



Universidad
de Alcalá

**CAMBIOS LEGALES NECESARIOS EN LA
REGULACIÓN DE LOS DELITOS
SEXUALES TRAS EL DEBATE PÚBLICO
SUSCITADO POR LA SENTENCIA DEL
CASO "LA MANADA"**

**NECESSARY LEGAL CHANGES IN THE REGULATION OF
SEXUAL CRIMES AFTER THE PUBLIC DEBATE RAISED BY THE
SENTENCE OF THE CASE "THE HERD"**

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

Presentado por:

D^a MARÍA ALAMEDA GONZÁLEZ-ZARAUZ

Dirigido por:

Dr. D. ESTEBAN MESTRE DELGADO

Alcalá de Henares, a 22 de febrero de 2021

ÍNDICE

| | |
|---------------------|---|
| RESUMEN..... | 3 |
| PALABRAS CLAVE..... | 3 |
| ABSTRACT..... | 3 |
| KEY WORDS..... | 4 |
| INTRODUCCIÓN..... | 6 |

CAPÍTULO I. LAS AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES. CUESTIONES COMUNES A AMBAS FIGURAS

| | |
|----------------------------------|----|
| 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA..... | 7 |
| 2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO | 10 |
| 3. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO..... | 14 |
| 4. ITER CRIMINIS..... | 19 |
| 5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN..... | 22 |
| 6. PENAS..... | 27 |

CAPITULO II. ¿NECESIDAD DE UN CAMBIO?: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA “LA MANADA”

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. SENTENCIAS “LA MANADA”..... | 29 |
| 1.1.Aspectos de hecho..... | 29 |
| 1.2.Aspectos jurídicos..... | 32 |
| 1.2.1.1.Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 38/2018 (Sección 2º), de 20 de marzo de 2018 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia nº 473/2018, Sala de lo Civil y lo Penal, de 30 de noviembre de 2018..... | 32 |
| 1.2.1.2.Sentencia del Tribunal Supremo nº 344/2019, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 4 de julio de 2019..... | 42 |
| 1.3.El problema de la resistencia de la víctima..... | 48 |
| 2. DEMANDA SOCIAL..... | 51 |

**CAPITULO III. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA ACTUAL
REGULACIÓN EN MATERIA DE AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES**

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1. INTRODUCCIÓN | 55 |
| 2. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA DE LIBERTAD SEXUAL | 55 |
| 2.1. Introducción | 57 |
| 2.2. Modificación del artículo 178 del Código Penal | 57 |
| 2.2.1. Especial mención al consentimiento de la víctima..... | 61 |
| 2.3. Modificación del artículo 180 del Código Penal | 67 |
| 2.4. Penas..... | 70 |
| 2.5. Otras reformas en material de delitos contra la libertad sexual..... | 71 |
| 3. PROPUESTA DE LA SECCIÓN PENAL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN | 73 |
| 3.1. Introducción | 73 |
| 3.2. Propuestas | 74 |
| CONCLUSIONES | 77 |
| BIBLIOGRAFÍA | 79 |

RESUMEN

Este trabajo de fin de máster tiene como objetivo el estudio y análisis de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, concretamente las agresiones y los abusos sexuales, con especial referencia a la cuestión planteada socialmente de si es necesario un cambio en la regulación de estos delitos y cuáles han sido las propuestas presentadas.

El trabajo se encuentra dividido en tres grandes capítulos: en el primero de ellos estudiaremos la regulación actual de estos delitos, es decir, el bien jurídico protegido, sujetos, iter criminis, autoría y participación y sus penas. El segundo capítulo está dirigido al análisis de la sentencia “La Manada”, una sentencia muy mediática que provocó fuertes reacciones sociales, que reclamaban la necesidad de un cambio en la regulación vigente de estos delitos. Analizaremos las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y finalmente la sentencia del Tribunal Supremo. Finalmente, el tercer capítulo está destinado al examen de dos propuestas de modificación del Código penal en materia de delitos sexuales: la realizada por la Sección penal de la Comisión General de Codificación y el Anteproyecto de Ley orgánica de garantía de la integridad sexual presentado por el Ministerio de igualdad.

Palabras Clave: Abuso. Agresión sexual. Consentimiento. Delitos contra la libertad sexual. Perspectiva de género. Resistencia. Violación.

ABSTRACT

This master's thesis aims is the study and analysis crimes against sexual freedom and indemnity, specifically sexual assault and abuse, with special reference to the socially raised question of whether a change in the regulation of these crimes necessary and what proposals have been presented.

The thesis is divided into three main chapters: in the first one, we will study the current regulation of these crimes, that is, the protected legal right, subjects, iter criminis, authorship and participation and their penalties. The second chapter is directed to the analysis of the sentence "The Herd", a very mediatic sentence that provoked strong social reactions, which demanded the need for a change in the current regulation of these crimes. We will analyze the sentences of the Provincial Court of Navarra, the judgment of the Superior Court of Justice and finally the judgment of the Supreme Court. Finally, the third chapter is devoted to the examination of two proposed amendments to the Criminal Code in the field of sexual crimes: the one made by the criminal section of the General Codification Commission and the Draft Organic Law on the guarantee of sexual integrity presented by the Ministry of Equality.

Key words: Abuse. Crimes against sexual freedom. Consent. Gender perspective. Rape. Resistance. Sexual assault.

ABREVIATURAS

| ABREVIATURA | SIGNIFICADO |
|-------------|---------------------------------------------|
| ART/ARTS | Artículo/Artículos |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CE | Constitución Española |
| CP | Código Penal |
| FJ | Fundamento Jurídico |
| LCrim | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LO | Ley Orgánica |
| Nº | Número |
| P/pp | Página/páginas |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| SS | Siguientes |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |

INTRODUCCIÓN

A lo largo de las últimas décadas se han llevado a cabo significativos avances socioculturales en la población española, lo que ha hecho que el Código penal, al igual que el resto de las normas jurídicas, se hayan transformado. Concretamente, el Código penal, en materia de delitos contra la libertad sexual, ha sido objeto de diversas modificaciones que le permitieron ajustarse a la realidad social de cada momento.

En España, los delitos sexuales están penados por el Código penal. Sin embargo, tras la sentencia “La Manada”, parece que los Jueces y Tribunales, a la hora de aplicar la normativa, se encuentran con algunos problemas para distinguir entre agresión sexual, abuso o violación.

En las siguientes páginas se lleva a cabo un estudio de la regulación vigente de estos delitos, específicamente de las agresiones y los abusos sexuales, así como de la violación. Además, analizaremos las sentencias de “La Manada”, la de la Audiencia Provincial de Navarra, el Tribunal Superior de Justicia (quienes tipificaron los hechos como abuso) y la del Tribunal Supremo, que vino a terminar con un periodo de tensión social, jurídico y político tipificando los hechos como una violación, pero que, a ojos de la sociedad, hizo patente la necesidad de un cambio en la legislación vigente.

Tras el fallo de la Audiencia Provincial, el Ministro de Justicia del momento solicitó a la sección Penal de la Comisión General de Codificación que valorara si la tipificación de los delitos sexuales precisaba o no una modificación, al reconocer la necesidad de reformar unos delitos que parecía que ya no respondían a los sentimientos jurídicos actuales. La Comisión presentó el texto en diciembre de 2018. Igualmente, el grupo parlamentario Unidos Podemos presentó una propuesta de ley de protección integral de la seguridad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales que, tras recibir algunas modificaciones, fue aprobada por el Consejo de Ministros el pasado marzo de 2020, como Anteproyecto de Ley orgánica de garantía de libertad sexual. Ambas propuestas, serán analizadas en este trabajo.

CAPÍTULO I. LAS AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES.

CUESTIONES COMUNES A AMBAS FIGURAS.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los aspectos fundamentales de los delitos contra la libertad sexual han experimentado innumerables reformas a lo largo de los años. Así, el primer cambio relevante en la regulación de estos delitos, en los últimos años, se produjo gracias a la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que sustituyó la antigua rúbrica de “Delitos contra el honor” del anterior Código penal de 1948, mantenida por el Texto Refundido de 1973, por la más amplia de “Delitos contra la libertad sexual”, la cual se mantuvo posteriormente en el Código penal de 1995¹.

Los cambios en la mentalidad de la población supusieron que esta reforma fuera un verdadero progreso en la regulación de estos delitos, pues no solo se destaca cuál es el verdadero bien jurídico protegido al modificar la rúbrica, sino que además se equiparan los sujetos activos y pasivos, ya que ambos pueden ser tanto hombres como mujeres, se acepta también que el acceso carnal sea, además de por vía vaginal y anal, bucal y se tipifica la introducción de objetos por las dos primeras vías como delito contra la libertad sexual.

Por otro lado, la reforma del Código Penal de 1995 introducida por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, supuso una verdadera transformación en el derecho penal sexual, comenzando por su denominación, “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales”, y continuando por la reinterpretación de alguno de sus elementos típicos. Algunos de los cambios más significativos del Código Penal de 1995 fueron la supresión de la palabra “culpable” en los delitos contra la libertad sexual, para sustituirla por el término “responsable”. Asimismo, se modificó el artículo 179, en relación con las circunstancias que hacen que una agresión sexual

¹ MONGE FERNÁNDEZ.A, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 10 y ss.

pase a ser calificada de violación, matizándose las vías para cometer este delito cuando se lleve a cabo mediante la introducción de objetos (vías vaginal y anal)².

Posteriormente, con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se modificó el tipo cualificado de agresiones sexuales (artículo 179 CP), incluyendo en la regulación anterior la introducción de miembros corporales, por lo que a partir de este momento será castigada la introducción de miembros corporales y de objetos por vía vaginal o anal, además del acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal³.

Esta fue una reforma importante debido a la problemática a la que se enfrentaban los Tribunales para tipificar un hecho consistente en la introducción de miembros corporales que no fueran objetos. De hecho, la jurisprudencia en determinadas ocasiones calificó que la introducción de miembros corporales, como pueden ser los dedos o la lengua, no podían calificarse como objetos⁴ porque para ello debía de tratarse de algo necesariamente inane⁵. Por ejemplo, la STS 1214/2002, de 1 de julio (FJ5), al tratar lo dispuesto en el artículo 179 CP para calificar los hechos consistentes en la introducción de la lengua en la vagina, recoge que: *“los objetos referidos en el precepto deben ser cosas y no otros miembros o partes de cuerpo humano”*. Esta interpretación suponía que esta clase de actos fueran castigados por el tipo básico del artículo 178 CP, es decir, como unos simples tocamientos y no como un delito de violación.

De este modo, a partir de esta reforma, hay una clara distinción en el empleo de los miembros corporales, encontrándonos aquellas situaciones en las que estamos ante unos tocamientos o frotamientos en la zona vaginal o anal sin llegar a producirse la introducción de estos, siendo

² LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE, nº104, de 1 de mayo de 1999.

³ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, nº 283, de 26 de noviembre de 2003.

⁴ STS nº 824/2000, Sala 2º de lo Penal, de 5 de mayo, [FJ 4].

⁵ STS nº1728/1999, Sala 2º, de lo Penal, de 5 de abril del 2000, [FJ 1].

calificados como tipo básico, y aquellas en las que sí hay introducción por cualquiera de las zonas mencionadas, siendo calificado como tipo cualificado de violación⁶.

Con la Ley Orgánica 5/2010, de 5 de junio, se traspuso la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Mediante esta reforma se otorga una mayor protección contra los delitos sexuales cometidos sobre menores, al atender tanto contra su indemnidad como contra su desarrollo y formación⁷.

La última modificación del Código Penal en este ámbito ha tenido lugar a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, mediante la cual se han añadido nuevos delitos contra la libertad, la libertad sexual y la intimidad. De hecho, esta reforma ha afectado especialmente a la protección de los menores, ya que se ha elevado la edad del consentimiento sexual de los 13 a los 16 años estableciendo el máximo en los 18 años. Asimismo, en lo referente al delito de abuso sexual, se añade como sujeto activo a aquellas personas que, abusando de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realicen actos de carácter sexual con una persona de entre 16 y 18 años⁸.

La causa de que se hayan producido todas estas reformas en los delitos contra la libertad sexual se debe a la evolución de la sociedad respecto al concepto de sexualidad, pues, si los valores sociales cambian, la Ley debería cambiar de forma simultánea para proteger esos nuevos bienes jurídicos sociales.

Sin embargo, a pesar de las múltiples modificaciones que ha sufrido la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, aún hoy en día se siguen presentando conflictos a la hora de calificar uno u otro delito de los contenidos en el Título VIII del Libro II, como veremos en el próximo capítulo.

⁶ STS nº 514/2009, Sala segunda, de lo Penal, de 20 de mayo, [FJ1].

⁷ LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, nº 152, de 22 de junio de 2010.

⁸ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, nº 77, de 31 de marzo de 2015.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Con anterioridad, y hasta la reforma de 1989, el objeto susceptible de protección era la honestidad, considerándola equivalente al recato, compostura, reputación, moderación personal en acciones o palabras, equiparándola a conceptos como la moral, las buenas costumbres o la decencia⁹. Muchos autores criticaron el concepto de honestidad como bien jurídico protegido, y entre ellos destaca Gimbernat. Según él, los delitos contra la honestidad se cometen mediante acciones deshonestas e inmorales desde el punto de vista del pudor, siendo los bienes jurídicos atacados mediante esas acciones deshonestas muy variados, por lo que en lo que coinciden todos estos delitos es en que una acción deshonestas produce la lesión del bien jurídico¹⁰.

Otra corriente doctrinal sostuvo que el bien jurídico protegido tenía que estar representado por la moral sexual, que fue definida por Muñoz Conde como “*aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites el instinto sexual de las personas*”¹¹, pero no cualquier concepción moral, sino únicamente el orden moral sexual realmente vigente en la sociedad, tal y como aclara Cerezo Mir¹².

Esta corriente fue objeto de numerosas críticas. Por ejemplo, para Monge Fernández el concepto de moral sexual es peligroso para la seguridad jurídica, pues, debido al carácter fluctuante de la moral social, se presta a todo tipo de manipulaciones. Además, al tratarse de un concepto impreciso, permite la posibilidad de que el juez haga valer sus propias concepciones personales como conformes a la moral sexual dominante¹³.

⁹ MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, op.cit., pp. 10 y ss.

¹⁰ GIMBERNAT, E., *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria*, en *Estudios de Derecho penal*. Civitas, Madrid, 1976, pp. 197 y ss.

¹¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., 2019, p. 205.

¹² CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General I*, 5ª ed., 1996, p. 17.

¹³ MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, op.cit., p. 34.

Actualmente, como resultado de numerosas críticas, en España estos delitos se encuentran recogidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica: “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, comprendidos desde el artículo 178 al 194. De esta rúbrica se desprenden cuáles son los bienes jurídicos susceptibles de protección por el Ordenamiento Jurídico para estos delitos:

- A) La libertad sexual entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la sexualidad y a la disposición del propio cuerpo¹⁴. De acuerdo con Berenguer y Suárez-Mira, el contenido esencial de la libertad sexual se expande en varias direcciones: de un lado conlleva la facultad de escoger y practicar en cada momento la opción sexual que se desee sirviéndose del propio cuerpo, de otro la posibilidad de escoger al compañero -siempre con su consentimiento-, y de rechazar aquellas proposiciones no deseadas¹⁵.

Para Díez Ripollés, en el concepto de libertad sexual hay que diferenciar dos aspectos, uno positivo, y otro negativo. El aspecto positivo es la libre disposición por la persona de sus capacidades sexuales, es decir, la facultad de disponer de su propio cuerpo. En su aspecto negativo, es el derecho de toda persona a no verse involucrada en ningún contexto sexual sin su consentimiento¹⁶.

Todos ellos coinciden en que el Ordenamiento jurídico no debe entrar a decidir sobre las conductas sexuales, propiamente dichas, de los individuos, sino que lo que se busca es castigar aquellos ejercicios de naturaleza sexual que hayan sido llevados a cabo en contra de la voluntad de uno de los sujetos, con ésta viciada o sin ella.

En definitiva, lo que se pretende con la protección de la libertad sexual es que ningún individuo se vea involucrado en alguna práctica sexual no deseada, no aceptada

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p. 203.

¹⁵ ORTS BERENGUER.E y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ.C, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 14 y ss.

¹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS.J.L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985, p.23.

libremente o aceptada con la voluntad viciada en la que su cuerpo, o parte de él, esté siendo utilizado por otro.

B) La indemnidad sexual, introducida tras la reforma de la LO 11/1999, aparece para proteger a los menores de edad y a los incapaces de las agresiones y los abusos sexuales. Esto se debe a que la libertad sexual es aquella entendida como la capacidad de autodeterminación sexual, es decir, la capacidad para decidir la práctica de actividades en un contexto sexual; ahora bien, los menores e incapaces, debido a su condición, son sujetos a los que el ordenamiento no les reconoce capacidad para consentir en esta materia. Ello significa que, a pesar de tener consentimiento natural para acceder a mantener relaciones sexuales, no se les reconoce capacidad de consentimiento jurídico, es decir, el consentimiento prestado por un menor en materia sexual sería inválido, carente de relevancia jurídica, por lo que el hecho de que un menor acceda o sea condescendiente con un acto sexual, no determina, de forma alguna, su licitud¹⁷.

No obstante, el Código penal recoge en su artículo 183 quarter una excepción a la prohibición general, pues permite que, siempre que haya mediado consentimiento, no sean punibles aquellas relaciones sexuales de un menor con un joven adulto, ya que el precepto atiende al hecho de que el autor sea una persona de edad y madurez próximas al sujeto pasivo y, además, no excluye la punibilidad de aquellos casos de agresiones o abusos donde el consentimiento se encuentra viciado¹⁸.

En consonancia, el Tribunal Supremo señaló la diferenciación entre la libertad y la indemnidad sexual. Por ejemplo, la sentencia nº 476/2006, de 2 de mayo, indica que *“la modificación del Código Penal de 1995, introducida por la LO. 11/99 de 30.4, relativa a los delitos contra la libertad sexual, vino a ampliar el ámbito de protección, en atención a la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reduce a la expresada libertad sexual*

¹⁷ STS nº 287/2018, Sala segunda, de lo Penal, de 14 de junio [FJ 1]

¹⁸ Circular 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quarter del Código penal, de la Fiscalía General del Estado, de 6 de junio de 2017. BOE.FIS-C-2017-00001.

ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en definitiva a la integridad e indemnidad sexual de los menores o incapaces, bien jurídico que sectores doctrinales consideran autónomo y diferenciado de la libertad sexual y que quedaría cifrado en el derecho de los menores o incapaces a estar libres de cualquier daño de orden sexual, en la preocupación o interés porque éstos tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y un bienestar psíquico, en definitiva el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad”¹⁹.

No obstante, el caso de los menores e incapaces ha sido objeto de gran debate. Para Muñoz Conde, la indemnidad sexual o la intangibilidad sexual lo que viene a proteger no es la libertad de estas personas, ya que entiende que no existe en estos casos, sino que lo que se pretende, en el supuesto del menor, es proteger su libertad futura, es decir, la normal evolución y desarrollo de su personalidad para que una vez adulto pueda decidir en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso de los discapacitados, evitar que terceras personas los puedan utilizar como un objeto sexual aprovechando su situación para satisfacer sus deseos sexuales²⁰.

En cambio, para Berenguer y Suárez-Mira el recurso a la indemnidad sexual no explica satisfactoriamente la protección de estas personas (menores e incapaces), pues, para ellos, éstos también tienen derecho a no ser molestados sexualmente como el resto de los ciudadanos, por lo que también gozan de libertad sexual. Entienden que lo que ocurre es que el legislador presume que, cuando un menor o un incapaz mantiene relaciones sexuales con un adulto, éste puede manipularlos y por ello presume “*iuris et de iure*” que no tienen capacidad para relacionarse sexualmente con mayores, ya que sí están permitidas las relaciones sexuales entre menores y entre incapaces²¹.

¹⁹ STS N° 476/2006, Sala de lo Penal, de 2 de mayo, [FJ 2].

²⁰ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p. 204.

²¹ ORTS BERENGUER.E y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ.C, *Los delitos contra la libertad...*, op.cit., pp. 14 y ss.

En definitiva, pese a la variedad de posiciones, tanto la libertad como la indemnidad sexual son los dos bienes jurídicos protegidos en los delitos sexuales.

3. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS

De acuerdo con la redacción del tipo básico, tanto en el supuesto de las agresiones sexuales (art. 178 CP) como en el de los abusos sexuales (art. 181 CP), la autoría del delito no está limitada a una persona de uno u otro sexo. Por lo tanto, pueden ser sujeto activo tanto un hombre como una mujer, e igualmente ambos pueden ser sujetos pasivos del mismo. De hecho, se permiten diversas combinaciones: sujeto activo varón-sujeto pasivo mujer, sujeto activo varón-sujeto pasivo varón, sujeto activo mujer-sujeto pasivo varón y sujeto activo mujer-sujeto pasivo mujer²².

Asimismo, cuando el sujeto pasivo se trate de un menor de 16 años le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 183 CP, mientras que, cuando se trate de un menor de 18 años, pero mayor de 16, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 182 CP.

Sin embargo, pese a que parece ser claro que tanto un hombre como una mujer pueden ser, indistintamente, sujetos activos y pasivos de esta clase de delitos, hay varias cuestiones que han sido objeto de polémica, tanto jurisprudencial como doctrinalmente hablando, y son las siguientes:

- 1) En la redacción del art. 179 CP (tipo cualificado de violación) no existen dudas de que tanto hombre como mujer pueden ser sujetos activos de la modalidad consistente en la introducción de objetos -siempre y cuando ésta tenga un connotación sexual-. Sin embargo, cuando habla de “acceso carnal” se plantea la cuestión de si una mujer puede ser sujeto activo. En concreto se cuestionan dos hipótesis: si un sujeto activo mujer puede agredir a un sujeto pasivo varón; o si un sujeto activo mujer puede agredir a un sujeto pasivo mujer.

²² ORTOS BERENGUER.E y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ.C, *Los delitos contra la libertad...*, *op.cit.*, pp. 24 y ss.

En la primera de las hipótesis, nos hallaríamos ante el supuesto en el que una mujer se introduce el pene a sí misma, ya sea vaginal, bucal o analmente. En este caso han sido varias las sentencias que han dado respuesta a esta cuestión, entendiendo que el delito recogido en este artículo lo comete tanto quien penetra como quien se hace penetrar, siendo lo definitivo en estos supuestos la existencia de acceso carnal, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión el que la utiliza o la aprovecha²³.

En este sentido se pronuncia también el Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005, en el que se acuerda que en estos casos “*es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder*”²⁴.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo nº 472/2006, de 2 de mayo, dice que: “*La cuestión planteada por el recurrente ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el Código Penal de 1995 dio a los arts. 179 (agresión sexual) y 182 (abuso sexual), en los que hacía referencia y distinguía entre "acceso carnal" y "penetración bucal o anal", por lo que se entendía que si el sujeto activo "se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del art. 178 ó 181, pues el tipo cualificado solo podía cometerlo "el que penetraba". Ahora bien, el legislador, a partir de la reforma de la LO. 11/99 suprimió esa distinción para referirse ahora a "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal", lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su*

²³ STS nº 4043/2018, Sala de lo Penal, de 10 de octubre, [FJ 2]. Véase también la STS nº1295/2006, Sala segunda, de lo Penal, de 13 de diciembre, [FJ 4].

²⁴ Tribunal Supremo, Acuerdo del Pleno no jurisdiccional, Sala Segunda, de lo Penal, de 25 de mayo de 2005 [Segundo asunto].

*voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo.*²⁵”

En cuanto a la segunda de las hipótesis (sujeto activo mujer-sujeto pasivo mujer), encontramos diversas posturas. Para Orts Berenguer, la formulación abstracta que encontramos en la redacción del artículo 179 hace posible que tanto el varón como la mujer sean aptos para ocupar la posición activa, debido a que el acceso carnal, el coito, el acoplamiento por alguna de las tres vías mencionadas en el precepto (vaginal, anal o bucal), lo realizan tanto la acción del varón como la de la mujer.

En cambio, hay autores que no lo ven de ese modo. Por ejemplo, Muñoz Conde entiende el acceso carnal como aquella relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se de la penetración, siendo suficiente la practica fricativa o “*coniunctio membrorum*”. Además, la ambigüedad en la redacción del precepto hace posible la admisión de cualquiera de las combinaciones. Ahora bien, entiende que la cualificación de este art. 179 debe reservarse para casos verdaderamente graves, no considerando como graves aquellos en los que una mujer realiza una práctica fricativa a otra, debiendo ser reconducidas, estas prácticas, al tipo básico del art. 178²⁶.

En definitiva, se acepta jurisprudencialmente como tipo cualificado que la mujer pueda ser sujeto activo frente a un sujeto pasivo masculino, pero hay posiciones doctrinales contrapuestas sobre las relaciones homosexuales femeninas.

- 2) Se ha planteado también la cuestión de si una persona que se dedica a la prostitución puede ser sujeto pasivo de una agresión sexual (art. 179 CP). Esta polémica surgió

²⁵ STS nº 476/2006, Sala segunda, de lo Penal, de 2 de mayo, [FJ 5].

²⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pp. 210 y ss. Véase también, LAMARCA PÉREZ, C, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en LAMARCA PÉREZ, C, (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 4ª. ed., Dykinson, Madrid, 2019, p. 181.

con la anterior rúbrica “Delitos contra la honestidad”, pues dejaba abierta la puerta a interpretaciones de todo tipo acerca de si debía protegerse a personas que eran consideradas, socialmente, como deshonestas, entre las que se hallaban las mujeres que ejercían la prostitución.

Al respecto, tanto la doctrina (por unanimidad) como la jurisprudencia se pronunciaron en el mismo sentido, incluso con anterioridad a la vigencia del Código actual. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1992 afirmó que *“La libertad sexual es patrimonio de toda persona, sin que pueda serle negada a aquellas que ceden el uso de su cuerpo para fines sexuales mediante una contraprestación de dinero”*²⁷; y la sentencia del Tribunal Supremo de julio de 2011 señala: *“la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye delito de agresión sexual, ya que la persona afectada, con independencia del modo que vive su sexualidad, conserva la autonomía de su voluntad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia”*²⁸.

En conclusión, la mujer que ejerce la prostitución está igualmente protegida como sujeto pasivo de los delitos de agresión y abuso sexual.

- 3) De la misma forma, en su día se planteó el debate acerca de si era posible cometer delitos contra la libertad sexual cuando entre los sujetos existe una relación de afectividad, siendo este el caso de los cónyuges o parejas de hecho. De esta manera hubo diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales. Algunos estimaban que el acto sexual cometido contra el cónyuge no integra el delito sexual. Otros consideraban que ese acto es típico, pero no antijurídico porque concurriría la eximente de ejercicio legítimo de un derecho. Por último, están aquellos que no veían

²⁷ STS nº 2.858, Sala segunda, de lo Penal, de 23 de septiembre de 1992, [FJ 2]

²⁸ STS nº 739/2011, Sala segunda, de lo Penal, de 14 de julio, [FJ 2]

diferencias entre la condición de cónyuge y cualquier otra a efectos de calificar ese acto como delito sexual²⁹.

Esta última corriente fue respaldada por una pluralidad de autores. Así, nos encontramos con RUIZ VADILLO, cuya postura se refleja en la actualidad, que declaraba que la base del bien jurídico, la libertad sexual, no la pierde una persona por el simple hecho de contraer matrimonio o vivir unida sentimentalmente a otra³⁰. Del mismo modo, Suárez Rodríguez estima que “*no existe diferencia alguna entre un delito de violación o agresiones sexuales cometido sobre un extraño del que tiene lugar sobre el propio cónyuge sea éste el marido o la mujer, o sobre la persona con la que se mantiene análoga relación de afectividad*”³¹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en el mismo sentido: “*Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación o agresión sexual, ni existen supuestos "derechos" a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación, o agresión sexual, y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando violencia o intimidación, tuviese acceso carnal o atentare contra la libertad sexual de su cónyuge (Sentencias de 7 de noviembre de 1989, 9 de marzo de 1989, 14 de febrero de 1990, 24 de abril y 21 de septiembre de 1992, 23 de febrero de 1993, 27 de septiembre de 1995, 8 de febrero de 1.996, 9 de abril de 1997 núm. 584/97 y 17 de junio de 2008, núm. 436/2008, entre otras). Este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la*

²⁹ SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 282 y ss. Véase también la STS nº 1516/2019, Sala de lo Penal, sección primera, de 21 de mayo, [FJ 3].

³⁰ RUIZ VADILLO, E. *Algunas consideraciones sobre el delito de violación tras la reforma de 1989 desde los aspectos sustantivo y procesal conforme especialmente a la doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo, Actualidad Penal*, nº 38 y 39, octubre 1990, p.442. Véase también SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *El delito de agresiones sexuales...*, op. cit. p. 283.

³¹ SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *El delito de agresiones sexuales...*, op.cit., pp. 282 y ss.

libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del otro cónyuge³²”.

No obstante, hoy en día, debido a la dificultad probatoria, los Tribunales se encuentran con otro problema a la hora de dilucidar cuándo se trata de desavenencias o disputas conyugales y una verdadera agresión sexual.

4. ITER CRIMINIS

Cuando hablamos de “iter criminis” hacemos referencia al camino del delito, es decir, a aquellas etapas en su desarrollo, desde el instante en el que se idea la comisión de un delito hasta que se consuma. Hablamos, por tanto, de dos fases: una interna, que transcurre íntegramente en el mundo psíquico del sujeto, y otra externa, donde se materializa esa voluntad criminal³³.

En la fase interna, la transcendencia penal es prácticamente nula, debido a que únicamente es posible afirmar que hay delito cuando quede constatado que el agente actúa con una intención libidinosa y, por ende, solamente cuando esa lubricidad franquee las barreras del pensamiento para instalarse en la acción sería posible -y obligado- articular respuesta penal³⁴.

Por lo tanto, es la fase externa aquella con verdadera relevancia. A su vez, en esta nos encontramos con los actos preparatorios, siendo impunes todos los que puedan acontecer, al no tipificarse ninguna clase de acto preparatorio³⁵, y los actos ejecutivos. Conforme a ello, la

³² STS nº 355/2013, Sala segunda, de lo Penal, de 3 de mayo, [FJ6]. Véase también la STS nº 1516/2019, Sala de lo Penal, sección primera, de 21 de mayo, [FJ 3].

³³ SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *El delito de agresiones sexuales...*, *op.cit.*, p. 345.

³⁴ SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *El delito de agresiones sexuales...* *op.cit.*, p. 346.

³⁵ ORTS BERENGUER.E y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ.C, *Los delitos contra la libertad...*, *op.cit.*, pp. 74 y 75.

relevancia penal comenzará cuando se trate de actos ejecutivos³⁶. En esta fase, dentro de los actos ejecutivos, hemos de tratar la consumación, la tentativa y el desistimiento.

- a) Las agresiones, al igual que los abusos sexuales, son delitos de mera actividad, ya que no requieren un resultado diferenciado de la acción sexual. Estos delitos se consuman con la realización de tocamientos en el tipo básico y con la penetración carnal o a través de objetos -vía vaginal, anal y bucal, solo vaginal y anal en atención a la introducción de objetos- en el tipo cualificado³⁷. El delito se entenderá consumado cuando el sujeto ejecute el acto sexual mediando violencia y/o intimidación, independientemente de que logre o no la satisfacción erótica perseguida.

Cuando no llegue a existir ese contacto corporal -el acto sexual-, es posible que nos encontremos ante una tentativa. El Tribunal Supremo venía negando que pudiera darse una tentativa, pero ha ido evolucionando hasta aceptarla plenamente. En concreto, la doctrina de dicho Tribunal condiciona la existencia de tentativa a la ausencia de contacto físico con la víctima, sosteniendo que, de haber existido, el delito estaría consumado. Hay una gran cantidad de sentencias en este sentido, pero por mencionar alguna tenemos la STS nº 725/2002, Sala segunda, de lo Penal, de 29 de abril y la STS nº 593/2018, Sala segunda, de lo Penal, de 27 de noviembre.

El delito cualificado del artículo 179 del Código penal (violación) permite la tentativa cuando, a pesar de no haber existido ese contacto corporal, la voluntad del autor se dirigiera a la realización de cualquiera de las conductas recogidas en dicho precepto. Ahora bien, se trata de una cuestión difícil de precisar en la práctica, pues por los actos exteriores no es sencillo conocer la voluntad del autor, es decir, no se puede conocer con exactitud cuándo el sujeto activo pretendía acceder carnalmente o a través de objetos o miembros corporales, o realizar únicamente tocamientos sexuales, añadiendo Muñoz Conde que a veces ni el propio autor podría precisarlo³⁸.

³⁶ MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, op.cit., pp. 139 y ss.

³⁷ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*, op.cit., p. 184.

³⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pp. 209 y ss

Es importante afirmar que la tentativa será admitida en su modalidad de tentativa inacabada, ya que, en los delitos de mera actividad, como es el caso, no caben ontológicamente los supuestos de realización de todos los actos típicos sin lesión del bien jurídico protegido, es decir, en estos delitos no cabe la tentativa acabada, pues, de haberse realizado todos los actos tipificados, el delito se entendería consumado.

Al respecto, el artículo 62 CP dispone que *“A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”*.

Consecuentemente, la jurisprudencia ha entendido que prima el peligro inherente al intento, partiendo de la premisa de que *“cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también”*³⁹, añadiendo que *“el grado de peligro puede ser suficiente para reducir la pena solo en un grado aunque no se hayan ejecutado por el autor todos los actos que integran la conducta delictiva, y nos hallemos por tanto ante una tentativa inacabada”*⁴⁰. Ello supone la aceptación por parte de la jurisprudencia de que no siempre que la tentativa sea inacabada se impondrá la pena inferior en dos grados, siendo posible reducirla en un único grado.

- b) El sujeto puede desistir de la acción ya iniciada, quedando exento de la pena fijada para el delito intentado, sin perjuicio de la responsabilidad por los actos ya realizados si fueran constitutivos de delito (artículo 16 CP)⁴¹. Ahora bien, para que este

³⁹ STS nº 985/2006, Sala segunda, de lo Penal, de 11 de enero [FJ 1].

⁴⁰ ídem.

⁴¹ SAP de Zaragoza nº 34/1999, de 8 de febrero [FJ 2].

desistimiento sea válido, ha de ser voluntario y anterior a que se produzca el contacto corporal con la víctima⁴².

No obstante, en los delitos cualificados el sujeto activo responderá por los actos llevados a cabo hasta el momento del desistimiento, castigándose, por ejemplo, por delitos de amenazas o de lesiones.

5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Tradicionalmente, la doctrina se decantaba por el hecho de que las agresiones sexuales constituían un delito de los denominados “de propia mano”, los cuales se caracterizaban porque solo puede ser autor, en sentido estricto, aquel que realiza por sí y corporalmente la conducta típica⁴³, es decir, será autor el sujeto que realiza la acción lúbrica. Concretamente, Monge Fernández señaló que se entiende por delitos de propia mano “*aquellos en los que la acción típica consiste en la realización de un acto corporal por el propio autor*”⁴⁴.

Esta consideración ha sido objeto de controversia durante mucho tiempo, pues, de tratarse estos delitos de aquellos denominados “de propia mano”, no sería concebible la existencia de una autoría mediata. Por lo tanto, el problema se presenta cuando son dos o más las personas que intervienen en la ejecución del hecho. En este caso nos podemos hallar ante las siguientes situaciones:

- A) Todos los participantes -además de emplear la violencia o intimidación- realizan la acción carnal.

- B) Uno o alguno de los participantes emplea la violencia o intimidación, mientras que otro u otros distintos ejecutan la acción carnal.

⁴² MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, op.cit., pp. 143 y 144.

⁴³ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*, op.cit., p. 185.

⁴⁴ MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, op.cit., pp.145 y ss.

C) Alguien obliga a otro a realizar la conducta típica, teniendo su base en la instrumentalización por vía de la inimputabilidad del autor inmediato, del error o del empleo de la violencia física o moral. Así como cuando es la víctima la que es forzada o intimidada por el autor para que proceda a la realización sobre sí misma de un acto sexual.

En el primero de los apartados, todos los sujetos ejecutan el tipo, por lo que serán castigados como autores individuales de una acción típica completa.

Cuestión distinta son los otros dos supuestos, pues es en estos casos donde los Tribunales encuentran mayor dificultad.

En el segundo de los apartados, el conflicto deviene a la hora de dilucidar si esa persona que emplea violencia o intimidación, pero no ejecuta la acción carnal, ha de responder como coautor o como cooperador necesario. La doctrina jurisprudencial no es unitaria ni pacífica al respecto. La jurisprudencia clásica solía calificar esta conducta como participación por cooperación necesaria, concretamente, cada uno de los sujetos respondía, a la vez, como autor individual de sus propias acciones y como cooperador necesario de las acciones realizadas por los otros sujetos activos⁴⁵: *“Al respecto debemos recordar la consolidada doctrina de esta Sala que en relación a estos delitos contra la libertad sexual en caso de pluralidad de participes viene atribuyendo a cada uno de ellos no solo la acción ejecutada por ellos mismos, sino además la del resto de los participantes, vía cooperación necesaria - excepcionalmente podría ser complicidad- de acuerdo con el concepto amplia de autor vigente en nuestro sistema penal y recogido en el art. 28 que se cita en el motivo, coautoría que estaría fundada no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que*

⁴⁵ STS nº 2585/2017, Sala de lo penal, de 29 de junio, [FJ 2].

*sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación. (...) La figura de la cooperación necesaria en los delitos de agresión sexual es contemplada en múltiples sentencias, por ejemplo, STS. 1291/2005 de 8.11, que dice: "En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun no existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consume materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental".*⁴⁶

No obstante, hay autores, como LAMARCA, que consideran que esta conducta constituye un concepto de coautoría, donde cada sujeto lleva a cabo una parte de la conducta típica, consistente, no solo en el comportamiento sexual, sino también en ejecutarlo con violencia e intimidación⁴⁷. En esta misma dirección se pronuncia el Tribunal Supremo al señalar que, “- como expone la STS 849/2009, de 27 de julio -, "tan autor del número primero [del art. 28 C.P.] puede considerarse al que realiza actos de verdadera violencia, como el que ejecuta el contacto sexual". En este punto, reitera la mentada sentencia que la doctrina de este Tribunal Supremo ha establecido que la conducta del sujeto que contribuye con sus acciones violentas y/o intimidatorias sobre la víctima a anular cualquier resistencia por parte de ésta a la agresión sexual, debe considerarse verdadera autoría del párrafo primero del art. 28 C.P. Y ello es así, efectivamente, porque si en ejecución de un acuerdo anterior o simultáneo el acusado realiza por sí mismo los actos de violencia o intimidación para que el otro consiga el acceso carnal, está ejecutando una de las acciones típicas que exige el delito y, consecuentemente, realizando el hecho conjuntamente con el que, de esta manera, lleva a cabo la penetración, con lo que estaría siendo responsable a título de autor del art. 28, párrafo primero C.P.”⁴⁸.

⁴⁶ STS nº4380/2017, Sala de lo Penal, de 30 de noviembre, [FJ 3].

⁴⁷ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*, *op.cit.*, p. 185.

⁴⁸ STS nº 2585/2017, Sala de lo Penal, de 29 de junio [FJ 2].

“Así la doctrina de este Tribunal ha considerado que la actuación por la que sujeto contribuye con su violencia, incluso con su intimidante presencia, a anular cualquier resistencia posible de la víctima de la agresión sexual, debe considerarse de verdadera autoría del párrafo primero del artículo 28 del Código Penal”⁴⁹.

Por otro lado, respecto al apartado C), se plantea la cuestión de si podría tratarse de autoría mediata. Cuestión igualmente discutida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, debido a que, aunque en algunos Tribunales han aceptado la existencia de coautoría en los delitos sexuales, no parecen hacer lo mismo con la autoría mediata, circunstancia que ha sido muy criticada.

Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de noviembre de 1994, dispone que, *“Si el ejercicio de la violencia es suficiente para coautoría, también debe serlo para la autoría mediata, dado que tanto la coautoría como la autoría mediata presuponen, según sus reglas, que el coautor o autor mediato ostenten los requisitos de la autoría del tipo concreto cuando éste exige alguna cualificación específica. Es obvio que si se admite la coautoría del que sólo aplica la violencia es porque la autoría no requiere una ejecución de propia mano; de lo contrario la coautoría se debería excluir. Por lo demás, por encima de cualquier consideración terminológica, la última sentencia citada deja claro que toda cooperación necesaria en el momento de la ejecución (por lo tanto, en el delito de violación el ejercicio de la violencia que permite el acceso carnal por parte de otro) constituye una manifestación del codominio del hecho y, consecuentemente, de la autoría en sentido estricto”⁵⁰.*

Al respecto, el Tribunal Supremo, en una sentencia reciente, ha marcado unos parámetros para distinguir en qué situaciones estamos ante una autoría mediata:

“El autor mediato tiene también el dominio del hecho, aunque a través del dominio de la voluntad de otro, llamado instrumento, que es el que realiza el tipo en forma inmediata.

Esta autoría se dará en los siguientes supuestos:

⁴⁹ STS nº 849/2009, Sala segunda, de lo Penal, de 27 de julio [FJ 2].

⁵⁰ STS nº 3749/1994, Sala segunda, de lo Penal, de 2 de noviembre, [FJ 3].

- a) cuando "el instrumento", esto es el que obra directamente, lo hace sin dolo;
- b) cuando el "instrumento" obre con error de tipo o con error de prohibición, en cuyo caso aquél, al no conocer la prohibición no domina su voluntad, sino tan solo su acción, lo que es aprovechado por el autor mediato;
- c) cuando obre coaccionado, debiendo apreciarse aquí la intensidad de la coacción para estimar si hay autoría mediata o inducción⁵¹.

Además, señala:

“La doctrina más destacada ha afirmado que la autoría mediata se caracteriza por el dominio de la voluntad del otro. Es aquella modalidad de autoría en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino que se vale de otra persona, generalmente no responsable, que es quien materialmente lo ejecuta. Esta clase de autoría supone normalmente un dominio de la acción y de la voluntad de la persona que realiza el tipo de forma inmediata, el cual actúa como instrumento humano o brazo ejecutor de aquél subordinado a su voluntad, al hacerlo sin libertad o sin conocimiento. Por ello, puede hablarse, según los casos, de ausencia de acción relevante, de dolo, o de culpabilidad en la conducta de la persona que sirve de instrumento, quien a veces no obra siquiera de forma típica, y en mayor medida si consideramos que el dolo pertenece al tipo de injusto”⁵².

Por su parte, Cobo y Vives señalan que *“el error o la violencia tienen que ser de tal naturaleza que conviertan al que actúa bajo su influjo en un instrumento ciego”⁵³.*

Finalmente, respecto a la autoría, no podemos olvidar la comisión por omisión, circunstancia ante la cual los Tribunales encuentran especialmente dificultosa la delimitación entre la autoría y la participación, situación ante la que éstos vienen exigiendo que el sujeto se halle en posición de garante, pues, de no ser así, la calificación preferente será la de delito de

⁵¹ STS nº 3391/2019, Sala de lo penal, de 25 de octubre, [FJ 5].

⁵² Ídem.

⁵³ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal, parte general*, 2º ed. Corregida y actualizada, Valencia, 1987. Véase también SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *El delito de agresiones sexuales...op.cit.*, 1995, p. 367.

omisión del deber de impedir determinados delitos del art. 450 CP⁵⁴. Como ejemplo, podemos citar la Sentencia nº 21/2007, del Tribunal Supremo⁵⁵, en la cual se castiga como autora en comisión por omisión a una madre por no impedir la violación de su hija menor de 4 años.

Respecto a la participación, cabe tanto la cooperación necesaria -tal y como hemos visto-, como la inducción, cuando el inducido actúa con dolo, lo que nos permite diferenciarlo de la autoría mediata⁵⁶ y la complicidad.

6. PENAS

Como ya se ha dicho, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales se encuentran recogidos en el Título VIII del Libro II del Código penal, en el que las agresiones sexuales se tratan en el capítulo I y los abusos sexuales en el capítulo II.

Por un lado, con relación al capítulo I -las agresiones sexuales-, es el art. 178 el que recoge el tipo básico de estos delitos, castigando estas conductas con una pena de prisión de uno a 5 años. Posteriormente, es el art. 179 el que refleja un tipo cualificado de agresión sexual -la violación- con una pena de prisión de seis a doce años.

Igualmente, la pena de cualquiera de estos dos tipos puede incrementarse si concurre alguna de las circunstancias agravantes del art. 180, quedando de la siguiente forma:

- a. La pena de prisión para el tipo básico es de cinco a diez años.
- b. La pena de prisión para el tipo cualificado es de 12 a 15 años.

⁵⁴ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*, op.cit., p. 186. Véase también MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pp. 214 y ss.

⁵⁵ STS nº 21/2007, Sala segunda, de lo Penal, de 19 de enero, [FJ 9]. Véase también la STS nº 127/1986, Sala segunda de lo Penal, de 31 de enero, [FJ 2].

⁵⁶ STS nº 3391/2019, Sala de lo penal, de 25 de octubre, [FJ 5]. Véase también SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *El delito de agresiones sexuales...*, op.cit., p. 367.

Por otro lado, con respecto al Capítulo II -los abusos sexuales-, el art. 181 castiga al responsable de abuso sexual con penas de prisión de uno a tres años o con multa de dieciocho a veinticuatro meses, pudiendo ser agravado si concurre la circunstancia descrita en el apartado cuarto del mismo artículo -cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías-, estableciendo una pena de prisión de cuatro a diez años, desapareciendo por tanto la multa.

Además, el art. 182 recoge otro tipo de abuso y es aquel cometido a un mayor de 16 años pero menor de 18 por un sujeto mediante engaño, abuso de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, estableciendo una pena de prisión de uno a tres años, pudiendo ser agravada si concurren las mismas circunstancias que en el párrafo anterior, pero quedando una pena privativa de libertad de dos a seis años, con la especialidad de que en estos supuestos cabe, a su vez, incrementar la pena en su mitad superior si concurre alguna de las dos circunstancias previstas en el apartado 3º y 4º del art. 180.1 CP, y estas son las siguientes:

- Víctima especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto por el art. 183CP.
- Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, de la víctima.

CAPÍTULO II. ¿NECESIDAD DE UN CAMBIO?: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL CASO “LA MANADA”

1. SENTENCIAS “LA MANADA”

Con el objeto de poder comprender qué fue lo que finalmente impulsó a promover un cambio en el campo de aplicación de estos delitos de agresión y abuso sexuales -tal y como veremos en el capítulo tercero- es necesario desarrollar un caso muy mediático en el que la opinión popular ha tenido un gran protagonismo, y es el conocido como caso “La Manada”, cuyo enjuiciamiento, igualmente elogiado y criticado, es considerado el detonante de dicha propuesta de cambio. De esta manera, se va a exponer un supuesto de hecho en el que se van a desarrollar los hechos probados junto con su calificación jurídica, así como las razones que han motivado a los Tribunales a calificar los hechos de aquella manera.

Así, se va a proceder al estudio de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 38/2018, de 20 de marzo. De igual forma, al haber sido objeto de recurso, también se hará referencia a los fragmentos que sean de relevancia para este capítulo contenidos en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia (Sentencia nº 473/2018, de 30 de noviembre) -ya que ambas resuelven en el mismo sentido-, para, finalmente, analizar la calificación que realiza el Tribunal Supremo de los hechos y el por qué de la misma en su sentencia nº 344/2019, de 4 de julio.

1.1.ASPECTOS DE HECHO

Los hechos considerados probados se pueden resumir en los siguientes:

En Pamplona, durante las fiestas de San Fermín del año 2016, la denunciante, que no lograba encontrar a la persona con la que había acudido a disfrutar de las fiestas, se sentó en un banco al lado de un chico con el que empezó a entablar conversación, a los que momentos después se unieron los amigos de éste. Pasado un rato, la joven logró hablar por teléfono con la

persona con la que había ido a Pamplona, no consiguiendo quedar con él en ningún lugar, por lo que, tras colgar, manifestó su decisión de marcharse a su coche a descansar, a lo que los cinco procesados se ofrecieron a acompañarla, sin que ésta pusiera objeción alguna.

Los procesados, junto con la denunciante, estuvieron varios minutos callejeando por las calles de Pamplona, aparentemente con el objeto de acompañarla al lugar donde tenía estacionado el vehículo.

Entretanto, dos de los procesados se acercaron a un hotel a preguntar si tenían libre alguna habitación para mantener relaciones sexuales, sin que la denunciante tuviera conocimiento de ello, tal y como ella misma alega, en el acto del juicio, al afirmar que no escuchó qué decían los dos procesados que se acercaron al hotel, ya que ella estaba más retrasada, siendo ello corroborado por el empleado del hotel. Al haber sido negativa la respuesta del encargado de control de acceso de clientes del hotel, tanto la denunciante como los procesados siguieron con su camino, hasta que uno de los procesados vio a una chica entrando en un portal, acercándose a ella, acto seguido, haciéndose pasar por inquilino para así poder tener acceso al interior, entrando al mismo y abriendo la puerta principal al cabo de pocos minutos.

Mientras tanto, la denunciante estaba apartada, besándose en la boca con uno de los procesados.

El sujeto que logró acceder al portal les dijo a los demás “vamos, vamos”, con el objeto de que todos accedieran al mismo. Así, el chico con el que se estaba besando, y con el que estaba dada de la mano, *“tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano (otro de los condenados); ambos la apremiaron a entrar en el portal tirando de la denunciante, quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia⁵⁷”*. La denunciante no opuso resistencia a la hora de acceder al habitáculo, ya que creía que iban a realizar otras actividades y no lo que finalmente sucedió⁵⁸.

⁵⁷ SAP de Navarra nº 38/2018, Sección 2º, de 20 de marzo, p.8.

⁵⁸ SAP de Navarra nº 38/2018, Sección 2º, de 20 de marzo, p. 27.

Una vez dentro, le dijeron que guardara silencio mediante el gesto de llevarse la mano abierta a la boca. Cuando la denunciante accedió al primer rellano, la puerta estaba abierta, encontrándose delante de ella uno de los procesados y detrás los otros. De esta forma, los cinco chicos guiaron a la denunciante a una zona aislada del portal, sin salida, de 2,73 cm de largo por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia, y una vez allí los acusados le rodearon⁵⁹.

Ya dentro del habitáculo, los condenados le quitaron la riñonera, el sujetador y le bajaron los pantalones y la ropa interior, comenzando a practicar actos de naturaleza sexual con penetración, con ánimo libidinoso, actuando de mutuo acuerdo. Ante esta situación, quedó probado ante la sala que *“la denunciante, 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. Pues [...] todo ese conjunto de circunstancias, causó en la denunciante un bloqueo emocional, que le impidió reaccionar ante los hechos y le hizo adoptar la disposición de ánimo, que acabamos de reseñar como probada⁶⁰”*.

En el acto del juicio, la denunciante precisó que, *“cuando llegaron al cubículo empezó a sentir más miedo, porque se vio rodeada por los cuatro y ante determinadas actitudes de ellos se sometió, quería que todo acabara y luego irse, le daba igual lo que pasara; contestando a pregunta específica del Ministerio Fiscal: “... sentía miedo cuando ya me vi rodeada por los cuatro y eso, entonces, no sabía como reaccionar y no reaccioné. Reacciones sometiéndome.”, sin que pueda determinar los actos de naturaleza sexual realizados, ni cuanto tiempo duró pues: “... lo único que quería era que pasara; yo cerré los ojos y si en algún momento los abrí lo único que veía eran tatuajes (...).”*. Mantuvo con rotundidad que *en ningún momento dirigió la acción, ni dijo que iba a hacerles a cada uno de ellos, no habló durante todo el tiempo en el que duraron los hechos, no decidió cambiarse de posturas, ni insistió en que fuera uno de ellos quien le penetrara vaginalmente, ni de ninguna otra*

⁵⁹ SAP de Navarra nº 38/2018, Sección 2º, de 20 de marzo, pp.8 y 9.

⁶⁰ SAP de Navarra nº 38/2018, Sección 2º, de 20 de marzo, pp. 8 y 53.

*forma.*⁶¹” A lo que añadió que “... *Lo único que le puedo decir es que estaba en estado de shock, entonces me sometí y cualquier cosa que me dijeran iba a hacerla porque estaba en estado se shock, yo no, no, ni pensé, ni pude decidir en ese momento*”⁶². Así, podemos decir que la víctima se encontraba en un estado se shock como consecuencia del miedo que sentía al verse rodeada por cinco varones de edades superiores y con una fuerte complejión, totalmente sola en un espacio aislado.

Durante el desarrollo de los hechos, dos de los procesados grabaron video y tomaron fotos sin que la denunciante se diera cuenta, archivos que fueron compartidos en varios grupos de WhatsApp, en los que se encontraban los procesados además de otras personas. Estos vídeos fueron utilizados como una de las pruebas más relevantes en el acto del juicio.

Una vez finalizados estos hechos, los cinco chicos se marcharon, dejando a la denunciante sola dentro del portal, pero antes uno de ellos le sustrajo el teléfono móvil. Cuando ésta advirtió que todos se habían marchado se vistió y buscó su teléfono móvil, pero no lo encontró, lo que hizo que aumentara su inquietud y desasosiego, por lo que comenzó a llorar y así salió a la calle hasta que se sentó en un banco, donde una pareja la encontró y, al ver su estado, llamarón al 112, siendo trasladada posteriormente hasta el Servicio de Urgencias por una patrulla de la Policía Municipal.

1.2.ASPECTOS JURÍDICOS

1.2.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 38/2018 (Sección 2º), de 20 de marzo de 2018 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia nº473/2018, Sala de lo Civil y lo Penal, de 30 de noviembre de 2018

⁶¹ SAP de Navarra nº 38/2018, Sección 2º, de 20 de marzo, p.28.

⁶² Ídem.

La Audiencia Provincial calificó los hechos como constitutivos de cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento (art. 181.3 y 4 CP en relación con los arts. 192 y 74 CP) y de un delito leve de hurto (art. 234.2 CP).

Esta sentencia fue recurrida en segunda instancia ante el Tribunal Superior de Justicia por todas las partes del procedimiento: el Ministerio fiscal, la acusación particular y dos acusaciones populares (la Comunidad foral de Navarra y el Ayuntamiento de Pamplona), solicitando la condena de los procesados por un delito continuado de agresión sexual, con la concurrencia de dos circunstancias agravantes (la acción conjunta de dos o más personas y tratarse de actos denigrantes y vejatorios), y por los procesados, quienes solicitaban su absolución por la concurrencia de un error invencible.

El Tribunal Superior de Justicia resolvió en la misma línea que la Audiencia Provincial, calificando los hechos como abusos sexuales con prevalimiento y no como un delito de agresión sexual continuado. Los procesados recurrieron en apelación, solicitando la libre absolución, excepto del hurto del móvil de la víctima por uno de los encausados.

Dicho esto, en este apartado vamos a analizar cuáles fueron las razones por las que la Audiencia Provincial de Navarra consideró que los hechos eran constitutivos de un abuso sexual con prevalimiento y no una agresión sexual, y en su caso una violación.

Para determinar la calificación de los hechos, el Tribunal acudió a los preceptos que tipifican la agresión sexual y la violación (arts. 178 y 179 CP respectivamente), en los cuales, para castigar como agresión sexual, es necesario apreciar la existencia de violencia o intimidación, y para que esa agresión sexual consista en violación ha de tratarse de un acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o en la introducción de miembros corporales u objetos por cualquiera de las dos primeras vías mencionadas. En este caso el problema se presenta a la hora de determinar si existe violencia o intimidación que nos permita calificar los hechos como agresión sexual para posteriormente encuadrarlo en el subtipo cualificado de violación. Al respecto, el Tribunal consideró lo siguiente:

- a. Respecto a la existencia de **violencia**, estimó que ésta no existe puesto que las acusaciones no han probado la existencia de un medio físico para doblegar la voluntad de la víctima con arreglo a la doctrina jurisprudencial, que señala que la violencia implica *“una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual”*⁶³.

Para descartar la existencia de violencia se acude al informe realizado por los médicos forenses (donde se reflejan las lesiones de la víctima), quienes, en el acto del juicio, a la cuestión de si esas lesiones eran compatibles con una agresión sexual cometida con violencia, precisaron que: *“... La presencia de un eritema vulvar como el descrito es un dato morfológico compatible con el rozamiento en la zona descrita no siendo en si mismo un hallazgo que indique violencia”*⁶⁴, sino que ese hallazgo es indicativo de una penetración vaginal en la que hubo rozamiento en la zona. Por ello, todo lo anterior, junto al hecho de que la joven no presentaba ningún otro signo de violencia, le permitió descartar la existencia de ésta.

- b. En lo relativo a la existencia de **intimidación**, ésta también fue descartada debido a que no cumple con lo dispuesto por la jurisprudencia, que la define como *“un constreñimiento psicológico, consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual”*⁶⁵. Para este tribunal no cabe apreciar la existencia de intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, según lo dispuesto por la doctrina jurisprudencial, sino que estima que los procesados crearon una situación de ventaja, debido a la superioridad, tanto numérica como corporal, en la que se encontraban frente a la víctima de la que se aprovecharon para abusar sexualmente de ella, quien prestó un consentimiento viciado por la situación: *“los procesados conformaron de modo*

⁶³ SAP de Navarra nº 38/2018, Sección 2º, de 20 de marzo, p.49.

⁶⁴ SAP de Navarra nº 38/2018, Sección 2º, de 20 de marzo, p.38.

⁶⁵ SAP de Navarra nº 38/2018, Sección 2º, de 20 de marzo, p.50

voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que le generó una posición privilegiada sobre ella, aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la denunciante quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por la situación”⁶⁶.

Añadiendo que: “... las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado, voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las practicas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada, quien se vio así sometida a la actuación de aquéllos⁶⁷”.

Por lo tanto, a entendimiento del Tribunal, y según las pruebas practicadas, no existe intimidación, ya que no se ha podido demostrar que los procesados hayan utilizado algún medio físico o psicológico para doblegar la voluntad de la víctima, sino que existe una situación de superioridad, aprovechada por los procesados, que coarta o condiciona la libertad de elección de la persona sobre la que se ejerce, en este caso, la víctima.

Este carácter en especial fue uno de los motivos del recurso ante el Tribunal Superior de Justicia, ya que el Ministerio Fiscal consideró que sí existía intimidación, basado en las grabaciones que realizaron los propios procesados, donde en una de ellas se ve a la denunciante “*agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y grita, y se aprecian sus gemidos de dolor*”⁶⁸, además del escenario de opresión en el que ésta se vio inmersa, creado por cinco varones de edad y complexión superior, que supuso una situación de total indefensión y de falta de libertad, viéndose la víctima en la tesitura de asumir una aptitud de pasividad y sumisión por el miedo a sufrir males mayores.

El Tribunal Superior de Justicia, al igual que la Audiencia Provincial, rechazó la existencia de intimidación, y señaló la sutil línea divisoria entre la intimidación y el

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ SAP de Navarra nº 38/2018, Sección 2º, de 20 de marzo, p. 29.

⁶⁸ STSJ de Navarra nº 473/2018, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de noviembre, pp. 15 y ss.

prevalimiento. Específicamente, dijo que aprovecharse de unas circunstancias propicias de tiempo y lugar, que coartan la capacidad de decidir, entra en la concepción de prevalimiento, mientras que la inexistencia absoluta del consentimiento, objetivamente perceptible, causado por fuerza o amenaza de sufrir una mal inminente y grave nos refiere a la intimidación. Además, añade que el miedo sentido por una de las partes no puede encajarse en el concepto de intimidación, ya que se trata de una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que propiamente dicha no lo es o que carece de componentes objetivos para serlo, terminado por señalar que, para determinar si hay o no intimidación, hay que prestar atención a la acción intimidatoria realizada por el sujeto activo, más que a la reacción de la víctima frente a aquélla. Esta acción intimidante ha de estar abarcada por el dolo del autor, es decir, que éste intimide al sujeto pasivo con el objetivo de doblegar su voluntad contraria al acto sexual, permitiendo, así, su consumación.

Finalmente, para fundar su posición, la Audiencia dice lo siguiente:

“Los hechos probados de la sentencia recurrida, insistimos, no describen una acción intimidatoria, la exigible amenaza, ya sea explícita o tácita: el relato fáctico expresa una "situación... conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos ...", pero, insistimos, sin identificar la imprescindible amenaza. Desde luego, los hechos probados sí describen el estado de la víctima: "impresionada..., sensación de angustia..., sintió un intenso agobio y desasosiego que le produjo estupor ...", pero ya hemos recalcado, con amparo en reiterada jurisprudencia (por todas, STS 368/2010 de 26 de abril), que este elemento [la amenaza] debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. 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 aquélla⁶⁹”.

Descartada la existencia de violencia e intimidación, los hechos ya no pueden ser constitutivos de una agresión sexual, pues no cumplen el tipo. En su lugar, la Sala califica los hechos como un delito de abuso sexual con prevalimiento (art. 181.1, 3 y 4 CP), en el subtipo agravado por la existencia de acceso carnal. La razón por la que, a juicio del Tribunal, los hechos son susceptibles de un delito de abuso sexual con prevalimiento es que considera

⁶⁹ STSJ de Navarra nº 473/2018, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de noviembre, pp. 17 y 18.

que los procesados conformaron deliberadamente una “*esfera coactiva*”⁷⁰ que conllevó de forma paralela la creación de una situación de superioridad de la que se aprovecharon para impedir que la víctima tomara una decisión libre en materia sexual, debido a que, en palabras del Tribunal, ante esta situación la denunciante “*se sintió impresionada y sin capacidad de reacción*”⁷¹. En concreto, las circunstancias que tiene en cuenta el Tribunal para calificar los hechos de esta forma son:

- i. El escenario de opresión configurado por los procesados, ya que se considera probado que la denunciante accedió al portal de modo repentino, sin violencia, que la guiaron hacia un habitáculo reducido, con una única salida, preparándole una encerrona al rodearla entre los cinco.
- ii. La asimetría derivada de la edad y las características físicas de la denunciante y los procesados, debido a que la víctima tenía 18 años mientras que las edades de los procesados estaban comprendidas entre los 24 y los 27 años, circunstancia que no pudo pasar desapercibida para estos últimos.
- iii. La radical desigualdad en cuanto a madurez y a las actividades sexuales de la denunciante, quien declara que nunca había realizado actos sexuales con varias personas, y los procesados, quienes en su mayoría declaran que no era la primera vez que mantenían este tipo de relaciones sexuales.

Como ya se ha mencionado, la sentencia de la Audiencia Provincial fue recurrida y vamos a hacer especial mención a dos de los motivos empleados para ello:

- I. La acusación particular argumenta la posible existencia de una amenaza tácita de carácter ambiental, que anularía por completo la libertad de decisión de la víctima (intimidación ambiental).

⁷⁰ SAP de Navarra nº 38/2018, Sección 2º, de 20 de marzo, p. 52

⁷¹ Ídem.

Podemos definir la amenaza ambiental como el plan preconcebido de comportamiento llevado a cabo por los sujetos activos dirigido a amedrentar a la víctima y así conseguir su objetivo. En el cuerpo de la resolución se define como: *“una puesta en escena”, “un plan preconcebido” que actualiza el signo intimidatorio del grupo, por el reforzamiento psicológico o envalentonamiento, dirigido a amedrentar a la víctima, y que colma la exigencia de amenaza como elemento subjetivo del tipo penal⁷²”*.

La sala entiende que se trata de un encadenamiento de sucesos que en sí mismos no fueron premeditados ni preconstruidos, sino aprovechados, sin que se haya identificado en los hechos probados la existencia de ese dolo específico de amenaza o intimidación, ni siquiera ambiental, buscada a propósito por el grupo, esto es, los abusos ocurrieron aprovechando las circunstancias propicias de lugar, tiempo y superioridad tanto numérica como física -es decir, con prevalimiento-, pero sin que se pueda apreciar en los acusados acto previo alguno para amedrentar a la víctima y conseguir su objetivo.

Además, completa lo dicho por la Audiencia Provincial respecto a la existencia de intimidación al señalar que *“el abuso sexual con prevalimiento exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima (la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos), la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima, y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo (STS 1974/2002 de 28 noviembre)⁷³”*. A su vez, vuelve a hacer referencia a la diferencia anteriormente mencionada entre intimidación y prevalimiento, reflejando lo dispuesto por el Tribunal Supremo en un supuesto similar, en el que se debatía la diferencia entre

⁷² STSJ de Navarra nº 473/2018, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de noviembre, pp. 18 y 19.

⁷³ STSJ de Navarra nº 473/2018, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de noviembre, p.19

intimidación y prevalimiento, que disponía que “*así, en cualquier caso, subsistiría una muy fundada duda que, como es sabido, debe resolverse a favor del reo (STS 368/2010 de 26de abril)*”⁷⁴”.

II. La defensa de uno de los procesados alegó la existencia de un error invencible.

Como veremos próximamente, está muy arraigada la idea de que, para que exista un delito de agresión sexual o de violación, se precisa la resistencia de la víctima, pese a no estar incluido en el tipo, lo que da lugar a que en ocasiones la falta de resistencia pueda dar lugar a la existencia de un error sobre la concurrencia de la intimidación.

Con anterioridad a desarrollar lo dispuesto por la sala, es necesario hacer una distinción entre error de tipo y error de prohibición. El error de tipo, regulado en el artículo 14.1 y 2 CP, tiene lugar sobre alguno de los elementos configuradores del tipo de injusto, y se produce cuando el sujeto activo de forma inconsciente realiza con su conducta todos los elementos objetivos de un tipo penal. Por su parte, el error de prohibición, regulado en el apartado tercero del artículo 14 CP, se produce ante la existencia de un desconocimiento absoluto de que la acción que está ejecutando el sujeto de forma consciente y voluntaria está prohibida por el ordenamiento jurídico o cuando el autor conoce que su conducta está prohibida, pero cree erróneamente que actúa amparado por una causa de justificación⁷⁵. En ambos casos nos podemos encontrar ante un error vencible o invencible, en función de si podía haberse evitado o no. En este supuesto nos centraremos en el error de tipo, al ser el que los acusados alegan.

El error de tipo vencible es aquel que se podría haber evitado de haber actuado el sujeto pasivo con la diligencia exigible, excluyendo el dolo, pero subsistiendo una responsabilidad a título de imprudencia cuando exista la previsión típica de tal

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 10ª ed., 2019, pp. 365 y ss.

modalidad en el correspondiente tipo penal, y el error invencible es aquel que no se hubiera podido evitar pese a haber actuado con la debida diligencia, el cual excluye totalmente la responsabilidad penal⁷⁶.

Dicho esto, ¿se podría considerar que los autores del hecho podrían haber actuado con error de tipo?

La defensa lo argumenta señalando que la denunciante en ningún momento mostró su negativa a la realización o consumación de esos actos sexuales, ni pidió ayuda o realizó algún gesto que pudiera dar a entender a los procesados que no quería llevar a cabo aquellos actos; además, a su juicio, la denunciante participó en los mismos, por lo que los condenados no podían prever su verdadero estado. En concreto, lo que señala es que *“los acusados no han conocido el estado de desconexión y sometimiento de la denunciante y han sido inducidos a error por la joven. (...) actuaba desinhibida y descontrolada, no ha pedido ayuda, no ha realizado ningún gesto válido de negativa a las relaciones, antes, al contrario, ella les acompaña libremente, se besa en la calle, participa activamente y hasta coge el pene de uno de los acusados, por más que se diga impropriamente “por instinto”. Los acusados también tenían inhibidas sus facultades cognitivas por el alcohol, y en un estado de euforia han podido creer legítimamente en el consentimiento incondicional y en la participación de la denunciante⁷⁷”*.

Este motivo fue desestimado por la Sala, cuya línea argumentativa siguió lo dispuesto por la Audiencia Provincial. Entiende que todos los condenados conocían la posición de dominio que poseían, proporcionada por la sumisión de la víctima, y que todos ellos sabían o deberían de haber comprendido *“la dolorosa postración y humillación que imponían sobre ella”*.

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, op.cit., pp. 259 y ss.

⁷⁷ STSJ de Navarra nº 473/2018, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de noviembre, p.13

Señala específicamente a este respecto:

“La subsunción en el tipo penal de abuso con prevalimiento resulta una consecuencia inevitable del relato fáctico de la sentencia recurrida. Se declaran probadas no sólo la situación de manifiesta superioridad -numérica, física y escénica- de los acusados (cinco varones de edades muy superiores y fuerte complexión rodeando a la víctima en un lugar recóndito y angosto) y su efectiva incidencia en la libertad de elección, acción y reacción de la víctima (que en esa situación se sintió impresionada y sin capacidad de reacción, experimentando un intenso agobio y desasosiego que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, y a hacer lo que los procesados le decían), sino que también se declara probada la consciencia de la posición de dominio o preeminencia que la sumisión de la denunciante proporcionaba a los acusados y el aprovechamiento por ellos de dicha situación de desequilibrio para la satisfacción de sus apetencias sexuales (los procesados conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por ellos, para realizar con aquella diversos actos de naturaleza sexual) ”⁷⁸.

Añadiendo que la ingesta de alcohol por la víctima fue una circunstancia aprovechada por los acusados para consumir el abuso con prevalimiento, en lugar de inducir a error sobre su consentimiento.

Para concluir con este apartado, y para hacer aun más visible la complejidad de este asunto, y en general la dificultad que se encuentran los Tribunales a la hora de calificar esta clase de hechos, mencionar que, en el voto particular de la SAP, uno de los magistrados argumentó la absolución de todos los procesados, mientras que en el voto particular de la STSJ dos magistrados argumentaron la calificación de los hechos como una agresión sexual agravada por la existencia de intimidación ambiental. Sin embargo, la posición predominante en ambos supuestos fue la calificación de los hechos como un abuso con prevalimiento, agravado.

⁷⁸ STSJ de Navarra nº 473/2018, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de noviembre, p.14.

1.2.2. Sentencia del Tribunal Supremo nº 344/2019, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 4 de julio de 2019

Al igual que la anterior sentencia de la Audiencia Provincial, la del Tribunal Superior de Justicia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo. Esta sala calificó los hechos como un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP, con las agravaciones específicas del artículo 180.1. 1º y 2º en cada uno de ellos.

En este apartado vamos a desarrollar cuáles fueron los motivos que llevaron a la sala a calificar los hechos como una violación en vez de como un abuso sexual, como hicieron las dos instancias anteriores.

En sus recursos, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular y las acusaciones populares señalaron la existencia de un error de subsunción jurídica de los hechos declarados probados, alegando que los hechos que se describían en la sentencia recurrida eran constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal.

El Ministerio Fiscal entendió que, para poder afirmar que se encontraban ante la figura del prevalimiento, era necesario que los hechos probados recogieran que a causa de esa superioridad numérica y física de los procesados la víctima accedió a mantener relaciones sexuales con ellos, entendiendo por acceder el consentir en lo que alguien solicita o quiere, pero en los hechos probados no consta que la víctima accediera o consistiera a mantener relaciones sexuales, ni siquiera de forma subliminal; de hecho, no consta ni que los agresores solicitaran a la víctima mantener tales relaciones, sino que consta que con su sola presencia y actitud ellos inhibieron a la víctima, quien no pudo ofrecer ninguna reacción.

Insiste el Ministerio Fiscal al señalar que: *“intimidar no es otra cosa que causar o infundir miedo, miedo o pánico que, en casos como el analizado, se infunde con la sola presencia de cinco individuos de fuerte complexión rodeando a una víctima en un habitáculo cerrado y sin posibilidad de escapar”*⁷⁹.

⁷⁹ STS nº 344/2019, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 4 de julio, p. 27.

La sala, antes de dar una respuesta a estas pretensiones, volvió a tratar la distinción entre intimidación y prevalimiento, haciendo mención, entre otras, a la sentencia del Tribunal Supremo nº 188/2019, de 9 de abril, que dispuso que: *“En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente. En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada”*⁸⁰.

En su virtud, esta Sala entiende que, efectivamente, existe un error de subsunción jurídica por parte del Tribunal de instancia, debido a que en este supuesto no existe consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una intimidación que se desprende sin ninguna duda del relato de los hechos probados, del que deriva que la voluntad de la víctima quedó totalmente anulada, no pudiendo actuar en defensa del bien jurídico atacado, en este caso, su libertad sexual.

Entiende la sala que existe, sin lugar a duda, intimidación producida, no solo debido a la diferencia de edad, la superioridad numérica o compleción corporal, sino que a ello hay que añadirle el hecho de que los sucesos tuvieron lugar en un lugar solitario, angosto y sin salida, al que la víctima fue introducida de forma repentina y rodeada por los acusados. Todo ello, junto al estado de embriaguez en el que ésta se encontraba Esta intimidación hizo que la víctima sintiera miedo, experimentara una sensación de angustia y un-intenso agobio y desasosiego, y le hizo adoptar una posición de sometimiento y pasividad, haciendo todo lo que los procesados le pedían. Por lo tanto, fue suficiente para que los acusados alcanzaran su fin, pues paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, de tal forma que en ningún momento ésta dio su consentimiento para llevar a cabo esas relaciones sexuales. De igual forma, añade que no es admisible que se exija a las víctimas actitudes heroicas que irremediabilmente las conduzca a sufrir un mal mayor.

⁸⁰ STS nº 344/2019, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 4 de julio, p. 34.

En concreto, en la sentencia se plasma:

“La Jurisprudencia de esta Sala, como hemos visto, para sentar las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, exige que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo, tales como la edad de la víctima y de los agresores, y las circunstancias de lugar y tiempo y ambiente en que se produce el ataque a la libertad sexual. Requisitos que concurren en el presente caso, ya que, aun prescindiendo de la pluralidad de intervinientes, la situación descrita en el relato fáctico conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio: el ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada, ello sin duda le produjo 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, como ha dicho esta Sala en múltiples ocasiones. [...] En consecuencia, la intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, que no de consentimiento, lo que según el relato de hechos probados los procesados conocían, y además aprovecharon la situación de la denunciante metida en el citado cubículo al que la habían conducido para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso y actuando de común acuerdo. Sin que el relato de hechos describa situación alguna previa de prevalimiento, por lo que en definitiva el mismo es inexistente⁸¹”.

Además, la Sala mencionó el hecho de que la sentencia de instancia no recogió en el relato fáctico determinados extremos de gran relevancia, como que en el momento de los hechos la víctima se encontraba en un estado de embriaguez que *“alteraba su conocimiento el raciocinio, la capacidad de comprensión de la realidad y provocaba desinhibición y disminuía su capacidad de autocontrol”, nivel de alcohol en sangre que según los peritos sería en el momento de los hechos entre 1,3225 y 1,2235 g/l -superior al que se refleja en los hechos probados, ya que la prueba le fue realizada seis horas después de ocurrir los hechos-*⁸², o como el hecho de que, en numerables ocasiones, mediante el visionado de dos de los

⁸¹ STS nº 344/2019, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 4 de julio, p. 37.

⁸² Ídem.

videos -grabados por los propios acusados-, ha quedado suficientemente probado que “*la denunciante se encontraba en la situación descrita "agazapada", "acorralada contra la pared" y "gritando", en los que se escucha un choque de "metal contra cristal", y se oye una voz masculina que dice "illo esto no tiene guasa", y tres gemidos de dolor emitidos por la "denunciante", momento a partir del cual se cortan los videos "ante el cariz que estaban tomando los hechos"*”⁸³.

En conclusión, el TS, en virtud de los hechos probados, no podía calificar los mismos de otra forma que no fuera como una agresión sexual, al entender que existía la concurrencia de intimidación, ya que la víctima en ningún momento llegó a dar su consentimiento a esas relaciones sexuales, ya fuera viciado o no, sino que, debido al estado intimidatorio, al miedo, producido por la forma en la que sucedieron los hechos, la víctima adoptó una actitud de sometimiento, lo cual no puede confundirse con la acción de prestar su consentimiento de forma viciada o coaccionada.

Para finalizar, la Sala entendió que le son de aplicación a ese delito dos circunstancias agravantes, del artículo 180.1, en concreto los apartados primero y segundo:

1. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Entendido como la capacidad para humillar y rebajar a la víctima en el caso concreto, aún más allá de lo que cualquier agresión sexual puede suponer por sí misma.

Se acepta la concurrencia de esta agravante al considerar que los acusados se excedieron en su “modus operandi” con acciones que fueron impuestas a la víctima de las que, a juicio del Tribunal, se desprende una clara denigración como mujer. Acciones tales como: “*penetrar anal, vaginal y bucalmente a la víctima en un periodo de tiempo de 1 minuto y 38 segundos, hasta en diez ocasiones, a la vez que la estaban grabando y sacándole fotos, situación en la que la misma estaba sometida*”⁸⁴.

⁸³ Ídem.

⁸⁴ STS nº 344/2019, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 4 de julio, p.42.

A ello hay que añadirle las actitudes de jactancia que muestran los acusados en los videos, en concreto:

“También se hace referencia que el procesado XXX, en la foto que fue tomada por XXX a petición del primero "observamos que el procesado tiene apoyados sus glúteos sobre la cara de la denunciante, situada en un plano inferior y tiene su brazo derecho extendido apoyado en la parte superior de la pierna derecha del procesado; los ojos de la denunciante quedan ocultos por los glúteos de aquel, quien mira hacia el dispositivo de grabación, al tiempo que extiende su brazo derecho hacia atrás y hace un gesto con su dedo señalando hacia su glúteo derecho, siendo visible un tatuaje que porta en dicha zona corporal...-beso negro. De otra parte, no podemos dejar que subrayar la actitud que apreciamos en dichas fotografías de XXX, 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.". Extremo de jactancia que también lo hace extensivo el Tribunal a otras situaciones que se describen tras el análisis pormenorizado de las grabaciones que realizaron los procesados, en las cuales afirma la Sala que se puede ver como posan en actitud "jactanciosa". Lo cual, sin duda, implica una situación de "triumfo", a la que los acusados querían dar proyección⁸⁵".

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

Para aplicar esta agravante se requiere que la pluralidad de sujetos actúe de forma conjunta para agredir sexualmente al sujeto pasivo, pero no es necesario que exista un acuerdo de voluntades previo, sino que basta con el acuerdo accidental de los mismos. Además, también es necesario que el delito se hubiera podido cometer por uno solo de los agentes, ya que, si fuera necesaria la actuación conjunta de todos, en el caso concreto, no podríamos aplicar esta agravante.

En estos casos de agresión sexual entre varios sujetos, la jurisprudencia clásica venía castigando a cada sujeto activo como autor directo de los hechos y como cooperador necesario del resto de sujetos activos, pero como hemos visto en apartados anteriores no existe unanimidad al respecto. De sancionar a los autores de esta forma, la sala ha

⁸⁵ STS nº 344/2019, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 4 de julio, p.43.

apreciado que se vulneraría el principio “non bis in ídem” si se aplicara el agravante al que estamos haciendo referencia, puesto que, en estos casos, a la autoría por cooperación necesaria se le exige al menos la intervención de una dualidad de personas, por lo que a la autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado. Por citar algunas sentencias, encontramos las SSTS 439/2007, de 21 de mayo, 1142/200, de 24 de noviembre, y 246/2017, de 5 de abril.

En el caso actual, los procesados han sido acusados como autores materiales directos de los hechos que cada uno de ellos ha cometido (coautoría) y no como cooperadores necesarios de los demás, por lo que sí cabría aplicar esa agravación:

“En consecuencia, la apreciación de la agravación analizada no implica infracción del non bis in ídem, ya que la conducta desplegada por los acusados actuando en grupo, de común acuerdo y aprovechando la situación creada, tiene un mayor desvalor, pues una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo, que este caso tuvo lugar, según la sentencia de instancia, por los cinco procesados, siendo dirigida la víctima por los acusados al cubículo donde le rodearon, quienes aprovecharon la situación para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, así fue objeto de al menos 10 agresiones sexuales con acceso vaginal, anal, y bucal, habiendo solo sido sancionados como responsables de su propia agresión, y no como cooperadores necesarios en las de los demás.

Todo ello implica una intensificación de la intimidación que sufrió la víctima con efectiva disminución de su capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación⁸⁶”.

Para concluir, hay que hacerse una pregunta, pues, pese a que los hechos no han cambiado en absoluto, ¿cómo puede ser que haya cabida para calificar unos mismos hechos de abuso, de agresión, o incluso, para solicitar su absolución?

⁸⁶ STS nº 344/2019, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 4 de julio, p. 46.

1.3. EL PROBLEMA DE LA RESISTENCIA DE LA VÍCTIMA

A pesar de que la resistencia de la víctima no está recogida como un elemento del tipo del delito de violación, su concurrencia ha sido considerada como esencial, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, para la configuración del delito.

Mayoritariamente, los Tribunales sitúan la resistencia como un elemento ineludible para la concurrencia del delito, pero ¿qué ocurre cuando nos hallamos ante una situación como en la descrita anteriormente (caso “La Manada”), donde no existe resistencia por parte de la víctima?. Tradicionalmente, si no había resistencia no había violación, ya que se consideraba que, si realmente no se quería ese comportamiento sexual, había que demostrarlo resistiéndose físicamente al agresor, es decir, si la víctima quería que creyeran que había sido, efectivamente, víctima de una violación o agresión sexual, tenía que oponerse o resistirse porque, de no ser así, incluso, de haber tenido alguna vacilación en su defensa, se entiende que consiente⁸⁷.

Por ende, la resistencia de la víctima está estrechamente relacionada con el consentimiento prestado por ésta. Como hemos visto, es elemento del tipo la falta de consentimiento para que exista agresión o abuso sexual, y se ha entendido que la oposición, la resistencia, de la víctima es la manifestación de su voluntad contraria al comportamiento sexual. Por lo tanto, la resistencia se concibió como el rechazo material y efectivo al atentado sexual, entendido como la expresión externa de una voluntad contraria al acceso carnal⁸⁸, lo que significa que, para que se apreciara la existencia de una agresión sexual o de una violación, era necesario que la víctima se resistiera, acción que pondría de manifiesto el rechazo de ésta al acceso carnal.

⁸⁷ GONZÁLEZ RUS, JJ. *¡No! y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y agresiones sexuales)*, en GARCÍA VALDÉS (Coord), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, S.L., Madrid, 2008, pp. 2014 a 2036. Véase también CARUSO FONTAN.M.V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.55 y ss.

⁸⁸ GONZÁLEZ RUS, JJ. *¡No! Y basta...op. cit.*

El elemento de la resistencia de la víctima ha sido objeto de una gran evolución jurisprudencial a lo largo del tiempo, dejando atrás la necesidad de que la víctima resistiera hasta las últimas consecuencias.

En un principio se reclamaba que la resistencia había de ser “*sería, mantenida, constante, real o verdadera, efectiva*”⁸⁹. Incluso el Tribunal Supremo demandaba a la víctima una resistencia “*evidente, seria, abierta, no una simple oposición formularia que, al consentimiento tácito, mantenida y no desistida por la mujer*”⁹⁰.

Díez Ripollés, quien mantiene la posición más firme en defensa de la necesidad de la resistencia, señala que “*la modalidad violenta presupone, en primer lugar, que la víctima, más allá de no dar su consentimiento a la acción sexual se opone a ella. Además, esta oposición, que puede ser expresa, tácita mediante actos concluyentes o incluso presunta, ha de dar lugar, como elemento ineludible, a una efectiva resistencia a la acción sexual, o cuando menos, a una previsión de que se va a resistir durante su desarrollo. No basta, por consiguiente, con una simple falta de consentimiento, ni tampoco con la mera constancia de la oposición de la víctima, por rotunda que esta sea*”⁹¹. Concluye Díez Ripollés al señalar que la resistencia de la víctima, al menos, ha de consistir en una no facilitación de las maniobras de carácter sexual que realice el sujeto activo, es decir, en un no dejarse hacer, denominado “resistencia pasiva”, tratándose, por ejemplo, de rigideces corporales, interposición o apartamiento de partes corporales.

El Tribunal Supremo, en sentencias posteriores, aunque aún exigía la resistencia de la víctima, matizaba esta idea al señalar que “*No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner el riesgo su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso*”⁹².

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ Ídem.

⁹² STS nº 373/2008, Sala segunda, de lo Penal, de 24 de junio, [FJ 3], Véase también STS nº 440/2010, Sala segunda, de lo Penal, de 30 de abril.

No obstante, se fraguaba una posición jurisprudencial que, aunque minoritaria, situaba el papel de la resistencia en otros términos. Por ejemplo, el propio Tribunal Supremo, en su sentencia 604/2004, determina que *“Lo que califica la agresión sexual del artículo 179 del Código penal no es la mayor o menor resistencia de la víctima sino la falta de consentimiento para el contacto sexual mediante penetración anal, bucal o vaginal, que se obtiene mediante la violencia o el miedo”*⁹³. Eliminando la remisión al elemento de la resistencia para poder apreciar una violación o agresión sexual.

Las consideraciones jurisprudenciales se fueron modificando hasta afirmar, ahora mayoritariamente, que la resistencia no es un elemento del tipo, sino que en lo que hay que posar el foco de atención es en la violencia e intimidación empleada para doblegar a la víctima. En este sentido, el Tribunal Supremo señaló en sentencias posteriores que:

*“la violencia empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que deba presentar caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, además de no conducir a ningún resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta”*⁹⁴.

Igualmente dispuso que:

“el tipo penal únicamente requiere la violencia por el acusado y no hace mención a la resistencia que debiera oponer la víctima y mucho menos el grado o entidad de tal resistencia contra la fuerza física empleada por el agresor. Por ello mismo, es suficiente que ante la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en sus propósitos, venciendo por la fuerza esa oposición y resistencia, incluso pasiva, porque lo esencial es que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima, porque obra conociendo su

⁹³ STS nº 604/2004, Sala segunda, de lo Penal, de 15 de diciembre, [FJ 3].

⁹⁴ STS nº 688/2012, Sala segunda, de lo Penal, de 27 de septiembre, [FJ 13]. Véase también la STS nº 2601/2016, Sala de lo Penal, de 2 de junio, [FJ 9].

oposición, toda vez que incluso para superar esa resistencia meramente pasiva el agresor necesita utilizar la fuerza o la energía muscular, por escasa que ésta sea sobre el cuerpo de la víctima, para conseguir el objeto propuesto”⁹⁵.

Por lo tanto, el Tribunal marcó un antes y un después al consolidar jurisprudencia, remarcando la innecesaridad de que la víctima muestre resistencia física, sobre todo cuando está en una clara desigualdad de condiciones.

Esta fue la línea que siguió el Supremo a la hora de calificar los hechos en la sentencia que hemos venido analizando en puntos anteriores, pero, a pesar de que el Tribunal asienta las bases con su consolidada jurisprudencia para poder deshacernos del elemento de la resistencia de la víctima, el resto de los órganos jurisdiccionales parecen no acudir a ella a la hora de calificar los hechos como una violación o una agresión sexual.

2. DEMANDA SOCIAL

Estas sentencias crearon un gran impacto social. De hecho, sentencias posteriores del propio Tribunal Supremo la han descrito como “*un supuesto de hecho que determinó un extraordinario debate político, social y mediático*”⁹⁶.

Efectivamente, hubo gran una respuesta por parte de la ciudadanía, medios y juristas, quienes se manifestaron en contra de la labor llevada a cabo por los Tribunales, lo que motivó el inicio de la realización de propuestas de reforma de la regulación legal actual, propuestas que estudiaremos en el próximo capítulo. Por ejemplo, los colectivos feministas buscaron revertir el significado de la palabra manada, utilizando el lema “la manada somos nosotras”, reinterpretándola como una manada que cuida y protege a sus miembros. Este lema, junto con el de “yo sí te creo” o “Sola y borracha, quiero llegar a mi casa”, o “solo sí es sí”, fueron reiteradamente empleados en las numerosas protestas convocadas a lo largo de toda España contra el veredicto del caso “la manada”, manifestaciones que reunieron a miles de personas.

⁹⁵ STS nº 3876/2018, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre, [FJ 3]

⁹⁶ STS nº 459/2019, Sala de lo Penal, de 14 de octubre [FJ 9]

Respecto a las diversas críticas recibidas, por citar algunas, con encontramos con:

- a) El País señaló: *“La distinción legal, no siempre fácil de establecer, conduce a la hiriente cuestión de cuánto se tiene que resistir una persona para evitar ser violada sin jugarse ni la integridad física ni la vida y para que, al tiempo, se le reconozca como víctima de tan grave asalto a su libertad sexual y sus agresores no queden impunes. En este caso límite se ha descartado la violencia, pero la ausencia de intimidación resulta difícil de comprender. La propia sentencia indica que la joven sintió un “intenso agobio y desasosiego”, “que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad”. La mera situación, sin mediar amenaza, fue intimidatoria para la denunciante, sola, en un oscuro portal, rodeada de cinco tipos corpulentos dispuestos a tener sexo con ella”⁹⁷.*

Incluso, reclamaron la modificación de la regulación actual: *“La insostenible interpretación de los términos intimidación y consentimiento viciado —si es viciado, porque el tribunal reconoce que se obtuvo a la fuerza, gracias a la superioridad numérica de los agresores, ¿cómo puede ser consentimiento y no existir intimidación?— en la que se basa la calificación del delito, sólo se explica por motivos ideológicos. Los jueces de Pamplona nos dicen que una mujer tiene que defender su honra con sangre, que si no expone su vida, no puede esperar que la consideren una víctima y, lo peor de todo, que una violación en grupo, en el contexto de unas fiestas y con alcohol de por medio, es una legítima juerga de chavalotes que igual se han pasado un pelín, pero que sólo querían divertirse. Lo único que he echado de menos es el tristemente célebre atenuante del instinto del cazador, la insuperable necesidad de sexo que anula la voluntad del macho. Con esa única excepción, la sentencia de La Manada rezuma el viejo y eterno machismo de todos los tiempos. ¿Hace falta decirlo una vez más? Sólo sí significa sí. No es no, y todas las violaciones son el único y mismo delito. Yo creo a la víctima, pero interpelo a los*

⁹⁷ EL PAÍS. Polémica Sentencia. El veredicto sobre La Manada abre un debate social sobre los delitos sexuales, 27 de abril de 2018.

legisladores. Son ellos quienes tienen la obligación de cambiar los tipos delictivos para que no vuelvan a producirse sentencias como ésta. Y tienen que hacerlo ya”⁹⁸.

- b) Por su parte, Enrique Gimbernat, en el Mundo, señaló que: *“Partiendo de los hechos que -con un esfuerzo y detalles encomiables- la sentencia de la APN ha declarado probados, éstos deberían haber sido calificados de violaciones continuadas cometidas por cada uno de los acusados y no, como equivocadamente se ha hecho, de abusos sexuales con prevalimiento. Ello es así porque si, tal como se afirma en la sentencia, no es cierto que la denunciante se pusiera de acuerdo con los acusados para practicar sexo en grupo, su "estado de shock", su "sensación de angustia, agobio, desasosiego y estupor", y su "ausencia y embotamiento de sus facultades superiores", sólo pueden encontrar una explicación plausible en que se sintió amenazada de que los cinco autores acudieran, si no accedía a sus deseos sexuales, a la violencia, de la que no podía escapar porque se encontraba en un habitáculo reducido que se había convertido en una ratonera. Y es que, cuando la sentencia afirma que los autores ejecutaron sus actos "valiéndose de su superioridad física y numérica y de la imposibilidad de la denunciante de ejercer resistencia ante el temor de sufrir un daño mayor y la imposibilidad de huir del lugar", lo que se está describiendo son todos los elementos que constituyen una violación intimidatoria. Porque "valerse de su superioridad física y numérica" sólo puede entenderse en el sentido de que, si se valen, es porque están amenazando, aunque sea implícitamente, con ejercer esa superioridad física y numérica, y porque, para la denunciante, esa "imposibilidad de ejercer resistencia y huir del lugar", accediendo a consentir las acciones sexuales de los acusados, "ante el temor de sufrir un daño mayor", ese daño mayor sólo puede entenderse, igualmente, en el sentido de padecer daños físicos si no se aquietaba”⁹⁹.*

⁹⁸ EL PAÍS. *Machismo. Los Legisladores tienen la obligación de cambiar los tipos delictivos para que no vuelvan a producirse sentencia como la de La Manada*, de 30 de abril de 2018.

⁹⁹ EL MUNDO. *La sentencia de “La Manada”*, de 28 de mayo de 2018, por GIMBERNAT, E.

- c) Esther Erice, Presidenta de la Audiencia de Navarra y coordinadora de género de Jueces y Juezas para la Democracia, explicó que “*sería conveniente una adecuación de los tipos penales más accesible, más clara y acorde con el Convenio de Estambul, para aplicar el Código Penal con un menor margen de interpretación*”¹⁰⁰. De igual forma, Altamira Gonzalo, Vicepresidenta de la Asociación de mujeres juristas Themis, se ha pronunciado en el mismo sentido que María Tardón, jueza de la Audiencia Nacional, al defender que “*en la reforma del Código Penal se instaure el "consentimiento explícito" y se recupere el delito de violación, quitando el de abuso sexual, de tal manera que "si no hay sí, es no"*”¹⁰¹.

Ahora bien, pese a que el Tribunal Supremo finalmente calificó los hechos como agresión y no como abuso sexual, también se encontró alguna posición contraria que cuestionaba la independencia judicial; por ejemplo, Francisco Serrano, líder de VOX en Andalucía, la acusó de estar cargada de condicionantes mediáticos. Sin embargo, no fue el único que cuestionó la independencia de nuestros Tribunales, sino que también lo hizo otro partido político, en este caso Unidas Podemos, pero en referencia a las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Superior de Justicia.

Al respecto, El Confidencial sentenció al decir que: “*Los jueces no han de escuchar las calles, sino las leyes. Eso no quiere decir que el clamor popular agitado por el juicio a La Manada haya sido en vano. Quienes han de escucharlo son los políticos, cuyo trabajo es legislar democráticamente los cambios que la sociedad considera necesarios*”¹⁰².

No obstante, al igual que hubo críticas, también hubo juristas que alabaron al Tribunal por el exhaustivo trabajo realizado en la investigación y argumentación de la calificación jurídica de los hechos como abuso y no como agresión sexual.

¹⁰⁰ 20MINUTOS. *Tras la sentencia de La Manada, mujeres juristas urgen a revisar el Código Penal*, de 7 de junio de 2019.

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² EL CONFIDENCIAL. *Cuando la Manada ya lo llamaba violación*, de 22 de junio de 2019.

Finalmente, parece que los grupos políticos no solo se hicieron eco del clamor social que levantaron estas sentencias, sino que alguno de ellos, actualmente, ha presentado propuesta de modificación, que pasamos a analizar en el capítulo próximo.

CAPÍTULO III. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA ACTUAL REGULACIÓN EN MATERIA DE AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES

1. INTRODUCCIÓN

Estas propuestas surgieron como consecuencia del clima de indignación suscitado tras los dos primeros fallos de la sentencia “La Manada”, al considerarse que la sentencia es el perfecto ejemplo de una aplicación “sexista desfasada”, ya que se entendía que el fallo de la Audiencia Provincial, condenando únicamente por abuso, no podía tratarse de una errónea interpretación del CP, sino que la redacción de dicho texto legal tenía una orientación “heteropatriarcal” de los delitos sexuales que, posteriormente, ratificaría, en su sentencia 473/2018, el Tribunal Superior de Justicia, al confirmar, en apelación, el fallo de la Audiencia Provincial¹⁰³.

Concretamente, tras el voto particular de uno de los magistrados, abogando por la absolución de los procesados, se criticaba el hecho de que la regulación de estos delitos está tan excesivamente centrada en el consentimiento que se obliga a analizar con detalle el comportamiento de la supuesta víctima. Además, en cuanto a la distinción entre agresión y abuso sexual, se considera a este último como un “cajón de sastre” debido a que el grado de

¹⁰³ ISUTEL. GIMBERNAT, E. Contrarréplica a una réplica. Otra vez: “Solo sí es sí”. [En línea], [Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1201972

violencia o intimidación exigido para calificar la conducta como agresión sexual se interpreta de forma restrictiva por la jurisprudencia¹⁰⁴.

El mismo día en el que se conocía el fallo de la primera sentencia del caso “La Manada”, el Ministro de Justicia, Rafael Catalá, reconocía la necesidad de reformar unos delitos que ya no respondían a los sentimientos jurídicos actuales, ya que fueron previstos para un Código penal aprobado en 1995 y, actualmente, la sociedad había cambiado demasiado, especialmente, respecto de una perspectiva de género. Por este motivo, acudió a un órgano asesor, la Sección penal de la Comisión General de Codificación, y solicitó que se valorara si la tipificación de los delitos sexuales precisaba o no una modificación¹⁰⁵. A pesar del cambio de gobierno producido, la nueva Ministra de Justicia, Dolores Delgado, mantuvo el encargo y, finalmente, el presidente de la Sección Penal presentó un texto en diciembre de 2018.

Sin embargo, previamente, el grupo parlamentario Unidos Podemos-En comú Podem-En Marea, presentó el 11 de julio de 2018 una propuesta de Ley de protección integral de la seguridad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales, propuesta que, finalmente, tras sufrir algunas modificaciones, fue aprobada por el Consejo de Ministros como Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de Libertad Sexual, el pasado 3 de marzo de 2020¹⁰⁶.

Específicamente, serán estas dos propuestas, de la Comisión General de Codificación y el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de Libertad Sexual, las que van a ser objeto de análisis en los próximos apartados.

¹⁰⁴ MONGE FERNÁNDEZ. A (Dir.) y PARRILLA VERGARA.J (Coord.), *Mujer y derecho penal, ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Boschpenal, Barcelona, 2019, pp. 255 y ss.

¹⁰⁵ EL MUNDO [En línea], [Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2018/04/27/5ae2db5be5fdeafe758b4635.html>

¹⁰⁶ LA MONCLOA [En línea], [Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/030320-enlace-mujeres.aspx>

2. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA DE LIBERTAD SEXUAL

2.1. INTRODUCCIÓN

Siguiendo la línea de la sentencia 344/2019, del Tribunal Supremo, este nuevo texto legal, tal y como refleja su exposición de motivos, busca adherirse a los conceptos penales de violencia sexual determinados por el Convenio de Estambul aprobado por el Consejo de Europa en 2011 y, ratificado por España en 2014.

Viene a proteger, principalmente, a las mujeres, lo que incluye a las mujeres transexuales, tal y como lo dispone el anteproyecto al señalar que *“las instituciones públicas garantizaran que las medidas previstas en esta ley se apliquen sin discriminación alguna por motivos de género, sexo, orientación sexual, identidad sexual o de género, origen racial o étnico, clase social, situación administrativa de residencia, estatus de migrante, país de procedencia, religión, convicción u opinión, discapacidad, edad, estado civil o cualquier otra condición o circunstancia personal, económica o social¹⁰⁷”*.

De igual forma, busca evitar la incrementación de la victimización secundaria de la víctima a raíz del proceso y, para ello, crea medidas judiciales de protección y seguridad para las víctimas, como, por ejemplo, no permitir el contacto visual con el agresor, declarar en salas especiales, favorecer la grabación de la declaración para, posteriormente, reproducirla durante el juicio oral o la prohibición de la publicación de datos personales que revelen la identidad de la víctima.

En definitiva, esta reforma pretende introducir una perspectiva de género a la legislación actual que permita garantizar una investigación y un procedimiento efectivo en esta clase de delitos, buscando un empoderamiento de la mujer y la defensa de los derechos humanos¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, p. 13.

¹⁰⁸ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo

2.2.MOFIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 178 DEL CÓDIGO PENAL

Las reformas que contiene este texto son las siguientes:

1. Supresión del capítulo II del Título VIII del Libro II: los abusos sexuales. Lo que conlleva que el delito de abuso sexual desaparezca, encontrándonos, ahora, los delitos de agresión y de abuso sexual unificados en un único delito de agresión sexual regulado en el artículo 178, cuyo texto queda redactado de la siguiente forma:

“Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”¹⁰⁹

Por lo tanto, pese a que analizaremos este párrafo en el próximo apartado, el tipo básico de los delitos contra la libertad sexual se centra en un único elemento: la existencia de consentimiento, que ha de ser libre, expreso e inequívoco, prestado por la víctima a través de actos exteriores.

Actualmente, se castiga como agresión sexual el atentado contra la libertad sexual de otra persona empleando violencia o intimidación, y como abuso sexual el ataque contra la libertad sexual de otra persona sin mediar violencia o intimidación. Esta distinción desaparece en el Anteproyecto, en el que ambos se encuadrarían en un mismo tipo penal -la agresión sexual- cuando no exista consentimiento expreso de la víctima, pasando a ser, tanto la violencia como la intimidación, unos signos

de 2011. Boletín Oficial del Estado, 6 de junio de 2014, núm. 137. Véase también Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, p. 6.

¹⁰⁹ Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, p. 43 y ss.

Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dl/2020/03/16/anteproyecto-de-ley-organica-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual>

definitorios de los casos en los que existiría agresión sexual equiparados, como veremos, al resto de situaciones que anteriormente eran tipificadas como abuso.

2. Equiparación de todos los medios de atentar contra la libertad sexual:

“A los efectos del apartado anterior, se considerarán en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad¹¹⁰”.

Este segundo apartado comprende el tipo básico del nuevo delito de agresión sexual. Como se puede observar en este párrafo, se equiparan aquellas conductas violentas con otras que, pese a ser igualmente conductas graves, no tienen este carácter violento. Es decir, se castiga de la misma forma una violación que un ataque sexual aprovechando una situación de superioridad, por ejemplo: el ataque sexual tras haber golpeado brutalmente a la víctima, caso de agresión sexual violenta (violación), o bajo la amenaza de que si se resiste la estrangulará, supuesto de agresión sexual intimidatoria, se califica de la misma forma que aquel comportamiento sexual de un profesor que, prevaleciendo de su autoridad sobre sus alumnos, accede carnalmente a ellos, claro supuesto de abuso sexual de acuerdo al vigente artículo 181.3 del Código penal.

Ello ha producido diversas opiniones entre los expertos en el tema. Algunos consideran que la distinción actual entre las diversas modalidades de cometer estos delitos existe debido a que, en los supuestos en los que existe violencia o intimidación, el legislador tuvo en cuenta que no se lesiona únicamente el bien jurídico protegido en concreto, la libertad sexual, sino que, al mediar alguno de estos dos elementos, se pone de manifiesto una excesiva brutalidad al lesionarse un segundo bien jurídico: la lesión de la integridad física de la víctima o la amenaza de causarle un mal grave, creando, por lo tanto, un tipo agravado que se distingue del

¹¹⁰ Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, p. 43 y ss

tipo básico en que los hechos se han ejecutado con violencia o intimidación¹¹¹. Esta diferencia de penalidad -aun vigente en el actual Código penal- también la comparten otros delitos, como por ejemplo los delitos patrimoniales, permitiendo distinguir entre un hurto, apropiación indebida o estafa, de otros en los que ha mediado violencia o intimidación -el robo con violencia o intimidación-, que son castigados con penas más elevadas.

Por ejemplo, Enrique Gimbernat, quien califica esta nueva redacción como desajustada e injusta, considera que “*se ha redactado desconociendo la regla técnica legislativa más elemental de que en los tipos penales para poder llegar a un concepto legal, primero hay que buscar los que es común en la multitud de casos a los que se quiere abarcar como constitutivos del delito en cuestión, para después, mediante un proceso de abstracción establecer una definición genérica en la que sea posible subsumir todos aquellos casos en su múltiple variedad*”¹¹². En este caso, al partir de un caso concreto como es el de “La Manada”, para que no se repitan sentencias como las de los Tribunales Navarros y, exigiendo que, para que no exista agresión sexual, tiene que haber mediado consentimiento expreso del acto sexual por parte de la víctima, se han olvidado del resto de los supuestos de violación o de abusos que se pueden presentar en la vida real¹¹³.

Por ello, hay autores que no logran entender la diferencia entre los delitos contra la libertad sexual y aquellos otros en los que la mayor o menor gravedad de la pena también depende de la concurrencia de estos dos elementos, lo que lleva a plantearse la cuestión de si, consecuentemente, sería necesario modificar todos aquellos tipos delictivos que se hayan servido de los elementos de violencia e intimidación, aplicando este criterio valorativo de equiparación.

¹¹¹ GIMBERNAT, E. Contrarréplica a una réplica. Otra vez: “Solo sí es sí”. [En línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1201972

¹¹² GIMBERNAT, E. “Solo sí es sí”. [En línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551

¹¹³ Ídem.

3. Finalmente, su tercer párrafo recoge la posibilidad de que los Jueces y Tribunales, siempre que no concurra alguna circunstancia del artículo 180 y atendiendo a la menor entidad de hecho, podrá imponer pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, ello estando debidamente razonado en la sentencia.

Este último apartado ha sido objeto de crítica, ya que se deja al libre arbitrio del juez el reducir la pena de prisión o incluso imponer una pena de multa en su lugar.

A modo de conclusión, lo que la nueva redacción de este artículo propone, junto con la dispuesta para los delitos de violación (artículo 179), la cual se convierte en un delito autónomo, nos lleva a concluir que con esta reforma aquellos atentados contra la libertad sexual en los que no existe penetración serán considerados indistintamente como agresión sexual, mientras que aquellos en los que sí exista penetración serán tipificados como violación.

2.2.1. Especial mención al consentimiento de la víctima

El anteproyecto fija como único elemento para la existencia de un delito contra la libertad sexual la ausencia de consentimiento, señalando que se ha de tratar de un consentimiento libre, expreso e inequívoco prestado por la víctima a través de actos exteriores. Además, el artículo no nos ofrece una definición de consentimiento, sino que nos dice lo que no es considerado como tal. Con esta reforma, el Anteproyecto se adapta a lo dispuesto en el Convenio de Estambul, que obliga, en su artículo 36, a que la regulación de los delitos sexuales se haga en base al consentimiento y no a otros elementos:

“1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

*a) La penetración vaginal, anal u oral **no consentida**, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;*

*b) Los demás actos de carácter sexual **no consentidos** sobre otra persona;*

*c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual **no consentidos** con un tercero.*

2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno¹¹⁴”.

En concreto, esta modificación ha sido alabada aunque cuente con algunas críticas ya que, como hemos visto en la calificación de estos delitos, se tenían en cuenta elementos como la resistencia de la víctima, la vida sexual de ésta hasta el momento de los hechos, cómo vestía o, incluso, durante el transcurso de los juicios de “La Manada”, los acusados presentaron como prueba -para intentar desvirtuar la declaración de la víctima y afianzar la suya propia intentando hacer creer que las relaciones sexuales habían sido consentidas- el informe de un detective privado, que recogía circunstancias tales como: si la víctima se encontraba feliz, si parecía haberlo superado o rehecho su vida, etc. Elementos que, de tenerse en cuenta, producirían una interpretación sexista de los hechos.

Para Gimbernat, el concepto de consentimiento que figura en el Anteproyecto -un consentimiento expreso- encuentra su origen en las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el caso “La Manada”, en las que, como hemos analizado, se castigó a los cinco sujetos por abuso y no por violación, incluso uno de los tres magistrados emitió un voto particular por considerar que ninguno de los cinco condenados habían cometido delito sexual alguno, ya que a su entender se trataba de relaciones

¹¹⁴ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Boletín Oficial del Estado, 6 de junio de 2014, núm. 137.

consentidas, al no existir negativa por parte de la víctima, ni ningún gesto que pudiera dar a entender su descontento con los actos ejecutados¹¹⁵.

En contraposición a Gimbernat, hay quienes han calificado a esta ley como la Ley del “solo sí es sí”, y ello se debe a que se ha entendido que la expresión de ese consentimiento expreso ha de tratarse de una manifestación afirmativa al desarrollo de las relaciones sexuales, entendiendo que todo lo demás es no. En este sentido, Eduardo Ramón y Patricia Faraldo han manifestado que no es necesario que se trate de la manifestación de un “sí” verbal, sino que la existencia de silencio por parte de la mujer, en ese caso, se puede ver suplida con la existencia de actos que denoten su inequívoca voluntad de participar en el acto y, en caso de duda, se ha de entender que no hay consentimiento¹¹⁶. Continúan diciendo que esta definición de consentimiento lo que contiene es una obviedad, ya que viene a manifestar que únicamente existe ejercicio libre de una actividad sexual cuando ésta es consentida por todas las partes. Añadiendo que no hace falta que sea deseada, pero sí que haya sido, al menos, aceptada como una manifestación de una decisión libre¹¹⁷. Finalmente, ambos autores señalan que ahora han de ser ellas quienes han de saber valorar cuándo participan libremente en un encuentro sexual y cuándo son víctimas: “*poner nombre a aquello que desean hacer, pero también a aquello que padecen*”¹¹⁸.

De igual forma, hay quien ha creído que esta propuesta modifica el panorama jurisprudencial, pues anteriormente, si no te negabas, consentías (consentimiento tácito), en cambio ahora los Tribunales habrán de entenderlo a la inversa: si no te pronuncias, te estas negando, lo que traslada el foco de atención al sujeto activo, quien se tendrá que asegurar que la otra persona consiente, pues no basta con que esté callada. Sin embargo, los Tribunales navarros y, posteriormente, el Tribunal Supremo ya calificaron los hechos como abuso y agresión sexual respectivamente, ello a pesar de que la víctima no se negó y mantuvo una actitud pasiva a los

¹¹⁵ GIMBERNAT.E, “Solo sí es sí”, Op. Cit.

¹¹⁶ RAMÓN RIBAS, E y FARALDO CABANA, P. “Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat, Estudios penal y criminológicos, vol. XL (2020), p. 21 a 42.

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ Ídem.

actos sexuales, por lo que parece que, de interpretarlo en este sentido, el Anteproyecto no vendría a añadir nada que la legislación actual y los Tribunales no estuvieran ya aplicando.

No obstante, este delito exigirá una prueba de cargo suficiente que, en muchos casos, no excederá de la declaración aportada por la víctima, lo que ha suscitado una oleada de posiciones en contra, ya que, según algunos profesionales, la nueva regulación puede presentar problemas constitucionales, pues de la lectura del artículo 178 parece extraerse la idea que de basta con que la víctima niegue la existencia de consentimiento como para que sea el acusado quien tenga que probar que efectivamente lo hubo, poniéndose en riesgo el principio de la presunción de inocencia. Normalmente, en el proceso penal, es la parte acusatoria quien tiene la carga probatoria, teniendo, el acusado, únicamente que presentar pruebas en su descargo, ya que de otro modo se estaría atacando al derecho a la tutela judicial efectiva, al establecer una presunción iuris tantum de culpabilidad para el acusado, que debería probar su inocencia¹¹⁹.

En este sentido, existe una amplia y pacífica jurisprudencia que atribuye la carga de la prueba a la parte acusadora: *“En la misma dirección, la doctrina constitucional ha establecido que la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías. La presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias:*

*1.ª) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos [...]”*¹²⁰

¹¹⁹ HAY DERECHO. EXPANSIÓN [En línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/09/la-problematika-del-solo-si-es-si-sobre-el-anteproyecto-de-ley-organica-de-garantia-de-la-libertad-sexual/>

¹²⁰ STS nº 541/2019, Sala Segunda, de lo Penal, de 6 de noviembre, [FJ 2].

Sin embargo, hay otros autores que consideran que ello no es así, sino que, de interpretar la propuesta bajo los cánones de la jurisprudencia actual, se extrae que la ausencia de consentimiento por la víctima continúa siendo un elemento objetivo del tipo, por lo que, en el supuesto en el que las partes aporten versiones contradictorias de los hechos, habrá que acudir al criterio establecido por el Tribunal Supremo, según el cual para que una sentencia condenatoria pueda fundamentarse en única prueba -la declaración de la víctima-, se requiere la concurrencia de una serie de requisitos: la ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio, persistencia en la incriminación y claridad y seriedad expositiva¹²¹:

- a. **Ausencia de incredibilidad subjetiva** derivada de las relaciones entre la supuesta víctima y el autor de los hechos.
- b. **Verosimilitud del testimonio**, que resulte lógico y exista algún tipo de indicio periférico de prueba que permita corroborarlo.
- c. **Persistencia en la incriminación**: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones durante todo el procedimiento penal hasta el acto del juicio oral.
- d. **Claridad y seriedad expositiva ante el Tribunal**: ha de tratarse una declaración sin un carácter fragmentado, con abundante componente descriptivo.

Por todo ello, no se podrá exigir que la parte acusada tenga que probar que obtuvo el consentimiento, sino que será la acusación quien deba probar que el consentimiento no se prestó.

En conclusión, parece que esta propuesta de reforma aún no ha entrado en vigor y ya ocasiona división de posturas; de hecho, algunos autores llegan a señalar que presenta más problemas que soluciones, al tratarse de una reforma meramente simbólica contra una sentencia

¹²¹ STS nº 199/2019, Sala segunda, de lo Penal, de 6 de marzo [FJ 3]

equivocada, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, que posteriormente fue subsanada por el Tribunal Supremo¹²².

Para mayor abundamiento, en la revista penal internacional “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, Elisa Hoven (catedrática de derecho penal en Alemania) y Andrew Dyer (catedrático de derecho penal en Australia) escribieron un artículo con el título “*Solo sí significa sí. Evoluciones actuales en el derecho penal australiano y consecuencias para la discusión alemana*” (“*Only Yes means Yes. Aktuelle Eintwicklungen im Australischen Sexualstrafrecht und Folgerungen für die deutsche Diskussion*”). Este artículo rechaza la propuesta de reforma de 2019 que vino condicionada por el caso Lazarus, al igual que sucedió en España con el caso “La Manada”. Esta reforma propone introducir, al igual que el anteproyecto, la consideración como agresión sexual de todo acto en el que la pareja no haya manifestado expresamente su voluntad de participar en el acto sexual. Ambos autores califican la introducción del “solo sí es sí” como regresivo ya que, en vez de fortalecer los derechos de las mujeres, con esta regulación se reduce a la mujer como compañera pasiva a la que, para poder manifestar su voluntad, necesita el requerimiento previo del hombre: “*Mediante una regulación así se le impone a la parte activa -por lo general, un hombre- recabar el consentimiento de la otra parte; si no hace eso, y su pareja no exterioriza su consentimiento, la conducta será punible. Este concepto descansa sobre un entendimiento desequilibrado de las esferas de responsabilidad: no todo partícipe es responsable de su propia comunicación, sino que es el hombre el que tiene la responsabilidad por la comunicación de la mujer. Ella, por sí misma, no tiene que exteriorizar una voluntad, es el hombre el que debe preguntar por ella. Mientras que la regulación parece fortalecer aparentemente los derechos de las mujeres, en realidad dibuja una imagen de los sexos profundamente retrógrada. A la mujer se la reduce al anticuado papel de una compañera pasiva para quien la sexualidad es algo predominantemente indeseado (de facto, el silencio significa rechazo), y que, para exteriorizar su voluntad, necesita del requerimiento de un*

¹²² GCLEGAL [En línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://gclegal.es/la-reforma-del-consentimiento-en-el-anteproyecto-de-ley-organica-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/> Véase también, EL PAÍS [En línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-03-04/los-expertos-discrepan-de-puntos-clave-del-proyecto-de-ley-de-libertad-sexual.html>

hombre. Un tipo penal que no exige de una mujer ninguna aportación comunicativa, trata a la mujer como una compañera desigual y menor de edad. Esta infantilización de la mujer no es progresista, sino, en sumo grado, iliberal y conservadora¹²³”.

Finalmente, de acuerdo con las últimas noticias a las que se ha tenido acceso antes de presentar este trabajo, parece que el Consejo General de Poder Judicial, en su informe, que no es vinculante, no está de acuerdo con el concepto de consentimiento que proporciona el Anteproyecto, incluso algunos de sus miembros optan por eliminar el párrafo, ya que entienden que la definición no abarca todas las situaciones que se pueden producir en el día a día, lo que puede dar lugar a que, en determinadas situaciones, se perjudique a la víctima¹²⁴.

2.3. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 180 DEL CÓDIGO PENAL: AGRAVANTES

En materia de circunstancias agravantes, este artículo sufre importantes modificaciones, quedando redactado de la siguiente forma:

1. *“Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a seis años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a doce años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
 - 1º. *Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*
 - 2º. *Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad, de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, o cause un grave daño a la víctima.*
 - 3º. *Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, discapacidad, dependencia o cualquier otra*

¹²³ DEGRUYTER [En Línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.degruyter.com/view/journals/zstw/132/1/article-p250.xml>. Véase también, GIMBERNAT, E. Contrarréplica a una réplica. Otra vez: “Solo sí es sí”. [En línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1201972

¹²⁴ CADENASER, [En Línea], [Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://cadenaser.com/programa/2020/12/07/hoy_por_hoy/1607321048_163698.html

circunstancia de análoga significación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

- 4º. Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado legada por análoga relación de efectividad, aún sin convivencia.*
 - 5º. Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producirla muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de l apena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.*
 - 6º. Cuando para la comisión estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.*
- 2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias las penas respectivamente previstas en los apartados uno y dos de este artículo se impondrán en su mitad superior pudiendo llegarse a mitad inferior de la pena superior en grado.*
 - 3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años¹²⁵”.*

Respecto a las penas, éstas las analizaremos en el próximo apartado. Ahora, lo que nos ocupa son los cambios producidos en las circunstancias que llevan aparejada una elevación de la pena.

Si comparamos la redacción del presente artículo en el actual Código penal y la propuesta en la reforma, podemos apreciar evidentes cambios:

En primer lugar, el apartado primero de la vigente legislación desaparece, dando lugar a una nueva redacción, ahora recogida en el apartado segundo, en la que ya no se hace referencia a la intimidación, y en la cual la violencia es tratada como una circunstancia que, de concurrir, agravaría la pena, y no como un elemento necesario para la existencia de un delito de agresión sexual. Además, de acuerdo con el texto, se ha de tratar de una violencia de extrema gravedad,

¹²⁵ Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, p. 43 y ss

sin ofrecer mayor explicación al respecto. Junto con la violencia, también serán circunstancias que, de existir, agravarían la pena: los actos que precedan o acompañen la agresión sexual y revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, o aquellos que causen un grave daño a la víctima.

En segundo lugar, se añaden dos circunstancias nuevas, plasmadas en los apartados cuarto y sexto:

El apartado cuarto dispone que se agravan las penas cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de efectividad, aún sin existir convivencia. Este apartado ha sido objeto de crítica, pues se está “repetiendo” una circunstancia agravante que ya estaba establecida por el artículo 23 del CP, la circunstancia mixta de parentesco, pero es que, además, en esta nueva redacción no se hace referencia al cónyuge o a la pareja de forma general como ocurre en el artículo 23, sino que específicamente se habla de esposa o mujer, por lo que esta agravante específica no se podría aplicar si la víctima del ataque sexual fuera varón.

Igualmente, hay quienes consideran que la inclusión de este párrafo responde al mandato de incluir una perspectiva de género en la normativa, tal y como dicta el Convenio de Estambul en el apartado tercero del artículo 36.

Por su parte, el apartado sexto recoge una circunstancia agravante cuando el autor de los hechos, para su comisión, haya anulado la voluntad de la víctima, suministrándole alguna sustancia como: fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

Finalmente, el tercer y último párrafo de este artículo es de nueva redacción, ya que el Código penal vigente solo dispone de dos apartados. Este dispone una pena de inhabilitación absoluta para todos aquellos casos en los que el autor de los hechos se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. La cual se aplicará además de la pena que correspondiera por la agresión sexual cometida.

2.4. PENAS

Las penas también se han visto modificadas. Principalmente se produce una reducción de la pena en materia de agresiones sexuales, ello debido a la supresión de los abusos como tipo penal y su incorporación al concepto de agresión sexual, pues, al incorporar el marco punitivo de los abusos, que era inferior al de las agresiones, se redujeron consecuentemente las penas de estas últimas. Por ello, podemos decir que se han incrementado las penas de las conductas no violentas mientras que se reducen las penas previstas para aquellos actos, actualmente, descritos como los realizados con violencia e intimidación. Concretamente, esta nueva regulación establece una pena de prisión de uno a cuatro años como reo de agresión sexual, mientras que, anteriormente, la pena dispuesta para las agresiones era de uno a cinco años y de uno a tres años para los abusos sexuales, por lo que en materia de agresiones se estaría reduciendo en un año la pena, mientras que para los abusos se estaría aumentando en la misma cantidad.

A su vez, cuando la agresión sexual consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, las penas, manteniéndose el delito de violación, también presentan una modificación, pues, acorde con el Anteproyecto, se castigará como reo de violación con pena de prisión de cuatro a diez años, disminuyendo tanto la estancia mínima como la máxima anteriormente prevista, que iba de seis a doce años.

Respecto a las circunstancias agravantes, la redacción actual del Código penal establece unas penas de cinco a diez años para las agresiones del apartado primero del artículo 178 y de doce a quince años en los supuestos de violación del artículo 179. Con la nueva redacción, cuando concorra alguna circunstancia de las previstas en el artículo 180, las penas anteriores se verán agravadas, siendo castigadas con la pena de prisión de dos a seis años para las agresiones del apartado primero del artículo 178, por lo que las penas se verían reducidas en 3 años la mínima y en 4 años la máxima, y de siete a doce años en los supuestos de violación

del artículo 179, en el que las penas se verían reducidas en cinco años la mínima y 3 años la máxima.

Sin embargo, en esta nueva redacción, la presencia de dos o más circunstancias agravantes permitirá alcanzar la pena superior en grado en su mitad inferior.

Por último, el artículo 180, en su tercer y último apartado, recoge, además de las penas anteriores, una pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años para todos aquellos casos en los que el autor de los hechos se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

2.5.OTRAS REFORMAS EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Este Anteproyecto no se limita únicamente a realizar modificaciones en los preceptos ya existentes, sino que también introduce alguno nuevo. Este es el caso del nuevo artículo 194 bis, en el que se recoge que, cuando en los delitos descritos en los artículos comprendidos en el título VIII, de los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, además del atentado a la libertad sexual se lesionara otro bien jurídico de la víctima o de un tercero (integridad física, salud, integridad moral o bienes), los hechos se castigarán de forma separada por la pena que corresponda por los delitos cometidos, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro artículo del Código Penal.

No obstante, el Código penal no es el único cuerpo legal que ha sufrido modificaciones en materia de agresiones sexuales. De este modo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal también se vería modificada de ser aprobado el Anteproyecto.

Concretamente, los preceptos modificados serían los siguientes:

- I. El artículo 681 LCrim, que recoge la prohibición de la divulgación y publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad, o víctimas

con discapacidad necesitadas de especial protección, incluiría también a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, quedando redactado de la siguiente forma:

“Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad, de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, y de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares”¹²⁶.

- II. El artículo 709 LCrim, cuyo párrafo segundo, que recoge la posibilidad de que el presidente de la sala impida que se formulen, a la víctima, preguntas innecesarias sobre su vida privada que no tengan relevancia para el hecho enjuiciado. La modificación realizada consiste en eliminar una excepción a la regla anterior, es decir, suprime la posibilidad de que Jueces y Tribunales permitan esta clase de preguntas cuando, bajo su criterio, consideren que han de ser contestadas para poder valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima, evitando así la victimización secundaria, quedando redactado de la siguiente forma:

“(…) El presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado. Si esas preguntas fueran formuladas, el presidente no permitirá que sean contestadas”¹²⁷.

Para concluir, la última innovación a la que queremos hacer referencia es la intención de que sean los Juzgados de Violencia sobre la mujer los que tengan competencia para instruir los delitos sexuales. Así, se dispone en la Disposición final decimosexta al señalar que: *“En el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del*

¹²⁶ Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, p. 66.

¹²⁷ Ídem.

Poder Judicial, y de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal” con el propósito de revisar “las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y de la Fiscalía contra la violencia sobre la mujer¹²⁸”.

Esto ha recibido alguna crítica, ya que, a pesar de que en su mayoría se considera que los Juzgados de Violencia sobre la mujer son los que deben conocer de los delitos sexuales, actualmente éstos cuentan con una gran cantidad de asuntos, por lo que atribuirles más competencias sin solucionar antes la sobrecarga existente, puede suponer una limitación de las mujeres al acceso a la justicia.

3. PROPUESTA DE LA SECCIÓN PENAL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

3.1.INTRODUCCIÓN

La Comisión General de Codificación es un órgano colegiado de asesoramiento al Ministerio de Justicia en la preparación de los textos prelegislativos y de carácter reglamentario y que, además, se ocupa de cuantas tareas se le encomienden para la orientación, preservación y tutela del ordenamiento jurídico. Está formada por su presidente, el Ministro de Justicia, su vicepresidente, el Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, los presidentes de sección, los vocales y el secretario general que, actualmente, corresponde al subdirector de política legislativa¹²⁹. En este supuesto, se acude concretamente a la Sección Penal.

Como ya se ha señalado al inicio del capítulo, fue el Ministro de Justicia, Rafael Catalá, quien, tras conocer el primero fallo del caso “La Manada”, solicitó a la Sección Penal que valorara la necesidad de modificar la tipificación de los delitos sexuales, encargo, que se llevó adelante a pesar del cambio de gobierno.

¹²⁸ Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, p.68

¹²⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA [En línea], [Fecha de consulta: 23 diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/eu/areas-tematicas/actividad-legislativa/comision-general-codificacion>

No obstante, durante el transcurso de sus reuniones, este órgano vio alterada su composición debido a que, inicialmente, estaba completamente formado por hombres, lo que desató cierta polémica. Tras reestructurarse, se intentó garantizar el equilibrio entre hombres y mujeres, quedando integrada por 12 mujeres y 13 hombres, todos ellos con la condición de vocales permanentes. Además, otras dos mujeres más fueron nombradas vocales adscritas junto con la presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, designada como vocal nata de la Comisión¹³⁰.

Finalmente, su propuesta fue presentada en diciembre del 2018.

3.2.PROPUUESTAS

La propuesta de la Comisión General de Codificación y el Anteproyectos tienen puntos discrepantes y otros puntos coincidentes que analizaremos a continuación.

1º. Ambas propuestas coinciden en la eliminación del abuso y su integración en la agresión sexual, entendiéndola como todo ataque realizado sin consentimiento, recuperando la violación como un delito autónomo, pasando a ser el delito más grave contra la libertad sexual. Por lo tanto, en este sentido tanto el anteproyecto como la Comisión coinciden al considerar todo ataque de naturaleza sexual sin penetración como agresión sexual y todo aquel en el que haya habido penetración como violación.

No obstante, encontramos discrepancias respecto al consentimiento, ya que, aunque ambas propuestas definen como agresión sexual todo ataque sin consentimiento, el anteproyecto va más allá al añadir el término “expreso”, y parece que algunos de los integrantes de la

¹³⁰ EUROPAPRESS [En línea], [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-comision-delitos-sexuales-propone-suprimir-abuso-todos-delitos-sean-considerados-agresion-20181207135352.html>
Véase también EL PAÍS, [En línea], [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/10/31/actualidad/1572536359_232784.html

Comisión no están del todo de acuerdo con esta expresión ya que, al estar definidas las formas de consentimiento por el Código Civil, resulta superfluo especificar en una reforma de los delitos las condiciones que ha de reunir el consentimiento para mantener relaciones sexuales, pues al hacerlo se estaría superando la protección legal que se pretende ofrecer, ya que las relaciones humanas son más ricas que un contrato, en las que existen asentimientos o consentimientos tácitos que no se corresponden con los de un contrato formalizado¹³¹.

Por su parte, la legislación actual (CP) no ofrece una definición de consentimiento, sino que es la jurisprudencia quien refleja las situaciones en las que el consentimiento no se considera válido o suficiente (STS 287/2018, sala segunda de lo penal, de 14 de junio, y STS 344/2019, Sala de lo penal, sección primera, de 4 de julio).

2º. Al tipificar la violación como un delito único, se aumenta su pena máxima, fijándola en 15 años, precisando las circunstancias que han de concurrir para poder aplicarla, es decir, se aplicaría la condena máxima cuando concurren, al menos, dos circunstancias consideradas muy graves, como por ejemplo el uso de armas que ponga en riesgo la integridad de la víctima y un trato degradante o vejatorio.

Ello presenta un enfoque diferente al seguido en el anteproyecto, que fija la pena del delito de violación de cuatro a diez años de prisión, fijando su pena máxima de siete a 12 años cuando concorra alguna circunstancia agravante de las descritas en el artículo 180.

¹³¹ EL CONFIDENCIAL [En línea], [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-02/igualdad-ignora-las-recomendaciones-de-la-comision-encargada-de-la-reforma-sexual_2476628/. Véase también, JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA; Delitos contra la Libertad sexual, Anteproyecto de Ley Orgánica, Comisión de Violencia de Género, Boletín informativo, nº 11.

3º. Se introducen algunos matices, como la distinción entre si la víctima ha tomado drogas o alcohol de forma voluntaria o si ha sido drogada y su voluntad anulada, en cuyo caso la responsabilidad del autor de la agresión sería mayor¹³².

4º. Este texto recoge como agravante la violación en pareja: “*cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*”. Situación que como hemos visto también ha sido plasmada en el Anteproyecto.

¹³² EL DIARIO [En línea], [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://www.eldiario.es/politica/consejo-ministros-propuesta-violacion-unifique_1_1780033.html

CONCLUSIONES

Una vez concluido el estudio sobre los delitos sexuales, específicamente, el abuso y la agresión sexual, así como las nuevas propuestas de modificación del Código penal en este campo, podemos obtener las siguientes conclusiones:

PRIMERA. – La distinción entre abuso y agresión sexual radica en la existencia o no de la violencia o la intimidación. No obstante, tras el análisis de las sentencias de “la Manada”, ha quedado reflejado el problema ante el que se encuentran los tribunales a la hora de dilucidar cuándo concurre el elemento de la intimidación para que exista un delito de agresión sexual. Como se vio en la resolución del Tribunal Supremo en el caso “la Manada”, no se pueden considerar intimidación únicamente aquellos actos o acciones que realiza el autor con el objetivo de amedrentar a la víctima, sino que también existe intimidación cuando el sujeto activo es conocedor de que, con el escenario conscientemente creado, presiona a la víctima para que ceda ante su intención de agredirla sexualmente, lo que ha sido denominado intimidación ambiental.

SEGUNDA. – De entrar en vigor en Anteproyecto, salvo que, posteriormente, sea objeto de una modificación, la distinción entre abuso y agresión sexual se suprimirá, desapareciendo el abuso sexual y encuadrándose todos los hechos posibles dentro de la calificación de agresión sexual. Por lo tanto, aquellos atentados contra la libertad sexual en los que no existe penetración, serán considerados indistintamente como agresión sexual, mientras que, aquellos en los que sí exista penetración, serán tipificados como violación.

TERCERA. – En relación con la conclusión anterior, al calificar los delitos sexuales de acuerdo con el Anteproyecto, la existencia de agresión sexual -ya que desaparece el abuso- no se va a basar en la existencia o no de violencia o intimidación, ya que estos elementos se eliminan y se equiparan con la concurrencia de cualquier otro elemento que, con la redacción vigente del Código penal, son calificados como abuso, es decir, se equipara la existencia de

violencia a la existencia de un abuso de una situación de superioridad o que se trate de una persona privada de sus sentidos.

CUARTA. – El anteproyecto fija como único elemento para la existencia de un delito contra la libertad sexual la ausencia de consentimiento, señalando que se ha de tratar de un consentimiento libre, expreso e inequívoco prestado por la víctima a través de actos exteriores, adaptándose a lo dispuesto con el Convenio de Estambul. No obstante, esta mención concreta de que el consentimiento ha de ser expreso puede verse alterada en un futuro, pues parece que el Consejo General del Poder Judicial y otras personalidades del mundo jurídico no están del todo de acuerdo con esta definición, ya que de mantenerla se estarían olvidando otras situaciones que pueden acontecer en el día a día, lo que podría perjudicar a la víctima.

QUINTA. – A pesar de que el Código Penal no recoge la resistencia de la víctima como elemento a tener en cuenta para valorar la existencia o no de un delito contra la libertad sexual, para los tribunales ha venido siendo un elemento ineludible para su configuración. En un principio se consideraba que, si la víctima no proporcionaba una resistencia real y efectiva, esas relaciones eran consentidas, y posteriormente se afirmó que no podía tratarse de una resistencia irresistible, ya que no podían buscar heroínas que pusieran en riesgo su propia vida hasta, finalmente, rechazar la resistencia como elemento del tipo. No obstante, aunque esta práctica ha evolucionado hasta rechazar completamente que la resistencia sea un elemento del tipo y que lo que hay que tener en cuenta es el consentimiento prestado por la víctima, aún hay quienes sigue acudiendo a ella para calificar estos delitos.

BIBLIOGRAFÍA

- CARUSO FONTAN.M.V., Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General I*, 5ª ed., 1996.
- Circular 1/2017, *sobre la interpretación del artículo 183 quarter del Código penal*, de la Fiscalía General del Estado, de 6 de junio de 2017. BOE.FIS-C-2017-00001.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal, parte general*, 2º ed. Corregida y actualizada, Valencia, 1987.
- DÍEZ RIPOLLÉS.J.L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985.
- GONZÁLEZ RUS, JJ. *¡No! y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y agresiones sexuales)*, en GARCÍA VALDÉS (Coord), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, S.L., Madrid, 2008.
- GIMBERNAT. E., *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria*, en *Estudios de Derecho penal*. Civitas, Madrid, 1976.
- JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA; Delitos contra la Libertad sexual, Anteproyecto de Ley Orgánica, Comisión de Violencia de Género, Boletín informativo, nº 11.
- LAMARCA PÉREZ, C, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en LAMARCA PÉREZ, C, (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2019.
- MONGE FERNÁNDEZ.A, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MONGE FERNÁNDEZ. A (Dir.) y PARRILLA VERGARA.J (Coord.), *Mujer y derecho penal, ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Boschpenal, Barcelona, 2019.
- MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 10ª ed., 2019.

- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., 2019.
- ORTS BERENGUER.E y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ.C, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- RAMÓN RIBAS, E y FARALDO CABANA, P. “Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat, *Estudios penal y criminológicos*, vol. XL (2020).
- RUIZ VADILLO, E. *Algunas consideraciones sobre el delito de violación tras la reforma de 1989 desde los aspectos sustantivo y procesal conforme especialmente a la doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo*, *Actualidad Penal*, nº 38 y 39, octubre 1990.
- SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

LEGISLACIÓN:

- LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE, nº104, de 1 de mayo de 1999.
- LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, nº 283, de 26 de noviembre de 2003.
- LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, nº 152, de 22 de junio de 2010.
- Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Boletín Oficial del Estado, 6 de junio de 2014, núm. 137.
- LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, nº 77, de 31 de marzo de 2015.
- Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía integral de la libertad sexual. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dl/2020/03/16/anteproyecto-de-ley-organica-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual>

JURISPRUDENCIA:

- SAP de Zaragoza nº 34/1999, de 8 de febrero [FJ 2].
- SAP de Navarra nº 38/2018, Sección 2º, de 20 de marzo.
- STSJ de Navarra nº 473/2018, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de noviembre.
- STS nº 127/1986, Sala segunda de lo Penal, de 31 de enero.
- STS nº 2.858, Sala segunda, de lo Penal, de 23 de septiembre de 1992.
- STS nº 3749/1994, Sala segunda, de lo Penal, de 2 de noviembre.
- STS nº1728/1999, Sala 2º, de lo Penal, de 5 de abril.
- STS nº 824/2000, Sala 2º de lo Penal, de 5 de mayo, [FJ 4].
- STS nº 604/2004, Sala segunda, de lo Penal, de 15 de diciembre.
- STS nº 985/2006, Sala segunda, de lo Penal, de 11 de enero.
- STS nº 476/2006, Sala segunda, de lo Penal, de 2 de mayo.
- STS nº1295/2006, Sala segunda, de lo Penal, de 13 de diciembre.
- STS nº 21/2007, Sala segunda, de lo Penal, de 19 de enero.
- STS nº 373/2008, Sala segunda, de lo Penal, de 24 de junio.
- STS nº 514/2009, Sala segunda, de lo Penal, de 20 de mayo.
- STS nº 849/2009, Sala segunda, de lo Penal, de 27 de julio.
- STS nº 440/2010, Sala segunda, de lo Penal, de 30 de abril.
- STS nº 739/2011, Sala segunda, de lo Penal, de 14 de julio.
- STS nº 688/2012, Sala segunda, de lo Penal, de 27 de septiembre.
- STS nº 355/2013, Sala segunda, de lo Penal, de 3 de mayo.
- STS nº 2601/2016, Sala de lo Penal, de 2 de junio.

- STS nº 2585/2017, Sala de lo Penal, de 29 de junio.
- STS nº4380/2017, Sala de lo Penal, de 30 de noviembre.
- STS nº 287/2018, Sala segunda, de lo Penal, de 14 de junio
- STS nº4043/2018, Sala de lo Penal, de 10 de octubre.
- STS nº 3876/2018, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre
- STS nº 199/2919, Sala segunda, de lo Penal, de 6 de marzo.
- STS nº 1516/2019, Sala de lo Penal, sección primera, de 21 de mayo.
- STS nº 344/2019, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 4 de julio.
- STS nº 459/2019, Sala de lo Penal, de 14 de octubre.
- STS nº 3391/2019, Sala de lo penal, de 25 de octubre.
- STS nº 541/2019, Sala Segunda, de lo Penal, de 6 de noviembre
- Tribunal Supremo, Acuerdo del Pleno no jurisdiccional, Sala Segunda, de lo Penal, de 25 de mayo de 2005.

OTRAS FUENTES:

- 20MINUTOS. *Tras la sentencia de La Manada, mujeres juristas urgen a revisar el Código Penal*, de 7 de junio de 2019.
- CADENASER, [En Línea], [Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2020].
Disponible en: https://cadenaser.com/programa/2020/12/07/hoy_por_hoy/1607321048_163698.html
- DEGRUYTER [En Línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020].
Disponible en: <https://www.degruyter.com/view/journals/zstw/132/1/article-p250.xml>.
- EL CONFIDENCIAL. *Cuando la Manada ya lo llamaba violación*, de 22 de junio de 2019.
- EL CONFIDENCIAL [En línea], [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2020].
Disponible en: <https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-02/igualdad->

[ignora-las-recomendaciones-de-la-comision-encargada-de-la-reforma-sexual-2476628/.](#)

- EL DIARIO [En línea], [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.eldiario.es/politica/consejo-ministros-propuesta-violacion-unifique-1-1780033.html>
- EL MUNDO. *La sentencia de “La Manada”*, de 28 de mayo de 2018, por GIMBERNAT, E.
- EL MUNDO [En línea], [Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2018/04/27/5ae2db5be5fdeafe758b4635.html>
- EUROPAPRESS [En línea], [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-comision-delitos-sexuales-propone-suprimir-abuso-todos-delitos-sean-considerados-agresion-20181207135352.html>
- EL PAÍS. *Polémica Sentencia. El veredicto sobre La Manada abre un debate social sobre los delitos sexuales*, 27 de abril de 2018.
- EL PAÍS. *Machismo. Los Legisladores tienen la obligación de cambiar los tipos delictivos para que no vuelvan a producirse sentencia como la de La Manada*, de 30 de abril de 2018.
- EL PAÍS [En línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-03-04/los-expertos-discrepan-de-puntos-clave-del-proyecto-de-ley-de-libertad-sexual.html>
- EL PAÍS, [En línea], [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2019/10/31/actualidad/1572536359-232784.html>
- GCLEGAL [En línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://gclegal.es/la-reforma-del-consentimiento-en-el-anteproyecto-de-ley-organica-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>
- HAY DERECHO. EXPANSIÓN [En línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/09/la-problematica-del-solo-si-es-si-sobre-el-anteproyecto-de-ley-organica-de-garantia-de-la-libertad-sexual/>
- GIMBERNAT.E, “Solo sí es sí”. [En línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.iustel.com/diario-del-derecho/noticia.asp?ref=iustel=1197551>

- GIMBERNAT, E. Contrarréplica a una réplica. Otra vez: “Solo sí es sí”. [En línea], [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1201972
- LA MONCLOA [En línea], [Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/030320-enlace-mujeres.aspx>
- MINISTERIO DE JUSTICIA [En línea], [Fecha de consulta: 23 diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/eu/areas-tematicas/actividad-legislativa/comision-general-codificacion>