



Universidad
de Alcalá

**“LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E
INDEMNIDAD SEXUAL INDIVIDUAL.
CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y
JURISPRUDENCIALES”**

**THE CRIMES AGAINST THE FREEDOM AND SEXUAL INDIVIDUAL
INDEMNITY. DOCTRINAL AND JURIPRUDENTIAL CONSIDERATIONS**

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

Presentado por:

LARA VERGES PEÑARRUBIA

Dirigido por:

Dr. D. CARLOS GARCÍA VALDÉS

Alcalá de Henares, a enero de 2019

RESUMEN

El análisis del Derecho penal sexual es uno de los fenómenos que más sensibilidad causa dentro de las sociedades nacionales e internacionales. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual individual protegen una de las esferas más importantes de la vida de las personas, su libertad en el ámbito sexual. Dentro de esta modalidad delictiva incluimos la regulación de la figura de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual. Las agresiones sexuales, se caracterizan por la violencia o intimidación en la comisión de los hechos, siendo la modalidad agravada el delito de violación. Los abusos sexuales se manifiestan como actos sexuales sin violencia o intimidación y con ausencia de consentimiento. Se sancionarán ambas conductas descritas, con mayor punición cuando atañan a menores de dieciséis años. Analizamos las diferencias surgidas en la reciente jurisprudencia, entre los delitos de agresiones sexuales y los delitos de abusos sexuales. A la hora de prever y prevenir el acoso por medios tecnológicos a menores de dieciséis años, se debe tener en cuenta la finalidad sexual perseguida por el autor. El acoso sexual, de entre los otros delitos, tipificará la solicitud de favores de naturaleza sexual en diferentes ámbitos.

PALABRAS CLAVES:

Libertad sexual; indemnidad sexual; agresión sexual; violación; abusos sexuales; prevalimiento; menores de edad; *child grooming*; *sexting*; acoso sexual.

ABSTRACT

The analysis of sexual criminal law is one of the most sensitive phenomena within national and international societies. The crimes against freedom and individual sexual indemnity protect one of the most important areas of people's lives, their freedom in the sexual sphere. Within this criminal modality we include the regulation of the figure of sexual assaults, sexual abuse and sexual harassment. Sexual assaults are characterized by violence or intimidation in the commission of events, the aggravated form being the crime of rape. Sexual abuse is manifested as sexual acts without violence or intimidation and lack of consent. Both described behaviors will be sanctioned, with greater punishment when they affect minors of sixteen years. Analyze the differences arising in the recent

jurisprudence, between the crimes of sexual aggression and the crimes of sexual abuse. When it comes to predicting and preventing technological harassment of minors under the age of sixteen, the sexual purpose pursued by the author must be taken into account. Sexual harassment, among other crimes, will typify the request for favors of a sexual nature in different spheres.

KEYWORDS

Sexual freedom; sexual indemnity; sexual assault; violation; sexual abuse; prevalence; children; child grooming; sexting; sexual harassment.

LISTA DE ABREVIATURAS

ART.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
JAI	Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Pág. / Págs.	Página/páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	8
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL	11
2.1. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN	11
2.2. CONCEPTO DE LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL.....	13
2.3. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL INDIVIDUAL.....	16
3. AGRESIONES SEXUALES.....	18
3.1. TIPO BÁSICO.....	19
A) Sujetos.....	19
B) Violencia o intimidación.....	20
C) La conducta sexual.....	22
D) <i>Iter criminis</i>	23
3.2. TIPO AGRAVADO. LA VIOLACIÓN.....	24
A) Conducta típica.....	24
3.3 TIPO ESPECIALMENTE AGRAVADO.....	27
4. ABUSOS SEXUALES.....	32
4.1. TIPO BÁSICO.....	33
A) Persona privada de sentido.....	34
B) Persona de cuyo trastorno mental se abusare.....	34
C) Uso de sustancias que anulan la voluntad de la víctima.....	35
D) Abuso por prevalimiento	35
E) Engaño o abuso de posición	36
4.2. TIPO AGRAVADO.....	37

A) Circunstancias específicas de agravación.....	38
5. ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISEIS AÑOS.....	39
5.1. MODALIDAD TÍPICA.....	40
5.2.DETERMINACIÓN A PARTICIPAR O PRESENCIAR COMPORTAMIENTOS SEXUALES.....	44
6. AGRESIÓN SEXUAL Y ABUSO SEXUAL: DISTINCIÓN DE AMBAS FIGURAS DELICTIVAS	46
6.1. RECIENTE JURISPRUDENCIA AL RESPECTO.....	47
6.2. SENTENCIA N°8 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA.....	54
A) Hechos probados	55
B) Problemas jurídicos analizados.....	58
C) Resolución y voto particular.....	64
7. ANALISIS DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL EN ESPAÑA.....	66
7.1. ACOSO A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS POR MEDIOS TECNOLÓGICOS.....	67
7.1.1 <i>Child Grooming</i>	67
7.1.2 <i>Sexting</i>	69
7.1.3 Cláusula de exención de responsabilidad.....	70
7.2 ACOSO SEXUAL PROPIO.....	70
7.2.1 Tipo básico.....	71
7.2.2 Tipo agravado.....	73
7.2.3 Tipo especialmente agravado.....	74
7.2.4 Tipo especial.....	75

7.2.5 <i>Iter criminis</i>	76
8. CONCLUSIONES	78
9. BIBLIOGRAFIA UTILIZADA	82
10. ANEXO JURISPRUDENCIAL	84

1. INTRODUCCIÓN:

En el presente trabajo de fin de grado, vamos a analizar como los delitos contra la libertad e indemnidad sexual han ido evolucionando, desde el Código Penal de 1995 hasta su actual regulación. El tratamiento penal de estos delitos se ha endurecido, con el objeto de reducir estas conductas, procurando contemplar toda agravación previsible en su regulación, pero con extrema atención de no incurrir en “*bis in ídem*”, que produciría una doble sanción a una misma conducta o motivo de agravación. La extensión de un trabajo de esta naturaleza impide poder estudiar todos los tipos comprendidos en el Título VIII del Libro II del Código penal «De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». De esta forma, nos centraremos en las figuras de agresión sexual, abuso y acoso sexual, que a nuestro parecer han experimentado mayor transformación desde su entrada en vigor.

El objetivo principal de este trabajo es estudiar de forma objetiva una materia de gran sensibilidad social como es el ámbito sexual. Con demasiada frecuencia los medios de comunicación critican las decisiones jurisprudenciales tomadas en esta materia, en especial cuando versan sobre menores. Estas críticas, sostienen que la Ley debería aumentar las sanciones impuestas a los autores, no siendo proporcional su castigo penal con el daño causado a la víctima.

El legislador en materia sexual, estructura sus tipos penales en base a los valores de libertad e indemnidad sexual defendidos por el ordenamiento jurídico español, como garantía de seguridad jurídica a los ciudadanos. No obstante, no debe dejarse influenciar por interpretaciones normativas sin fundamento suficiente como las críticas a las que hemos hecho mención anteriormente.

Comenzaremos este trabajo analizando el bien jurídico protegido en los delitos sexuales. Las conductas reguladas en el delito de agresiones, abusos y acoso sexual, lesionan la libertad e indemnidad sexual del individuo. En atención al grado de lesión del bien jurídico se establecen penas diferentes. Desde este punto de vista, estudiaremos la evolución de la regulación y conceptualización de estos delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual individual, examinaremos los delitos de agresiones y abusos sexuales. Ambas modalidades delictivas poseen una unidad estructural común. Haciéndose imposible obtener conclusiones en la regulación de las conductas de ambas modalidades, si estudiamos cada delito de forma aislada.

Entendemos que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, ha establecido el grado de violencia o intimidación necesarios para poder hacer referencia a agresiones sexuales, como elemento diferenciador de los abusos sexuales. Nos centraremos en analizar la reciente jurisprudencia al respecto, en especial los supuestos en los que hay una sutil línea divisoria entre ambas figuras delictivas, en especial, entre las agresiones sexuales con intimidación y los abusos sexuales con prevalimiento.

A su vez, examinaremos la reciente Sentencia N°8 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, objeto de notoria repercusión y movilización social. Estudiaremos la resolución tomada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, los recursos de casación interpuestos por todas las partes frente a la sentencia de la Audiencia Provincial. La Audiencia Provincial de Navarra condenó a los cinco acusados por un delito continuado abusos sexuales con prevalimiento, a la pena de 9 años, por unos hechos acaecidos en las fiestas de San Fermín, el día 7 de julio de 2016, y no como sostuvieron todas las acusaciones, por un delito de violación.

Respecto al delito de acoso, en primer lugar investigaremos las nuevas formas de acoso a menores de dieciséis años que regula el Código Penal, desde la entrada en vigor de la ley reformadora de 2015. Estudiaremos el tratamiento penal de estas nuevas formas de acoso conocidas internacionalmente como delito de «*Child Grooming*» y «*Sexting*». Aquí explicaremos en que consiste y que elementos del tipo son necesarios para la aplicación de cada uno. Además, de señalar la cláusula de exención de responsabilidad cuando medie el consentimiento del menor, atendiendo a unas circunstancias específicas.

A continuación, en lo que respecta al delito de acoso sexual, analizaremos su introducción al ordenamiento penal en 1995 y sus modificaciones hasta su redacción actual. Si bien es cierto que esta conducta delictiva nace en el ámbito del derecho del trabajo o del derecho civil, adquiere relevancia penal como realidad frente a la lesión a la libertad sexual de la víctima, con independencia a la afectación en la realidad laboral, viendo menoscabada su autodeterminación en el ámbito sexual. En este sentido debemos tener presente la relación de este tipo pena con el delito de agresiones y abusos. Incluso siendo difícil delimitar el acoso del resto de figuras comprendidas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Por último, finalizaremos el trabajo con unas conclusiones derivadas del análisis e investigación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual individual estudiados, exponiendo mi opinión crítica y reflexiva al respecto.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

2.1. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN:

La Constitución Española de 1978 fundamenta la libertad como uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico. Para ello, los poderes públicos deben establecer las condiciones para que la libertad individual y colectiva, sea real y efectiva. Este derecho a la libre determinación adquiere especial relevancia en lo que se refiere a la sexualidad, por su implicación en el ámbito más íntima y sagrado de la persona, y por su estrecha vinculación al desarrollo integral de la personalidad de los individuos¹.

En España los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se encuentran regulados en el Título VIII del Libro II del Código Penal, comprendidos en este Título desde el artículo 178 al artículo 194. Estos delitos comprenden las siguientes modalidades delictivas: agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, delitos de exhibicionismo ante menores de edad e incapacidades, pornografía infantil y delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores.

Estas diferentes figuras delictivas tienen en común la protección de la libertad y del desarrollo de la personalidad, dentro del ámbito sexual.

La actual regulación de estos delitos se fundamenta en las reformas penales efectuadas tras la Constitución de 1978, operadas por las LLOO 3/1989, 11/1999, 5/2010 y 1/2015. En la transformación de estos delitos, destaca la protección que brinda en la actualidad nuestro Código a la libertad sexual y no a la moral como sucedía antaño. Esta protección se consagra en términos de igualdad, no produciéndose discriminación alguna por razón de sexo².

Como novedad más importante con la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, se sustituye la denominación de «Delitos contra la libertad sexual», por la de «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual». En esta línea, escribe MUÑOZ CONDE³ como la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido en estos delitos, también hay que hacer referencia a la indemnidad sexual como manifestación de

¹ Vid. BOIX REIG, J. (dir) Derecho Penal. Parte especial, Volumen I, edit. Iustel, Madrid, 2016, pág. 353

² Ídem.

³ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal, Parte Especial, 12.ª edición, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 194 y 195

la dignidad de la persona humana y derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin intervenciones en su esfera íntima por parte de terceros⁴.

Con la reforma del Código Penal de 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), se introduce el Capítulo II bis del presente Título teniendo por rúbrica «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». Con este Capítulo se produjo una modificación de estos delitos, teniendo por objeto incrementar las penas y proporcionando autonomía respecto a la indemnidad de los menores de trece años⁵.

La reforma de 2015 que conforma nuestro actual Código Penal es la operada por la Ley Organiza 1/2015, de 30 de marzo. Con esta reforma, se da una nueva protección a los menores, elevando la edad de consentimiento sexual en el ámbito penal de trece años (como establecía la reforma del Código Penal de 2010) a dieciséis años. Determinando que con menores de esa edad no se pueden realizar actos de carácter sexual. Esta modificación del límite de la edad, se plasma en la nueva denominación del Capítulo II bis bajo la rúbrica de «De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años».

Buena parte de las modificaciones llevadas a cabo, están justificadas por la necesidad de sustituir la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, para la trasposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁶. La citada Directiva, obliga a los Estados miembros a imponer unas sanciones penales más duras en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales. TAMARIT SUMALIA pone de manifiesto que con dicha trasposición se ha implantado en nuestro sistema penal una dureza punitiva en materia de abusos sexuales que excede el estándar europeo, no realizándose un replanteamiento de la estructura general de los mismos⁷.

⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F., ob. cit, págs. 194 y 195.

⁵ Vid. BOIX REIG, J. (dir), ob.cit, pág 353.

⁶ Preámbulo XII, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁷ TAMARIT SUMALIA, J.M., «Delitos contra la indemnidad sexual de menores» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, edit. Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 421.

2.2 CONCEPTO DE LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL.

Un elemento esencial de este trabajo es determinar en qué consisten los “delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. Para ello, es necesario definir ambos conceptos.

A partir de finales de los años setenta y, sobre todo, tras la reforma operada en el Código Penal en 1989, se entiende que es la libertad sexual el bien jurídico protegido por los tipos delictivos del Derecho penal sexual. En los supuestos descritos por estos delitos la libertad de los individuos queda anulada.

La tutela de esta libertad se fundamenta en asegurar el ejercicio de la libertad personal en el área de la sexualidad, entendiéndose desde la facultad de decidir llevar a cabo actividades sexuales hasta la facultad de aceptar las propuestas por otras personas⁸. La relación del derecho penal con la libertad sexual, está vinculada plenamente con la autorrealización personal del individuo. En esta área penal, nuestro ordenamiento jurídico vela por garantizar el libre desarrollo de la personalidad, derecho recogido en el artículo 10 de la Constitución Española. Como señala la doctrina penal en este punto, lo que se pretende es evitar que cualquier persona dentro de nuestra sociedad se vea obligada a realizar actividades sexuales de forma forzada que limiten su libertad individual.

La libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos⁹. En lo que respecta al ámbito de nuestra legislación se protegen hechos objetivos que atentan contra la libertad sexual de las personas, no simples intereses subjetivos.

No obstante, debemos analizar si los comportamientos sexuales que la ética social considera correctos, condicionan o no los marcos normativos que regulan la libertad sexual. Sobre este respecto DIEZ RIPOLES¹⁰, señala como no solo la libertad sexual sino el derecho penal está condicionado por los movimientos socioculturales, sin que por ello se desnaturalicen las figuras objeto de su protección. Por lo mismo, añade que el derecho penal sexual se encuentra en constante evolución desde 1978, debiéndose adaptar a los cambios de la sociedad pero siempre despojando lo considerado o no sexualmente correcto por parte la sociedad de los elementos normativos descritos en el tipo penal.

⁸ Vid. BOIX REIG, J. (dir), Op.cit, pág 354.

⁹ Vid. DIEZ RIPOLLES, J. L.: «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», en Revista de derecho penal y criminología, núm.6, 2000, pág. 69.

¹⁰ Íbim., pág. 70

En virtud de todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que la libertad sexual desde su vertiente positiva, es entendida como el derecho que toda persona tiene a disponer libremente de sus potencialidades sexuales y, desde su vertiente negativa, como el derecho a no verse involucrada por otra persona en un contexto sexual sin su consentimiento .

El bien jurídico tutelado frente a los delitos de índole sexual no es única y exclusivamente la libertad sexual, también debemos señalar la indemnidad sexual. Este concepto, adquiere su naturaleza como bien jurídico protegido por el derecho penal con la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal de 1995. En la Exposición de Motivos de esta ley, se señala expresamente que los bienes jurídicos en juego «no se reducen a la libertad sexual, ya que también se han de tener muy en cuenta [...] la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos».

Sobre este respecto CARUSO FONTÁN, entiende que los conceptos de «libertad sexual» e «indemnidad sexual», no hacen referencia a dos intereses jurídicos diferentes, sino a uno solo que se manifiesta de forma diferente en función de la persona que ostenta la titularidad¹¹. De acuerdo a todo lo expresado, comprobamos que el término indemnidad sexual se define como aquel estado o situación del que está libre de daño o perjuicio.

En el mismo sentido se expresaba BUSTOS RAMÍREZ, quien comparte la idea de que la intangibilidad sexual o indemnidad sexual ha sido denominada por la doctrina moderna como el conjunto de presupuestos objetivos, indispensables para que se pueda dar la capacidad de actuación sexual¹².

Dentro de la doctrina nunca se ha producido un acuerdo respecto al concepto de indemnidad sexual, y se ha intercambiado con otros términos como la intangibilidad sexual¹³, incluso en la propia Exposición de Motivos de la LO 11/1999 hemos comprobado cómo se mencionan indistintamente indemnidad e integridad sexual. La

¹¹ Vid. CARUSO FONTÁN, M. V.: Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 174.

¹² Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Manuel. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1986, p.133.

¹³ Vid. DIEZ RIPOLLES, J. L. ob. cit. pág. 72

intangibilidad sexual es un concepto, de procedencia italiana, que fue reconocido por la doctrina española a finales de la década de los setenta y principios de los ochenta. Este término expresaba una opinión social arraigada en la época, haciendo referencia a determinadas persona que en virtud de sus cualidades, o de la situación en la que se encontraban, eran sexualmente intocables. En la actualidad, este concepto es mantenido por algunas posturas doctrinales, que apuntan la existencia de un consenso cultural para mantener a menores de 13 años y a las personas incapacitadas libres de contacto sexual, siempre en función de la edad o del grado de afectación psíquica, respecto de los menores comprendidos entre 13 y 18 años, los privados de sentido o de las personas con enfermedades mentales¹⁴.

No obstante el concepto de intangibilidad sexual ha sido estimado como sinónimos de indemnidad sexual, siendo este último el que finalmente ha predominado dentro de la doctrina española.

La indemnidad sexual actúa frente aquellas víctimas carentes de capacidad de autodeterminación sexual. El Derecho hace referencia a menores que no gozan de la madurez suficiente para ejercer su libertad sexual, y de incapaces, que no pueden ejercerla al no comprender la relevancia de los actos o no pueden dirigir su comportamiento en relación a dicho entendimiento¹⁵. De acuerdo con lo expresado podemos discernir como el término «indemnidad sexual», se integra dentro de libertad sexual en su vertiente negativa, es decir, se contempla desde una perspectiva defensiva a no recibir interferencias en el proceso de formación de la personalidad sexual.

Por otro lado, en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo señaló la clara diferenciación entre libertad sexual e indemnidad sexual. Siguiendo este criterio, la Sentencia de 2 de mayo de 2006¹⁶ indica que: « la modificación del Código Penal de 1995, introducida por la LO. 11/99 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 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

¹⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F. Ob. cit. pág. 196

¹⁵ Vid. CARUSO FONTAN. M.V. Ob. cit. pág. 175.

¹⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 476 /2006 de 2 de mayo.

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 ». En este sentido algunos autores, como señala la citada sentencia, critican la autonomía que se concede a la indemnidad sexual, al entender que se trata de un concepto complementario a una variante de la libertad sexual. En su opinión, este concepto debe aludir al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, no a las facultades subjetivas de la persona. En el caso de menores e incapaces se argumenta, como desde un principio podemos conocer su situación de carencia de libertad, por lo que se les tiene que proteger de todo tipo de conductas sexuales en garantía de la libertad sexual.

2.3 DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL INDIVIDUAL:

Como ya explicamos brevemente en el Capítulo anterior, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual vienen regulados en los artículos 178 a 194 CP, todos ellos integran el mencionado Título VIII del Libro II. Todas estas modalidades delictivas se pueden clasificar en dos grupos¹⁷:

- Delitos contra la libertad sexual individual, que reflejan un ataque al libre ejercicio de la sexualidad del sujeto pasivo, donde se comprenden los delitos de agresiones sexuales (Capítulo I), abusos sexuales (Capítulo II), los abusos y agresiones referidos a menores de 16 años (Capítulo II bis), y el acoso sexual (Capítulo III).
- Delitos contra la libertad sexual colectiva o pública, donde encontramos los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (Capítulo IV), y los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (Capítulo V).

¹⁷ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C.: Lecciones de derecho penal parte especial, 2.ª edición, edit. EDISOFER, S. L., Madrid, 2015, pág. 86

En este trabajo, nos centraremos en analizar los delitos contra la libertad e indemnidad sexual individual, en especial el tratamiento que da nuestro ordenamiento jurídico al delito de agresión sexual, abuso sexual y acoso sexual.

3. AGRESIONES SEXUALES:

Tradicionalmente considerados *abusos deshonestos*¹⁸, cuyo bien jurídico a proteger era la honestidad. En la actualidad el delito de agresión sexual, regulado en nuestro Código Penal, protege la libertad sexual, cuyo doblegamiento en la víctima será el factor clave para clasificar estas conductas.

A este respecto, ORTS BERENGUER¹⁹ escribe que si las agresiones sexuales son empleadas por el legislador como atentados que mediante de violencia o intimidación dañan la libertad sexual de una persona, existen tres componentes esenciales que las definen:

- a. Una acción lúbrica.
- b. Realizada con violencia y/o con intimidación.
- c. Contra o sin el consentimiento válido del sujetos pasivo.

El Código Penal dedica a las agresiones sexuales el Capítulo Primero del Título VII del Libro II, que comprende del artículo 178 al 180, recogiendo las presentes modalidades delictivas:

- Tipo básico, contempla de forma genérica los delitos contra la libertad sexual con violencia o intimidación (art 178).
- Como tipo agravado encontramos la violación que es aquella modalidad delictiva que se produce cuando la agresión sexual consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introduciendo objetos por alguna de las dos primeras vías (art. 179).
- Tipos especialmente agravados, cuando concurra alguna de las circunstancias del artículo 180.

¹⁸ Carlos Vázquez Iruzubieta, Comentarios al Código Penal (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, 30 marzo y 2/2015, 30 de marzo). Disponible en <https://app.vlex.com/#ES/vid/583519242>, consultado el día 7 de enero de 2019.

¹⁹ Vid. ORTS BERENGUER, E.: «Delitos contra la libertad sexual», en Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I, coordinado por VIVES ANTÓN, T.S., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs.904 y 905.

3.1. TIPO BÁSICO:

Como aparece regulado en el artículo 178 CP, se castiga como culpable de agresión sexual al que «atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación». Imponiéndose una pena de prisión que oscilara de uno a cinco años.

A) Sujetos:

El delito de agresión sexual es un delito común, el sujeto activo y pasivo puede ser indistintamente un hombre o una mujer, incluyéndose relaciones heterosexuales y homosexuales. Anterior el sujeto pasivo tenía que ser necesariamente una mujer, lo que suponía que el sujeto activo debía ser un hombre, sin embargo esta concepción evolucionó y en la actualidad no se aplica distinción alguna por razón de sexo²⁰.

En términos de autoría, se alude por algunos autores como GARCÍA VALDES a estos delitos como delitos calificados de propia mano²¹. Supone circunscribir en el ámbito del sujeto activo a quienes para ejecutar materialmente el hecho, accedan carnalmente y ejerzan la violencia descrita en el tipo.

La jurisprudencia en este tipo de delitos ha requerido en ocasiones, un ánimo libidinoso o lascivo en el actuar del sujeto activo, como sostiene ALONSO PÉREZ²². Sin embargo, como BOIX REIG señala, citando a CARMONA, este requisito subjetivo no debe ser tenido en cuenta en las agresiones sexuales, siendo indiferente el móvil o motivo que lleva al sujeto activo a actuar²³. Podemos afirmar en este sentido, como el delito de agresiones es doloso, siendo suficiente que el auto conozca que el peligro creado con la acción afecta a la libertad e indemnidad sexual de la víctima.

En el ámbito del sujeto pasivo, como escribe SERRANO GOMEZ²⁴ ha de ser necesariamente una persona viva, no integrándose como delito de agresión sexual las prácticas sexuales con cadáveres. Estas prácticas no lesionan la libertad sexual, al carecer

²⁰ Vid. BOIX REIG, J. Ob. cit. pág. 355.

²¹ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C., Ob. cit. pág. 88

²² Vid. ALONSO PÉREZ, F.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)», edit. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 34.

²³ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 360.

²⁴ Vid. SERRANO GOMEZ, A.: Derecho Penal, Parte Especial, 4ª edición, edit. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 188.

la persona fallecida de voluntad, por lo que el delito que procedería aplicar es el recogido en el artículo 526²⁵ del Código Penal.

Manteniendo esta idea, por ninguna otra condición se excluye al sujeto pasivo de protección. El consentimiento por el sujeto pasivo debe mantenerse, es decir, aunque la víctima inicialmente acepte la relación si en algún momento de la misma se opone siendo forzada, estaríamos ante un delito de agresión. Manteniendo esta idea, aunque la víctima haya consentido tener relaciones en otras ocasiones, su libertad sexual sería vulnerada cuando concurra un solo hecho en el haya rechazado la relación sexual. Así, la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, en Sentencias como la del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2004²⁶ que condena a dos sujetos como «autores responsables de un delito de agresión sexual» hechos cometidos sobre una persona dedicada a la prostitución. Cabe recalcar, la falta de límites en la aplicación de este delito cuando hacemos referencia a relaciones personales existentes entre los sujetos. Así, entendemos que puede existir agresión sexual entre cónyuges, habiéndose superado pensamientos doctrinales que excluían la punición de esta conducta. Siendo este el criterio sostenido por numerosas sentencias, cabe destacar como la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2007, expresa que « no se adquiere derecho alguno sobre una mujer, por el hecho de haber mantenido con ella relaciones sexuales consentidas con anterioridad »²⁷. En la misma, se declaró culpable de un delito de agresiones sexuales al marido, siendo la víctima de tales hechos su mujer.

B) Violencia o intimidación.

En las agresiones sexuales el sujeto pasivo ve anulada su voluntad, de manera que no tiene capacidad de oponerse a las pretensiones sexuales del autor del delito. El sujeto activo utilizará como medio comisivo típico en este delito, violencia o intimidación.

Por violencia entendemos, agresión que se ejerce físicamente sobre el sujeto pasivo. Entre el ejercicio de la violencia y la conducta sexual debe existir una relación causal, de

²⁵ Art. 526 Código Penal: «El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses ».

²⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1169 /2004 de 18 de octubre de 2004.

²⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 737/2007 de 13 de septiembre de 2007.

manera que el hecho no hubiera tenido lugar de no haberse realizado el acto violento que vence la voluntad del sujeto pasivo²⁸. Un problema en este tipo de delitos es concretar cuando un acto violento es suficiente objetiva y subjetivamente para la consecución de la conducta sexual. En términos objetivos, se debe atender al actuar de cualquier persona en dicha situación, mientras que en términos subjetivos debemos atender a las circunstancias particulares de la víctima. Frente a este dilema doctrinal, la jurisprudencia entendió que la violencia en este tipo de delitos debe ser la idónea para impedir que el sujeto pasivo actúe según su propia autodeterminación como nos indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 2001²⁹.

La violencia sobre la víctima implica un mínimo de resistencia porque en caso contrario no sería necesaria utilizar fuerza física más allá de la necesaria para la consecución de la acción³⁰. En este contexto, señala ORTS BEREGUER³¹ basta con que la resistencia de la víctima sea real, verdadera y que exprese de forma inequívoca la voluntad opuesta al contacto sexual. Sin embargo, para otros autores no se trataría de vencer la resistencia sino de llevar a cabo una conducta sexual no requerida y rechazada³². En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que no se debe exigir un comportamiento *heroico*, entendiendo que también constituye medio comisivo la intimidación.

La intimidación no se ejerce con empleo de fuerza física, sino ante una fuerza moral o psíquica. Este medio comisivo ha de guardar una relación de causa a efecto con el contacto sexual, de modo que pueda afirmarse que el segundo se ha producido como consecuencia de haberse utilizado la intimidación.

Según, ORTS BEREGUER³³ la intimidación equivale al constreñimiento psicológico, es decir, amenazar con causar un daño injusto, posible, irreparable y presente que cause una inhibición de la voluntad de la víctima. Esta amenaza debe ser real y presente de un mal grave, con entidad bastante y suficiente para vencer la resistencia del sujeto pasivo. Concorre intimidación, incluso cuando la amenaza no contenga un mal concreto, como es el caso de la «intimidación ambiental», esta figura de creación jurisprudencial considera que es suficiente para apreciar intimidación la presencia de

²⁸ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 356

²⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1174/2001 de 2 de octubre de 2001.

³⁰ Vid. CARUSO FONTÁN, M. V. Op. cit. pág. 184

³¹ Vid. ORTS BERENGUER, E. Op. Cit., pág. 915

³² Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 357.

³³ Vid. ORTS BERENGUER, E. Op. cit., pág. 919.

numerosos sujetos en el lugar del hecho que imposibilita la defensa de la víctima. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 2004, anteriormente citada, califica de intimidación ambiental los hechos, al ser los procesados personas jóvenes y fuerte, que se encontraban en una posición de superioridad personal respecto de la víctima.

C) La conducta sexual:

La característica fundamental de la regulación de la conducta, es el término «atentar contra la libertad e indemnidad sexual de otra persona». Esta acción, engloba cualquier conducta que atente contra la libertad personal.

La doctrina ha encontrado importantes inconvenientes a la hora de determinar que conductas se incluyen en el término «atentar», tradicionalmente en los delitos sexuales se exigía el contacto entre el autor y la víctima. Sin embargo con la actual redacción legal, ALONSO PÉREZ, citando a MADRIGAL MARTINEZ-PEREDA, sostiene que aparecen incluidos además los casos en que el autor obliga a la víctima a realizar contactos corporales sobre sí misma o sobre un tercero³⁴.

MUÑOZ CONDE³⁵ no concuerda con este criterio, ya que los delitos contra la libertad sexual al incluirse en el tipo de las agresiones sexuales exigen contacto corporal entre el autor y la víctima. Así, quedarían excluidos de las agresiones sexuales, los supuestos en los que se obliga a otra persona a realizar contactos sexuales sobre sí misma o con un tercero, siendo considerados en este caso como delitos contra la libertad constitutivos de amenazas o coacciones. Sin embargo su postura no es compartida por un gran número de autores como CARUSO FONTÁN³⁶ y CANCIO MELIÁ³⁷, que entienden que los comportamientos sexuales comprendidos en el artículo 178, incluyen conductas no necesariamente basadas en contacto corporal.

En la práctica, en estos casos generalmente nos encontramos con supuestos de tocamientos íntimos a la víctima, en zonas genitales o en zonas con clara significación sexual. Respecto a esta última conducta, habrá que analizar si en el caso concreto la

³⁴ Vid. ALONSO PÉREZ, F. Op. Cit., pág. 33.

³⁵ Vid. MUÑOZ CONDE, F. Op. cit. pág. 201.

³⁶ Vid. CARUSO FONTÁN, M. V. Op. cit. pág. 195.

³⁷ Vid. CANCIO MELIÁ, M.: «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual» en LA LEY PENAL, núm.80, marzo 2011, edit. LA LEY, pág 1626.

acción del autor tiene relieve sexual, debiendo el Juez atender a la significación objetiva de los hechos y el medio en que se producen.

D) Iter criminis.

Como señalamos en apartados anteriores, nos encontramos ante un delito de mera actividad y no de resultado, compuesto por el medio de comisión del delito y la conducta sexual. En este tipo de delitos, como señala nuestro profesor emérito GARCÍA VALDÉS³⁸, no podemos hablar de tentativa acabada, sino que estaremos ante casos de tentativa inacabada. Debemos considerar que existe tentativa en las conductas sexuales en que medie violencia o intimidación, aunque no se llegue a iniciar la actividad sexual³⁹. Siendo necesario en estos casos analizar si la finalidad objetiva del sujeto es llevar a cabo una agresión sexual.

Un consolidado sector doctrinal, confiere mayoritariamente la disminución en un grado en los casos de tentativa acabada, y en dos grados en la inacabada. En la modalidad delictiva que analizamos, al ser la tentativa inacabada la pena disminuiría en dos grados. No obstante, tratándose de delitos que atenta contra la esfera más íntima de las personas en los casos en los que se dan los medios comisivos y se ha iniciado la conducta sexual, aunque no haya concluido se entenderá que se disminuya la pena en un grado y no en dos, en aplicación de los criterios legales establecidos en el artículo 62⁴⁰ del Código Penal.

Consecuentemente, en el caso de agresiones sexuales 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. En este sentido la Sentencia de Tribunal Supremo del 11 de enero de 2017⁴¹ establece que no siempre que la tentativa sea inacabada se impondrá la pena inferior en dos grados. El tribunal entiende como «el grado de peligro puede ser suficiente para reducir la pena solo

³⁸ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C., Op. cit. pág. 88

³⁹ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 361.

⁴⁰ Art. 62 del Código Penal: «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».

⁴¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 985/2016 de 11 de enero de 2017.

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 ».

3.2 TIPO AGRAVADO. LA VIOLACIÓN

Establece el artículo 179 que *«cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación»*. Del grupo de delitos incluidos en este Título es el más grave, imponiéndose una pena de prisión que oscilara de seis a doce años.

A) Conducta típica:

De la presente redacción legal, podemos discernir tres tipos de acciones:

1. Acceso carnal vaginal, anal o bucal.
2. Introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal.
3. Con empleo de violencia o intimidación.

Respecto a la redacción anterior destaca, la reintroducción del término «violación» constitutivo de estas conductas. Este tradicional "*nomen*" aparecía recogido en el artículo 429 de Código Penal de 1973, siendo suprimido en el Código Penal de 1973, volviendo a incluir como aparece en la actualidad, con la reforma del Código Penal por la Ley 11/1999. En opinión de BOIX REIG⁴², lo que se entendía anteriormente por violación para nuestro actual derecho penal se integraría en el delito de abusos sexuales. Las consecuencias derivadas de una violación, como es el aborto, planteaba con la aplicación del art. 417 bis.1.2.ª del Código Penal de 1973⁴³ importantes problemas interpretativos. Sin embargo con la actual Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, «de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo» que deroga el artículo anterior, todas las mujeres mayores de dieciocho años pueden elegir abortar hasta las

⁴² Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 357.

⁴³ Art. 417 bis.1.2.ª del Código Penal de 1973 establece que no será punible el aborto siempre : «que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado...»

catorce semanas de embarazo sea cual sea la causa⁴⁴, desapareciendo las anteriores indicaciones éticas por el sistema de plazo, por ley.

El concepto de «acceso carnal» ha sido interpretado por algunos autores, como SERRANO GÓMEZ⁴⁵. Este autor sostiene que para que se dé dicha conducta es necesario penetración del miembro viril masculino por vía vaginal, anal o bucal. No obstante, algunas opiniones se han levantado en contra de esta interpretación. Entendiendo, como el término «penetración» al que si hacía referencia el CP de 1995 con la reforma anteriormente mencionada de 1999 se suprime. Así, como BOIX REIG⁴⁶ señala, la conducta de acceso carnal se equipara en el precepto legal a la introducción de objetos y miembros corporales.

En este punto, la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo es unánime desde el Pleno no Jurisdiccional de 25 de mayo de 2005, acordándose equivaler «acceder carnalmente a hacerse acceder». Siguiendo este criterio, la Sentencia del 15 de diciembre de 2016⁴⁷ indica que: «habrá acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario), como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo ("sujeto pasivo" del delito, pero no de la "relación" ni del "acceso" en los que ostenta el papel de "sujeto activo")». Todo ello denota, que podemos considera sujeto activo de la acción, tanto a hombre como a mujer, no requiriéndose que quien penetre sea el sujeto activo.

Si bien es cierto que la conducta de acceso carnal no es solamente propia del delito de agresiones sexuales, pues se reitera en los mismos términos en los abusos sexuales. Cabe afirmar como señala MUNOZ CONDE⁴⁸, la dificultad práctica que tendría la penetración provocada mediante violencia o intimidación del sujeto activo mujer dando lugar al acceso carnal siendo el sujeto pasivo el hombre.

La inclusión penal de la conducta de introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, venía siendo requerida por la doctrina española para clarificar los supuestos que desde el Código Penal de 1995 se cuestionaban. Inicialmente en 1995, se equiparo la introducción de objetos a las conductas de penetración, sin especificarse porque vías debía producirse⁴⁹. Esto, genero la justificada crítica doctrinal

⁴⁴ Artículo 14, Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

⁴⁵ Vid. SERRANO GÓMEZ, A. Op. cit., pág. 191.

⁴⁶ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 358.

⁴⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 953/2016 de 15 de diciembre de 2016.

⁴⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F. Op. cit. pág. 208.

⁴⁹ Nueva perspectiva sobre los delitos contra la libertad sexual... Pág. 224.

ya que resultaba injusto equiparar la lesividad jurídica causada por la introducción de objetos por vía bucal, a la causada por el resto de vías. Así, con la reforma de 1999 se establece expresamente que la introducción de miembros solo podría producirse por vía vaginal o anal. En este sentido, entendemos que la conducta de introducción de objetos por vía bucal solo resultaría punible por el tipo básico de agresiones sexuales, cuando quede probada la intención sexual de la misma⁵⁰. Inicialmente, se consideraba que el objeto que tenía que ser utilizado debía ser aquel que cumpliera la función sustitutiva del órgano viril. Dicha interpretación, es ampliada por algunos autores como BOIX REIG⁵¹, que señala como objeto todo cuerpo inerte, que puede ser introducido por alguna de las dos vías anteriormente mencionadas. Sin embargo, no es hasta la reforma de 25 de noviembre de 2003⁵² cuando el Código Penal incorpora la introducción de miembros corporales equiparándolo penalmente a la introducción de objetos.

Podemos afirmar, que se castigará con la misma pena el acceso carnal y la introducción de objetos o miembros por el cuerpo por las vías vaginal, anal o bucal (exceptuando esta última en los casos de introducción). Para que el delito de violación se consume, según dilatada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo exige la totalidad de la acción típica, esto es la penetración del órgano sexual del sujeto activo en alguna de las cavidades típicas vaginal, anal o bucal, penetración que aunque no es exigible sea total, si requiere al menos una "*conjunctio merubrorum*", y contacto del órgano penetrante con los umbrales de la cavidad penetrada y un principio de introducción parcial.⁵³

En lo que atañe al fondo de la cuestión jurídica, en base al principio de introducción parcial o principio de "*introito*", se habla de acceso carnal en los supuestos de coito vestibular. Como señala la jurisprudencia reciente, con cita las sentencia de 18 de junio 2017⁵⁴, en los casos de acceso carnal vaginal aunque no se traspase la zona vestibular que tiene por frontera el himen ya se lesiona con plenitud de efectos la libertad sexual de la mujer, anatómicamente el "labium majus" y el "labium minus" forman con la vagina una unidad, toda vez que tales partes son externas a la vagina, pero de todos modos interiores del cuerpo y, por lo tanto, su penetración lesiona el bien jurídico protegido en este tipo de delitos. En esta línea, como sostiene la sentencia de 13 de mayo

⁵⁰ Vid. SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES,J, en Cobo de Rosal, M.: Comentarios Código Penal, Madrid,1999, Pág. 599.

⁵¹ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 359.

⁵² LO 15/2003, de 25 de noviembre.

⁵³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 8588/1993 de 13 de diciembre de 1993.

⁵⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 573/2017 de 18 de junio de 2017.

de 2002⁵⁵, es consumada la agresión sexual por vía bucal cuando la penetración traspasa solo los labios y no la línea dental, entendiéndose el Tribunal que la zona de la boca entre los dientes y los labios pertenece anatómicamente a la boca lo que supone una grave afrenta a la intimidad sexual del sujeto pasivo.

Como señalamos en el apartado dedicado al *iter criminis* de las agresiones sexuales, en estos delitos no cabe la tentativa acabada, pero sí la inacabada⁵⁶. Estaremos ante una tentativa inacabada, cuando se da inicio a la actividad sexual pero sin llegar a la penetración o introducción, ni al coito vestibular. El cese de la actividad puede darse por diversas razones, primando para la determinación de los hechos los elementos objetivos concurrentes. En este sentido, es importante dilucidar si la finalidad del sujeto era consumir una violación o no. Si de la intención del agente, se desprende la pretensión de realizar actos corporales de carácter sexual, excluyendo acceso carnal o introducción de miembros u objetos, la conducta se castigaría como agresión sexual consumada del artículo 178, y no como violación en grado de tentativa⁵⁷. Sin embargo, al referirnos a formas imperfectas de ejecución, en la práctica es difícil la diferenciación entre ambas figuras atendiendo únicamente a los actos externos del sujeto.

El cese de la actividad también puede producirse voluntariamente por el sujeto activo, encontrándonos en este caso ante la figura de desistimiento voluntario⁵⁸ que recoge nuestro código penal. En este supuesto se sancionaran los actos llevados a cabo hasta el momento del desistimiento, castigándose por delito de amenazas o lesiones.

3.3 TIPO ESPECIALMENTE AGRAVADO

Establece el artículo 180 del Código Penal, cinco circunstancias específicas que por aumentar el grado del injusto o la antijuricidad de la acción, agravan la pena de las agresiones sexuales del artículo 178 con la pena de prisión de cinco a diez años, y de doce a quince años para el delito tipificado en el artículo 179. De concurrir dos o más de las

⁵⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 834/2002 de 13 de junio de 2002.

⁵⁶ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C., Op. cit. pág.88

⁵⁷ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág 362.

⁵⁸ Artículo 16.2 de Código Penal: «Quedarán exentos de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito».

circunstancias que analizaremos a continuación, las penas previstas se impondrán en su mitad superior.

a) Actos degradantes o vejatorios.

La primera agravación específica tiene lugar «cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio». (Art. 180.1.1.ª).

Los términos empleados por el legislador para agravar el delito han sido «degradación» y «vejación». Aunque ambos conceptos expresan humillación para la víctima, la doctrina se ha encargado de diferenciarlos entendiendo por degradar «humillar, rebajar envilecer»⁵⁹, mientras que por vejar «maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarle o hacerle padecer»⁶⁰. En esta línea argumentativa SUAREZ RODRIGUEZ⁶¹, equipara degradar una persona con negarle su condición humana, mientras que vejar supone una falta grave y menosprecio hacia su destinatario.

La naturaleza misma de los delitos de agresión sexual ya comporta degradación, humillación y vejación hacia las víctimas que ven vulnerado su ámbito de intimidad y libertad a través del empleo de la fuerza o intimidación. En los casos de violación analizados en el apartado anterior, se adquiere incluso mayor intensidad en esta degradación o vejación. Lo más importante en este punto, es según mantiene el legislador sancionar el "modus operandi" del autor cuando la violencia o intimidación empleada en la ejecución, supere los niveles ya de por sí humillantes, vejatorios y degradantes del delito⁶².

Este precepto ofrece cierta inseguridad al hacer referencia a actos que revistan un carácter "particularmente" degradante y vejatorio, sin especificar los mismos. En este sentido, para evitar problemas interpretativos el Tribunal Supremo en las sentencias de 14 de febrero de 1994 y 21 de enero de 1997 respectivamente, establecen que se aplicará esta circunstancia cuando la conducta del autor alcance una «humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo», o cuando la violencia o intimidación del mismo, presente caracteres de una «brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos».

⁵⁹ RAE. <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=C4T1Ot1>. (Consultado el 7 de agosto de 2017).

⁶⁰ RAE: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=vejar>. (Consultado el 7 de agosto de 2017).

⁶¹ Vid. SUAREZ RODRIGUEZ, C.: «El delito de agresiones sexuales». Pamplona, 1995, pág 112.

⁶² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 11/2006 de 19 de enero de 2006.

b) Actuación en grupo.

El art 180.1.2. ^a indica como segunda circunstancia que agrava también la pena « cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas».

La doctrina mayoritaria, fundamenta la agravación de esta circunstancia por la mayor indefensión que ocasionan, en base a las siguientes razones:

1. Acusada superioridad que proporciona al sujeto activo la intervención de otros.
2. Disminuyendo la capacidad de resistencia de la víctima se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales
3. Mayor potencialidad lesiva, en base a las menores posibilidades de defensa de la víctima y mayor facilidad de los agresores para desplegar sus pretensiones
4. Mayores dificultades para defenderse o intentar la huida. Facilita la ejecución del delito por la mayor indefensión que ocasiona.

Trayendo a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2017⁶³, la jurisprudencia entiende que la voluntad del legislador es sancionar con esta especial agravación la participación plural, cuando intervienen dos o más los sujetos a título de coautores. Sin embargo, respetando el principio de “*non bis in ídem*” cuando nos hallamos ante un caso de cooperación necesaria no adiciona esa pluralidad de partícipes, no siendo de aplicación dicha circunstancia de agravación.

c) Víctima sea especialmente vulnerable.

La tercera circunstancia de agravación hace referencia a la víctima cuando « sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183» (art.180.1.3. ^a).

Como señala el precepto, cuando la víctima sea menor de 16 años debemos estar a lo dispuesto en el artículo 183. Con la Reforma penal de 2010, se incluye dentro del supuesto de victimas especialmente, los casos de discapacidad, que anteriormente habían sido comprendidos en referencia a enfermedad o situación⁶⁴.

⁶³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 493/2017 de 29 de junio de 2017.

⁶⁴ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 366.

En respeto del principio “*non bis in ídem*”, anteriormente mencionado, la doctrina jurisprudencial ha entendido que solo en aquellos casos en los que la vulnerabilidad del sujeto pasivo facilite la comisión del delito, sin que sea un elemento propio de la violencia o intimidación, será de aplicación esta agravación⁶⁵. En esta línea, MUÑOZ CONDE⁶⁶ señala que de no mediar cierto grado de violencia o intimidación en los hechos realizados por el sujeto activo, nos encontraríamos ante el delito de abusos sexuales previsto en el artículo 182.2 del Código Penal.

d) Parentesco o superioridad.

El artículo 180.1.4^a contempla como cuarta agravación específica «cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima».

El legislador penal español persigue con este precepto, mantener las pretensiones punitivas que han sancionado a lo largo de los tiempos, el delito de incesto⁶⁷. La razón de ser de esta circunstancia agravante es la mayor facilidad que goza el autor en el marco de una relación familiar para la comisión de una agresión sexual, además del quebrantamiento de los respeto y de la dignidad propios de una relación paternofamiliar.

e) Medios peligrosos

La última circunstancia específica de agravación se configura « cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas». (art.180.1.5.^a).

En este sentido, la doctrina mayoritaria entiende como habitual en esta clase de delitos la utilización de instrumentos, que pudieran ser armas o medios peligrosos, como amenaza hacia la víctima. Para evitar equiparar la utilización de armas a la regla general, debemos realizar una interpretación restrictiva de este precepto, puesto que en caso contrario, vulneraríamos el principio “*non bis in ídem*” en estos casos.

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, F. Op. cit. pág. 210

⁶⁷ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 367

El Tribunal Supremo, respetando los principios de proporcionalidad y de “*non bis in ídem*”, dota de vigencia este subtipo agravado excluyendo el arma o medio peligroso en los casos en los que el autor sólo exhibe estos instrumentos para intimidar a la víctima⁶⁸. Sin embargo, como establece la Sentencia de Tribunal Supremo de 21 de junio de 2017 cuando el arma o medio peligroso se usa, aunque no sea de modo permanente y continuo, contra una zona particularmente sensible a los efectos de poder causar la muerte o lesiones graves.

⁶⁸ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág 367.

4. ABUSOS SEXUALES

El Código Penal se ocupa regular los delitos de abusos sexuales en el Capítulo II del Título VIII del Libro II.

Como explicamos en el apartado dedicado a la evolución de la regulación, las numerosas reformas de nuestro Código, han permitido configurar los abusos sexuales como en la actualidad los conocemos. En este sentido, es destacable la reforma de 2010, que modificó sustancialmente el precepto, además de la reciente reforma de 2015, que modificó el artículo 182, creando el nuevo Capítulo II bis que analizaremos en el siguiente epígrafe.

El delito de abusos sexuales, protege la libertad sexual de la víctima que se encuentra limitada o viciada, pero no anulada como ocurre con las agresiones sexuales. Podemos clasificar el delito en las siguientes figuras delictivas:

- Tipo básico, encontramos:
 - Abusos sexuales sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento (art 181.1).
 - Abusos sexuales no consentidos, se ejecutan :
 - Sobre personas que se hallen privadas de sentido
 - Persona de cuyo trastorno mental se abusare
 - Anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto (art 181.2).
 - Con prevalimiento (art 181.3).
 - Interviniendo engaño o abusando el autor de su posición, cuando realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho (art 182.1)
- Como tipo agravado encontramos el abuso sexual que consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (arts. 181.4 y 182.2)

- Apreciamos circunstancias específicas de agravación cuando la víctima sea especialmente vulnerable, o en los casos en que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco con la víctima (arts. 181.5 y 182.2).

4.1. TIPO BÁSICO

Aparece regulado en el art 181.1 de Código Penal, requiere que no haya violencia o intimidación y que no medie consentimiento. Se impondrá en para el delito básico de abusos sexuales una pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Ambos delitos, tanto abusos como agresiones sexuales guardan semejan en el bien jurídico que protegen y en los sujetos engloban la acción. Como señalamos en el epígrafe anterior, protegen los atentados contra la libertad e indemnidad sexual de otra persona. Como también ocurre con el delito de agresión sexual, el sujeto activo como el pasivo de los abusos sexuales puede ser indistintamente un hombre o una mujer.

Los abusos sexuales son delitos dolosos, requiriendo para su comisión que analizando los hechos objetivos el sujeto quiera realizar la conducta típica. Jurisprudencialmente, es utilizado en este tipo de delito el “ánimo libidinoso o lúbrico”, demostrativo del dolo del autor, aunque no es imprescindible su concurrencia por no ser exigido legalmente, como interpreto la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 1999⁶⁹.

En este tipo de delitos, puede darse error de tipo respecto al conocimiento de la edad del sujeto pasivo, del trastorno mental o de la relación de superioridad. En estos dos últimos casos no se plantean problemas, especificando el precepto legal la necesidad de que la conducta del sujeto activo se desarrolle con conocimiento del trastorno y de la situación de superioridad. Sin embargo, en el error sobre el conocimiento de la edad se deberá analizar su concurrencia o no en el caso concreto, atendiendo a los hechos realizados por el sujeto activo⁷⁰.

Esta modalidad delictiva se consuma en el momento de la realización de la conducta sexual. Este momento supone el inicio del cómputo de la prescripción, que prescribirá en un plazo que dependerá de la gravedad de los hechos. En este sentido, nuestro Código

⁶⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1118/1999 de 9 de julio de 1999.

⁷⁰ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág 384

Penal retrasa el cómputo en cuando se atente contra la libertad e indemnidad sexuales, de una víctima menor de edad en el momento de la comisión de los hechos, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento⁷¹.

En el tipo básico de este delito, son cinco las modalidades de abuso que examinaremos, dependiendo del medio o situación de la que se aprovecha el sujeto.

A) Persona privada de sentido

En esta primera modalidad, el Código presume *iuris et de iure*, que existe ausencia de consentimiento siempre que el sujeto pasivo se encuentre privado de sentido, entendiéndose que lo está la persona inconsciente, narcotizada, anestesiada o dormida, siempre que este incapacita para actuar de forma autónoma, por tener alterada su capacidad de percibir la realidad⁷². En este sentido, el Tribunal Supremo especifica que debemos incluir los supuestos los estados de estado de semiinconsciencia, en los que la pérdida afecta de manera intensa a la capacidad de reacción frente a fuerzas externas, aunque no sea total⁷³.

Con respecto al origen de este estado, es irrelevante que la situación la haya provocado el autor de forma dolosa o imprudente, siempre que se aproveche de esta situación para realizar la conducta sexual. No obstante, sostienen ORTS BERENGUER y SUAREZ-MIRA que se considerarán actos sexuales consentidos, cuando el estado haya sido provocado por la víctima para vencer obstáculos personales y poder mantener la relación sexual⁷⁴.

B) Persona de cuyo trastorno mental se abusare

Desde la introducción en el Código Penal de 1995, el abuso por parte del sujeto activo en esta situación es penado como un delito de abusos sexuales y no de violación, como antaño. Esto permitió, despenalizar las relaciones mantenidas por una persona con

⁷¹ En el artículo 132.1 del Código Penal se establecen el inicio del cómputo de los plazos de prescripción.

⁷² Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág 375.

⁷³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 197/2005 de 15 de febrero de 2005.

⁷⁴ Vid. ORTS BERENGUER, E. Op. cit., pág. 128.

trastorno mental con un tercero, siempre que ambos conozcan el alcance sexual de sus actos.

Es indispensable precisar en este punto, lo que entiende el derecho penal por trastorno mental, en un sentido amplio, podemos considerar como enfermedad mental cualquier anomalía o alteración psíquica, que coloque al sujeto pasivo en una posición de inimputabilidad como aparece recogido en el artículo 20.1.º. Además, este trastorno tiene que afectar a la capacidad de decisión en el ámbito sexual, desconociendo la relevancia sexual de sus actos⁷⁵.

En la práctica, dificulta al derecho penal dar una adecuada protección en el ámbito sexual, a todas las personas con alteraciones mentales, debido a la gran variedad de trastornos psicológicos que pueden presentarse. En este sentido, se intenta solucionar el problema acudiendo a probar que el sujeto pasivo conocía el trastorno, que impedía conocer a la víctima el alcance sexual, y abuso del mismo para ejecutar los hechos.

C) Uso de sustancias que anulan la voluntad de la víctima.

Anterior a la reforma de 2010 esta modalidad era incluida en el supuesto de persona privada de sentido⁷⁶. Sin embargo, esto planteo problemas interpretativos en algunos supuestos, en los que estas sustancias no privaban totalmente de sentido a la víctima. En este sentido, respetando el principio de legalidad la nueva regulación penal, establece que integrarán esta modalidad cuando el sujeto activo intencionalmente use estas sustancias y como consecuencia anule la voluntad del sujeto pasivo. Debemos entender como anulación de la voluntad la incapacidad de la víctima a oponerse a las pretensiones del autor.

D) Abuso por prevalimiento

El artículo 181.3, señala la misma pena que en los supuestos analizados en los apartados anteriores, cuando el consentimiento del sujeto pasivo se obtenga prevaliéndose

⁷⁵ Vid. ALONSO PÉREZ, F. Op. Cit., pág 75

⁷⁶ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág 375.

el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

Aunque, el precepto actualmente de centra en el hecho sin especificar que conductas debemos entender por prevalecimiento, como si ocurría antaño. La relación de superioridad de la que se provecha el sujeto activo, puede derivarse del parentesco, de ser autoridad pública, del ejercicio de funciones educativas o de guardia, etc...

La jurisprudencia del Tribunal Supremos ha interpretado el término “prevalimiento“, estableciendo que deben concurrir tres circunstancias para poder aplicar tipo penal. Primero, la situación de superioridad que ha de ser manifiesta, es decir objetivamente apreciable por cualquier tercero. En segundo lugar, que situación de superioridad influya, coartando, la libertad de la víctima. La última circunstancia, desde una perspectiva subjetiva el sujeto agente debe ser consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibitorios sobre la decisión de la víctima, prevaleciéndose de dicha situación para conseguir el consentimiento, así viciado de la relación sexual⁷⁷.

E) Engaño o abuso de posición

El artículo 182.1 sanciona al que, interviniendo engaño o aprovechándose de una determinada posición, cometiera abuso sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho. Para este tipo de delito, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.

Este primer apartado del artículo fue redactado por la LO 1/2015, modificando sustancialmente la edad del sujeto pasivo. Anterior a esta modificación la edad de tutela era entre trece y dieciséis años, sin embargo como mencionamos anteriormente el engaño actual, comprende los casos en los que el sujeto pasivo tenga entre dieciséis y dieciocho años. Con la protección de los menores de dieciséis años estaremos a lo dispuesto en el Capítulo II bis.

El fundamento de este delito es el engaño, como medio comisivo de la conducta sexual. Este delito fue constituido inicialmente, como engaño respecto a la promesa de matrimonio incumplida, lo que generó grandes lagunas interpretativas por las

⁷⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 711/2015 de 19 de noviembre de 2015.

connotaciones extrajurídicas que plantean estos supuestos. En definitiva, entendemos como medio engañoso, los casos en que el autor con su conducta engañosa induce a error al sujeto pasivo y como consecuencia de ese error, el sujeto pasivo accederá a sus pretensiones sexuales.

En la práctica, algunos supuestos englobados en esta modalidad delictiva no son propiamente de engaño para conseguir una relación sexual, sino que se utiliza el engaño para colocar al sujeto pasivo en una situación de inferioridad de la que abusar. Sobre este respecto, como señala CARMONA SALGADO⁷⁸, esta última conducta descrita es más propia del delito de abusos por prevalimiento, debiéndose en su opinión por la confusión que pueden acarrear las conductas de ambos delitos, englobar todas ellas en los abusos sexuales de prevalimiento. Este planteamiento mantenido por mencionado autor suscita dudas, al observar como el Código Penal establece una pena superior para el artículo 182.1, al no prever la pena de multa como si ocurre con el artículo 181. Persiguiéndose, posiblemente por el legislador una mayor protección a los jóvenes en el ámbito sexual

4.2 TIPO AGRAVADO

Respecto a las modalidades típicas ya analizadas, se agravara la pena prevista 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. Diferenciamos dos supuestos.

En primer lugar, se impondrá una pena de prisión de cuatro a diez años cuando el acceso carnal o la introducción se produzca, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento o cuando el consentimiento sea obtenido por prevalimiento de una situación de superioridad por el responsable, como indican los cuatro primeros apartados del artículo 181.

En segundo lugar, en el caso de mediar engaño o abusar el responsable de una posición reconocida sobre persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, cuando el acto consista en acceso carnal o introducción de objetos, el código prevé una pena de prisión de dos a seis años (art.182.2)

⁷⁸ Vid. CARMONA SALGADO, C.: *Curso de derecho Penal Español. Parte especial I*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 320.

Sobre la interpretación de estas conductas, remitimos al análisis realizado en el delito de agresiones sexuales.

A) Circunstancias específicas de agravación

Para el Código Penal merece mayor punición supuestos en los que se aprecian circunstancias específicas de agravación. El artículo 181.5 establece que se impondrá la pena en su mitad superior siempre que puedan apreciarse en todos los delitos básicos y agravados de abusos sexuales, salvo en el delito de abusos sexuales en el medio engaño o determinada posición en el que solo se podrán apreciar en el tipo agravado, no en el básico como establece el artículo 182.2⁷⁹.

El aumento de la pena se producirá si concurre la circunstancia 3ª o 4ª de las previstas en el artículo 180.1, en este sentido:

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

⁷⁹ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 383.

5. ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISEIS AÑOS.

El Código Penal dedica el Capítulo II bis a la regulación de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Este Capítulo fue incorporado por la Ley reformadora de 2010 en, trasposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003. La razón de ser de este tipo de delitos e sobre menores, es que el bien jurídico a proteger «adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas»⁸⁰. Estos delitos se constituyen como figuras agravadas, con mayor protección que los delitos anteriores por razón de la edad de las víctimas. El legislador español con la reforma de 2010 introduce un nuevo delito, el llamado “child grooming”⁸¹, en el art. 183 bis e introdujo reformas en la regulación típica de los delitos sexuales cometidos sobre menores de 13 años.

Con la Ley Orgánica 1/2015, se traspuso al código penal español atendiendo a compromisos internacionales la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. En este sentido, se intensifica la protección a los menores en estos delitos, aumentando la edad de los sujetos pasivos de trece a dieciséis años. Además se incorporándose nuevas conductas delictivas en el art 183 bis, y se introducen los vigentes arts. 183 ter, en sus dos apartados, y 183 quater.

El bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la intangibilidad e indemnidad sexual del menor, garantizando el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado. Sobre este respecto señala BOIX REIG⁸², la imposibilidad de hablar de libertad sexual de los menores, careciendo estos de capacidad de consentir en el ámbito sexual. El legislador español no protege la libertad sexual de los mismos, sino que centra su interés jurídico en la protección de la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor.

⁸⁰ Preámbulo XIII , LO 5/2010, de 22 de junio.

⁸¹ Actualmente regulado en el art.183.ter. del Código Penal.

⁸² Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 390

5.1 MODALIDAD TÍPICA:

a) Abusos sexuales a un menor

Sanciona el artículo 183.1 al que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, con una pena de prisión de dos a seis años.

Anteriormente a la reforma de 2015, se castigaba al sujeto activo que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años. Si bien, con la regulación vigente la edad ha aumentado a dieciséis años, y se penaliza la realización de actos sexuales sin especificar que se atenten contra la indemnidad sexual. En este punto, BOIX REIG⁸³ sostiene que el bien jurídico protegido en todos estos delitos ya es la indemnidad sexual del menor, sin necesidad de su mención en el precepto.

La sentencia de tribunal supremo 24 de febrero de 2015⁸⁴ recuerda que la conducta sexual con un menor supone abuso sexual aunque no exista violencia o intimidación, dada la irrelevancia del consentimiento del menor. La norma penal establece una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento de cualquier acción sexual realizada con un menor.

b) Agresión sexual a un menor

Se regula en el apartado 2 del artículo 183.2, que castiga como responsable de un delito de agresión sexual al que, empleando violencia o intimidación, realizare actos sexuales con un menor, cuando le compeliere a realizarlos con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. Imponiéndose para todas estas modalidades la pena de cinco a diez años de prisión.

Con la reforma de 2015 se amplía el tipo penal incluyéndose la realización de conductas sexuales del menor con terceros o sobre sí mismo, aumentando la edad como anteriormente mencionamos a dieciséis años. El precepto especifica como medio comisivo para realización de estos hechos, el empleo de violencia o intimidación. Sin la concurrencia de violencia o intimidación en sentido propio, no sería aplicable esta modalidad delictiva, englobándose en ese caso los hechos como abusos sexuales a un menor. La intimidación, como analizamos anteriormente, supondría amenazar a la

⁸³ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 391

⁸⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 97/2015 de 24 de febrero de 2015.

víctima si no accede a participar en una determinada acción sexual con un mal grave, futuro y verosímil. Podemos incluir en este supuesto como amenaza la difusión de vídeos y fotografías tomadas al menor en actitudes pornográficas.

c) Modalidad agravada.

Se sanciona penalmente en el artículo 183.3 el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, con una pena de o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. La imposición de la pena varía en función de la conducta del sujeto activo. En primer lugar, se pena ocho a doce años al responsable de abusos sexuales si los hechos consisten en acceso carnal o introducción. En segundo lugar, se penaran por estos mismos hechos al responsable de agresión sexual a un menor, con la pena de doce a quince años.

La pena prevista para esta modalidad delictiva, se ha mantenido desde la reforma de 2010. Anterior a mencionada reforma, podemos destacar el incremento punitivo de las conductas descritas respecto a la regulación anterior a 2010. El elemento común de estos delitos es la minoría de dieciséis años del sujeto pasivo. En este sentido, debemos entender que el Código Penal se refiere a dieciséis años biológicos⁸⁵. Dejando al margen los supuestos en los que el sujeto pasivo tenga una edad mental inferior a dieciséis años, pero no biológicamente.

d) Circunstancias específicas de agravación

El artículo 183.4 señala la pena en su mitad superior a la pena prevista, para las conductas de los subapartados anteriores, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- «Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años».

Este subtipo agravado contempla la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo por razón del escaso desarrollo intelectual o físico, por trastorno mental, y en todo caso cuando sea menor de 4 años. En esta última circunstancia, el legislador prescinde del todo estudio

⁸⁵ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 392.

individualizado de cada supuesto aplicando siempre esta circunstancia cuando que la víctima sea menor de dicha edad.

El las restantes circunstancias será preciso acreditar la existencia de una absoluta indefensión del menor⁸⁶, bien por el escaso desarrollo intelectual o físico, bien por sufrir un trastorno mental. La situación de total indefensión, más propia del agravante de alevosía, requiere en la víctima no una situación de especial vulnerabilidad sino una situación de completa indefensión, siendo preciso el análisis de cada supuesto concreto.

- La naturaleza jurídica de la segunda agravación específica del citado precepto consistente en «cometer el hecho por la actuación conjunta de dos o más persona»

Esta agravación que ya figuraba en el artículo 180.1.2, se ha incorporado también, con la modificación de 2015, a los delitos de abuso y agresión sexual a menores de dieciséis años. Siendo en la práctica más aplicable a los delitos de agresiones sexuales a menores. El Tribunal Supremo en el caso de pluralidad de partícipes, la circunstancia encuentra razón de ser en la contribución eficaz para lograr el objetivo antijurídico contra la indemnidad sexual del menor.

- «Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio».

Esta circunstancia es aplicable únicamente a las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, al ser requerido por el tipo el empleo como medio comisivo de violencia o intimidación. Como ya señalamos en el delito de agresiones artículo 180.1.1^a, consideramos circunstancia agravante el carácter degradante o vejatorio de la violencia o intimidación, teniendo en cuenta en estos casos el sujeto pasivo que las padece, siendo un innecesario maltrato o padecimiento provocado por el sujeto activo.

- «Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima».

⁸⁶ Vid. CADENA SERRANO, M. A., LOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL A MENORES DE 16 AÑOS DEL ARTÍCULO 183.2 Y 3 CP. SUBTIPOS L AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 183.4 CP. EL DELITO DEL ARTÍCULO 183 BIS CP, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Fidel%20Cadena%20Serrano.pdf?idFile=57089dea-0317-41d8-b310-34507a24067e ,consultado el 25 de agosto de 2017.

Este subtipo reproduce literalmente el artículo 180.1.4, del mismo podemos extraer dos conductas el abuso de la situación superioridad y del parentesco. Cuando nos referimos al abuso de superioridad basado en la edad, debemos tener en cuenta tanto la edad de la víctima, la edad del autor. En relación al parentesco, cabe mencionar como el art. 23 del CP incluye al cónyuge o asimilado, debiéndose aplicar en estos supuestos la circunstancia genérica de este artículo al no ser incluido en las circunstancias específicas del artículo 183.4.d). Para poder aplicar la relación de superioridad o parentesco, el tipo exige no solo que se den las situaciones, sino que además el autor se haya prevalido de ellas para alcanzar sus pretensiones sexuales.

- «Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima».

Tras la reforma de 2015, se amplía la puesta en peligro no solo de la vida sino también de la salud del menor, salud que puede considerarse física o mental e incluyéndose la forma de comisión tanto dolosa como imprudente.

La puesta en peligro reconocida en este precepto, no debe ser inherente a la situación violenta o intimidatoria recogida por el tipo básico⁸⁷. En el caso de producirse su muerte o lesión, no se aplicaría el subtipo en garantía del “*principio non bis in ídem*”, sino que por concurso de normas y principio de consunción, el riesgo quedaría absorbido un delito contra la vida o de lesiones.

- «Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades».

Las conductas delictivas de las organizaciones y grupos criminales aparecen recogidas en los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter. Entendemos por organización criminal, la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos. En cambio, grupo criminal es la unión de más de dos personas, que sin reunir alguna de las características de la organización criminal, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delito.

⁸⁷ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 394

Este subtipo exige que la infracción se haya cometido en el ámbito de actividad de la organización o grupo, siempre que tengan por objeto la realización de actividades de abuso o agresión sexual.

e) Prevalimiento de la condición de autoridad.

En el apartado 5 del artículo 183 se establece que en todos los de abusos o agresiones sexuales a menores de dieciséis años, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá la pena prevista en el tipo además de la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Para la aplicación de este precepto es preciso haberse prevalido de ser autoridad o agente de la misma para alcanzar los fines delictivos señalados en estos delitos.

5.2 DETERMINACIÓN A PARTICIPAR O PRESENCIAR COMPORTAMIENTOS SEXUALES A MENOR DE 16 AÑOS

El artículo 183 bis penaliza dos conductas. En el primer apartado, el sujeto activo que determine con fines sexuales a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, se le impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años. En el segundo, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años, si el autor obliga a la víctima a presenciar abusos sexuales.

Esta figura delictiva, anteriormente era considerada como delito de corrupción de menores criticado doctrinalmente por la confusión entre moral y derecho que implicaba, como señala BOIX REIG⁸⁸.

El sujeto activo debe determinar u obligar a presenciar al menor esos comportamientos de naturaleza sexual, sin que participe en los mismos. Cuando el tipo señala actuar con fines sexuales, necesidad de que concurra el elemento subjetivo de lo injusto, haciendo referencia al ámbito libidinoso difícil de probar como ya señalamos anteriormente. El medio comisivo que configura este tipo delictivo es el medio propio del abuso o agresión sexual. En el párrafo segundo del art 183 bis se impone una pena

⁸⁸ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 395.

superior, al constituir los actos que presencia el menor por su propia naturaleza abusos sexuales.

6. AGRESIÓN SEXUAL Y ABUSO SEXUAL: DISTINCIÓN DE AMBAS FIGURAS DELICTIVAS.

El legislador español a partir de 1995 en la regulación de los delitos sexuales diferencia dos figuras las agresiones sexuales y los abusos sexuales. Ambas se diferenciarán en la utilización por el agente de violencia o intimidación como medios para perpetrar el ataque. Así, se comprende como delito de agresión sexual aquellas conductas que se utilice fuerza o intimidación para la comisión del delito, mientras que el resto de conductas menos graves quedan desplazadas a la figura de los abusos sexuales⁸⁹. En ambas figuras delictivas, la acción básica está constituida por la realización de actos no consentidos que atentan contra la libertad sexual de la persona y concurriendo⁹⁰:

- Como elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico, con significado sexual.
- Como elemento subjetivo, “*ánimo libidinoso*” o propósito de obtener una satisfacción del apetito sexual del agente.

Las agresiones sexuales⁹¹ aparecen reguladas en nuestro Código Penal del art. 178 a 180 como explicamos en epígrafes anteriores. Hacen referencia al atentado contra la libertad sexual con violencia o intimidación sin introducción (art. 178), atentado contra la libertad sexual con violencia o intimidación y con introducción (art. 179) y agresiones sexuales sin o con introducción cualificadas agravadas (art. 180).

Para los abusos sexuales⁹², como desarrollamos en epígrafes anteriores, existe una conducta determinante del comportamiento sexual, que en ausencia de violencia o intimidación, admite diversas modalidades, como refiere el Código Penal en los arts. 181 y 182. En ellos se recoge el atentado contra la libertad sexual sin violencia o intimidación y sin consentimiento, desde el actuar sin la voluntad de la víctima, hasta obtener la voluntad mediante el abuso de superioridad o engaño (art. 181), y, abusos sexuales engañosos con persona mayor de 13 y menor de 16 años (art. 182).

⁸⁹ Vid. CARUSO FONTÁN, M. V. Ob. cit. pág. 181

⁹⁰ Vid. GAVILÁN RUBIO, María, 2018. “AGRESIÓN SEXUAL Y ABUSO CON PREVALIMIENTO: ANÁLISIS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA”, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) núm. 12, pág. 76.

⁹¹ Vid. supra, epígrafe 3.

⁹² Vid. supra, epígrafe 4.

Ambas figuras delictivas, de difícil distinción en supuestos concretos que platea la realidad, han sido objeto de análisis doctrinal en numerosas ocasiones, pero no solo doctrinal, también han sido analizadas exhaustivamente desde un punto de vista jurisprudencial como trataremos en este apartado. Esta problemática se ha visto reflejada en un caso concreto recientemente, y lleno de problemática, la Sentencia 38/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra.

6.1 RECIENTE JURISPRUDENCIA AL RESPECTO.

La regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual ha sufrido innumerables modificaciones desde la aprobación del Código Penal de 1995. Con el objetivo de reducir estas conductas que afectan a lo más íntimo de la persona, se ha endurecido su tratamiento penal, procurando contemplar toda agravación previsible en su regulación, pero con extrema atención de no incurrir en “*bis in ídem*”, que produciría una doble sanción a una misma conducta o motivo de agravación⁹³.

La jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, ha establecido el grado de violencia o intimidación necesarios para poder hacer referencia a agresiones sexuales. No han de ser irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que han de ser de un carácter suficiente y eficaz para lograr el fin libidinoso propuesto por el sujeto activo, llegando a paralizar o inhibir la conducta de la víctima, que no muestra resistencia en aras de prolongar una oposición de la que podrían derivarse males mayores⁹⁴. La resistencia de la víctima es innecesaria cuando el agresor, ejerce una intimidación clara y suficiente, determinando el tipo penal, su actividad o actitud, y no la de la víctima.

El grado de violencia o intimidación han de ser idóneos para que la víctima pueda ejercer su derecho a la auto determinación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. En estos casos es preciso, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa

⁹³ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 411/2014, 26 de mayo de 2014, y Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 553/2014, 30 de junio de 2014.

⁹⁴ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 609/2013, 10 de julio de 2013.

de tal modo que sea percibida por aquél⁹⁵, en caso contrario hablaríamos de abusos sexuales, o relación libremente mantenida entre dos personas.

Cuando hablamos de violencia, la reiterada doctrina jurisprudencial mantenida por Alto Tribunal desde las primeras sentencias al respecto, ha entendido empleo de fuerza física como equivalente a actos de coacción o imposición material, agresión real más o menos violenta, o golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima⁹⁶.

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo en numerosas sentencias, la intimidación, integrada en el tipo de agresiones sexuales, debe ser previa, grave, inmediata, seria y determinante del consentimiento forzado⁹⁷, pero no alcanza a supuestos en que simplemente se reclama discreción sobre los hechos realizados.

Resulta difícil, a la hora de aplicar el Código Penal, delimitar los abusos sexuales mediante prevalimiento, de las agresiones sexuales con intimidación. En aras de distinguir ambos delitos contra la libertad e indemnidad sexual, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha diferenciado en supuestos concretos ambas figuras. En la Sentencia de 21 de enero de 2016⁹⁸, tomada como base para posteriores sentencias, se determina por intimidación, la ausencia de un comportamiento coactivo dirigido a la obtención del consentimiento, que no aparece en los casos de prevalimiento. Por prevalimiento entiende la doctrina jurisprudencial, la existencia de una situación de superioridad que coarta la libertad de la víctima, sin requerir actos amenazantes de un mal futuro, sin embargo la intimidación, es un grado superior, basado en un mal, identificado y de posible realización, que suprime, o reduce muy significativamente, la capacidad de decisión de la víctima, en la medida de aparentemente muestra su consentimiento ante una situación que no tiene otra elección aceptable. La víctima ante la amenaza de dos males en la que la sitúa el agresor, opta por el que considera en esos momentos el mal menor, lo que no puede entenderse como su consentimiento al mismo.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2013, pone de manifiesto que en los casos de intimidación como forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, la misma no puede decidir, ve anulada o reducida de forma radical

⁹⁵ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 914/2008, 22 de diciembre de 2008.

⁹⁶ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 1546/2002, 23 de septiembre de 2002.

⁹⁷ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 355/2015, 28 de mayo de 2015.

⁹⁸ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 9/2016, 21 de enero de 2016.

su capacidad de decisión en defensa del bien jurídico atacado, siendo en los delitos de agresión sexual la libertad o indemnidad sexual. La intimidación de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. Continúa la sentencia, haciendo referencia a la situación de prevalimiento, como aquella que coarta la libertad de decisión, “*una especie de intimidación pero de grado inferior*”, disminuye la libertad pero no la impide. El sujeto activo a consecuencia de una posición de superioridad o privilegiada, como refiere el art. 181.3 del Código Penal, abusa de la víctima, presionándola e impidiendo que pueda tomar una decisión libremente en materia sexual⁹⁹.

Para diferenciación de ambas figuras, analizamos la resolución del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016. Por sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, se condena como autor responsable de un delito de abusos sexuales al recurrente. El recurso de casación se sustenta en que la sentencia recurrida no describe cuáles son los actos en los que se fundamenta la actitud dominante, es decir aquellos que transforman una relación sexual en un acto delictivo, mantienen que hacer referencia a la actitud mantenida por el condenado como “*forma autoritaria y dominante*”, no implica estar ante un delito de agresiones sexuales y menos de agresión sexual por intimidación. Sin embargo se omite en el recurso, como hechos probados consideramos en la sentencia, que el condenado conduciendo el coche con el que recogió a la víctima se desvió hacia un camino de tierra y paró en un punto despoblado, ante la negativa de la víctima a mantener relaciones sexuales el acusado de forma autoritaria y dominante manifestó que “*había venido a follarse y follaría*”, en caso contrario la dejaría allí en el camino “*tirada*”, la víctima desconocía donde se encontraba, era un camino de tierra y estaba anocheciendo, el condenado mantenía en todo momento una actitud verbal y gestual agresiva, accedió a la exigencia de hacerle una felación, cuando finalizo, exigió igualmente practicar coito con penetración vaginal¹⁰⁰.

Como ocurre en el caso de autos que acabamos de exponer el sujeto activo a través de actos intimidatorios sin entidad para determinar la existencia de una agresión, pero que unidos a otras circunstancias concurrentes configuran una evidente situación de superioridad de la que se aprovecha el autor, pese a las negativas previas de la víctima.

⁹⁹ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 542/2013, 20 de mayo de 2013.

¹⁰⁰ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 132/2016, 23 de febrero de 2016.

Concurren como mantiene la Sentencia de 23 de febrero de 2016, tres elementos que integran el prevalimiento:

1. Situación de superioridad manifiesta.
2. Coartar la libertad de la víctima.
3. Es consciente el sujeto activo de su situación de superioridad y de sus efectos inhibidores sobre la víctima, valiéndose de esta situación para conseguir el consentimiento viciado para lograr la relación sexual.
4. El agente consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevale de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual.

De no mediar el aprovechamiento de esas condiciones en el delito de abuso sexual por prevalimiento, que colocan al sujeto activo en una situación de superioridad frente a la víctima, es fácil inferir de los actos coetáneos e inmediatamente posteriores de la víctima, que las relaciones sexuales con la víctima no hubieran tenido lugar.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 964/2013, de 17 de diciembre de 2013¹⁰¹, entre otras sentencias, centra su fundamentación en las agresiones sexuales que se realizan bajo una misma presión intimidatoria, considerando en estos supuestos delito continuado cuando se ataque al mismo sujeto pasivo, en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, cuyo único propósito es el aprovechamiento de similares situaciones por parte del mismo sujeto activo.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, podemos encontrar tres situaciones¹⁰²:

1. Cuando exista continuidad entre los accesos, produciéndose por reiteración inmediata, ante un deseo sexual del sujeto activo prolongado, aunque produzca varias penetraciones por la misma o diferentes vías, sea vaginal, anal o bucal. En este supuesto nos encontramos ante un sólo delito, tomando en consideración la reiteración en la individualización de la pena para el caso concreto.
2. Cuando los actos individuales de agresión o abuso sexual se prologan durante un tiempo, bajo una misma situación violenta, intimidatoria o de prevalimiento,

¹⁰¹ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 964/2013, 17 de diciembre de 2013.

¹⁰² Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 463/2006, 27 de abril de 2006, y Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 964/2013, 17 de diciembre de 2013.

manteniéndose las mismas personas implicadas, entenderemos que nos hallamos ante un supuesto de continuidad delictiva.

3. Cuando los actos sexuales acaecidos se diferencian en el tiempo, y son consecuencia de distintas agresiones o amenazas cuyo fin es doblegar la voluntad del sujeto pasivo, debemos considerar que nos encontramos ante un concurso real de delitos.

Atendiendo a estos criterios mantenidos por el Tribunal Supremo, se parecía delito continuado en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, cuando exista un dolo unitario incida sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes¹⁰³.

Por otro lado, en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 355/2015, 28 de mayo de 2015, admitida a trámite por recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, que condena al acusado por delito de agresión sexual, la Sala sentenciadora omite cualquier referencia a violencia o intimidación, limitándose a justificar la aplicación a los hechos del párrafo primero del art 183 (víctima menor de trece años). Se menciona a tenor literal en la sentencia de la Audiencia Provincial, que el acusado "*utilizaba mecanismos de seducción, como si de un juego se tratara*", no utilizando para la consecución de los delitos "*ningún tipo de violencia o intimidación*", y sin embargo se lo condena por delito de agresión sexual.

Al analizar la mencionada Sentencia, el Tribunal Supremo considera errónea la condena al recurrente por un delito de agresión sexual. El error, en numerosas sentencias, tiene origen en la confusión de identificar la agresión sexual con el antiguo delito de violación, es decir con la concurrencia de penetración, sin embargo en el modelo de tipificación actual es responsable de agresión sexual quien utilice violencia o intimidación para la consecución de los hechos. Para evitar la reiteración de estos errores, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, la doctrina jurisprudencial diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, en la utilización de violencia o intimidación, no en la concurrencia de acceso carnal.

Caruso Fontan, aún admitiendo la prioridad a la protección de la libertad sexual que da el Código Penal, y valorando la presencia de violencia o intimidación, que obligo a remitir a los abusos sexuales aquellas conductas de penetración realizadas sobre menores en las que no medie violencia o intimidación. De acuerdo con las características de la

¹⁰³ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 553/2007, 18 de junio de 2007.

normativa es “duro” admitir que una penetración sobre un menor, que no tiene noción del carácter del acto, pueda considerarse de menor gravedad que la perpetrada sobre un adulto con intimidación. Sin embargo como recalca esta autora, dicha diferencia es necesaria para mantener la coherencia de la regulación¹⁰⁴.

Surge en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual un difícil problema, encontrar pruebas de cargo bastantes para enervar la presunción de inocencia¹⁰⁵. En muchas ocasiones, estos actos tipificados por la Ley se realizan en sitios apartados, ocultos, sin testigos, lo que dificulta la obtención de pruebas. En estos supuestos, la declaración de la víctima, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, como mantiene el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, siempre que se den una serie de caracteres¹⁰⁶.

La valoración de la declaración de la víctima, desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación, como indica la jurisprudencia al respecto, basada en¹⁰⁷:

- coherencia interna: declaración de la víctima con ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas en todo el procedimiento, concreción en la declaración, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades.
- coherencia externa: datos objetivos de corroboración de carácter periférico.

En este punto entendemos que es necesario hacer una aclaración con respecto al delito de agresiones sexuales, la Jurisprudencia entiendo que no solo debe haber una declaración de la víctima mantenida en el tiempo, sino que además de quedar probada la oposición al acto sexual. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 2017¹⁰⁸, entendió que colocar boca abajo a la víctima sujetándole los brazo, con una de las manos por parte del acusado, procediendo a situar su cuerpo por encima de ella, no garantiza la realización

¹⁰⁴ Vid. CARUSO FONTAN. M.V. Ob. cit. pág. 221.

¹⁰⁵ Art 24.2 de la Constitución Española: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

¹⁰⁶ Tribunal Constitucional (Sala segunda). Sentencia núm. 3540/1998, 28 de octubre de 2002, y Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 339/2007, 30 de abril de 2007.

¹⁰⁷ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 355/2015, 28 de mayo de 2015.

¹⁰⁸ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 460/2017, 21 de junio de 2017.

de la penetración, efectuada sin resistencia alguna frente a esa situación, y sin necesidad de utilizar ningún otro mecanismo violento.

De acuerdo con la sentencia que acabamos de mencionar, entiende el Tribunal Supremo, que nada aparece en la sentencia de instancia en relación a la amenaza o intimidación psíquica que podría explicar con mayor dosis de verosimilitud, la inacción y la actitud meramente pasiva de la mujer. Como refleja el relato de los hechos en el *factum*, ni ha tenido lugar acto intimidatorio o de contenido amenazante, ni situación de prevalimiento o abuso de circunstancias psíquicas. Por todo ello entiende el tribunal que no se produce una auténtica agresión sexual, en la que se debe aparecer violencia o intimidación que anulan la capacidad de autodeterminación de la víctima. A tenor literal de la Sentencia tratada, sostiene el Alto Tribunal: *“La sujeción con una mano de los brazos de la víctima por encima de su cabeza, no es capaz de producir una inmovilización suficiente que garantice la penetración vaginal.”*

Sin embargo, esto no desvirtúa la declaración de la víctima como prueba de cargo, al cometerse el acto sexual en el dormitorio conyugal, lugar íntimo donde no existen testigos. La declaración de la víctima se mantiene en el tiempo, relatando como se refleja en los hechos probados, que ese día su marido se hallaba junto a un hermano arreglando el tejado, y a la hora de comer ella estaba echada sobre su cama y apareció él con ropa de trabajo, y le dijo con palabras textuales como se refleja en la sentencia *“mira como me tienes, tengo los huevos duros, tanto tiempo sin follar y soy un hombre y lo necesito...”*. Ante estas manifestaciones, la mujer se opuso explícitamente a mantener relaciones sexuales con el sujeto, este la forzó cogiéndole los brazos, poniéndola boca abajo y penetrándola vaginalmente. En esos momentos, estando los hijos menores del matrimonio en la casa la mujer, como se extrae a tenor literal de su declaración: *“no gritó porque los niños estaban en la casa y no quería que se alarmasen o se enterasen de lo que pasaba”*. La víctima relata como la acción duro poco tiempo, producida la eyaculación, el acusado se marchó de la habitación, momento en que la mujer se duchó de inmediato, como manifiesta, por el asco que le dio. Es cierto que la víctima indica como su voluntad es contraria a realizar el acto sexual, sin embargo no añade ningún acto más de oposición material, no realizándose como queda acreditado, actos de violencia o intimidación para conseguir los propósitos lúbricos del sujeto activo.

En los hechos probados, queda probado que la mujer no quería mantener relaciones con su marido, pero no se describen actos violentos que hiciera el acusado para doblegar

la voluntad de la misma, dado el contexto en que se producen, no queriendo la mujer alarmar a sus hijos que se encontraban en el domicilio, adoptar una actitud de negarse a realizar el acto sexual pero sin gritar, ni oponer una resistencia que alertara a los menores. Entendiendo el tribunal en este sentido que no podemos calificar como violencia física el hecho de que el acusado sujetara con una mano las dos de la víctima. Se modifica por ello el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial, que condenaba los hechos por delito de agresión sexual, a lo que se entiende en este supuesto por un delito de abuso sexual.

6.2 SENTENCIA N°8 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA.

En los últimos años este caso, apodado por los medios de comunicación “*la manada*”, ha sido objeto de notoria repercusión periodística y social. Han sido numerosas las manifestaciones ciudadanas que solicitaban a los tribunales una condena “*ejemplar*”, mientras otra parte de la sociedad solicitaba su libre absolución por unos hechos no constitutivos de delito, siendo propios de una “*relación consentida*”. Incluso se ha planteado necesaria una nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, a partir de la polémica suscitada por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra. En este apartado del trabajo, nos vamos a centrar en el análisis de los hechos probados, los problemas jurídicos planteados, y la resolución última del Tribunal Superior Justicia de Navarra.

A treinta de noviembre de dos mil dieciocho se publica la Sentencia N°8, vista por Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior Justicia de Navarra, como Sala de lo Penal. Se presenta por las parte Recurso de Apelación, registrado con el n° 7/18, contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2018 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en la causa n° 426/16, dimanante del procedimiento sumario ordinario n°1670/16 del Juzgado de Instrucción número 4 de Pamplona, por delitos contra la libertad sexual, contra el patrimonio y contra la intimidad.

La sentencia de 20 de marzo de 2018, dictada por la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, condena a los cinco acusados, como autores de un delito continuado de abusos sexuales con prevalimiento previsto y penado en el Art 181.3 del Código Penal, en el subtipo agravado del número 4, en relación con los Arts. 192 y 74 del mismo Código, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad

criminal, a la PENA DE NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales. Prohibición de acercamiento a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años. Se les impone cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal. En el ámbito de la responsabilidad civil se le condena a indemnizar conjunta y solidariamente, en aplicación con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰⁹.

Notificada la resolución de la Audiencia Provincial de Navarra a las partes, el Ministerio Fiscal, la acusación particular, y las dos acusaciones populares interponen recurso de apelación solicitando la condena de los encausados por un delito continuado de agresión sexual con las circunstancias agravantes de acción conjunta por dos o más personas, y tratarse de actos denigrantes y vejatorios. En cuanto al recurso de apelación de los encausados, se solicita la libre absolución de todos los pronunciamientos menos el hurto del teléfono móvil de la víctima por uno de los encausados.

a) Hechos probados.

Se admiten por el Tribunal de Justicia de Navarra los hechos declarados en la sentencia apelada, con la única modificación de que el tratamiento médico de la víctima en el CIMASCAM, comenzó en septiembre de 2016.

Los procesados se encontraban en la Plaza del Castillo de Pamplona, el día 7 de julio de 2016 a las 2:50 horas del día 7 de julio de 2016, lugar donde se celebraba un concierto con motivo de las fiestas de San Fermín. José Ángel Prenda Martínez estaba sentado en el segundo banco, entrando a la derecha a la Plaza del Castillo, cuando se acercó “la denunciante”, quien tenía 18 años, había llegado a Pamplona. La “denunciante”, se mantuvo en la Plaza del Castillo con un grupo de personas que acababa de conocer mientras el amigo con el que llegó se dirigió a otra plaza, después de bailar y festejar se

¹⁰⁹ Audiencia Provincial de Navarra (Sección segunda). Sentencia núm.038/2018, 20 de marzo de 2018.

quedó sola y se sentó en el banco donde estaba José Ángel Prenda. Estando sentados iniciaron una conversación, acercándose posteriormente al banco los otros acusados. “La denunciante”, dijo a los procesados que se iba a ir al coche para descansar, ofreciéndose estos para acompañarle. Las seis personas salieron sobre las 03:00:45 de la Plaza del Castillo, dos de los procesados, se acercaron al Hotel Europa quedándose retrasada. En este lugar, el encargado de control de acceso de clientes al Hotel, a quien se dirigen, pidiéndole una habitación por horas “*para follar*”, indicándoles este que eso no era posible, sin que la denunciante hubiera escuchado esta parte de la conversación. Siguieron el camino mientras uno de los procesados, empezó a cogerle del hombro y de la cadera, “la denunciante” sintiéndose incómoda, propuso cambiar de dirección. José Ángel Prenda reparó en que una mujer accedía al portal del inmueble, simulando que estaba alojado, cogió uno de los ascensores y subió al segundo piso, bajando al portal por las escaleras, para seguidamente dar acceso al portal. Mientras, permanecían en la puerta, Ángel Boza y “la denunciante”, se besaron en la boca. José Ángel Prenda desde la puerta de acceso al portal, que mantenía abierta, dijo “*vamos, vamos*”. En ese momento Ángel Boza, quien le había dado la mano para besarse, tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano Alfonso Jesús Cabezuelo, apremiándola a entrar en el portal, quién entro de modo súbito y repentino, sin violencia. Cuando le introdujeron en el portal, los procesados, le dijeron “*calla*”, significándole que guardara silencio mediante el gesto de llevarse la mano abierta a la boca. De esa forma “la denunciante” y los procesados llegaron a la puerta ubicada en el interior de portal, situada a la izquierda de los ascensores, entrando a este espacio, un habitáculo de forma irregular y tamaño reducido (unos 3 m²). Cuando “la denunciante” accedió la puerta de acceso, estaba abierta, tenía delante de ella a uno de los procesados y detrás a otros, los acusados le rodearon. Rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, “la denunciante” se sintió impresionada y sin capacidad de reacción.

En ese momento, notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura, experimentó una sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga. “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. Los procesados, aprovecharon la situación de la denunciante, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso. En concreto fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Alfonso Jesús Cabezuelo y José Ángel Prenda, en dos ocasiones, al igual que Jesús Escudero Domínguez quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin preservativo. Durante el desarrollo de los hechos Antonio Manuel Guerrero, grabó con su teléfono móvil seis vídeos, Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena, grabó un vídeo, con una duración de 39 segundos. Finalizados estos hechos se marcharon escalonadamente. Apropiándose Antonio Manuel Guerrero Escudero, en su propio beneficio, del teléfono móvil de “la denunciante”, extrayendo la tarjeta SIM y la tarjeta de memoria, arrojándolas en el lugar de los hechos. Cuando “la denunciante”, cuando advirtió que se habían ido todos los procesados, se puso el sujetador, se subió los leggins y el tanga, comprobó que el teléfono móvil no estaba comenzó a llorar y salió del habitáculo. Al verla llorar en la calle una pareja que pasaba la atendió y llamo a emergencias. Fue trasladada desde el lugar de los hechos hasta el Servicio de Urgencias de Navarra, donde se le revisó ginecológicamente, administró tratamiento anticonceptivo de emergencia y profiláctico.

Sobre las 8:20 horas José Ángel Prenda, Ángel Boza, Antonio Manuel Guerrero y Alfonso Jesús Cabezuelo, fueron identificados por agentes de la Policía Foral de Navarra, en el callejón de la plaza de toros, dejándoles marchar. Cuando salieron los cuatro procesados de la plaza de toros, Antonio Manuel Guerrero tiró el teléfono móvil de “la denunciante, que fue recogido. La Policía Foral de Navarra localizó el vehículo, con el que los acusados se habían desplazado y a las 11:15, horas del día 7 de julio de 2016, fueron detenidos.

A raíz de estos hechos la víctima presenta trastorno de estrés postraumático, recibiendo de forma continuada tratamiento psicológico.

B) Problemas jurídicos analizados.

El primer motivo de apelación planteado por la defensa, es por infracción de la presunción de inocencia y contravención¹¹⁰, alegada en base a contaminación de las pruebas de cargo y la falta de imparcialidad de los juzgadores, como resultado de un juicio mediático paralelo y condenatorio. Este motivo es desestimado por el Tribunal, el principio de publicidad de las actuaciones judiciales¹¹¹ reconocido Constitucionalmente, no contradice la tutela judicial efectiva. Es una garantía de control del funcionamiento de la administración de justicia, que genera confianza y la arraiga socialmente. En este caso concreto, el Tribunal determina como la causa se ha desarrollado tras un proceso con todas las garantías, siendo decisiva la declaración de la denunciante como prueba de cargo, corroborada por unos testimonios coherentes y vídeos pericialmente valorados, una prueba médica y psicológica debatida en el plenario. No apreciándose en la resolución, ninguna relación de causalidad con manipulación mediática o conspiración política.

El segundo motivo de apelación de la defensa es, quebrantamiento de las normas y garantías procesales, falta de motivación y falta de objetividad, solicitando la nulidad de las pericias policiales sobre los vídeos y de la pericia psicológica. Se argumenta que las pericias se han fundado en prejuicios por la presión mediática, tergiversando su contenido, careciendo de adecuada motivación y obteniéndose con infracción de las normas procesales. Se mantiene en el escrito la no justificación del estrés postraumático de la víctima como describe el informe sociológico.

Frente a estas alegaciones, en el presente caso, no se produce un error en la valoración de las pruebas, las pericias como exige la Ley, han sido debatidas en el juicio, la parte recurrente ha propuesto libremente una contraprueba, que también fue debatida y contestada. Sostiene el órgano sentenciado como los juicios de valor sobre las pericias presentadas por todas las partes, se ponderan con minuciosidad y verosimilitud. Las pruebas periciales impugnadas no se acreditan contaminadas, además de ser la prueba de cargo sobre la que se sustenta el procedimiento.

Otro de los motivos de impugnación sostenidos por la defensa, es la declaración de la denunciante como prueba de cargo, alegando que ella prestó su consentimiento a unas

¹¹⁰ Art. 24 de la Constitución Española.

¹¹¹ Art. 120.1 de la Constitución Española: “Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.”

relaciones sexuales con los acusados. El motivo de la denuncia según esta parte, fue porque la víctima se sintió desechada al haberla dejado sola después de la relación y no hacerle caso. Además, insisten en la empatía que ella muestra a los acusados, y sentimiento de culpabilidad por el daño que les causa, considerándola incompatible con la agresión sexual.

Como hemos desarrollado al analizar la reciente jurisprudencia sobre abusos y agresiones sexuales, el testimonio de la víctima en esta modalidad delictiva es valorado en detalle bajo los parámetros de persistencia en la incriminación, verosimilitud y credibilidad¹¹².

Cuando transcurridos los hechos la denunciante sale a la calle, muestra una intensa situación de desesperación, angustia y ansiedad como reflejan los primeros testigos que se la encuentran. Posteriormente, cuando es trasladada al hospital por la Policía foral de Navarra, muestra miedo a permanecer sola, e incluso como muestra el informe médico al llegar a urgencias, presenta una extrema agitación.

La declaración de la denunciante se mantiene todo el procedimiento, con algunas pequeñas inexactitudes pero manteniendo lógica y razonabilidad en lo ocurrido. A este respecto, entiende el Tribunal la inverosimilitud de que la víctima consintiera el maltrato y la vejación, la atmósfera opresiva y el prevalimiento de grupo en que se desarrolla la acción criminal

Se aprecia por la defensa error en la valoración de prueba, no solo por las contradicciones en la declaración de la joven, sino también por el error en la interpretación de los vídeos. Sin embargo frente a esto, el órgano sentenciado mantiene como el testimonio de la víctima es coherente y persistente en la incriminación. En el presente caso y admitido por la propia denunciante, penetra sin violencia en el portal, constituyendo el núcleo del acto delictivo, la conducta sorpresiva de los acusados que sitúan a la joven en un contexto opresivo y humillante, mediando su desvalimiento, aprovechando una desproporción abusiva de fuerzas, y sirviéndose de una situación de superioridad por razón de género, edad y actuación en grupo.

El contenido de los siete videos que grabaron dos de los acusados, son analizados minuciosamente por la Sala, del que se extrae literalmente de la sentencia de la Audiencia

¹¹² Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 62/2018, 5 de febrero de 2017.

Provincial de Navarra¹¹³: *“Estas imágenes por tanto nos presentan una visión sesgada , parcial y fragmentaria del modo en que se desarrollaron los hechos en el interior del habitáculo; tomadas a conveniencia de los procesados , interrumpidas abruptamente - vídeos seis y siete - , cuando la denunciante está agazapada , acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando”*. Además a tenor literal, añade la sentencia: *“expresó gritos que reflejan dolor y no apreciamos ninguna actividad de ella; estas imágenes evidencian que la denunciante estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados”*. A juicio del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, la víctima muestra pasividad, mientras los acusados con un comportamiento abusivo, atentan contra el derecho a la libre determinación personal de la joven, prevaliéndose de su número y fuerza, escarneciendo su situación de desamparo, no apreciándose en ningún momento participación activa de la misma vejatorios actos que muestran en las imágenes.

Otro de los puntos a destacar en el recurso de apelación presentado por la defensa es la falta de congruencia por condenar a los acusados por un delito continuado de abusos sexuales con prevalimiento, cuando el auto de procesamiento y las acusaciones les acusan de agresión sexual.

Se cuestiona la vulneración del derecho fundamental a ser informados de la acusación e igual de armas¹¹⁴. Como fundamente entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014¹¹⁵, el Tribunal puede modificar la calificación jurídica, siempre que se trate de delitos homogéneos y que el delito recogido en la sentencia no sea más grave que el de la acusación. Entre los delitos de agresión sexual (por el que vienen acusados) y de abuso sexual con prevalimiento (objeto de condena), se da una clara y patente “homogeneidad descendente”¹¹⁶. Ambos delitos, cuanto tutelan un mismo bien jurídico, se hallan comprendidos en el mismo título del Código penal y la calificación del segundo comprende las mismas premisas fácticas del primero, salvo el empleo de la violencia o intimidación, propias del más grave delito imputado¹¹⁷.

¹¹³Audiencia Provincial de Navarra (Sección segunda). Sentencia núm.038/2018, 20 de marzo de 2018. Pág. 59 y Pág. 72.

¹¹⁴ Art. 24 de la Constitución Española y Art. 6.3 Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH).

¹¹⁵ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 578/2014, 10 de julio de 2014.

¹¹⁶ Tribunal Supremo. Sentencia núm. 509/1997, 10 de abril del 1997.

¹¹⁷ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 573/2008, 3 de octubre de 2008.

En este caso, la acusación y la condena se refieren a los mismos hechos, al mismo bien jurídico tutelado, de libertad y de autodeterminación personal. Los elementos esenciales del delito han sido objeto de debate contradictorio, y los acusados se han defendido de los hechos que conforman la imputación del de abuso. La diferencia con los abusos sexuales con el delito de agresión sexual, solo se diferencia en el empleo de violencia o intimidación. La pena correspondiente al abuso es inferior a la de la agresión, no produciéndose novedad sustancial que justifique la indefensión.

Por otro lado, se alega con carácter subsidiario por la defensa, error invencible. Según esta parte, se afirma que los acusados no pudieron conocer los acusados no han conocido el estado de desconexión y sometimiento de la denunciante, siendo inducidos a error por la misma. Actuaba desinhibida y descontrolada, no pidiendo ayuda, ni realizando ningún gesto de negativa a las relaciones, en este estado de euforia los acusados creyeron legítimamente que la denunciante prestaba su consentimiento. Trayendo a colación el abuso sexual por prevalimiento, regulado en el Código Penal, la situación de superioridad debe ser sea manifiesta, y eficaz, con relevancia suficiente.

Sin embargo, como mantiene el Tribunal sentenciador y la jurisprudencia al respecto, la constatación de no haber expresado o manifestado la víctima su oposición a la relación sexual, en la situación de patente inferioridad consciente y deliberadamente aprovechada por quien se sirve de ella para la consecución de sus tortuosos fines, no puede ser percibida como un asentimiento. En este caso siendo cinco los integrantes del acto es poco razonable determinar que no tenían consciencia de su superioridad en el abuso, ni de la humillación que infligían a la víctima. En este sentido, en los términos utilizados por la Audiencia Provincial de Navarra: *“no podían pasar desapercibidas para los procesados, el estado, la situación en que se encontraba la denunciante que evidenciaban su disociación y desconexión de la realidad; así como la adopción de una actitud de sumisión y sometimiento, que determinó que no prestara su consentimiento”*¹¹⁸.

El Ministerio Fiscal, en su recurso de apelación, mantiene como los hechos probados no pueden encuadrarse en la figura del abuso con prevalimiento, sino que deben reputarse agresión con intimidación. Su línea argumental, se centra en la situación sorpresiva en que se encontró la víctima, lo que le impidió reaccionar, intensidad y gravedad de la

¹¹⁸Audiencia Provincial de Navarra (Sección segunda). Sentencia núm.038/2018, 20 de marzo de 2018. Pág. 106.

inhibición de su libertad, desvalimiento extremo, dada la superioridad física y numérica de los acusados. La víctima nunca aceptó mantener ninguna relación sexual, ni explícita ni implícitamente. Aprecia intimidación, en el análisis de los videos, asumiendo que su pasividad ante tamaña agresión, fue debida al miedo a sufrir males mayores. Considera así los hechos, constitutivos de un delito continuado de agresión sexual, con dos circunstancias agravantes: la acción conjunta de dos o más personas¹¹⁹, y tratarse de actos denigrantes y vejatorios¹²⁰.

Refiere en este sentido el Ministerio Fiscal, que la diferencia entre prevalimiento y amenaza, estriba en la intensidad de la coacción, que en el presente caso ha de interpretarse objetivamente, ante una libertad totalmente anulada de la víctima, imposibilitada para defensa alguna. En el habitáculo es rodeada por los acusados, la agarran del pelo y le rodean el cuello, de lo que se deduce por esta parte una amenaza expresa, que no hace falta que sea de palabra, bastando con que fuera suficiente y adecuada para el logro del perverso fin.

Este motivo es desestimado, la intimidación en los la figura de las agresiones sexuales, exige una conducta activa del agente inmediata a la obtención de su ilícito fin. No basta que el sujeto pasivo se sienta intimidado, la intimidación ha de ser deliberadamente provocada por el imputado, mediando una causa externa objetiva y suficiente. El miedo es una situación subjetiva de la víctima, no puede transformar en intimidatoria una acción que no tiene este carácter¹²¹.

Como debatimos en el apartado anterior de este trabajo, por la sentencia también se analiza jurisprudencialmente un problema que afecta a estas modalidades delictivas, la sutil línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento. Aprovecharse de unas circunstancias propicias de tiempo y lugar, que coartan la capacidad de decidir, entra más en la concepción prevalimiento, mientras que la inexistencia absoluta de consentimiento, objetivamente perceptible, y causado por fuerza o amenaza de sufrir un mal inminente y grave, nos refiere más concretamente a intimidación¹²². En la agresión frente al abuso con prevalimiento, es el elemento delimitante la amenaza o amedrentamiento con un mal inminente y grave, racional y fundado¹²³. La postura jurisprudencial en el concepto de

¹¹⁹ Art. 180.2 del Código Penal.

¹²⁰ Art. 180.1 del Código Penal.

¹²¹ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 769/2015, 15 de diciembre de 2015.

¹²² Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 368/2010, 26 de abril de 2010.

¹²³ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 132/2016, 20 de febrero de 2016.

amenaza, aplicable a las agresiones sexuales, determina que debe tener relevancia objetiva y constatarse en el hecho probado. Lo relevante es la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo, más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no lo es o carece de componentes objetivos para serlo. La acción intimidante debe estar abarcada por el dolo del autor, es decir, que intimide al sujeto pasivo con la finalidad de doblegar su voluntad contraria al acto sexual¹²⁴”

En el caso concreto objeto de análisis, la Audiencia Provincial, encargada de examinar y ponderar la prueba, ha concluido de forma tajante, con la unanimidad en este particular de los tres magistrados, que *“no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual...”*. Consideran que los hechos probados de la sentencia recurrida, no describen una acción intimidatoria, la exigible amenaza, ya sea explícita o tácita. En el relato se expresa el relato fáctico expresa una *“situación... conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos...”*, pero, sin poder hablar de amenaza. Tampoco se demuestra por las acusaciones medio físico para doblegar la voluntad de la víctima. La intimidación al no tener fundamento de sustentación en los hechos probados, no puede ser de aplicación, en caso contrario supondría una inferencia agravatoria.

Se plante por la acusación particular, una posible amenaza tácita de carácter ambiental, que anularía completamente la libertad de decidir de la víctima. La intimidación ambiental, es definida en términos de amenaza tácita o implícita, jurisprudencialmente aplicada para deducir la cooperación necesaria en los delitos contra la libertad sexual, cuando concurren personas distintas a la que consuma la agresión, que con su presencia contribuyen al efecto intimidatorio sufrido por la víctima¹²⁵. En este caso, no se aprecia en los acusados un acto previo de concertación para amedrentar a la víctima y alcanzar el fin libidinoso. Los hechos ocurren por un encadenamiento de sucesos que en sí mismos no fueron premeditados, sino aprovechados.

Queda apreciado por la Sala, como en los hechos descritos, no se encuentra un elemento instrumental de violencia o signo intimidatorio que sustente la aplicación del tipo penal de agresión, ni siquiera el ambiente y el grupo.

¹²⁴ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 368/2010, 26 de abril de 2010.

¹²⁵ Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 786/2017, 30 de noviembre de 2017.

Se plantea respecto a la grabación de las prácticas sexuales por dos de los acusados, un delito contra la intimidad¹²⁶ recogido en el Código Penal, mientras la denunciante desconocía que la estaban grabando, por lo que no presto su consentimiento. Sin embargo el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, entiende que no puede entrar a enjuiciar en esta apelación un delito que la sentencia de primera instancia se abstuvo de juzgar y que quedó en ella imprejuizado.

A) Resolución y voto particular.

El Tribunal superior de justicia tras el estudio de todas las alegaciones presentadas por las partes en sus recursos de apelación adopta por mayoría, con el voto particular de dos magistrados el falle de la sentencia:

1. Desestima íntegramente el recurso de apelación presentado por la defensa.
2. Estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la denunciante, en ejercicio de la acusación particular.
3. Desestimar íntegramente los recursos interpuestos por Ministerio Fiscal y por el Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, ejercitando la acusación popular.
4. Declarar la nulidad parcial de la sentencia 38/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra, en el particular relativo a la absolución de los acusados del delito contra la intimidad, y ordena la devolución a la Audiencia para que, con la misma composición, dicte sentencia exclusivamente sobre este delito.
5. Confirmando el resto de pronunciamientos dictados por la sentencia apelada, confirmando la pena de 9 años de prisión por abusos sexuales.

Este fallo no refleja unidad de criterio respecto a la condena por abusos sexuales por prevalimiento, el voto particular de dos magistrados discrepa de la opinión mayoritaria. Entienden que nos encontramos ante un supuesto de ausencia o inexistencia de consentimiento por parte de la víctima, valorando como algo inútil una posible oposición, imposibilidad de obtener auxilio de otras personas, máxime cuando hablamos de cinco sujetos de complexión física fuerte. Consideran que concurren los elementos objetivos y subjetivos necesarios para atentar contra la libertad sexual de la víctima, mediante la intimidación de los acusados, hechos constitutivos del delito de agresión sexual.

¹²⁶ Art. 197.1 del Código Penal.

En opinión de estos dos jueces, en el delito de agresión sexual concurren dos agravantes, por una parte la intimidación reviste un acto degradante o vejatorio, y por otro lado, en el hecho actuaron dos o más personas. A la vista de lo argumentado en sus votos particulares consideran a los cinco acusado autores de un delito continuado de agresión sexual, por existencia de intimidación, y proponen condenarlos, como reo a de violación a la pena de 14 años, 3 meses y un día de prisión.

7. ANALISIS DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL EN ESPAÑA

El contacto con fines sexuales a menores por medios tecnológicos, se sanciona penalmente desde la Ley reformadora del Código Penal de 2010. Con esta reforma se introduce el término «child grooming», como delito tipificado en el art. 183 bis CP castigándose el contacto con fines sexuales con un menor de trece años, edad en la que se había fijado el consentimiento sexual.

Se amplía la tipicidad de este delito en la reforma de 2015, como consecuencia de la firma por parte del Estado Español del Convenio de Lanzarote de 12 de marzo de 2009. Se incorpora un nuevo art. 183 ter en virtud del cual comete el delito de child grooming quien contacte online con el fin de cometer agresiones y abusos sexuales con un menor de dieciséis años, ampliándose en este sentido la edad del sujeto pasivo. Se crea en su segundo apartado el delito conocido internacionalmente como «sexting», consistente en el embaucamiento de un menor de dieciséis años para facilitarle o intercambiar material pornográfico en el que aparezca representado u otro menor, por cualquier medio tecnológico en las que se represente o aparezca un menor. Además, esta reforma incorpora una cláusula de exención de la responsabilidad, regulada en el art. 183 quáter, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Analizaremos todas estas conductas como acoso a menores por medios tecnológico, y no dentro del apartado de agresiones o abusos sexuales a menores de dieciséis años como aparece recogido en el Código Penal. Para un mejor enfoque al estudio de estos delitos, como sostiene BOIX REIG, entendemos que todas estas conductas con sus respectivas penas engloban la figura de acoso, recalando en todo momento que se refieren exclusivamente a menores de dieciséis años.

Posteriormente en este Capítulo analizaremos en acoso sexual en sentido propio, fue introducido en nuestro Código Penal de 1995, modificando su redacción con las reformas de 1999 y 2003, hasta su actual vigencia en ordenamiento penal.

7.1. ACOSO A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS POR MEDIOS TECNOLÓGICOS

7.1.1. *Child grooming*

En el primer apartado del artículo 183 ter, analizamos el delito denominado internacionalmente *child Grooming*¹²⁷ o acercamiento tecnológico a los menores de dieciséis años con fines sexuales. Este artículo incorporado con la reforma de 2010, se justifica, en aumento de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores.

Esta previsión, contenida hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 en el precedente art. 183 bis, evidencia la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores, con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual.

El precepto establece: «El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

Destaca en esta nueva regulación respecto a la reforma de 2010, la supresión de la alusión a los arts. 178 a 181 CP, en los que se tipifican las conductas de agresiones y abusos sexuales pero sobre mayores de dieciocho años, y tipificando estas mismas conductas con un menor de edad de entre dieciséis y dieciocho años en el artículo 182. En este sentido, el legislador protege la indemnidad sexual de los menores de dieciséis años haciendo solo referencia a la conducta que pretende realizar el sujeto activo sobre ellos, como especifican los arts. 183 y 189.

La naturaleza de esta modalidad delictiva, aumenta las barreras de protección por parte del derecho penal, castigando los actos preparatorios pertenece a la fase interna y no

¹²⁷ Preámbulo XII, LO 5/2010, de 22 de junio.

externa o ejecutiva del delito, para la comisión de abusos o agresiones sexuales a menores de dieciséis.

A) Elementos objetivos y subjetivos.

En esta modalidad delictiva nos encontramos ante un tipo penal “mixto acumulativo”¹²⁸ que exige una pluralidad de actos.

En primer lugar la Ley exige contacto por medio tecnológico, refiriéndose a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, este listado genérico da cabida a cualquiera otros mecanismos. Un sector doctrinal entiende que si el menor es captado no por estos medios sino mediante el contacto físico entre autor y víctima, no regirá la aplicación de este precepto sino solo se aplicará la pena por el delito cometido. No obstante otro sector sostiene que el contacto inicial puede ser directo y prolongarse posteriormente por medios tecnológicos, sería en estos casos de aplicación el tipo penal puesto que en el mismo no se especifica si el contacto tecnológico ha de ser inicial o derivado

El segundo requisito es la proposición del encuentro. Entendemos en este sentido que se produce el elemento descrito en el tipo con la concertación de la cita sin necesidad de que la víctima acepte o no el encuentro.

Además no basta con las dos circunstancias anteriores el tipo exige actos materiales encaminados al acercamiento como consecuencia del contacto inicial. Para el legislador los actos deben ser materiales y no meramente formales, cuya finalidad sea el acercamiento. Ante esta concepción tan genérica se pueden incluir ilimitadas formas de realizar estos actos.

Este delito se exige como elemento subjetivo que la conducta del sujeto activo se dirija a cometer cualquiera de los delitos de los arts. 183 y 189 con el menor.

B) Tipo agravado.

Como señalamos anteriormente se impondrá la pena en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. Para aplicar esta agravación la coacción, intimidación o el engaño deben ser el medio comisivo utilizado por el sujeto activo para el acercamiento al menor.

¹²⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 97/2015 de 24 de febrero de 2015.

B) Concursos.

En este precepto analizado, se incluye una cláusula concursal que permite la aplicación de este tipo penal, “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. En estos casos, nos encontraremos ante un concurso de normas como dispone el artículo 8 de nuestro Código. El concurso establecido en el artículo anterior, implica una unidad valorativa frente al hecho cometido, siendo suficiente la aplicación de uno de los tipos que incluya el desvalor jurídico-penal de la infracción, como en nuestro caso sería la aplicación del delito consumado o tentativa del art 183 o del art 189.

7.1.2 *Sexting*

En el segundo apartado del art 183 ter, encontramos el delito de *sexting* o intercambio de contenidos pornográficos de menores con un menor de dieciséis años, castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. En el preámbulo de la Ley reformadora de 2015, se otorga una mayor protección a los menores frente a los abusos cometidos por medios tecnológicos, como respuesta a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan dichos medios.

La tipificación de esta conducta deriva de la Directiva de 2011¹²⁹, en la que los Estados miembros se comprometen a adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier conducta que por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se valga el autor, para embaucar a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil.

El termino embaucar hace referencia a «engañar o alucinar, prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado»¹³⁰. Para la aplicación de este tipo penal no es necesario que el menor llegue a facilitar el material pornográfico, basta con que el sujeto activo realice las acciones tendentes a engañar a la víctima para conseguir mencionado material¹³¹.

¹²⁹ Artículo 6.2 de la Directiva 2011/93/11 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

¹³⁰ Rae: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=embaucar>

¹³¹ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 403

Analizando esta modalidad delictiva, podríamos encontrarnos ante un concurso real delitos con el artículo 197.7¹³². En este sentido, el art. 183 ter 2º párrafo contempla un acto preparatorio de adquirir a través de medios tecnológicos mediante embaucamiento material pornográfico, incluso del propio menor, en estos caso si esas mismas fotografías se revelan o difunden, estaríamos ante el delito contra la intimidad como establece el artículo 197.7 del Código Penal.

7.1.3. Cláusula de exención de la responsabilidad.

El artículo 183 quater establece como exclusión de la responsabilidad, desde la reforma de 2015, «el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez».

En esta línea como sostiene el Tribunal supremo en la Sentencia de 18 de enero de 2017¹³³, aunque este novedoso precepto no establece mínimo alguno respecto a la prestación de unes imprescindible para la aplicación de esta exención que estemos ante una proximidad de edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez.

7.2 ACOSO SEXUAL PROPIO.

El delito de acoso sexual aparece regulado en el artículo 184, del Capítulo III del Título VIII del Libro II del Código Penal. La incorporación de este delito en el Código Penal desde el punto de vista de MUÑOZ CONDE¹³⁴, fue consecuencia de la presión social de grupos principalmente feministas, que sostenían la frecuencia con la que ocurrían este tipo de conductas, afectando principalmente a la libertad sexual de la mujer como mayoritariamente víctima de estos actos.

¹³²Vid. DOLZ LAGO, M. J., ANÁLISIS DE LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LO 1/2015 EN LOS DELITOS TIPIFICADOS EN LOS ARTÍCULOS 182 Y 183 TER CP. LAS CONDUCTAS RELATIVAS A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD DEL ART. 188 CP. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel-Jes%C3%BAAs%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=cdd89aa-7935-4111-bccf-3a2ea6aa8456 , consulta 10 de agosto de 2017.

¹³³Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1001/2016 de 18 de enero de 2017.

¹³⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F., Op. cit. págs. 217 y 218.

La figura de acoso sexual fue reconocida como un problema social, en la mitad de los años 70 en Estados Unidos, como reconocimiento legal al problema que generaba al contribuir a la inequidad en las oportunidades de empleo y trabajo¹³⁵.

En virtud de esta situación, para garantizar que el acoso pudiera prevenirse y combatirse de una manera eficaz dentro del entorno laboral, surgió la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo¹³⁶. Esta directiva, incluyó un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual y definió por primera el mismo como conducta o comportamiento de naturaleza sexual que atenta a la dignidad de la mujer y del varón en el trabajo a través de comportamientos físicos, verbales o no verbales, indeseados por la víctima. En este sentido, estaremos ante un delito de acoso sexual cuando la víctima considera claramente ofensivos e indeseados los actos, a diferencia de un comportamiento amistoso que es deseado, aceptado y mutuo por los sujetos.

El acoso sexual, atenta contra la libertad de decisión de una persona en el ámbito sexual. Esta afectación a la esfera íntima del individuo, es garantizada por la Constitución Española en el artículo 18.1, siendo tutelada en este mismo sentido por la Constitución la dignidad de la persona, como señala el art. 10 de la misma.

La mayoría de la doctrina considera esta modalidad delictiva innecesaria o disfuncional en relación con otros delitos contra la libertad e indemnidad sexual, favoreciendo en algunas ocasiones al penado de acoso sexual sobre otros delitos con sanciones penitenciarias superiores¹³⁷. Otro de los conflictos que plantea este delito es la delimitación con otros tipos penales, como los delitos contra libertad sexual e indemnidad, o el delito de amenazas.

7.2.1 Tipo básico

El primer apartado del artículo 184 contiene la modalidad básica de acoso sexual. En él, se castiga como autor de acoso sexual al que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de

¹³⁵Vid. Bernet Soto, A., Informe sobre el acoso sexual en el trabajo análisis de su regulación penal y extrapenal, disponible en: <http://www.igualdadenedlaempresa.es/enlaces/webgrafia/docs/regulacion-penal.pdf>, consulta 15 de agosto de 2017

¹³⁶ Vid. CARUSO FONTÁN, M. V. Op. cit. pág. 369

¹³⁷ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 404

servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. En estos supuestos se impondrá una pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses

El Tribunal supremo señala en la Sentencia de 23 de junio de 2000¹³⁸, como la principal cuestión que se plantea con la introducción del tipo penal de acoso es en qué momento abandonamos la protección que hace el ordenamiento laboral o civil para adentrarnos en la protección penal, indiscutiblemente más severa. Esta mayor protección se justifica, respecto en los casos más graves de acoso sexual, debiendo los elementos objetivos y subjetivos propios de este delito, en garantía del principio de legalidad.

Los elementos objetivos que deben ocurrir para que podamos aplicar la modalidad delictiva son:

a) Solicitud de favores sexuales.

Esta solicitud constituye la acción típica del delito. Esta terminológica tan genérica como sostiene SERRANO GOMEZ¹³⁹, deja el tipo penal muy abierto pudiéndose incluir una gran cantidad de conductas. La solicitud de este tipo de favores de naturaleza sexual, tiene aplicación punitiva con independencia del medio de expresión utilizado.

b) Los favores deben solicitarse tanto para el propio sujeto activo, como para un tercero.

Se pone de relevancia por el precepto, la indeterminación del sujeto activo. Este puede solicitar favores sexuales para sí o para un tercero. En este último caso, debemos probar si el tercero es participe de dicha conducta pudiendo llegar a responder como coautor o cooperador necesario dependiendo del supuesto concreto, analizando en el ámbito participación del delito su posición y grado de conocimiento de los hechos.

c) Dichos favores deben solicitarse en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios

Debe existir este tipo de relación entre el sujeto y la víctima, no especificándose que esta tenga que ser de superioridad. Esta convivencia entre los sujetos debe ser continuada y habitual. En este sentido, sostiene BOIX REIG¹⁴⁰ que lo relevante es la continuidad o

¹³⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1135/2000 de 23 de junio de 2000.

¹³⁹ Vid. ALONSO PÉREZ, F. Op. Cit., pág. 95.

¹⁴⁰ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 406

frecuencia de la relación no el tipo de contrato laboral, docente o de servicios que ha permitido crear esta situación.

- d) Provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante

El término "gravemente" que se emplea en este precepto se predica tanto de la situación intimidatoria, como de la hostil o humillante. Sirve para delimitar cuándo la acción quedaría fuera de la protección del ordenamiento civil o del laboral, y quedaría protegida la víctima por el ámbito de lo penal. Esta situación provocada en la víctima supone el resultado del delito perseguido por el autor.

Como sostiene la Sentencia anteriormente mencionada de 23 de junio de 2000, ha de interpretarse por situación objetiva no la mera impresión subjetiva de la víctima, sino que debe ser capaz dicha situación de generar grave intimidación, hostilidad y humillación a cualquier persona colocada en esa situación.

- e) El autor tiene que obrar con dolo.

El acoso sexual requiere la solicitud de favores sexuales por el sujeto activo en las situaciones mencionadas. En este sentido, se pone de manifiesto que nos encontramos ante un delito de dolo directo, en el que el autor es consciente que actúa para provocar el daño previsto en la víctima. Al necesitar por el tipo penal un dolo directo, la ley no permite las formas imprudentes en su comisión.

En esta modalidad delictiva, entendemos que debe existir un adecuado enlace de causalidad entre la acción sexual desplegada por el sujeto activo y el resultado exigido

7.2.2. Tipo agravado.

En el segundo apartado del artículo 184 se agrava la pena de acoso sexual si el culpable comete el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación. Imponiéndose en caso de esta agravación la pena de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

Este precepto agravatorio exige una superioridad jerárquica, no necesaria para aplicar el subtipo anterior. En este sentido, esta relación de superioridad es de la que se aprovecha el sujeto activo sobre la víctima, estando en una aposición ventajosa. Pero no solo debe darse esta situación de superioridad sino que deben incluirse todos los elementos analizados en el tipo básico.

Respecto a malograr las legítimas expectativas de la víctima en el ámbito de su relación, también es de aplicación este subtipo agravado valiéndose el sujeto activo de intimidaciones o amenazas. En esta línea, las amenazas como sostiene MUÑOZ CONDE deben ser serias, creíbles y capaces de ser realizadas por el sujeto que las realiza, atendiendo por todo ello a las circunstancias específicas de cada caso concreto en relación a la edad, al tipo de amenaza, etc..

7.2.3 Tipo especialmente agravado

El artículo 184 apartado tercero impone una pena de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo cuando a víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación.

Esta especial vulneración, fue analizada anteriormente cuando estudiamos las cinco circunstancias específicas que por aumentar el grado del injusto o la antijuricidad de la acción agravan la pena de las agresiones sexuales. Teniendo en cuenta que en relación a la edad, no se determina si hace referencia a menores de trece años o a menores de dieciséis.

Doctrinalmente esta vulnerabilidad es criticada en base a dos puntos. Primero, esta agravación es inherente en el tipo de acoso sexual a las situaciones de desigualdad que el mismo genera. Segundo, el acoso sexual no se aplica en consecución de la aceptación de la víctima del favor sexual, siendo más propia para algunos autores como BOIX REIG dejar la vulnerabilidad del sujeto pasivo para la efectiva consecución de dicho favor.

7.2.4 Tipo especial

Este tipo especial aparece recogido, dentro de los Delitos contra la Administración Pública en el Título XIX del Libro II del CP, en el artículo 443, integrado en el Capítulo IX referido a las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función. En este acoso sexual, tipificamos dos supuestos que varía en función de sujeto activo que solicita los actos sexuales.

En primer lugar, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, el sujeto activo «autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior» (art 443.1). Como señala el precepto el autor como autoridad o funcionario público realiza un requerimiento directo de atenciones sexuales sin especificarse en el tipo las mismas, para resolver, evacuar informe o elevar a consulta la pretensión del sujeto pasivo¹⁴¹.

En segundo lugar, el artículo 143.2 sanciona «al funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda». En este subtipo penal se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años. El sujeto activo es funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores, sin embargo en estos casos dentro del sujeto pasivo no podemos incluir a todas las personas, como exige el tipo penal, la víctima debe ser interno del centro y estar bajo la custodia del funcionario.

En esta línea se impondrá la misma pena como establece el artículo 443.3 cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incluyéndose también en esta supuesto cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

¹⁴¹ Vid. ALONSO PÉREZ, F. Op. Cit., pág. 101

7.2.5. *Iter criminis*

El delito de acoso sexual se consuma con la realización de todos los elementos de la conducta típica. De realizarse todos los elementos, pero no provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, no castigaríamos el hecho como delito consumado sino como tentativa de acoso sexual.

El problema de la delimitación del acoso, con otras figuras delictivas se complica de forma significativa. Estos problemas concursales que en la práctica pueden plantearse se resuelven atendiendo a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Penal, donde analizando los hechos acaecidos en cada caso concreto se determinara el delito a aplicar¹⁴².

En los supuestos de acoso sexual en que el sujeto pasivo acepte la solicitud de favores sexuales, podemos encontrarnos ante un delito de agresión sexual o abusos recogido en el Código Penal. Sobre estos hechos, aplicaríamos el delito de agresión o abusos al encontrarnos ante un concurso de normas que se resolvería por el principio de consunción, la consunción del hecho y no el acto previo a la consunción que sería el acoso sexual. En las conductas intimidatorias, hostiles o humillantes sobre la víctima o cuando esta sea especialmente vulnerable se sancionaran por el mayor injusto que se derive del caso concreto, atendiendo a las circunstancias específicas de agravación que recoge el artículo 180. Las lesiones psíquicas que las anteriores conductas mencionadas pueden acarrear sobre la víctima, no se castigarían por el delito de lesiones del artículo 147.1, porque tales consecuencias psíquicas son secuelas derivadas de la acción delictiva de acoso sexual, indemnizables como tales como responsabilidad civil inherente al delito¹⁴³.

En los supuestos en que el autor se prevalga de una situación de superioridad, podremos encontrarnos ante el delito de abuso sexual con prevalimiento. Se sancionara este abuso sexual si se constata que de dicha situación de superioridad se aprovecha o prevale el autor, en caso de no poder constatarlo se castigará únicamente por el acoso sexual.

Cuando se anuncie a la víctima un mal relacionado con sus legítimas expectativas, como establece el art. 184.2, puede plantearse concurso de norma con el delito de

¹⁴² Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág. 409

¹⁴³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 573/2017 de 18 de julio de 2017.

amenazas de un mal que no constituye delito, establecido en el artículo 171.1. En este sentido, algunos autores mantienen que es necesario un concurso de delitos por tratarse de dos delitos distintos con diferentes contenidos de injusto, no siendo suficiente la aplicación autónoma de cada uno¹⁴⁴. Otros autores, como BOIX REIG¹⁴⁵ establecen un concurso de normas entre ambos delitos prevaleciendo el artículo 184 al ser más específico, al provocar la situación intimidatoria o degradante hacia el sujeto. Este mismo autor mantiene la misma la prevalencia del acoso, cuando el art 184 entre en conflicto con el delito tipificado en el art 173.1, referido a sujeto activo que inflija a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral

Así, por lo que se refiere al delito previsto en el artículo 443 del Código Penal, ORTS BERENGER manifiesta que sería de aplicación el mismo en atención al principio de especialidad señalando la necesidad de pretensión de este sujeto activo. Otras líneas doctrinales sostienen que, existe un concurso de infracciones, en base a la diversidad de bienes jurídicos protegidos, tanto libertad sexual y como el funcionamiento de la función pública, frente a la integridad moral. Además, respecto al art. 184 en relación al art. 444 C.P., establecen que teniendo en cuenta que el precepto exige que el autor sea funcionario de Instituciones Penitenciarias o Centros de Protección o corrección de menores, existiría un concurso de delitos ya que el bien jurídico protegido por el art, 184 C.P es diferente, haciéndose en este precepto referencia al ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios.

¹⁴⁴ Vid. AGUILAR SAÉNZ, J.L., El delito de acoso sexual, disponible en <http://lexnauta.com/el-delito-de-acoso-sexual> , consultado el 29 de agosto de 2017.

¹⁴⁵ Vid. BOIX REIG, J. Op. cit., pág 409

CONCLUSIONES:

La primera conclusión a la que he llegado al analizar los delitos contra la libertad e indemnidad sexual es la importancia del bien jurídico contra el que atentan. Es, en mi opinión, un derecho inherente a toda persona disponer libremente de su sexualidad, sin que este derecho quede limitado por las pretensiones sexuales de otro; aunque inicialmente, el bien jurídico protegido en estos delitos era únicamente la libertad sexual, actualmente también debemos tener en cuenta la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces. Se percibe al menor o incapacitado como un sujeto especial en derecho penal, carente de capacidad de consentir en el ámbito sexual. A mi entender, esta carencia justifica la mayor protección que otorga el ordenamiento penal a los menores de dieciséis años en garantía de la formación de la personalidad, en su dimensión sexual.

Como segunda conclusión, me gustaría destacar la alarma de la opinión pública frente a estas situaciones. Es cierto, en relación a la primera conclusión, que el interés jurídico protegido es de especial relevancia social, debiéndose imponer en estos casos una contundente reacción penal. Sin embargo, no considero que el reproche moral y social que conllevan estos delitos contra la libertad e indemnidad sexual, deba aplicarse para la imposición de las penas. El legislador español en todo caso, debe velar por mantener las garantías propias del proceso penal.

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en mi opinión vulneran la decisión autónoma de la persona que se ve sometida sin posibilidad de tomar una libre decisión en materia sexual. Una relación sexual impuesta a mi parecer, es un acto que demuestra violencia en sí mismo. Sin embargo, es cierto que hemos ido evolucionando legislativamente, tradicionalmente para poder hablar de estos delitos debía estar presente “*el móvil libidinoso*” del sujeto activo. En la actualidad para penar este tipo de delitos prima la protección a la víctima, la situación concreta en que sea humillada, degradada o vejada con fines sexuales que atentan a su libertad e indemnidad sexual.

Respecto al delito de agresiones sexuales podemos destacar, como en esta modalidad delictiva se castiga al autor en función de la conducta sexual que consiga mediante violencia o intimidación sobre el sujeto pasivo. Imponiendo una pena mayor en el caso de las conductas más graves, como es el delito de violación. La conducta sexual de acceso carnal castigada en el delito de violación, fue pesada e interpretada durante muchos años como propia de relaciones heterosexuales; sin embargo, en mi opinión, actualmente tiene más sentido entender que la conducta puede ser realizada tanto por hombre como mujer. Es el mismo derecho español el que ha ido poco a poco reconociendo en igualdad de condiciones, tanto las relaciones heterosexuales, como las homosexuales. Además, como analizamos se elimina el término “*penetrar*” del Código Penal a partir de 1999, lo que refleja en el legislador un cambio en la forma de entender las relaciones sexuales.

En quinto lugar, al analizar las modificaciones sustanciales que la reforma de 2015 realiza respecto a la anterior regulación, destaco la introducción de una nueva conducta típica de abusos sexuales. En este sentido se incorpora la modalidad delictiva de abusos sexuales con prevalimiento, equiparándose punitivamente a los abusos sexuales con engaño. Ambos tipos penales protegen a los menores comprendidos entre dieciséis y dieciocho años, penando de forma superior estas conductas respecto al tipo básico, al no prever la pena de multa. En mi opinión, el abuso por engaño o por prevalimiento, no debería tener una pena superior a las conductas de abuso previstas en el tipo básico, que serían de aplicación a sujetos mayores de dieciséis años. Si el objetivo perseguido fuera penar más gravemente el abuso de existir prevalimiento o superioridad, el tipo agravado de acceso carnal tendría también una pena superior al acceso carnal del tipo básico, como no ocurre en este sentido. A mi parecer, el abuso por engaño o por prevalimiento no debería tener una sanción punitiva tan elevada que supere la modalidad típica de abusos.

Siguiendo este hilo conductor la Ley reformadora de 2015 introduce modificaciones sustanciales respecto a las conductas de contacto con menores de dieciséis años con fines sexuales. Se aumenta la protección penal de estos supuestos al incrementarse la edad de los jóvenes de trece a dieciséis años. Cabe señalar como en la sociedad actual los medios tecnológicos están presentes en nuestro día a día. Respecto al ámbito penal, estos medios facilitan la comisión de diferentes delitos. A mi entender, con la tipificación del acoso a menores por medios tecnológicos se ha penalizado actos

preparatorios que, de otro modo serían impunes en base a la vulneración de la indemnidad o integridad sexual del menor que aunque el delito se haya consumado es posible que no llegue a afectarse.

Los delitos sexuales suelen realizarse en sitios inhóspitos, solitarios, alejados de testigos. Esta situación común en muchos supuestos, a mi entender, dificulta en gran medida la obtención de pruebas de cargo suficientes para enervar la presunción de inocencia. La declaración de la víctima en estas ocasiones, se convierte en indispensable prueba de cargo en el procedimiento. Sin embargo, cabe señalar que no son aceptadas por el tribunal ambigüedades, o generalidades, que supondrían una vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Como hace referencia la jurisprudencia, se exige una declaración con ausencia de modificaciones sustanciales a lo largo del procedimiento, concreción y aportación de datos objetivos.

Tras el análisis de la reciente jurisprudencia relativa a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, me ha llamado la atención la sutil línea divisoria entre el delito de agresiones sexuales con intimidación y los abusos sexuales por prevalimiento. Son numerosas sentencias las que centran su argumentación en diferenciar los conceptos de intimidación y prevalimiento, con grandes dudas al aplicar estos tipos penales en la práctica. De toda la jurisprudencia, podemos concluir en mi opinión, que intimidación es empleo de cualquier fuerza de coacción, amedrentamiento o amenaza de un mal previo, grave, inmediato, serio, que determina el consentimiento forzado. Mientras que el prevalimiento, es una situación de superioridad que coarta la libertad de la víctima, sin requerir actos amenazantes, como ocurre en la intimidación. El prevalimiento frente a la intimidación, coarta la libertad de decisión de la víctima pero en grado inferior, abusando de la situación en que se encuentra.

Por último, como novena conclusión al analizar el delito de acoso sexual he podido comprobar cómo nos encontramos ante una figura difícilmente delimitable respecto de otros delitos como el de amenazas, agresiones sexuales o abusos sexuales. En los supuestos de conflicto de esta figura con el delito de amenazas o el de menoscabo a la integridad en aplicación del principio de especialidad, se impondrá al sujeto activo la sanción punitiva del delito de acoso sexual. En este sentido, bajo mi punto de vista, de forma injusta se verá beneficiado de una menor pena el condenado como responsable de

un delito de acoso sexual, que de ser condenado como autor de un delito de amenazas o de menoscabo a la integridad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, F.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)», edit. Dykinson, Madrid, 2001.
- BOIX REIG, J. (dir): Derecho Penal. Parte especial, Volumen I, edit. Iustel, Madrid, 2016.
- BUSTOS RAMÍREZ, M.: Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1986.
- CANCIO MELIÁ, M.: «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual» en LA LEY PENAL, núm.80, marzo 2011, edit. LA LEY.
- CARMONA SALGADO, C.: *Curso de derecho Penal Español. Parte especial I*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996
- CARUSO FONTÁN, M. V.: Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DIEZ RIPOLLES, J. L.: «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», en Revista de derecho penal y criminología, núm.6, 2000.
- GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C.: Lecciones de derecho penal parte especial, 2.ª edición, edit. EDISOFER, S. L., Madrid, 2015.
- GAVILÁN RUBIO, M. “AGRESIÓN SEXUAL Y ABUSO CON PREVALIMIENTO: ANÁLISIS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA”, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) núm. 12, 2018
- MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal, Parte Especial, 12.ª edición, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- ORTS BERENGUER, E.: «Delitos contra la libertad sexual», en Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I, coordinado por VIVES ANTÓN, T.S., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES,J, en Cobo de Rosal, M.: Comentarios Código Penal, Madrid,1999.
- SERRANO GOMEZ, A.: Derecho Penal, Parte Especial, 4ª edición, edit. Dykinson, Madrid, 1999.
- SUAREZ RODRIGUEZ, C.: «El delito de agresiones sexuales». Edit. Aranzadi, Pamplona, 1995.
- TAMARIT SUMALIA, J.M., «Delitos contra la indemnidad sexual de menores» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, edit. Aranzadi, Pamplona, 2015.

ANEXO JURISPRUDENCIAL:

- Audiencia Provincial de Navarra (Sección segunda). Sentencia núm.038/2018, 20 de marzo de 2018.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 985/2016 de 11 de enero de 2017 (RJ STS 36/2017).
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 62/2018, 5 de febrero de 2017.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 460/2017, 21 de junio de 2017.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 493/2017 de 29 de junio (RJ 2585/2017).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 573/2017 de 18 de julio (RJ 3187/2017).
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 786/2017, 30 de noviembre de 2017.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 953/2016 de 15 de diciembre (RJ 5460/2016).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1001/2016 de 18 de enero (RJ 88/2017).
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 9/2016, 21 de enero de 2016.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 132/2016, 20 de febrero de 2016.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 132/2016, 23 de febrero de 2016.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 711/2015 de 19 de noviembre (RJ 4818/2015).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 97/2015 de 24 de febrero (RJ 823/2015).
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 355/2015, 28 de mayo de 2015.

- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 769/2015, 15 de diciembre de 2015.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 411/2014, 26 de mayo de 2014.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 553/2014, 30 de junio de 2014.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 578/2014, 10 de julio de 2014.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 542/2013, 20 de mayo de 2013.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 609/2013, 10 de julio de 2013.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 964/2013, 17 de diciembre de 2013.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 368/2010, 26 de abril de 2010.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 573/2008, 3 de octubre de 2008
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 914/2008, 22 de diciembre de 2008.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 339/2007, 30 de abril de 2007.
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 553/2007, 18 de junio de 2007.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 737/2007 de 13 de septiembre (RJ 6184/2007).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm.11/2006 de 19 de enero (RJ 312/2006).
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 463/2006, 27 de abril de 2006.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 476 /2006 de 2 de mayo (RJ 2578/2006).

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 197/2005 de 15 de febrero (RJ 904/2005).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1169 /2004 de 18 de octubre (RJ 6569/2004).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 834/2002 de 13 de mayo (RJ 3342/2002).
- Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 1546/2002, 23 de septiembre de 2002.
- Tribunal Constitucional (Sala segunda). Sentencia núm. 3540/1998, 28 de octubre de 2002.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1174/2001 de 2 de octubre (RJ 7439/2001).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1135/2000 de 23 de junio (RJ 5157/2000).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1118/1999 de 9 de julio (RJ 4930/1999).
- Tribunal Supremo. Sentencia núm. 509/1997, 10 de abril del 1997
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 8588/1993 de 13 de diciembre (RJ 8588/1993).