situación de superioridad que ocupa el sujeto activo frente a ella; sino que debemos estimar como posible la opción de que el sujeto pasivo accede a realizar o padecer lo pretendido por el agresor por cuanto no es capaz de oponer resistencia, debido a la anulación de sus capacidades volitivas que sufre como consecuencia del sentimiento de temor absoluto provocado por el agresor, o porque llega al convencimiento de que oponer resistencia le hará objeto de otro mal más grave que el propio atentado sexual.

Por lo tanto, y si bien en todo caso habrá que atender principalmente a la conducta realizada por el sujeto activo desde un punto de vista objetivo, debemos concluir que no siempre será necesaria la amenaza de un mal concreto para que la víctima sufra un temor real a ser objeto de una agresión física por parte del agresor si no accede a lo pretendido por éste, puesto que ello puede deducirse de un comportamiento coactivo del sujeto activo que no necesariamente incluya el anuncio expreso de un mal.

De esta forma, como se ha expuesto, partimos de la consideración de que lo relevante a los efectos de apreciar la intimidación instrumental a la agresión sexual ha de ser que el dolo del sujeto activo abarque la voluntad de crear ese sentimiento de terror en el sujeto pasivo, que no se da en el abuso de prevalimiento, en el que el sujeto pasivo se encuentra presionado o coaccionado a acceder a lo pretendido por el sujeto activo, pero no por miedo a sufrir un daño físico inmediato, o a que un tercero cercano lo padezca, sino por la influencia que éste ejerce sobre aquél, debido a la situación de superioridad que el sujeto activo ostenta frente a la víctima.

Así, DÍEZ RIPOLLÉS concluye que, en el caso de los abusos de prevalimiento, la posición de dominio que ocupa el autor coloca a la víctima en una situación de dependencia en la que el prestigio de que goza el primero ante ésta le proporciona *una ascendencia sobre ella que origina que las opiniones o deseos de aquél tengan una importancia significativa en sus decisiones*⁸⁹. En estos casos, el sujeto activo habrá de ser consciente de la existencia de dicha situación de superioridad y habrá de instrumentalizarla en su favor, sabiendo que el sujeto pasivo presta su consentimiento al requerimiento sexual precisamente por ello y no porque decida en libertad.

4.2.4 Subtipos agravados de los delitos de abuso sexual

Los artículos 181.4 y 5 y 182.2 contienen los tipos agravados de los anteriores, agravación que será de aplicación en caso de que el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de

⁸⁹ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit. pág. 305.

miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías; y en caso de especial vulnerabilidad de la víctima (por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación), o de que el sujeto activo se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco con la víctima para la consecución del delito.

5. EL CASO DE “LA MANADA”

5.1 INTRODUCCIÓN

El caso de “La Manada” es el nombre por el que se conoce el procedimiento judicial seguido frente a cinco hombres de entre 25 y 28 años por atentar contra la libertad sexual de una joven de 18 durante las fiestas de San Fermín de Pamplona en 2016.

Este caso tuvo una gran repercusión mediática puesto que, en primera instancia, la Audiencia Provincial de Navarra consideró los hechos constitutivos de un delito de abuso sexual de prevalimiento, y no de agresión, como solicitaban las acusaciones, al estimar que no concurría la intimidación que exige dicho tipo penal, condenando a los acusados a la pena de nueve años de prisión por delito continuado de abuso sexual.

Este suceso provocó la movilización de miles de personas en España, más aún cuando la decisión fue ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra a finales de 2018.

Finalmente, no es hasta junio de 2019 que el Tribunal Supremo estima haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las acusaciones y condena a los cinco acusados por un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP, con las agravantes específicas de trato vejatorio y actuación conjunta de dos o más personas, a la pena de 15 años de prisión.

5.2 HECHOS PROBADOS

Los hechos declarados probados por la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, que se admiten y se dan por reproducidos en segunda instancia, son los que, sucintamente, se exponen a continuación:

Los cinco acusados se encontraban sobre las 2:50 horas del día 7 de julio de 2016 en la Plaza del Castillo de Pamplona, donde se estaba celebrando un concierto con motivo de las fiestas de San Fermín. Uno de ellos se encontraba sentado en un banco de la plaza cuando en el mismo se sentó una joven de 18 años.

Ésta se había desplazado a Pamplona en coche con un amigo. Allí, habían conocido a un grupo de gente, con el que permaneció la joven cuando su amigo se retiró al coche a descansar sobre la 1:30. Por encontrarse con un conocido, perdió de vista a este grupo de personas con el que disfrutaba del concierto, motivo por el cual se sentó en el banco.

Estando sentados en el banco, la joven y uno de los acusados iniciaron una conversación, acercándose posteriormente el resto de ellos.

Ésta llamó desde su teléfono móvil a uno de los chicos que había conocido aquella noche con el objeto de obtener información sobre su paradero y lo que iban a hacer, pero, al existir dificultades para la audición, quedaron en que se verían más tarde para ver los encierros. Después de esta llamada, la joven dijo a los acusados que se iba al coche para descansar, ofreciéndose éstos a acompañarla.

Las seis personas salieron de la Plaza sobre las 3:00 horas y, en el que se suponía que iba a ser el camino hacia el coche, dos de los acusados se acercaron a un hotel, quedándose retrasada la joven. En la entrada del establecimiento se encontraba el encargado del control de acceso de clientes al hotel, a quien se dirigieron aquéllos pidiéndole una habitación por horas “para follar”, a lo que éste les indicó que no era posible, y todo ello sin que la joven escuchara esa parte de la conversación.

Seguidamente los seis continuaron su camino. En el trayecto uno de los acusados reparó en que una mujer accedía a un portal y, después de mantener

una breve conversación con ella, simulando que estaba alojado, cogió uno de los ascensores y subió al segundo piso, bajando de nuevo al portal por las escaleras.

Entretanto, otro de los acusados y la joven estaban besándose en la boca, y, mientras se hallaban en esa situación, el que había accedido al portal mantuvo la puerta abierta y dijo “vamos, vamos”, momento en el cual el acusado que había dado la mano a la joven para besarse tiró de ella hacía él, cogiéndola de la otra mano otro de ellos, apremiándola ambos a entrar.

Cuando la introdujeron en el portal, los acusados le dijeron "calla", significándole que guardara silencio mediante el gesto de llevarse la mano abierta a la boca. Teniendo a uno de los acusados delante y al resto detrás, la joven fue conducida a un habitáculo de unos 3 metros cuadrados, en el cual la rodearon.

La sentencia describe que, al encontrarse en esta situación, rodeada por cinco hombres, de edades muy superiores y fuerte complexión, en aquel lugar sin salida, y conforme a lo pretendido y deseado por los acusados, la joven “se sintió impresionada y sin capacidad de reacción”. Notó cómo le desabrocharon la riñonera que llevaba cruzada y cómo le quitaron el sujetador y el jersey que llevaba atado a la cintura, momento a partir del cual comenzó a experimentar una fuerte angustia, que se incrementó cuando uno de los acusados acercó la mandíbula de la joven para que le hiciera una felación, mientras que otro de los acusados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga.

En atención a ello, la sentencia narra cómo la joven “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”. Además, añade que los procesados “conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo”.

Concretamente, se declara probado que, al menos, la joven fue penetrada bucalmente por todos los acusados, vaginalmente por dos de ellos, y analmente por otro, llegando dos de ellos a eyacular y sin que ninguno utilizara preservativo.

Durante el desarrollo de los hechos uno de los acusados grabó con su teléfono móvil seis vídeos de una duración total de 59 segundos y tomó dos fotos, y otro de ellos grabó del mismo modo un vídeo, con una duración de 39 segundos.

Finalizados estos hechos, los acusados se marcharon escalonadamente. Antes de abandonar el habitáculo, uno de los acusados se apoderó del teléfono móvil que la joven llevaba en su riñonera, extrayendo la tarjeta SIM y la tarjeta de memoria, arrojándolas en el lugar de los hechos.

Cuando la joven advirtió que se habían ido todos, se vistió y buscó en la riñonera su teléfono móvil para llamar al amigo con el que se había desplazado a Pamplona. Cuando se percató de que no estaba el teléfono se incrementó su desasosiego y salió a la calle llorando, sentándose en un banco. El lloro desconsolado de la joven llamó la atención de una pareja, que se dirigieron hacia ella para atenderle, y al enterarse de lo ocurrido llamaron a la Policía.

Posteriormente, la joven fue trasladada al Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario de Navarra, donde se le revisó ginecológicamente, administrándosele tratamiento anticonceptivo de emergencia y profiláctico. Además, se le realizó una prueba de detección de alcohol que determinó un resultado positivo de 0,91 +/- 0,05 g/l de alcohol en sangre y 1,46 +/- 0,06 g/l de alcohol en orina.

Por su parte, uno de los acusados envió desde su teléfono móvil varios WhatsApp a dos chats, en los cuales escribió: “follándonos a una los cinco”, “todo lo que cuente es poco”, “puta pasada de viaje”, “hay vídeo” y “follándonos los cinco a una, vaya puto desfase”.

Finalmente, los cinco fueron detenidos a las 11:15 horas del día 7 de julio de 2016, por agentes de la Policía Municipal de Pamplona.

Como consecuencia de los hechos la joven sufre un trastorno de estrés postraumático para el cual ha venido recibiendo tratamiento psicológico.

5.3 SENTENCIA 38/2018, DE 20 DE MARZO, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

En atención a los hechos descritos, tras una exhaustiva valoración de la prueba, y tras descartar la concurrencia de la violencia típica del delito de agresión sexual, la sentencia llega a la conclusión de que tampoco existe intimidación como medio comisivo alternativo, en base a la definición que de la misma hace la Jurisprudencia.

Así, la resolución recoge cómo la doctrina jurisprudencial define la intimidación como “constreñimiento psicológico, consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual”, y destaca que esta ha de ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado, si bien recuerda que no se exige que la misma sea irresistible, sino “suficiente” o “idónea” para impedir al sujeto pasivo actuar en libertad, y que para dicha valoración ha de atenderse no sólo a las características objetivas del hecho o conducta ejecutados, sino también a las circunstancias personales de la víctima, concluyendo que se consideran supuestos de intimidación suficiente “aquellos en los que, desde perspectivas razonables para un observador neutral y en atención a las circunstancias del caso, la víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzosamente a las pretensiones de éste”.

Sin embargo, como se ha dicho, la sentencia llega a la conclusión de que no concurre tal intimidación, señalando que la misma ha de ser “previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado”, pero no justificando porque no estima la concurrencia de tales requisitos en el caso concreto.

Por el contrario, aprecia la existencia de un delito de abuso de prevalimiento, entrando a analizar la concurrencia de los tres elementos que el mismo exige, a saber: (1) la existencia de una situación de superioridad, que ha de ser manifiesta; (2) que esa situación influya en la víctima, coartando su libertad; y (3) que el sujeto activo, consciente de la situación de superioridad y

en sus efectos sobre la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma para conseguir el consentimiento viciado a la relación sexual.

A los efectos de considerar probada la existencia de dicha situación de superioridad, la sentencia considera especialmente relevante la forma en la que la joven entró en el portal, de modo súbito y repentino; la forma en la que la dirigieron hasta el habitáculo donde se desarrollaron los hechos, teniendo en todo momento una persona delante y varias atrás; las características de dicha habitación, un lugar de muy reducidas dimensiones y oculto, con una única salida, frente a la cual se colocaron los cinco hombres para rodearla; la notoria asimetría de edad y complexión física entre la joven y los procesados; y la radical desigualdad en cuanto a madurez y experiencia en actividades sexuales de aquella y éstos.

De esta forma, manifiesta que tales circunstancias no pudieron pasar desapercibidas para los acusados y declara probado que los mismos conformaron voluntariamente esa situación de preeminencia sobre la víctima, apreciable desde un punto de vista objetivo, de la que se aprovecharon para abusar sexualmente de ella; de tal modo que ésta no pudo prestar un consentimiento libre, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

Concretamente, en la resolución se declara que la víctima, al encontrarse en aquel lugar, con una única salida, rodeada por cinco hombres, de edades muy superiores y fuerte complexión, “se sintió impresionada y sin capacidad de reacción”, calificando su disposición de ánimo como un “bloqueo emocional”, que le impidió reaccionar, adoptando una actitud “de sometimiento y pasividad”.

Por tanto, la sentencia concluye que la concatenación de los hechos descritos llevó a la joven a un estado de “shock”, mostrando únicamente pasividad y sumisión, no siendo consciente de lo que estaba pasando.

Esta afirmación, de que la joven en todo momento de mantuvo inmóvil, sin embargo, contradice llamativamente otras declaraciones que contiene la resolución, en las que se describe el miedo o temor que sufrió la víctima en aquellos momentos. Así, la propia sentencia declara en la valoración de la prueba que en dos de los vídeos filmados por los procesados puede observarse a la joven “agazapada, acorralada contra la pared por dos de ellos y gritando”,

señalando que esas imágenes “evidencian que la denunciante estaba atemorizada”; y que éstos le obligaron a realizar distintos actos de naturaleza sexual, a los que la víctima tuvo que acceder “ante el temor a sufrir un daño mayor y la imposibilidad de huir del lugar”.

Ya se han expuesto en este trabajo las dificultades interpretativas que existen para deslindar la figura del abuso de prevalimiento de las agresiones sexuales intimidatorias, puesto que no siempre es fácil distinguir aquellos supuestos en los que el consentimiento de la víctima es anulado ante la amenaza de un mal y aquellos supuestos en los que el consentimiento se encuentra viciado, dada la situación de superioridad que el sujeto activo ocupa frente al pasivo, donde éste también puede sentirse en cierta medida intimidado.

De esta forma, se ha expuesto que el Tribunal Supremo ha declarado que lo relevante es la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo, pasando a un segundo plano la concreta reacción de la víctima, por cuanto el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidante una acción que objetivamente no lo es⁹⁰.

A los efectos de valorar la entidad de dicha acción, la Jurisprudencia ha venido exigiendo que el sujeto activo profiera una amenaza al pasivo, ya sea de palabra o mediante actos concluyentes.

Así, como se ha dicho, la Jurisprudencia considera que el prevalimiento queda configurado sobre la base de una situación de superioridad que basta para coartar la libertad de la víctima, sin requerir actos amenazantes de un mal futuro; mientras que la intimidación supone, en un grado superior, la presentación de un mal, como elemento que suprime o reduce de manera muy significativa la capacidad de decisión de la víctima, que consiente por no tener otra elección aceptable⁹¹.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha establecido que la intimidación integra un fenómeno psicológico consistente en atemorizar a alguien con la producción de un mal, considerando, por tanto, que la intimidación es sinónimo

⁹⁰ STS 1689/2003, de 18 de diciembre (Ponente: Sr. Saavedra Ruiz).

⁹¹ STS 9/2016, de 21 de enero (Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar).

de aterrorizar⁹², y se ha defendido en este trabajo que no sólo es posible atemorizar a alguien mediante la profesión de una amenaza concreta, sino que también lo es mediante la creación por parte del sujeto activo de una situación que lleve al sujeto pasivo al convencimiento de que se le va a ocasionar un daño, aunque en el caso concreto desconozca las concretas características que puede reunir dicho mal; por lo que lo relevante a estos efectos será que el dolo del sujeto activo abarque la voluntad de causar dicho terror en el sujeto pasivo.

Esta situación, este ambiente intimidatorio, es, precisamente, el que describe la sentencia objeto de comentario, que afirma que los procesados crearon consciente y voluntariamente una “atmósfera coactiva”, de la que se sirvieron para vencer la voluntad de la víctima.

La resolución narra como la víctima fue introducida, de forma súbita y repentina, en el portal; como la condujeron al habitáculo, sin posibilidad de huida, por tener en todo momento una persona delante y varias detrás; las características de dicho lugar, de reducidas dimensiones y con una única salida, acotada por los cinco agresores, que la rodearon; la forma en la que la desnudaron y determinaron a realizar y padecer todos los actos sexuales que desearon, llegando incluso a ser penetrada simultáneamente por más de uno de los agresores, y mostrando un absoluto desprecio hacia su dignidad personal; y todo ello unido a la superioridad numérica, la diferencia de edades, la fuerte complejión de los acusados y el estado de embriaguez en el que se encontraba la víctima.

Los hechos que relata la sentencia no pueden sino llevarnos a concluir que la joven no prestó su consentimiento por cuanto se encontraba “coaccionada” o “presionada” ante la situación de superioridad que los agresores ostentaban frente a ella, como afirma la resolución; sino que la unión de todas las circunstancias concurrentes y el comportamiento coactivo que tuvieron los acusados conformó un ambiente altamente intimidatorio que despertó en la víctima un sentimiento de terror absoluto, anulando de forma radical sus capacidades volitivas, y, en consecuencia, accediendo a realizar y dejarse hacer todo lo pretendido por los acusados; y ello por más que en el caso concreto éstos

⁹² STS 978/2002, de 23 mayo (Ponente: Sr. Ramos Gancedo).

no necesitaran profesar una amenaza concreta para lograr la finalidad pretendida, puesto que la joven se encontraba, conforme a lo querido por ellos, acorralada y sin posibilidad de huida.

Como se ha reiterado, no siempre resulta sencillo distinguir los supuestos de agresión intimidatoria, donde la voluntad de la víctima queda anulada, de los de abuso de prevalimiento, donde ésta presta su consentimiento, pero viciado, coaccionado o presionado por la situación de superioridad que ocupa el agresor. Sin embargo, en este caso, la sentencia reconoce que la víctima en ningún momento prestó su consentimiento, sino que sufrió un “bloqueo emocional”, que le impidió reaccionar, adoptando una actitud “de sometimiento y pasividad”, lo cual no puede considerarse en ningún caso equiparable a un asentimiento.

5.3.1 Voto particular

La sentencia cuenta con el voto particular de uno de los magistrados del Tribunal, el Sr. D. Ricardo Javier González González, al discrepar éste del relato de los hechos que se declaran probados y de la valoración de la prueba, que absuelve a los cinco acusados.

El magistrado, en radical contraposición a lo declarado en la sentencia mayoritaria, considera probado que la joven en ningún momento expresó “ni de palabra ni con gestos, ni de ninguna otra manera, su disconformidad”, de tal manera que los acusados “creyeron en todo momento que ella estaba conforme con los actos sexuales que entre ellos mantuvieron”, y no estima que conste acreditado que la denunciante se encontrase en un situación de “shock” o “bloqueo emocional” que le hubiese impedido manifestar a los acusados su deseo de no mantener relaciones sexuales.

En contraste con lo dispuesto en la sentencia mayoritaria, que considera que la prueba fotográfica evidencia “la situación de sometimiento y sumisión de la denunciante a la voluntad de los procesados” y subraya que las grabaciones hacen patente la actitud de uno de los acusados “quien con su gesto manifiesta jactancia, ostentación y alarde, por la actuación que está realizando, con desprecio y afrenta a la dignidad de la denunciante”; el magistrado discrepante

afirma en su voto particular que las imágenes sólo documentan “sexo entre desconocidos en el entorno clandestino y desapacible del rellano de un portal”, añadiendo que no aprecia en los videos “cosa distinta a una cruda y desinhibida relación sexual, mantenida entre cinco varones y una mujer, en un entorno sórdido, cutre e inhóspito y en la que ninguno de ellos (tampoco la mujer) muestra el más mínimo signo de pudor”, y describiendo el ambiente en el habitáculo como de “jolgorio y regocijo”.

En lugar de los gritos de dolor que aprecian los demás magistrados y los agentes que examinaron los vídeos, sorprendentemente, describe los sonidos de voz femenina como “gemidos o jadeos de carácter sexual”; y, en contraste a lo dispuesto por aquéllos, que afirman que la denunciante se encuentra en todo momento con los ojos cerrados, mostrando una actitud de pasividad y sometimiento, sin exteriorizar ningún signo que permita apreciar bienestar, comodidad o disfrute en la situación, entiende que la expresión del rostro de la joven es en todo momento “relajada y distendida”, concluyendo que todo lo que le sugieren sus gestos y expresiones es “excitación sexual”.

En la misma línea, y como si de otras imágenes se tratase, si la sentencia mayoritaria apreciaba por parte de los acusados la práctica “de manera mecánica” de “una sexualidad sin afecto, puramente biológica, cuyo único objetivo es buscar su propio y exclusivo placer sensual, utilizando a la denunciante como un mero objeto, con desprecio de su dignidad personal, para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales”; el magistrado discrepante concluye que “el modo en que se dirigen a ella a mí me sugiere que todos ellos creen que ella participa con ellos en lo que están haciendo”.

Más allá de todas estas valoraciones radicalmente opuestas, no podemos sino rechazar que el magistrado critique el hecho de que la sentencia mayoritaria afirme que la víctima se sintió imposibilitada para ejercer resistencia “ante el temor de sufrir un daño mayor”, considerando que “tal expresión únicamente tendría sentido si la denunciante hubiese sufrido un daño previo”, puesto que desecha por completo (y sin explicación) la posibilidad, más que razonable, de que la víctima se hubiese sentido impactada y atemorizada por la forma en que fue introducida en el portal y conducida al habitáculo, y por el comportamiento de los acusados una vez allí, ya que éstos, sin articular palabra, la desnudaron

y determinaron a realizar a uno de ellos una felación, mientras que otro le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga; por más que con anterioridad no la hubieran agredido o amenazado.

Además, y en este mismo sentido, tampoco podemos compartir que defienda las palabras de uno de los peritos de la defensa, que manifiesta que “con cinco atacantes lo menos que se puede esperar es que se muestre rechazo” o “que tendría que haber, al menos, una resistencia mínima”, puesto que, por un lado, el hecho de que ellos fueran cinco y ella una es una de las circunstancias que hace especialmente razonable que ésta hubiera llegado al convencimiento de la inutilidad de oponer resistencia; y, por otro, que, en ningún caso, ni los tipos penales ni la Jurisprudencia exigen la oposición de resistencia por parte de la víctima ante un acto atentatorio contra la libertad sexual.

Por todo lo demás, en el voto particular, el magistrado cuestiona todo el comportamiento de la víctima aquella noche (criticando, absurdamente, hasta el hecho de que hiciera una llamada telefónica a sus amigos para localizarles en vez de enviarles un WhatsApp) y sus declaraciones posteriores, llegando incluso a afirmar que la forma en que los acusados abandonaron el portal “constituye un acto que puede provocar, sin necesidad de mayor exigencia argumental, todo un torrente de sentimientos, y también resentimiento, en quien lo sufra, lo que unido al resto de las circunstancias que se han expuesto, alimenta sin esfuerzo la duda acerca de si una relación sexual insatisfactoria y emocionalmente traumática, mantenida por una sola mujer con cinco desconocidos en un portal, con una tasa de alcohol en ese momento superior a 1g/l en sangre y que concluye con el abandono de la mujer en el portal, dejándola sola y medio desnuda, así como la sustracción de su móvil, aun cuando ella no se hubiera negado a mantenerla, podría ser una explicación razonable a su estado emocional después de los hechos y, en su caso, el supuesto estrés post traumático”; y excusa la conducta de los acusados, llegando a asegurar que carece de relevancia el hecho de que la mujer permaneciera en un plano inferior rodeada por los varones, que bloqueaban la salida, justificándolo en que de otro modo resultaría inconcebible la práctica de felaciones a los mismos.

En virtud de lo expuesto, concluye no sólo que no aprecia la existencia de una agresión sexual intimidatoria, sino que tampoco considera suficientemente

acreditada la concurrencia de todos los requisitos que exige el delito de abuso de prevalimiento; y, en consecuencia, absuelve a los cinco acusados

5.4 SENTENCIA 473/2018, DE 30 DE NOVIEMBRE, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA

Notificada la resolución de la Audiencia Provincial a las partes, el Ministerio Fiscal, la acusación particular, las dos acusaciones particulares actuantes (la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y el Ayuntamiento de Pamplona) y los cinco encausados interpusieron contra ella recurso de apelación, estos últimos solicitando su libre absolución y el resto solicitando la condena por un delito continuado de agresión sexual con las circunstancias agravantes de acción conjunta de dos o más personas, y tratarse de actos denigrantes y vejatorios.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra confirma la sentencia de la Audiencia en cuanto a la existencia de un delito de abuso de prevalimiento, concluyendo que tampoco aprecia la concurrencia de la intimidación típica del delito de agresión sexual.

El Tribunal, tras examinar y valorar en detalle la declaración de la joven, considera su testimonio “seguro y convincente”, y corroboradas sus afirmaciones por una prueba externa “profusa y suficiente”; descartando, al igual que la sentencia de instancia, que el estado en que la encontraron los distintos testigos después del ataque, de angustia y ansiedad, sea compatible con la situación de una persona que se siente despechada después de haber finalizado una relación sexual consentida porque los acusados no le hubieran ofrecido “continuar la fiesta juntos” o que éstos se hubieran marchado del habitáculo sin despedirse.

La resolución comparte lo establecido en la sentencia de instancia en cuanto a la valoración del contenido de los videos, manifestando que éstos evidencian “la pasividad doliente de la víctima y 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

prevaliéndose de su número y fuerza, escarneciendo su situación de desamparo”.

De la misma forma, concluye que no se ha acreditado en modo alguno que las relaciones fueran consentidas y considera que no es verosímil que la víctima consintiera “el maltrato y la vejación, la atmósfera opresiva y el prevalimiento de grupo en que se desarrolla la acción criminal”.

Por otro lado, destaca “una prevalente desproporción de fuerzas”, “una radical inferioridad – en razón de edad, número y condición- “, y un “lugar angosto y opresivo que dificulta la reacción y defensa de la víctima”, añadiendo que todos los acusados “sabían o debían haber comprendido la situación en la que se encontraba la joven, que restringía decisivamente su autonomía para asentir con libertad” y que “debían haber comprendido la dolorosa postración y humillación que imponían sobre ella”.

Sin embargo, la sentencia establece que, a los efectos de apreciar la existencia de una agresión sexual intimidatoria, no basta con que el sujeto pasivo se sienta intimidado, sino que es necesario un elemento externo, cuál es “que la intimidación sea deliberadamente provocada por el imputado, mediando una causa externa objetiva y suficiente”, y recuerda que la Jurisprudencia precisa que ello implica “la amenaza de un mal o perjuicio para la vida o la integridad física que sea grave e inmediato”, que habrá de ser realizada de palabra o mediante actos concluyentes; determinando que los hechos probados no describen una acción intimidatoria, pues no aprecian la existencia de una amenaza, ya sea explícita o tácita.

Concretamente, descarta la existencia de una amenaza tácita, de carácter ambiental, únicamente por considerar que la misma ha de consistir en un “plan preconcebido”, en el sentido de que los acusados han de concertar previamente un plan para amedrentar a la víctima y así conseguir su finalidad; y considera que en el caso concreto “todo parece acontecer de acuerdo a un encadenamiento de sucesos que en sí mismos no fueron premeditados ni preconstituidos, sino aprovechados; sin que los hechos probados identifiquen este dolo específico de la amenaza o intimidación, siquiera fuera ambiental, antecedente y buscada de propósito por el grupo como tal”.

Pues bien, no podemos compartir esta afirmación, ya que desde el momento en que los acusados supieron que la víctima estaba sola y no encontraba a sus amigos, se ofrecieron a acompañarle al coche, y en el camino ya intentaron buscar una habitación por horas “para follar”.

Además, la sentencia de instancia declara que el acusado que entró primeramente en el portal subió al segundo piso, fingiendo que estaba alojado en el edificio, y que bajó por las escaleras, resultando más que razonable concluir que vio el habitáculo, por encontrarse al lado, encontrando de esa forma el sitio idóneo para desarrollar los actos.

Asimismo, la víctima entró al portal debido a que dos de los acusados la sujetaron del brazo e introdujeron, aunque no fuera de forma violenta, ante el llamamiento del que había accedido con anterioridad. Seguidamente, todos ellos la escoltaron hasta el habitáculo, un lugar con una única salida, alrededor de la cual se colocaron los cinco, rodeándola.

Igualmente, resulta especialmente relevante el hecho de que antes de abandonarla, medio desnuda, en el portal, uno de ellos, que, además, era Guardia Civil, se apoderara del móvil de la joven. Destaca la sentencia de instancia la relevancia de esta acción, ya que, dada la condición de agente de la Guardia Civil del procesado, contaba con una especial formación en la investigación de delitos y, por tanto, sabía o podía conocer, que sustrayendo el teléfono de la joven impedía su reacción inmediata y las posibilidades de pedir ayuda, facilitando la impunidad del grupo.

Todos estos hechos llevan a la sentencia de instancia a calificar la situación como una “encerrona”, asegurando que todos ellos fueron conscientes de la creación de la misma; consideración que compartimos.

Por otra parte, ya se ha dicho anteriormente que lo esencial habrá de ser que el dolo del sujeto activo abarque la voluntad de causar temor en el sujeto pasivo a ser objeto de un daño o perjuicio si no accede a realizar o padecer lo pretendido por el agresor; y a la luz de los hechos declarados probados y de las distintas afirmaciones contenidas en ambas sentencias, que describen el estado en el que se encontraba la víctima en el habitáculo, no resulta razonable concluir

que éstos no eran conscientes de la atmósfera coactiva que estaban creando y del temor que, en consecuencia, estaban despertando en la víctima.

5.4.1 Voto particular

La sentencia de apelación cuenta con el voto particular de dos de los magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, los Sres. D. Joaquín Cristóbal Galve Sauras y D. Miguel Ángel Abárzuza Gil, que consideran a los imputados autores de un delito continuado de agresión sexual intimidatoria, con las agravantes de actuación conjunta de dos o más personas y tratarse de actos denigrantes y vejatorios, y que, en consecuencia, condenan a los mismos a la pena de 14 años y tres meses de prisión.

Los magistrados discrepantes ponen el acento en aquellos hechos declarados probados en la sentencia de instancia que no se encuentran contenidos en el correspondiente apartado “Hechos Probados”, sino en el de los “Fundamentos de Derecho”, destacando distintas expresiones de la misma, como el reconocimiento de que la joven se vio imposibilitada para ejercer resistencia “ante el temor de sufrir un daño mayor y la imposibilidad de huir del lugar”, que la joven desde un primer momento refirió haber sufrido “una actuación atentatoria a su libertad sexual, a la que ella no había prestado aquiescencia”; o que, valorando la prueba pericial, concluya que “la denunciante reaccionó de un modo intuitivo” y que “la situación en que se hallaba y los estímulos que percibió provocaron un embotamiento de sus facultades de raciocinio y desencadenaron una reacción de desconexión y disociación de la realidad que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que les procesados le decían que hiciera”.

Por otra parte, y en cuanto a la actuación de los acusados, resaltan que la sentencia de instancia declare que éstos tiraron de ella para entrar, que de camino al habitáculo tuvo en todo momento una persona delante y varias detrás, sin posibilidad de huir; que, una vez allí, la rodearan bloqueando la salida; que la joven se encontraba acorralada contra la pared por dos de los procesados y

gritando; y que reconozca que los procesados crearon conscientemente “una atmósfera coactiva”, de la que se prevalieron.

En el voto particular, manifiestan que la diferencia entre el delito de agresión sexual intimidatoria y el delito de prevalimiento es que, mientras que el primero supone “en un grado superior, la presentación de un mal, identificado y de posible realización, como elemento que suprime o reduce muy significativamente la capacidad de decisión de la víctima”, en el prevalimiento, esta situación que coarta la libertad de decisión de la víctima “es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente la libertad, pero que la disminuye considerablemente”.

Por otra parte, entrando en el análisis de la concurrencia de la llamada “intimidación ambiental”, mencionan la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1991, que 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 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”; y otorgan especial importancia, a estos efectos, al hecho de que fuera una actuación en grupo, pues esta provoca no sólo un mayor sentimiento de temor e indefensión en la víctima, sino que también contribuye a un mayor “envalentonamiento” de los agresores.

Por último, los magistrados recuerdan que no se exige que la violencia o intimidación instrumental al delito de agresión sexual sea de carácter irresistible o invencible, sino que basta que sea suficiente y eficaz en el caso concreto para lograr la finalidad pretendida, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de ofrecer oposición ante el peligro de que se deriven males mayores.

En atención a los hechos descritos y la Jurisprudencia expuesta, los magistrados concluyen que medió la intimidación típica de los delitos de agresión

sexual, pues entienden que el desencadenamiento de los mismos produjo en la joven un estado de “abatimiento, tensión y agobio y un impacto emocional”, ya que, rodeada por los cinco acusados, de mayor edad y de fuerte complexión, sin posibilidad de huida ni de ejercer resistencia ante el temor de sufrir un daño mayor, “se sintió impactada y sin capacidad de reacción”, adoptando una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a realizar todo lo que los procesados le ordenaban.

Además, reconocen que los cinco fueron plenamente conscientes de la situación en la que se encontraba la joven, “pues, nada más entrar en el habitáculo y rodeada por los acusados, tras quitarle el sujetador y desabrocharle el jersey, uno de los acusados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación, notando como otro le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga”.

Por todo ello, defienden que no nos encontramos simplemente ante un supuesto de abuso de superioridad, en el que los acusados se aprovecharon y prevalieron de una situación de preeminencia sobre la víctima, sino ante “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”; y consideran que la conducta de los acusados es reveladora de una intimidación ambiental, que ha de considerarse suficiente, y que fue eficaz para vencer la voluntad de la víctima, quién en ningún momento prestó su consentimiento, siquiera viciado; sino que su voluntad fue completamente anulada por la forma de actuar de los acusados.

5.5 SENTENCIA 344/2019, DE 4 DE JULIO, DEL TRIBUNAL SUPREMO

La anterior resolución del Tribunal Superior de Justicia de Navarra fue igualmente recurrida en casación por el Ministerio Fiscal, la acusación particular, las dos acusaciones populares y los cinco condenados.

El Ministerio Fiscal, en su recurso, argumenta que, para poder entender que nos encontramos ante un delito de abuso de prevalimiento, los hechos probados deberían disponer que la víctima accedió a mantener relaciones

sexuales con los agresores debido a la situación de superioridad que los mismos ostentaban frente a ella; pero que, por el contrario, en ellos no consta que la víctima accediera o consintiera, ni siquiera de manera subliminal, mantener dichas relaciones, sino que los acusados inhibieron a la víctima con su sola presencia y actitud, frente a lo cual ésta no pudo ofrecer reacción alguna.

Asimismo, defiende que la víctima era una persona desvalida, rodeada por cinco hombres de fuerte complexión y en un espacio muy pequeño, apartado y con nulas posibilidades de huir; tratándose, por tanto, de una situación gravemente intimidatoria, que debe determinar la calificación jurídica de los hechos como una agresión sexual, y no como un simple abuso.

Entrando en el análisis del referido recurso, la Sentencia del Tribunal Supremo recuerda que el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley, siendo una de ellas el prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima; mientras que el delito de agresión sexual supone la neutralización de la voluntad de la víctima a causa del empleo de violencia o intimidación por parte del sujeto activo, quién se vale de fuerza o hace uso de un clima de temor o terror para anular la voluntad de aquélla y su capacidad de resistencia.

Para diferenciar los supuestos de ausencia total de consentimiento, anulado por la intimidación ejercida por el sujeto activo del delito, y constitutivos de un delito de agresión sexual, de aquellos en los que la víctima presta su consentimiento, pero viciado o presionado ante la situación de superioridad que ocupa el agresor, y constitutivos de un delito de abuso, la sentencia hace un resumen acerca de la Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal en torno al concepto de intimidación del artículo 178 CP, y concluye que nos encontramos en presencia de un delito de agresión sexual “cuando no existe consentimiento o éste se muestra conseguido mediante un acto de fuerza física o moral (compulsiva, de carácter intimidante)”; mientras que, “cuando la relación es consentida, pero tal consentimiento está viciado por una causa externa que opera a modo de coacción psicológica (relación de superioridad determinada por las causas legales), concurriendo, sin embargo, tal consentimiento, el delito ha de calificarse de abuso sexual, fuera de otros supuestos típicos”.

Así, y tal y como se ha defendido en este trabajo, podemos concluir que cuando se hace uso de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, el sujeto pasivo es incapaz de decidir y actuar en defensa de su libertad sexual, debido al terror o temor de ser objeto de un daño o perjuicio de mayor gravedad en caso de no acceder a las pretensiones del sujeto activo; mientras que, en los casos de prevalimiento, la libertad de decisión del sujeto pasivo no se ve anulada, sino ciertamente “presionada” o “influenciada” como consecuencia de la posición privilegiada que ocupa el agresor frente a él, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual.

De esta forma, concluye que en el caso de la agresión sexual intimidatoria hay una ausencia del consentimiento de la víctima, por encontrarse ésta doblegada por el miedo que le provoca la actitud del agresor; mientras que, en el caso del abuso de prevalimiento sí existe la voluntad de la víctima, que consiente y accede a las pretensiones del agente, pero lo hace “con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada”.

A los efectos de valorar la existencia de dicha intimidación, la resolución considera especialmente importante la edad y constitución física del agresor y la víctima y las circunstancias de lugar y tiempo en las que se produce la agresión; y si bien recuerda que esta ha de ser seria, previa, inmediata, grave y determinante de consentimiento forzado, también dispone que no ha de ser de tal grado que presente el carácter de irresistible, invencible o de gravedad inusitada, sino que basta que sea eficaz y suficiente en el caso concreto para alcanzar la finalidad propuesta por el agresor, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse males mayores.

Por otra parte, hace expresa alusión a la llamada “intimidación ambiental”, mencionando distintas sentencias en las que se reconoce que “la presencia de varios individuos concertados para llevar acabo un ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio, mucho más frente a una única joven y en lugar solitario”.

Entrando ya en el análisis del caso objeto de recurso, y después de hacer un repaso de los hechos probados, el Tribunal Supremo concluye que existe un error de subsunción jurídica por parte del Tribunal de instancia, considerando los mismos constitutivos de un delito de agresión sexual y no de abuso, asegurando que “no existió consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una intimidación que se desprende sin género de dudas del terrible relato de hechos probados, del que deriva una obvia coerción de la voluntad de la víctima, que quedó totalmente anulada para poder actuar en defensa del bien jurídico atacado, su libertad sexual”.

La sentencia considera que la situación descrita por la resolución de instancia conlleva un grave componente intimidatorio, pues se trata de un ataque a una chica joven, de apenas 18 años de edad, en un lugar apartado y sin salida, al que fue conducida cogida por el brazo por dos de los agresores y rodeada por el resto, siendo abordada por todos ellos, y todo ello unido a la diferencia de edad y complexión física de la víctima y de los agresores y a su estado de embriaguez. De esta forma, afirma que sin duda todo ello produjo a la joven “un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma, y sin que sea admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores”.

En consecuencia, determina que la intimidación que sufrió la víctima le hizo adoptar una “actitud de sometimiento” que, en ningún caso, puede ser equiparable a un consentimiento.

Por todo ello, considera haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, igualmente planteado por el resto de acusaciones, y califica los hechos como constitutivos de un delito de violación de los artículos 178 y 179 del Código penal.

Además, aprecia la concurrencia de dos agravantes específicas, cuáles son el trato especialmente degradante y vejatorio (artículo 180.1.1º. CP), por entender que la conducta que le fue impuesta a la víctima desprende “una clara

denigración como mujer”, y la actuación conjunta de dos o más personas (artículo 180.1.2º. CP).

En base a lo expuesto, el Tribunal Supremo condena a los cinco acusados, como autores de un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP y con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1º. y 2º. CP, a la pena de 15 años de prisión.

6. CONCLUSIONES

I. La reforma del Código penal de 1978 y sus sucesivas se centran en destipificar aquellas conductas que defienden una determinada moral sexual y tipificar únicamente aquellas mediante las cuales se involucra a una persona en un comportamiento de naturaleza sexual no consentido, sustituyendo como objeto de tutela la “honestidad o moral sexual colectiva” por la “libertad sexual”. De esta forma, el Código de 1995 reestructura la clasificación de los delitos sexuales, distinguiendo entre agresiones y abusos, y, por tanto, poniendo el acento de la incriminación de esta clase de conductas en la forma de doblegar la voluntad de la víctima más que en la concreta conducta sexual llevada a cabo.

II. La libertad y la indemnidad sexual se configuran como los bienes jurídicos protegidos por los delitos incluidos en el Título VIII del Libro II del Código penal. Concretamente, y en cuanto a la libertad sexual, el legislador se centra en la protección de su vertiente negativa, entendida ésta como el derecho de toda persona a no verse involucrada en un contexto sexual sin su consentimiento; y ello por cuanto únicamente se castigan aquellas conductas que conllevan la implicación de una persona en una práctica de naturaleza sexual en contra de su voluntad, con esta viciada o sin ella.

III. El Título VIII del Libro II del Código penal distingue las agresiones de los abusos sexuales, siendo el empleo de violencia o intimidación con la finalidad de atentar contra la libertad sexual de una persona el elemento que las diferencia, por cuanto éste concurre en los delitos de agresión, mientras que los de abuso se caracterizan por la ausencia de ambos medios comisivos para hacer efectivo dicho atentado.

IV. El artículo 178 CP, constitutivo del tipo básico de agresión sexual, castiga al que, con violencia o intimidación, atente contra la libertad sexual de otra persona; de tal forma que la conducta típica queda configurada como el atentado a la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, y pudiendo concluirse que se trata de un delito doloso, común y de mera actividad. Por lo tanto, la violencia y la intimidación se configuran como los medios comisivos de los delitos de agresión sexual, por lo que ambas habrán de ir dirigidas a la consecución del atentado sexual, debiendo existir una relación medio-fin entre el ejercicio de las mismas y la concreta práctica de naturaleza sexual pretendida o lograda.

V. Por violencia se entiende toda fuerza física ejercida sobre el cuerpo de la víctima que la determina a realizar o padecer un determinado acto sexual. Ésta no ha de ser “irresistible” sino “idónea” para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, y no se exige que el mismo oponga ningún tipo de resistencia. A los efectos de valorar dicha idoneidad, habrá que tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes a la acción: tanto las objetivas, que atienden a las características de la conducta; como las subjetivas, que atienden a las circunstancias personales de los sujetos.

VI. Por intimidación se entiende la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual. Al igual que la violencia, ésta no ha de ser “irresistible”, sino “idónea” para doblegar la voluntad de la víctima; y, del mismo modo, a los efectos de valorar dicha idoneidad, habrá que atender, tanto a las características objetivas de la conducta ejecutada, como a las circunstancias personales de la víctima.

VII. La Jurisprudencia, en orden a apreciar la existencia de la intimidación típica de los delitos de agresión sexual, pone el acento en la conducta del sujeto activo, que necesariamente ha de ejercer una intimidación *seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado*. Para apreciar la concurrencia de esta “objetividad intimidatoria” se ha venido exigiendo que el sujeto activo amenace al sujeto pasivo con hacerle objeto, a él o a otra persona, de un mal, que ha de ser grave, futuro y verosímil. Es esta exigencia la que en muchas ocasiones ha llevado a la Jurisprudencia a no apreciar la concurrencia de un delito de agresión sexual, por considerar que la intimidación empleada por

el agresor no alcanzaba el grado de objetividad necesario, calificando la conducta como un delito de abuso de prevalimiento, a pesar de que la víctima manifestase haberse sentido gravemente intimidada simplemente por la conducta coactiva del agresor.

VIII. A nuestro juicio, la posición de la Jurisprudencia es excesivamente restrictiva, pues la intimidación típica no puede limitarse a aquellos casos en los que el agresor articule una determinada amenaza de un mal a la víctima; sino que lo determinante habrá de ser la creación por éste, de forma consciente y deliberada, de una situación de miedo o constreñimiento psicológico del sujeto pasivo, que se proyecte en su capacidad de decisión, anulando su voluntad, y, en consecuencia, cediendo en favor de lo requerido por el agresor.

IX. Los delitos de abuso sexual se contienen en los artículos 181 y 182 CP, teniendo todos ellos en común tres notas: la ausencia de violencia o intimidación (elemento negativo que los diferencia de los delitos de agresión sexual), la falta de consentimiento del sujeto pasivo y la realización de actos de naturaleza sexual. Las distintas modalidades de abuso se distinguen en cuanto al modo de ataque al bien jurídico protegido, pues en unos casos existe una ausencia de consentimiento, teniendo el sujeto pasivo capacidad para consentir (artículo 181.1), o no teniéndola o teniéndola limitada (artículo 181.2); y en otros el sujeto pasivo sí presta su consentimiento, pero éste se considera irrelevante por haberse obtenido de manera viciada, como es el caso del abuso de prevalimiento (artículo 181.3).

X. El abuso de prevalimiento requiere la obtención del consentimiento del sujeto pasivo concurriendo tres exigencias: (1) que exista una situación de superioridad del sujeto activo sobre el pasivo, que ha de ser manifiesta; (2) que esa situación de superioridad influya, coartando la libertad de la víctima; y (3) que el sujeto activo, consciente de esa situación y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma, para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual. Esta situación de superioridad, que puede tener origen en cualquier causa (bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole), ha de ser, por tanto, “manifiesta” y “eficaz”, y ha de ser aprovechada o instrumentalizada por el sujeto activo para lograr el consentimiento de la víctima.

XI. Tanto doctrina como jurisprudencia han destacado las dificultades interpretativas que existen para deslindar la figura del abuso de prevalimiento de las agresiones intimidatorias, puesto que no siempre resulta clara la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo de abuso, donde la víctima, en cierta medida, también se siente “intimidada” o “presionada”. A estos efectos, han destacado que lo relevante ha de ser el comportamiento intimidatorio del sujeto activo, más que la reacción de la víctima frente a aquél, por lo que hacen depender la apreciación de la existencia de intimidación y, por tanto, de una agresión sexual, de que el sujeto activo del delito profiera a la víctima la amenaza de un mal grave; amenaza que, además, habrá de ser *seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado*. En aquellos casos en los que no concurra dicha amenaza o ésta no cumpla con dichos requisitos, entienden que podrá estudiarse la posible existencia de un delito de abuso sexual de prevalimiento.

XII. Contrariamente a cuanto sostiene la Jurisprudencia, consideramos que, a los efectos de apreciar la intimidación típica del delito de agresión sexual, no es exigible que, en todo caso, el sujeto activo haga anuncio de una amenaza concreta, puesto que dicho sentimiento de terror no sólo puede alcanzarse a través de amenazas, sino también mediante la creación de una situación gravemente intimidante, y previa al acto sexual, que lleve al sujeto pasivo al convencimiento de que si no accede a lo pretendido por el agresor se le ocasionará un daño, aunque en el caso concreto desconozca las características exactas que puede reunir el mismo. En este sentido, entendemos que lo relevante ha de ser que el dolo del sujeto activo abarque la voluntad de crear ese sentimiento de miedo o terror en el sujeto pasivo, que no se da en el abuso de prevalimiento, en el que el sujeto pasivo se encuentra presionado o coaccionado a acceder a lo pretendido por el sujeto activo únicamente por la influencia que éste ejerce sobre aquél, dada la situación de superioridad que ostenta frente a la víctima, y no porque ésta tema sufrir, o que un tercero cercano sufra, un daño físico inmediato.

XIII. La Sentencia 38/2018, de 20 de marzo, de la Audiencia Provincial de Navarra condena a los cinco acusados del caso de “La Manada” por un delito de abuso de prevalimiento y no por un delito de agresión sexual, al determinar que

no existe la intimidación típica de este último, en base a la definición que de la misma hace la Jurisprudencia. La resolución señala que la intimidación ha de ser “seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado”, pero no justifica por qué no estima la concurrencia de tales requisitos en el caso concreto, a pesar de afirmar que los procesados crearon consciente y voluntariamente una atmósfera gravemente coactiva, de la que se sirvieron para vencer la voluntad de la víctima, quién en ningún momento prestó su consentimiento al acto sexual por cuanto se encontraba en un estado de “shock” y “bloqueo emocional”, que le impidió reaccionar. Dicha resolución cuenta con el voto particular de uno de sus magistrados, el Sr. D. Ricardo Javier González González, quién discrepa radicalmente del relato de los hechos probados y la valoración de la prueba contenidos en la sentencia mayoritaria, llegando éste inaceptablemente a concluir que el ambiente en el que se produjo el acto sexual era de “jolgorio y regocijo”; y que, en consecuencia, absuelve a los cinco acusados.

XIV. La Sentencia 473/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, confirma la sentencia de la Audiencia en cuanto a la existencia de un delito de abuso de prevalimiento, descartando la existencia de una agresión sexual intimidatoria, por considerar que es necesaria la existencia de la amenaza de un mal o perjuicio para la vida o la integridad física que sea grave e inmediato, y no apreciar la concurrencia de la misma en el caso concreto; y ello a pesar de afirmar que las relaciones en ningún caso fueron consentidas y describir la “atmósfera opresiva” en que se desarrolló la acción criminal. El voto particular emitido por los magistrados D. Joaquín Cristóbal Galve Sauras y D. Miguel Ángel Abárzuza Gil entiende, sin embargo, que los acusados deben ser condenados por un delito de agresión sexual intimidatoria, con las agravantes de actuación conjunta de dos o más personas y tratarse de actos denigrantes y vejatorios. Los magistrados llegan a tal conclusión por considerar que su conducta es reveladora de una grave intimidación ambiental, que ha de considerarse suficiente, y que fue eficaz para vencer la voluntad de la víctima, quién en ningún momento prestó su consentimiento, sino que su voluntad fue completamente anulada dada la “atmósfera coactiva” que crearon conscientemente los acusados, y de la que se prevalieron.

XV. Finalmente, la Sentencia 344/2019, de 4 de julio, del Tribunal Supremo, estima haber lugar a los recursos interpuestos por las acusaciones y califica los hechos como constitutivos de un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP, apreciando, además, la concurrencia de las agravantes específicas de trato especialmente degradante y vejatorio (artículo 180.1. 1º CP) y actuación conjunta de dos o más personas (artículo 180.1. 2º CP). El Alto Tribunal llega a tal conclusión por cuanto señala que, en los delitos de agresión sexual, no existe el consentimiento de la víctima o éste se consigue mediante un acto de fuerza física o de carácter intimidante; mientras que, en los de abuso de prevalimiento, la relación sí es consentida, aunque dicho consentimiento se encuentra viciado, dada la relación de superioridad que ostenta el sujeto activo frente al pasivo y de la cual se prevale el primero, impidiendo que aquél pueda autodeterminarse libremente en la esfera sexual. Esta resolución supone un giro jurisprudencial muy importante, por cuanto aprecia la existencia de una agresión sexual intimidatoria sin exigir que la víctima sea destinataria del anuncio de un mal expreso por parte de los agresores, entendiendo que la conducta coactiva de éstos fue suficiente para anular su voluntad. De esta forma, en consonancia con la posición sostenida en este trabajo, concluye que en el caso de las agresiones intimidatorias hay una ausencia de consentimiento de la víctima, por encontrarse ésta doblegada por el miedo que le provoca la actitud del agresor, y destaca no sólo que en el caso enjuiciado la víctima no prestó de ninguna forma su consentimiento, sino también la situación gravemente intimidatoria a la que se vio sometida.

7. BIBLIOGRAFÍA

CARUSO FONTÁN, M. V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

CUGAT MAURI, M. “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004. págs. 311-368.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

DÍEZ RIPOLLES, J.L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA, C.M. (Coords.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 209- 391.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 6, 2000, págs. 215-260.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1985.

GARCÍA RIVAS, N., “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales” -apartados II a VI-, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Derecho Penal español, Parte Especial (I)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 586- 626.

GAVILÁN RUBIO, M., “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 12, págs. 82-95.

LAMARCA PEREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, en *Revista Jueces para la democracia*, n. º27, págs. 50-61.

MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 1269- 1407.

MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 191-219.

ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, en VIVES ANTÓN, T. S./ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J. C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 230-257.