



**Universitat de les
Illes Balears**

Facultad de Derecho

Memoria del Trabajo Fin de Grado

¿Abuso o agresión sexual?

Criterios utilizados para la distinción entre prevalimiento o intimidación

Neus Campins Mayol

Grado en Derecho

Año académico 2018-19

DNI del alumno: 41587118J

Trabajo tutelado por Dra. María del Carmen Tomás-Valiente Lanuza
Departamento de Derecho Público

Se autoriza a la Universidad a incluir este trabajo en el Repositorio Institucional para su consulta en acceso abierto y su difusión en línea, con finalidades exclusivamente académicas y de investigación.	Autor		Tutor	
	Sí	No	Sí	No
	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Palabras clave del trabajo: abuso sexual, prevalimiento, agresión sexual, intimidación, violencia, consentimiento.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS SEXUALES	3
2. DIFERENCIA ENTRE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL	4
2.1. DELITO DE ABUSO SEXUAL	5
2.2. DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL	7
3. EL CONCEPTO DE PREVALIMIENTO	8
3.1. ¿QUÉ SITUACIONES PUEDEN ORIGINAR ESTA “VENTAJA”?	10
4. CONCEPTO DE VIOLENCIA Y INTIMIDACIÓN TÍPICA	12
4.1. VIOLENCIA	12
4.2. INTIMIDACIÓN	13
5. DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE EL CONCEPTO DE INTIMIDACIÓN Y PREVALIMIENTO	17
6. CONCEPTO DE RESISTENCIA	18
7. PROPUESTAS DE REFORMA	19
7.1. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA	19
7.2. CONVENIO DE ESTAMBUL	21
7.3. ¿QUÉ ES LA PERSPECTIVA DE GÉNERO?	22
8. CONCLUSIONES	23
BIBLIOGRAFÍA	25

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se procederá a la exposición de la evolución legislativa de los delitos sexuales, deteniéndonos en el análisis de las distinciones entre el delito de abuso sexual (art. 181 a 182 CP) y el delito de agresión sexual (art. 178 a 180 CP). Distinción que en la práctica no resulta tan clara, por lo que será necesario conocer el significado jurisprudencial de los conceptos de prevalimiento y de intimidación, conceptos clave para determinar si nos encontramos ante uno u otro delito. No obstante, son numerosos los casos en los que hay desacuerdo en la interpretación que se realiza de la entidad de la intimidación utilizada. A raíz de la dificultad de regulación de estos delitos, se han ido proponiendo una serie de reformas encaminadas a mejorar la efectividad del sistema normativo español.

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS SEXUALES

No se puede entender la configuración actual de los delitos contra la libertad sexual, configurados en nuestro Código Penal en su Título VIII, sin tener presente la evolución de la concepción de la mujer en la sociedad.

En **1848** la función de la mujer era ser hija, esposa y madre, considerada una pertenencia del hombre, exigiéndose pulcritud y castidad hasta el punto de que si una mujer sufría una violación y el agresor accedía a casarse con ella, librándose éste de la pena, era un alivio para la familia al considerarse que se estaba salvando la honra de la familia. La virtud sexual era el valor protegido y constituía el valor social de la familia, de ahí que durante más de un siglo la denominación del título don de se enmarcaban los delitos sexuales en el Código Penal fuera “Delitos contra la honestidad”.

Desde 1848 hasta 1989 los delitos de violación y abusos deshonestos se mantuvieron inalterados. Se contemplaba como sujeto pasivo del delito a la mujer, y como sujeto activo al hombre. La conducta típica era el “yacimiento”, considerado como la penetración heterosexual vaginal, y su mayor punidad se debía a la importancia que se otorgaba a la virginidad y al peligro de embarazo, en definitiva a la virtud de la mujer, relevándose a abuso sexual la penetración heterosexual anal y las relaciones homosexuales.

Fue la Constitución Española de **1978** la que motivó una modificación sustancial del Código Penal, la mujer empezó a ser protagonista tanto en la vida social como en la vida política, produciéndose un avance de su posición en la sociedad como ser independiente. Pero no fue hasta **1989** cuando se dejó atrás toda referencia a la protección moral y a la valoración subjetiva que suponía la conceptualización de los delitos de violación y abusos deshonestos. Se optó por el reconocimiento de la libertad sexual como bien jurídico protegido de los delitos sexuales. El Título del Código Penal pasó a denominarse “Delitos contra la libertad sexual” y se incluyeron diversas

novedades: inclusión del hombre como sujeto pasivo, la equiparación del acceso carnal por las tres vías (vaginal, anal y bucal) y el establecimiento de la concepción del término “objetos”, estableciéndose que sería considerado objeto todo aquel que reemplazara al órgano fálico, negando la posibilidad de incluir los dedos.

El resultado del reconocimiento de la libertad sexual e indemnidad sexual como bien jurídico protegido, dio lugar en **1995** a un endurecimiento de las penas relativas a los delitos que atentaban contra la libertad sexual. Se modificó la clasificación de los delitos sexuales en base al medio utilizado, la cual persiste a día de hoy. Esta nueva clasificación permitió la inclusión de acciones que con la regulación anterior no eran típicas, como los ataques sorpresivos y los realizados sobre personas incapacitadas para resistir.

En definitiva, nuestro Derecho Penal establece unas directrices que sirven para fijar unas escalas de valores a partir de las cuales se estructuran los tipos. “A priori” muchas decisiones que se adoptan en materia de delitos contra la libertad sexual nos pueden parecer injustas e incomprensibles, en una sociedad en constante evolución es tarea del intérprete el análisis de la norma, sugiriendo cambios al legislador cuando la norma ya no cumpla con su finalidad.

2. DIFERENCIA ENTRE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL

Como se ha expuesto en el apartado anterior, no fue hasta 1989 cuando la libertad sexual pasó a ser el bien jurídico protegido. Con la elaboración del proyecto del Código Penal de 1995 se plasmó una nueva concepción del elemento diferenciador entre las dos conductas típicas, el punto de referencia para la tipificación de los hechos no radica en la concreta actividad sexual que el sujeto activo lleve a cabo, sino en el grado de doblegamiento de la libertad de la víctima. Desde 1989 hasta la regulación actual de los delitos sexuales, la indeterminación de los términos utilizados ha llevado al juzgador a interpretar dichos términos en cada caso.

Durante 1989 hasta 1995 se utilizaron dos expresiones: “abusar deshonestamente” y “agredir sexualmente”. Parte de la doctrina consideraba que el verbo “agredir” implicaba necesariamente un contacto corporal entre el agresor y la víctima; a diferencia de la expresión utilizada a partir de la modificación en 1995 de “atentar contra la libertad sexual”, la cual permitió la inclusión de conductas que no implicaban un contacto corporal.

El hecho principal que justifica que las conductas sexuales tengan un tratamiento independiente respecto a los delitos contra la libertad, es la importancia del ámbito sexual como una manifestación de la autorrealización personal.

En ambos delitos concurren dos elementos: por un lado el elemento objetivo, relativo al comportamiento con significación sexual; y por otro lado el elemento subjetivo o tendencial definido como el “ánimo libidinoso”, es decir, el propósito de obtener una satisfacción del apetito sexual del agente. Cabe tener en cuenta que para la víctima los hechos que se perpetran no tienen ningún significado sexual, sino que se trata de una intromisión en su esfera más íntima. **La acción básica en ambos delitos es la realización de actos no consentidos que atentan contra la libertad sexual de la persona.**

El legislador, con la configuración de estos delitos, ha querido penalizar aquellas situaciones en las cuales el agresor obliga a la víctima a soportar unas determinadas conductas de carácter sexual sobre su cuerpo, así como los supuestos en los que la víctima se ve obligada a realizar dichas conductas al propio agresor o a terceros. Nos referimos por ejemplo a que la víctima se vea obligada a desnudarse ante el agresor¹, o a realizar una felación a su pareja mientras el agresor los observa y posteriormente sea obligada a masturbar al agresor (*Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2015*). Otra conducta distinta podría ser el caso de un padre que obliga a su hijo a ver videos pornográficos, masturbándose éste en presencia del menor y obligándole a realizar diversas prácticas sexuales descritas en los hechos probados de la sentencia².

Por lo tanto, para saber si estamos ante un delito de abuso sexual o un delito de agresión sexual se atenderá a los medios utilizados por el agente para perpetrar el ataque.

2.1. DELITO DE ABUSO SEXUAL

Los abusos sexuales son comportamientos sexuales que se verifican sin violencia ni intimidación, recogidos en el **art. 181** del Código Penal. Podemos hacer una distinción de los distintos comportamientos que se enmarcan dentro de dicho artículo en base a la cualidad del sujeto pasivo, nos referimos a aquellos casos en los que el sujeto pasivo es una persona con trastornos mentales o se trata de un menor; o atendiendo a la relación existente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. Aunque el legislador no haga una referencia expresa, cabe añadir, a la enumeración del artículo 181, los abusos por sorpresa y los casos de personas incapacitadas para resistir.

En relación a los *actos sorpresivos*, cabe mencionar que la regulación anterior a 1995 no contemplaba estos supuestos y no fue hasta la nueva regulación cuando se incluyeron dentro de la figura básica de los abusos

¹ Véase ATS 1564/2014, de 2 de octubre.

² Véase STS 531/2016, de 3 de febrero.

sexuales³. En estos casos no se considera que haya fuerza, la única fuerza que el sujeto activo realiza es la necesaria para realizar el acto sexual, por lo que se habla de violencia impropia. Se trata de casos donde la rapidez de los actos imposibilita a la víctima la formación de una decisión al respecto, por lo que no hay un consentimiento válido⁴. Uno de los ejemplos más comunes es el de los tocamientos escondidos, los cuales se producen con frecuencia en lugares donde concurra una gran cantidad de gente, facilitando que el agresor no sea descubierto.

En relación a los *sujetos incapaces de resistir*, debido a un problema físico o bien por el resultado de la violencia ejercida por un tercero, será necesario que el sujeto activo no haya creado la situación que le impide a la víctima resistir, ya que de ser así estaríamos ante un supuesto de utilización de fuerza.

Tanto la cualidad del sujeto pasivo como la relación existente con el sujeto activo, determinan las mayores facilidades que tiene el agresor para perpetrar su ataque.

En aquellos supuestos en los que la víctima se vea imposibilitada para configurar libremente su voluntad, ya sea porque la víctima sufre un trastorno mental o el agresor haya utilizado fármacos, drogas o cualquier sustancia idónea para la anulación de la voluntad de la víctima, estaremos ante una conducta contemplada en el **art. 181.2 CP**. Cabe hacer referencia a la protección que otorga el legislador a los menores de 16 años (la LO 1/2015, de 30 de marzo elevó la edad del consentimiento sexual de 13 a 16 años) estableciendo una presunción *iure et de iure* de incapacidad para prestar un consentimiento válido, por lo que en estos casos no es necesario que el agente utilice la circunstancia de la minoría de edad para realizar el hecho.

Por último, nos encontramos en el **art. 181.3 CP** aquellos supuestos en los que el agresor hace uso de una situación de superioridad, también denominado abuso por prevalimiento. Estos supuestos comparten ciertas similitudes en cuanto a la forma de ataque con las agresiones realizadas con intimidación, ya que el prevalimiento puede ser considerado como un tipo de intimidación. Estas similitudes nos llevarán a problemas interpretativos, por lo que para poder diferenciar un tipo de otro se atenderá a la intensidad de la

³ Véase STS de 18 de marzo de 1998.

⁴ A diferencia del Código Penal Español, el Código Penal Francés, en su artículo 222.22, equipara los agresión perpetrada por sorpresa con los hechos llevados a cabo con intimidación, violencia o amenaza. ALARCON NAVIO, Esperanza; ARÁNCHEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El Código Penal Francés. Traducido y anotado*, Granada, 2000, p. 87.

intimidación, así como al método utilizado para doblegar la voluntad de la víctima.

2.2. DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

La conducta típica del delito de agresión sexual corresponde con la descrita anteriormente en el delito de abusos sexuales, la diferencia radica en la utilización de violencia o intimidación como medio para perpetrar el ataque⁵.

El artículo 178 del CP nos establece el tipo básico de los delitos de agresión sexual, utilizando la expresión “el que atentare contra la libertad sexual”. La intención de involucrar a un tercero en un contexto sexual no deseado será decisivo, así lo manifiesta DIEZ RIPOLLÉS. Ha habido autores que han exigido un especial ánimo libidinoso por parte del agente, haciendo depender la calificación de la conducta como “sexual” en base a una actitud subjetiva interna del agente de difícil prueba, provocando que la subjetividad del juzgador fuera decisiva para determinar el carácter sexual de las conductas llevadas a cabo por el agente⁶. Lo importante no es la intención que mueve al actor, sino que éste tenga conocimiento del carácter sexual de la acción que realiza y de que está involucrando a otra persona en un contexto sexual no deseado⁷. “El elemento subjetivo no requiere especialmente que el agente este animado del propósito de despertar la sexualidad ajena o satisfacer los deseos sexuales propios, sino que se realiza sobre el cuerpo de otro y de los elementos objetivos del tipo delictivo consistente en la ausencia o irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo del hecho”, así lo manifiesta la *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1995*.⁸

El tipo cualificado en estos casos se constituye por el “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primera vías” (art. 179 CP). En relación a la magnitud de la violencia o intimidación que el agente utilice para perpetrar el ataque, el legislador ha contemplado una serie de agravantes en el art. 180 CP.

⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual*, La Ley, Nº. 6, p. 1626-1633, ISSN 0211-2744.

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal, Parte Especial”, p. 209.

⁷ CALDERÓN CERESO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II”, Barcelona, 2001.

⁸ Véase también: STS de 21 de junio de 1995 que establece que “el tipo subjetivo no requiere que el autor haya obrado con una especial intención libidinosa o con ánimo lúbrico, sino tan sólo que el autor tenga conocimiento del carácter sexual de la acción realizada”.

En el ámbito internacional, la Corte Penal Internacional ha establecido definiciones de los elementos constitutivos de los tipos penales expuestos. En 1998 se reconoció la violación como un delito de genocidio y se estableció una definición conceptual de la violación como una “invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre una persona en circunstancias que son coercitivas”. “El Tribunal considera que la violencia sexual, que incluye la violación, es cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias coactivas. La violencia sexual no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no implican la penetración ni el contacto físico... El Tribunal observa en ese contexto que las circunstancias coactivas no tienen que estar demostradas por fuerza física. Las amenazas, la intimidación, la extorsión y otros tipos de maltrato que se aprovechan del miedo o la desesperación pueden constituir coacción y la coacción puede ser inherente a ciertas sustancias.”⁹

3. EL CONCEPTO DE PREVALIMIENTO

Para poder entender el concepto de prevalimiento, cabe tener presente la definición del verbo **prevalerse**, la Real Academia Española lo define como el hecho de *sobresalir, tener alguna superioridad o ventaja*.

El elemento que caracteriza a esta figura es el “aprovechamiento” de determinadas situaciones que otorgan una ventaja al agente sobre el sujeto pasivo. Hay un desnivel notorio entre las partes, el sujeto pasivo se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad y ve su capacidad de decidir libremente restringida.

La jurisprudencia ha descrito el prevalimiento como “el *modus operandi* a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: una situación manifiesta de superioridad del agente, que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima y que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima”¹⁰. “El prevalimiento típico exige una relación de superioridad del sujeto activo con respecto al pasivo que debe ser aprovechada por el primero para la realización del acto atentatorio a la libertad sexual”, así lo establece la STS 1165/2003 de 18 de septiembre en la cual el acusado se aprovechó de la relación de confianza que había creado con la denunciante a base de regalos y diversas invitaciones durante años. Además, la denunciante vivía cerca de donde el

⁹ Véase *Sentencia Akayesu* de 2 de septiembre de 1998.

¹⁰ Véase STS 834/2014, de 10 de diciembre; STS 305/2013, de 12 de abril; STS 132/2016, de 23 de febrero.

acusado tenía estacionado su taxi, por lo que el acusado tenía un contacto continuo con la menor.

QUINTERO OLIVARES manifiesta que, el hecho que se castiga es que la situación de superioridad en la que se encuentra el sujeto activo provoca que el sujeto pasivo no tenga libertad para emitir un consentimiento válido, siendo éste un consentimiento viciado¹¹. No resulta suficiente el conocimiento de la ventaja que se ostenta sobre la víctima, se precisa que el agente haga uso de ella para lograr sus fines.

El antecedente directo del abuso por prevalimiento lo encontraremos en el art. 434 del Código Penal de 1978, el cual regulaba el estupro de prevalimiento¹². Fue en 1995 cuando se suprimió la denominación de “estupro” para constituirse en una modalidad de abusos sexuales, dejando de lado los elementos moralizantes que lo habían caracterizado hasta el momento. El CP 1995 sustituyó la expresión “prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación”, por la actual de “prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”, estableciéndose una doble exigencia: por un lado que fuera notoria y evidente; y por otro lado que fuera “eficaz”, es decir, que fuera objetivamente apreciable y fuera una situación que coartase o condicionase la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce la situación de superioridad, así lo refleja la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 19 de mayo de 2006*. En dicha sentencia el acusado conector de la deficiencia intelectual de la víctima que “le impedía comprender y manejarse ante numerosas situaciones sociales”, con una “capacidad de elaboración psicológica o de comprensión de situaciones complejas muy limitada”, se aprovechó del carácter dócil y sumamente influenciado de ésta hasta conseguir mantener relaciones sexuales, provocando que la víctima se quedara embarazada y tuviera que abortar.

¹¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El consentimiento en el Derecho Penal español...”, p.28.

¹² “La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de 12 años y menor de 18, prevaliéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión menor. La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estupro”.

3.1. ¿QUÉ SITUACIONES PUEDEN ORIGINAR ESTA “VENTAJA”?

Nuestro Código Penal hace referencia a una “situación de superioridad manifiesta”, esta posición de superioridad de la que goza el sujeto activo puede derivarse de su relación laboral, docente, de edad, familiar o de otra índole con el sujeto pasivo. En el caso de las relaciones de parentesco y docente, los roles que desempeña el sujeto activo respecto a la víctima determinan la situación de superioridad y subordinación¹³.

GONZÁLEZ RUS pone de manifiesto que al hacerse referencia a una “situación” y no a una “relación de superioridad”, la existencia de un vínculo no será un elemento indispensable para considerar que existe una situación de subordinación. Será suficiente el hecho de que el autor se encuentre en una determinada posición que le otorga control sobre la víctima, provocando en ésta una situación de indefensión, dependencia o inferioridad¹⁴. De hecho, la ventaja podrá darse de forma temporal y meramente circunstancial.

Como se indicó en el apartado de distinción de los delitos sexuales, el **prevalimiento es una intimidación atenuada** a través de la cual se atenta contra la formación de la voluntad del sujeto pasivo, impidiendo la formación de una decisión libre. Al igual que la intimidación, el prevalimiento es un medio comisivo encaminado a lesionar la formación de la voluntad del sujeto.

Lo importante es que el prevalimiento sea idóneo, en el sentido de que evite a la víctima su autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto. Habrá casos donde la edad será el factor que otorga al agente esa “ventaja” necesaria, mientras que en otros casos lo fundamental será la situación de dependencia del sujeto pasivo con respecto al agente.

No se exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, el temor que sufra la víctima no necesariamente deviene de amenazas expresas, sino que puede ser el resultado de una acumulación de elementos intimidatorios que, unidos a la situación en que se encuentra el sujeto pasivo, crea una atmósfera de temor y subordinación.

En cualquier caso, la presión que ejerce el sujeto activo no se exige que sea irresistible, de ser así se estaría exigiendo a la víctima que opusiera resistencia incluso poniendo en riesgo su vida e integridad física. Por lo tanto, será la propia situación de superioridad manifiesta del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la que determinará la presión coactiva que sufre la víctima y que la condiciona en su libertad de decidir. Por ejemplo, en

¹³ Véase al respecto STS 935/2005, de 15 de Julio, F. N.º. 5.

¹⁴ GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”, *Cuadernos de política criminal*, N.º. 59, p.321-371, ISSN 0210-4059.

la STS 1015/2003, de 11 de julio, se nos presenta el caso de un menor, con un nivel intelectual bajo, víctima de abusos sexuales por parte de los acusados que se aprovechan de la difícil situación económica y familiar por la que estaba atravesando el menor, estando el padre en paro y su madre con una profunda depresión. Los acusados ofrecían dinero al menor a cambio de ser objeto de diferentes actos sexuales, llegando uno de ellos a conocer a los padres de la víctima para ganarse su confianza y lograr que accedieran a que el menor trabajara para él.

En la práctica, los casos más frecuentes de abusos sexuales por prevalimiento los encontraremos en el ámbito familiar, aprovechándose de la confianza creada por el vínculo familiar. Por ejemplo, en la STS 6383/2007, de 3 de octubre, se nos describe un caso donde el acusado, tío de la víctima, se aprovecha de la confianza que la denunciante deposita en él, así como de la diferencia de edad, pues la víctima tenía 14 años en el momento de los hechos. “El acusado la invitaba al consumo de sustancias tóxicas, lo que propiciaba el acceso sexual en los términos que se relatan en la sentencia”.

Otro de los ámbitos en los que la confianza depositada en el agente puede propiciar el abuso de la misma es en el ámbito sanitario. Concretamente en la STS 2554/2014, de 11 de junio, los hechos se producen en una consulta ginecológica donde el acusado, médico especializado en obstetricia y ginecología, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales realiza exploraciones y tocamientos de carácter sexual aprovechándose de la situación de superioridad que le proporcionaba su condición de profesional y de la situación de desnudez de las pacientes.

Por último, la STS 132/2016, de 23 de febrero, nos plantea una situación de prevalimiento diferente a las expuestas anteriormente. En este caso, el acusado y la denunciante habían mantenido una relación esporádica durante un tiempo pero perdieron el contacto, pasados unos meses volvieron a ponerse en contacto y el acusado insistió a la denunciante para quedar y hablar, a lo que ésta accedió. El acusado, una vez en el coche, se desvió de la carretera para terminar en un descampado donde empezó a besar y a tocar a la denunciante, a lo que ella le respondió que no quería nada. Ante la negativa de la víctima, el acusado la amenazó de que la dejaría tirada en el camino, siendo ya de noche y desconociendo el lugar donde se encontraban, accediendo la víctima a las peticiones del acusado.

Ante la diversidad de supuestos que pueden darse, cabe tener en cuenta que el Ordenamiento Jurídico sólo exige de forma expresa que haya una desigualdad “manifiesta”. Hay autores, como CASAS NOMBELA, que consideran que sería necesario una mayor precisión a la hora de describir las conductas prohibidas; por otro lado, hay autores que consideran que esta

casuística podría suponer un retroceso al momento en el cual se regulaban las conductas indicando las personas concretas que podían cometer dicho delito, provocando problemas en la interpretación de quién quedaba comprendido en los conceptos fijados.

4. CONCEPTO DE VIOLENCIA Y INTIMIDACIÓN TÍPICA

4.1. VIOLENCIA

Fue en 1995 cuando el legislador introdujo el concepto de violencia. Con esta modificación se dejó de lado la referencia a la “fuerza”, considerada como la aplicación de energía sobre cosas, y se sustituyó por el término “violencia” que implica una acción sobre personas.

Se considerará que la violencia lesiona la libertad sexual cuando sea utilizada como medio de imposición de un comportamiento de carácter sexual, conстриñiendo físicamente al sujeto pasivo.

Estaremos ante un ataque perpetrado mediante la utilización de violencia, cuando el sujeto pasivo pueda prestar una **mínima resistencia** al ataque y que la **violencia ejercida tenga una cierta entidad**. MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO han puesto de manifiesto que lo importante es el grado de doblegamiento de la voluntad de la víctima producido con el ejercicio de la violencia.

Para saber a qué nos referimos cuando hablamos de la utilización de la violencia como medio comisivo para doblegar la voluntad de la víctima, tenemos que acudir a las definiciones que la jurisprudencia ha ido estableciendo.

Así la *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014*, en su F. Nº 2 B) establece que “La violencia típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación..” (STS 578/2004, de 26 de abril) y que “... siendo la agresión sexual un delito que ataca a la libertad sexual, la violencia o intimidación deberá vencer la voluntad contraria de la víctima, y tal infracción delictiva se cometerá en todas las situaciones en que el sujeto activo coarte, limite o anule la libre decisión de una persona en relación con la actividad sexual que el sujeto agente quiere imponer”¹⁵. Dicha idoneidad de la violencia típica dependerá del caso concreto, siendo necesario el examen de las características de la conducta del acusado en relación con las circunstancias que rodean la acción.

¹⁵ Véase también: STS 70/2002, de 25 de enero y 578/2004, de 26 de abril.

El agente tiene que hacer uso de la fuerza física, la cual “equivale a acontecimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (STS 1546/2002, de 23 de septiembre)¹⁶.”

No se precisa que la violencia sea irresistible. Una vez el autor ha expuesto su intención, es preciso que la víctima haga patente su negativa y que ésta sea percibida por el autor. No obstante, no puede exigirse a la víctima que oponga una resistencia que ponga en riesgo su vida o integridad física, sino la suficiente para que sea considerada idónea según las circunstancias del caso. Por ejemplo, en la STS 914/2008, de 22 de diciembre, se nos expone un caso en el que el acusado utiliza la fuerza física para llevar a cabo sus deseos sexuales con sus hijas menores de edad, siendo de muy poca entidad la resistencia que pueden oponer las menores. La STS 593/2018, de 27 de noviembre, refleja una situación de resistencia en la cual la víctima “se negaba a mantener relaciones sexuales con sus cuñados, comenzó a agarrar de la camisa a su marido con la intención de que depusiera en su actitud”, consiguiendo la denunciante “levantarse inmediatamente y huir hacia el comedor con intención de abandonar la vivienda, siendo perseguida por los procesados, los cuales, y tras cerrar la puerta de la vivienda con llave, y abalanzándose sobre la víctima intentaron sujetarla a la vez que esta se trataba de zafarse de aquellos”.

Por lo tanto, uno de los aspectos que tienen que darse es la acreditación de que el constreñimiento físico ha producido el doblegamiento de la voluntad autodeterminativa de la víctima¹⁷.

4.2. INTIMIDACIÓN

La intimidación es el medio comisivo destinado a lesionar la fase de motivación del sujeto pasivo, impidiendo a la víctima la adopción de una decisión conforme a su voluntad respecto a la realización de actos sexuales.

Una vez se haya producido el efecto intimidatorio en la víctima, la realización del comportamiento sexual posterior podrá ser considerado como prueba de la lesión a la libertad que se ha producido, como fase de terminación del delito. El art. 178 CP no establece un aumento de penalidad si la conducta sexual pretendida por el agente se verifica, se considera que el desvalor producido por el acto sexual es una prolongación de la lesión a la libertad sexual.

¹⁶ Véase STS 18 de octubre de 1993, 28 de abril y 21 de mayo de 1998; y STS 1145/1998, de 7 de octubre.

¹⁷ Véase STS 578/2004, de 26 de abril.

Se exige que la intimidación sea **seria, previa, inmediata, grave y determinante** del consentimiento forzado, **suficiente** para someter o suprimir la voluntad de resistencia de la víctima. El mal con el que se amenaza no tiene por que ser inmediato, sino que sea grave, futuro y verosímil¹⁸. Por ejemplo, en la STS 9/2016, de 21 de enero, el acusado le dice a la víctima que si lo denuncia y va a la cárcel, “él saldría, y aún sería joven, y que se iría a Marruecos, se casaría, que tendría hijos pero que a ella la iría a buscar, y la dejaría tuerta, y a ver quien la iba a querer con un ojo menos, y que la iba a rajar, porque dijo que lo más bonito que tenía era la cara, y que si no iba a ser para él, no iba a ser para nadie”. En este caso, no se consideró que se tratara de un delito de agresión sexual, sino de abuso sexual del art. 181.3 CP con una pena de 2 años de prisión (sin entrar a analizar los otros delitos de los cuales fue acusado). En mi opinión, de los hechos probados se desprende una clara intimidación ejercida sobre la víctima. Además, en este caso el acusado ya había sido condenado previamente por un delito de violencia de género, concretamente a 40 días de trabajo en beneficio a la comunidad y con una orden de alejamiento (a mi juicio, dicha pena ya resulta irrisoria teniendo en cuenta la naturaleza del delito de violencia de género), antecedentes que tendrían que haberse tenido en cuenta como evidencia de la intimidación que sufría la víctima.

La valoración de la suficiencia de la intimidación deberá hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso, teniendo en cuenta el grado de susceptibilidad de la víctima.

Asimismo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el concepto de intimidación en Auto de 10 de marzo de 2005, definiendo dicho término como una “coacción moral que se proyecta sobre la capacidad de decisión de la víctima, cuya voluntad se doblega acomodándola a los deseos de quien la ejerce mediante la amenaza injusta e ilícita de un mal grave e inminente, de suerte que la conducta de la víctima se realiza no por el ejercicio libre de su voluntad, sino por la coerción psicológica que soporta, que genera una inquietud anímica apremiante y una aprensión racional o recelo más o menos justificado. En este sentido viene declarando la jurisprudencia de esta Sala que la intimidación no puede limitarse al empleo de medios físicos o uso de armas, siendo suficiente las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando, por las circunstancias coexistentes (ausencia de terceros, superioridad física del agente, credibilidad de los males anunciados expresa o implícitamente..) haya que reconocerles idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido (SSTS de 24 de enero de 1989,

¹⁸ Véase STS 914/2008, de 22 de diciembre; STS 355/2015, de 28 de mayo; STS 9/2016 de 21 de enero.

o de octubre EDJ 1990/9129 y 21 de diciembre de 1990 EDJ 1990/11841, entre otras)”.

En el ámbito familiar nos encontramos con casos de intimidación permanente, donde el agente progresivamente va provocando un amedrentamiento del sujeto pasivo, cuyas capacidades de decisión irán desembocando en una nula capacidad de oponerse, a una sumisión absoluta a los deseos del sujeto activo. Por ejemplo, en la STS 43/2018, de 25 de enero, el acusado “valiéndose de la relación que existía en el seno familiar” para poder satisfacer sus deseos sexuales empezó realizando regalos a la menor a cambio de realizarle fotografías desnuda, tocamientos.. La amedentró diciéndole que si no accedía a sus propósitos le haría daño, consiguiendo así aumentar la frecuencia de los encuentros. Ante la negativa de la menor de seguir accediendo a sus pretensiones, y con el propósito de atemorizarla, le dijo que publicaría en las redes sociales fotografías de ella desnuda y en actitud claramente sexual, diciéndole que le haría daño tanto a su familia como a ella.

Ni toda amenaza produce intimidación, ni la intimidación es provocada únicamente a través de una amenaza. En la STS 264/2009, de 12 de marzo, a pesar de las amenazas que profiere el acusado a su compañera sentimental como “puta, guarra, te voy a rajar y voy a sacar tus tripas calientes”, “te voy a matar a ti y a tu familia”, amenzándola con un cuchillo en la cara y una pistola de fogueo, diciéndole “con estos dos dedos te voy a sacar los ojos, pero quiero que sufras y por eso te voy a rajar delante de este espejo y te vas a tocar tus tripas calientes”, no fueron consideradas para determinar la existencia de un delito de agresión sexual, teniendo en cuenta que tras dichas amenazas el acusado mantuvo relaciones sexuales con su pareja, siendo condenado por un delito de amenazas del art. 169.2 CP a 2 años de prisión. Hago referencia a todas estas expresiones porque considero que evidencian el establecimiento de un entorno intimidatorio, creando un temor a la víctima y que explicaría que no “mostrara verbalmente o de otro modo su oposición”.

El temor creado al sujeto pasivo, con independencia de si se lleva a cabo o no, puede provocarse a través de la amenaza de un mal concreto como mediante la creación de un ambiente intimidatorio. Los casos de intimidación que nos podemos encontrar no se reducen a que el sujeto activo amenace, explícitamente o implícitamente, con un mal físico. En la STS 92/2018, de 22 de febrero, por ejemplo el acusado utiliza su condición de entrenador de fútbol del equipo en el que juega la víctima para amenazarlo de que lo echará del equipo sino accede a sus deseos, que pondrá a sus compañeros en contra si lo cuenta, prometiéndole ponerlo de titular en el equipo si hace lo que él le pida.

En la STS 432/2018, de 28 de septiembre, se nos expone otro tipo de intimidación a través de la amenaza de la publicación de un video erótico, el cual había sido grabado por el acusado con el consentimiento de la denunciante cuando eran pareja. Esto provocó en la víctima “el lógico temor por el descrédito social y disgustos familiares que podría provocarle y por esa razón, a cambio de la promesa del borrado del archivo, accedió a mantener una relación sexual completa con penetración vaginal”.

La intimidación ambiental es una figura de creación jurisprudencial. Son casos donde concurre la intimidación y amenaza, no obstante la amenaza no contiene un mal concreto. La presencia de numerosos sujetos ante la víctima será suficiente para apreciar la existencia de este tipo de intimidación, ya que las posibilidades de defensa de la víctima en estos casos son ilusorias. En la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1997* (Tol. 40817), en un caso donde la víctima había sido violada por numerosos sujetos, habiéndose aplicado violencia física sólo el primer sujeto, el Tribunal entendió que “con independencia de cual de los procesados fuese quien materialmente emplease los mecanismos físicos o psíquicos productores de terror en la víctima, la intimidación se constata por el hecho de que los demás acompañantes están presentes cuando cada uno de los agresores consuma materialmente las diversas violaciones. La presencia de los copartícipes reforzaba la situación de desamparo de la víctima, facilitando cada acto causal, haciendo nulo o ilusorio cualquier futuro mecanismo de defensa por parte de aquella, que bien hubiera podido activarse de no concurrir los agresores en grupo”. En la SAP de Navarra 38/2018, de 20 de marzo, la descripción del contexto en el que se desarrollan los hechos como “un lugar recóndito y angosto, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte compleción” dibuja, desde mi punto de vista, una situación de intimidación ambiental, provocando que la denunciante se sintiera impresionada y sin capacidad de reacción. A pesar de ello, estos hechos no han sido considerados como intimidación, sino como una situación de superioridad utilizada por los procesados para realizar los actos sexuales denunciados.

Por último, hacer referencia a aquellos supuestos en los que el agente ejerce la violencia sobre un tercero para afectar la motivación del sujeto pasivo. Estos casos también son considerados como casos de intimidación¹⁹. No sucedería en el caso de que la fuerza se ejerza sobre las cosas, ya que se precisa que el mal con el que se intenta motivar a la víctima se refiere a daños a la integridad física de las personas y no al menoscabo de su patrimonio.

¹⁹ ORTS BERENGUER, Enrique; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, Valencia, 2001, p. 33.

Lo importante no es la reacción de la víctima frente a la acción intimidatoria del agente, sino el contenido de dicha acción.

5. DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE EL CONCEPTO DE INTIMIDACIÓN Y PREVALIMIENTO

Se trata de dos conceptos que en su esencia se componen de elementos intimidatorios, por lo que hace muy difícil su distinción a efectos prácticos y dicha distinción se remitirá a la interpretación que el juzgador realice de la entidad de la intimidación que se haya ejercido en cada caso concreto. De esta diferenciación dependerá la tipificación de la conducta como un abuso sexual o como una agresión sexual, siendo muy estrecha la línea que separa ambas posibilidades.

La doctrina ha ido estableciendo unos elementos diferenciadores. Por un lado, la existencia o no de un comportamiento coactivo dirigido a la obtención del consentimiento del sujeto pasivo; y por otro lado, el grado de intimidación que se haya ejercido (STS 132/2016, de 23 de febrero, F. N° 2).

Si existe un comportamiento coactivo a través del cual se logra el consentimiento, estaremos ante un caso de **intimidación**. En estos casos, el sujeto pasivo ante la presentación de dos males opta por la decisión que en esos momentos considera el mal menor, lo que no puede entenderse en ningún momento como un consentimiento. Algunos ejemplos de intimidación que nos podemos encontrar podrían ser: la producción de los hechos en un lugar de reducidas dimensiones, donde la víctima se ve atrapada (STS 216/2019, de 24 de abril); o que el acusado haga uso de una máscara en la cara, exhibiendo un cinturón y una botella de cristal en las manos, dirigiéndose en tono amenazante a la víctima (STS 62/2018, de 5 de febrero); o que el acusado se acerque a la víctima, “presionándola con un objeto en la espalda” obligándola a entrar en su coche y empezar a conducir a toda velocidad, impidiendo que la víctima pueda salir del coche (STS 896/2018, de 15 de marzo).

En los casos de **prevalimiento**, el consentimiento no se obtiene mediante un comportamiento coactivo sino a través del abuso de una posición de superioridad del agente sobre la víctima que provoca en ella un temor, el cual se suele prolongar en el tiempo²⁰. Ejemplos de situaciones de prevalimiento serían: la situación de superioridad en la que se encuentra un preparador físico de un club de fútbol respecto a los jugadores menores de edad (STS 321/2019, de 21 de febrero); o un cuidador del marido de la

²⁰ Véase STS 542/2013, de 20 de mayo; STS 9/2016, de 21 de enero; STS de 27 de enero de 1990.

víctima, el cual aprovecha la estancia en la vivienda para acceder a la habitación de la víctima de 82 años y tener relaciones sexuales con ella (STS 112/2019, de 20 de diciembre de 2018); o el caso de un hermano que aprovecha la relación familiar con su hermana para entrar en el cuarto de baño mientras ésta se está duchando, realizándole tocamientos y intentando tener relaciones sexuales con ella en varias ocasiones (STS 495/2018, de 23 de octubre).

En relación al grado de la intimidación utilizada, en los casos de intimidación tiene que presentarse un mal que esté identificado y de posible realización que suprima o reduzca significativamente la capacidad de decisión de la víctima. Se trata de la presentación de un mal inmediato, cuyo desencadenamiento se presenta de forma irremediable e instantáneo. Esto no ocurre en los casos de prevalimiento, en los cuales no se requiere la existencia de actos amenazantes de un mal futuro, sino que a través de una intimidación de grado inferior se provoca una disminución considerable de la libertad de decisión del sujeto pasivo (STS 542/2013, de 20 de mayo). Si bien es cierto que los casos de prevalimiento la situación de superioridad puede haber sido generada mediante actos intimidatorios, los cuales no tienen la entidad suficiente para ser considerados agresión pero que unidos a otras circunstancias dan lugar a una situación de superioridad de la cual se aprovecha el autor (STS 132/2016, de 23 de febrero).

6. CONCEPTO DE RESISTENCIA

En este apartado nos referiremos a un concepto que la doctrina y jurisprudencia ha ido desarrollando para medir la cuantía y justificar la existencia de la fuerza. Se trata de la resistencia que la víctima debe prestar como contrapartida al avasallamiento físico que sufre.

Tradicionalmente el término resistencia era contemplado por la doctrina como una prueba de la honestidad de la mujer. Se exigía a la mujer una lucha con su agresor para evitar la lesión al bien jurídico, como si debiera justificarse por haber sido víctima del delito, prueba de la necesidad permanente de protección de la honestidad de la mujer. De hecho, algunos autores consideraban que si la mujer hubiera tenido “alguna vacilación” ya no se podría encuadrar la conducta en el tipo, justificando así la violencia ejercida por parte de los hombres. La resistencia tenía que ser “seria”, mantenida hasta el último momento. Un ejemplo de esta concepción la encontramos en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1972*, la cual expresa que la violación “precisa para su consumación no sólo la fuerza o intimidación por parte del sujeto pasivo, sino la resistencia seria y mantenida de parte de la víctima durante el curso de la acción violenta”. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1976* también contempla esta percepción, estableciendo que la víctima debe “ofrecer una resistencia,

seria, abierta, no una simple oposición formularia que equivalga al consentimiento tácito, mantenida y no desistida por la mujer”.

En la última década, la necesidad de que la víctima luche hasta las últimas consecuencias se ha dejado atrás tratando de proteger la libertad de la mujer. Lo relevante es que el sujeto activo actúe conociendo la oposición de la víctima, siendo la resistencia un elemento para comprobar la utilización de la fuerza por parte del autor y no un elemento típico. Este criterio ha sido recogido en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1991*, la cual expresa que “la calificación jurídica de los actos enjuiciados debería hacerse en atención a la conducta del sujeto activo, la resistencia es innecesaria si lo que determina la consumación del tipo es la actividad o la actividad de aquél, no la de la víctima”.

En la figura de las agresiones sexuales, como se ha expuesto anteriormente, se requiere la existencia de fuerza o intimidación, y la existencia de resistencia por mínima que fuera, pero expresada físicamente, permitiría verificar la utilización de fuerza en la realización de la conducta. Se considera que si la víctima no ofrece un mínimo de resistencia, no se podrá considerar que se ha utilizado la violencia necesaria para llevar a cabo la acción típica. La jurisprudencia ha establecido que la “mera oposición” a la realización de la conducta es suficiente para la configuración del delito, así la *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1993* estableció que “lo esencial es que el violador actúe contra la voluntad de la persona violada porque actúa conociendo su oposición”²¹.

7. PROPUESTAS DE REFORMA

7.1. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA

El 15 de febrero de 2019 se presentó un Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la protección de la libertad sexual, a través del cual se proponen una serie de modificaciones del texto normativo que consideran que no transmite adecuadamente el carácter coactivo y agresivo que implica la violencia sexual. Estas propuestas responden al informe elaborado por los expertos de la Sección Penal de la Comisión General de Codificación, encargados de la revisión de la tipificación de estos delitos.

²¹ En el mismo sentido: STS de 30 de marzo de 1993, STS de 27 de febrero de 1997 y STS 21 de mayo de 1998.

¿Qué modificaciones se proponen?²²

La modificación más sustancial es la eliminación del delito de abuso sexual, concentrándose todos los delitos sexuales bajo un nuevo capítulo denominado “De la violación y otras agresiones”. De estas propuestas se desprende que el elemento distintivo será la falta de consentimiento, sin necesidad de indagar en si hubo fuerza o intimidación, elementos distintivos en la actual redacción de los tipos penales. Al no estar publicado el texto del Anteproyecto, no queda claro la estructura que se pretende seguir a la hora de configurar la distinción de las conductas sexuales, es decir, la distinción en base a la gravedad de los hechos. Si que aparece una propuesta de agravante específica en caso de utilización de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima, “por considerar que incorpora una específica gravedad de la conducta, no valorada penológicamente de manera adecuada en la actualidad”.

También se propone la sustitución de las penas de multa, previstas en los casos de abusos sexuales (art. 181.1 CP), por penas privativas de libertad, elevándose de 1 a 3 años el límite mínimo del tipo básico del delito de agresión sexual. Se pretende visibilizar la dimensión del reproche social que estas conductas merecen y que la posibilidad de una sanción pecuniaria no refleja. A priori puede parecer que se trata de una reforma orientada a crear un Derecho Penal más punitivo, no obstante también se propone una rebaja de la pena máxima de 15 a 12 años, evitando la equiparación punitiva entre los delitos sexuales y un homicidio.

En relación a la configuración de los elementos probatorios, el Anteproyecto aboga por la necesidad de la existencia de un “consentimiento expreso”, es decir, “sí tiene que ser sí”. Este consentimiento expreso también había sido plasmado en el acuerdo alcanzado entre Podemos y el PSOE para los Presupuestos Generales del Estado de 2019, proponiendo una Ley Integral por la protección de la libertad sexual y contra las violencias sexuales. La explicación de esta propuesta gira en torno a la libertad sexual de la víctima, si se exige una reacción a la víctima, una resistencia, se está produciendo una intromisión en la intimidad y dicha reacción no es posible en muchos casos. “Se trata de no cargar sobre la víctima la responsabilidad del delito, sino sobre el agresor: cuando invade, delinque”²³.

²² Información extraída de europapress.es

²³ <https://www.elmundo.es/espana/2018/12/08/5c0ad773fc6c8347058b4650.html>

Desde mi punto de vista, estas modificaciones se centran en los tecnicismos utilizados para describir una conducta delictiva, no en el fondo del problema que es la interpretación que se realiza de éstos. “Lo esencial es que alguien ha llevado a cabo actos sexuales sobre otra persona sin su consentimiento”²⁴. Los tecnicismos conllevan a percepciones erróneas, por ejemplo, “al hablar de violación la sociedad también enmarca casos de relaciones sexuales con penetración en las que haya mediado prevalimiento, casos de menores, casos de incapaces de consentir o privadas de sentido. Casos que nuestro Código Penal cataloga como abusos sexuales”²⁴.

En relación al consentimiento expreso, el tener que especificar que “no es no”, y que el “no” es igual de negativo en cualquier momento de la relación y para cualquier forma de relación, no considero que sea la solución, como he dicho anteriormente se trata de una cuestión de terminología, pues tendría que ser la regla general la interpretación de la ausencia de consentimiento como “si no hay un sí, es un no”.

7.2. CONVENIO DE ESTAMBUL

El 1 de agosto de 2014 entró en vigor en España el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género, firmado el 11 de mayo de 2011 en Estambul. Uno de los aspectos a destacar es la consideración de que la violencia contra las mujeres tiene que ser contemplada desde una perspectiva de género, siendo necesario la integración de la lucha contra la violencia de género en todas las políticas, así lo establece en su art. 6: “Las Partes se comprometen a incluir un enfoque de género en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio y a promover y aplicar de manera efectiva las políticas de igualdad entre mujeres y hombres para la adquisición de autonomía de las mujeres”.

El Convenio distingue entre las conductas que implican penetración y el resto de actos de carácter sexual. A diferencia de nuestro Código Penal, el Convenio no hace ninguna referencia a la fuerza o violencia ejercida por el actor como elementos constitutivos del delito. Lo esencial es la ausencia de consentimiento que “debe prestarse de forma voluntaria como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes” (art. 36 Convenio relativo a la violencia sexual, incluida la violación), siendo imposible la valoración de la existencia de consentimiento por el mero hecho de no existir una resistencia física por parte de la víctima²⁵.

²⁴ ASÚA BATARRITA, Adela, “Ni abuso ni violación: apostemos por un único delito de atentado sexual cuyo eje sea el consentimiento”, *Diario El País*.

²⁵ VALLEJO TORRES, Carla, “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, *La ley digital*, 2018, nº. 9263.

Los artículos 3 y 8 del Convenio implican la penalización y persecución de cualquier acto sexual no consentido, incluyendo los casos de ausencia de resistencia física por parte de la víctima.

Las modificaciones propuestas en el Anteproyecto de Ley Orgánica, expuesto en el apartado anterior, van dirigidas a dar cumplimiento a lo establecido en el Convenio de Estambul y en orden a la aplicación de la perspectiva de género.

7.3. ¿QUÉ ES LA PERSPECTIVA DE GÉNERO?

Una vez expuestas las propuestas de reforma y el texto normativo europeo de referencia para llevar a cabo estas reformas, cabe hacer una mención al concepto que va apareciendo que es la inclusión de la perspectiva de género.

La **LO 3/2007**, de 22 de marzo, **para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**, en su Exposición de motivos (apartado III) hace referencia a la perspectiva de género junto al principio de igualdad como principios que deben regir las políticas públicas. Se trata de la integración de las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, en la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales. Con ello se pretende que las mujeres y los hombres estén en igualdad de condiciones y eliminar la desigualdad que existe entre géneros. El objetivo a largo plazo es conseguir la igualdad de género, mientras que la incorporación de una perspectiva de género en todos los ámbitos de la sociedad es el mecanismo para lograr dicho objetivo²⁶.

Se pretende la identificación de las acciones discriminatorias y estereotipadas basadas en diferencias biológicas entre mujeres y hombres, adoptando las acciones que sean necesarias para actuar sobre los factores de género y posibilitar la creación de unas condiciones de cambio para avanzar en la construcción de la igualdad de género.

²⁶ Conclusiones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 1997.

8. CONCLUSIONES

En los delitos expuestos, las conductas de violencia sexual que más se repiten en nuestra sociedad se basan en el género. Conductas que implican una transgresión al derecho fundamental de igualdad entre hombres y mujeres, proclamado en el art. 14 de la CE.

Son numerosos los pronunciamientos de Tribunales que describen el sometimiento de la voluntad de la víctima por parte de los procesados, utilizada como objeto sexual para satisfacer sobre ella sus instintos libidinosos, cuestionándose la condición moral de la víctima, sus relaciones sexuales anteriores, su forma de vestir, su comportamiento tras los hechos.. Describiendo con todo lujo de detalles los actos sexuales in consentidos, llegando a considerar que los agresores “sólo buscan placer subjetivo y efímero”, o refiriéndose a las prácticas sexuales realizadas como “juerga sexual”²⁷. Relatos poco apropiados, con detalles innecesarios, que dificultan la percepción social de que el juzgador calificará de forma objetiva e imparcial los hechos acontecidos.

Se trata de casos donde la víctima de una agresión sexual es cuestionada y obligada a explicar si se opuso o no. Si lo comparamos con otro tipo de delitos de menor entidad, como sería un robo, nadie duda de la existencia del delito con independencia de si la víctima ofreció una resistencia clara o no.

No se trata de proponer modificaciones de nuestros textos normativos cada vez que ocurra un hecho mediático, legislando a golpe de noticia, sino de aplicar el Código Penal teniendo de base los derechos humanos y libertades fundamentales, la dignidad y la libertad vulnerada por la violencia ejercida en estos casos. Violencia, que en mi opinión, se ejerce desde el primer momento en que se está invadiendo la esfera privada e íntima como es la libertad sexual de cada individuo.

Siguiendo las directrices establecidas en el Convenio de Estambul, la ausencia de consentimiento tendría que ser el punto de referencia para determinar que los hechos se han realizado violentamente, al atentar contra el bien jurídico de la libre autodeterminación sexual individual.

Otro de los aspectos cuestionados en la práctica, es la actitud de la víctima ante los hechos, siendo cuestionada por su inacción en el momento de la agresión. No son pocos los casos en los que ha habido una intimidación psíquica y no se ha considerado que ésta tuviera la suficiente entidad como para calificar los hechos de agresión sexual. La falta de realización de un

²⁷ Sentencia 38/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra, de 20 de marzo.

acto de oposición material, es interpretado como la aceptación de la acción sexual para evitar un mal mayor²⁸. Resulta poco comprensible que por el mero hecho de no oponer una resistencia “idónea” al caso, no se considere que se esté ejerciendo una violencia sobre el cuerpo de la víctima. En definitiva, lo que tiene que determinar el tipo es la actividad del agente y no la de la víctima²⁹.

Por último, me gustaría terminar mi exposición citando un pronunciamiento judicial que, a mi parecer, refleja la inevitable continuidad de los hechos delictivos expuestos mientras que unos y otros, hombres y mujeres, no entiendan la libertad sexual desde la igualdad de los sexos. “Mientras no entiendan que en el sexo vale todo si la pareja lo acepta, y no vale nada si uno solo de ellos lo rechaza. Mientras no se entienda que la mujer, al igual que el hombre, tiene derecho a decidir y decir lo que quiere, hasta dónde quiere y cómo lo quiere, sin que sea válido que ante esta definición o postura, la contraparte, generalmente el hombre, adopte actitudes más o menos coactivas”³⁰.

²⁸ Véase STS 460/2008, de 21 de junio.

²⁹ Véase STS 609/2013, de 10 de julio.

³⁰ Véase STS 5 de diciembre de 1991, F N° 3; STS de 16 de abril de 1991.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CÁRCELES, Marta María, *Estudios sobre el Código penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 20/2015)*, Madrid, Dykinson, 2015, ISBN 9788490854341

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual*”, La Ley, nº. 6, p. 1626-1633, ISSN 0211-2744.

CARUSO FONTÁN, María Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, ISBN 8484563995.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, nº 6, p. 69-101.

HERRERO MEJÍAS, Óscar, “El tratamiento de los agresores sexuales en prisión: promesas y dificultades de una intervención necesaria”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2007, vol. 17, p. 43-63.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “El convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género”, *AEQUALITAS*, 2014, nº 35, p. 6-15, ISSN 1575-3379.

MUÑOZ CONDE, Francisco Muñoz, *Derecho penal: parte especial*, 20ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, ISBN 9788491190585.

ORTS BERENGUER, Enrique, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, ISBN 8484423050.

PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio, “Delitos sexuales y castración química. Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales”, *La Ley penal*, 2010, nº 68, Editorial Wolters Kluwer.

VALLEJO TORRES, Carla, “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, *La Ley digital*, 2018, nº. 9263.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, ISBN 9788491431626.

GAVILÁN RUBIO, María, “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2018, nº. 12, p. 82-95, ISSN-e 2340-4647.

GIL GIL, Alicia; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “A propósito de *La Manada*: análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, p. 4-15, ISSN 1889-0016.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”, *Cuadernos de política criminal*, nº. 59, p.321-371, ISSN 0210-4059.

Medios electrónicos consultados:

- <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/home.htm>
- <https://www.europapress.es/epsocial/derechos-humanos/noticia-gobierno-deja-pendiente-revision-delitos-sexuales-ley-trata-20190215125827.html>
- <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/sentencia-caso-manada-715533805>
- <https://www.lavanguardia.com/vida/20181214/453538311471/reforma-codigo-penal-abuso-sexual-agresion-violacion.html>
- <https://www.eleconomista.es/politica/noticias/9450794/10/18/La-reforma-de-los-delitos-sexuales-atascada-en-como-probar-que-no-hubo-consentimiento.html>
- <https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-pasado-pacto-estado-contra-violencia-genero-20181125120439.html>
- <https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-la-perspectiva-de-genero-y-por-que-es-necesario-implementarla>
- <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming>
- https://elpais.com/elpais/2018/11/23/opinion/1542999406_572177.html
- https://elpais.com/elpais/2018/04/30/opinion/1525083152_968336.html
- https://elpais.com/politica/2018/05/09/actualidad/1525886000_192925.htm
|
- <https://www.elmundo.es/espana/2018/12/08/5c0ad773fc6c8347058b4650.html>