



**Universitat**  
de les Illes Balears

## **TRABAJO DE FIN DE GRADO**

# **ANÁLISIS Y REGULACIÓN ACTUAL DE LAS AGRESIONES Y LOS ABUSOS SEXUALES. ESPECIAL MENCIÓN A LA PROBLEMÁTICA ENTRE AGRESIONES SEXUALES INTIMIDATORIAS Y LOS ABUSOS SEXUALES POR PREVALIMIENTO DE UNA SITUACIÓN DE SUPERIORIDAD MANIFIESTA.**

**Lucía Fuster Nicolau**

**Grado de Derecho**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de las Illes Balears**

**Año Académico 2020-2021**

Palabras clave del trabajo: Abusos sexuales, agresiones sexuales, prevalimiento, intimidación, violencia, consentimiento

Tutor del trabajo, Dr. Eduardo Ramón Ribas.

Se autoriza la Universidad a incluir este trabajo en el Repositorio Institucional para su consulta en acceso abierto y difusión en línea, con fines exclusivamente académicos y de investigación

Autor		Tutor	
Sí	No	Sí	No
<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

## Índice

- I. Introducción
- II. Regulación actual de los delitos contra la libertad sexual
  - a. Delitos de agresiones sexuales
    - i. Tipo básico
    - ii. Tipo cualificado del artículo 179
    - iii. Tipo cualificado del artículo 180
  - b. Delitos de abusos sexuales
    - i. Tipo básico
    - ii. Tipos cualificados
- III. Medios comisivos
  - a. Violencia e intimidación
    - i. Violencia
    - ii. Intimidación
  - b. Prevalimiento
- IV. Fina línea divisoria entre los abusos sexuales intimidatorios y los abusos sexuales por prevalimiento de una situación de superioridad
- V. Conclusiones
- VI. Fuentes

## Resumen

En el presente trabajo se procederá al análisis de la regulación actual de dos de los delitos sexuales con más incidencia en nuestro país: las agresiones y los abusos sexuales en personas mayores de edad. La distinción teórica de estos dos delitos parece bastante nítida, sin embargo, como se verá, en la práctica esa línea divisoria no está tan clara, especialmente entre las agresiones sexuales intimidatorias y los abusos sexuales por prevalimiento de una situación de superioridad. Con el fin de poder arrojar un poco de luz sobre el asunto, se confrontarán ambos conceptos (intimidación y prevalimiento) y se expondrán las dos corrientes interpretativas actuales.

## **I. INTRODUCCIÓN**

En la actualidad, el sistema penal español regula los delitos sexuales en el Título VIII del Código Penal bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.”, dividiéndose de la siguiente forma: Capítulo I (De las agresiones sexuales), Capítulo II (De los abusos sexuales), Capítulo II bis (De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años), Capítulo III (Del acoso sexual), Capítulo IV (De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual), Capítulo V (De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores) y Capítulo VI (Disposiciones comunes a los capítulos anteriores).

Resulta llamativo el abrupto crecimiento que han experimentado estos delitos entre los años 2013 y 2019. Así pues, se observa como en el año 2013 se registraron 9.740 casos y en el año 2019, 15.706, de los cuáles el 79,81% representaban la suma de los abusos y las agresiones sexuales. Del mismo modo, resulta necesario poner de manifiesto la existencia de un sesgo de género como rasgo característico de estos dos tipos de delitos sexuales. En España, el 87,7% de las víctimas de delitos de abusos o agresiones sexuales son mujeres, mientras que tan sólo el 13,3% son hombres. Y, es más, de entre los detenidos e investigados por dichos delitos, el 98,54% son hombres y únicamente el 1,46% son mujeres.<sup>1</sup>

Todo ello muestra como las mujeres, aunque no son las únicas, son las que representan, mayoritariamente, las víctimas de los delitos de abusos y agresiones sexuales. Ello ha llevado, en el ámbito internacional, a estructurar la violencia sexual en torno a la violencia contra la mujer y, por tanto, a una violencia de género.<sup>2</sup> Como consecuencia de ello, son muchos los autores que consideran necesario un cambio en la regulación de los delitos sexuales, que a continuación se analizarán, desde una perspectiva de género<sup>3</sup> con el fin de acabar con la aplicación sexista de las leyes. “*Sexista, porque no tienen en cuenta que hombres y mujeres reaccionan de forma distinta ante una situación de peligro. Sexista, porque no tiene en cuenta qué significado tiene la violación en el control social de las mujeres. Sexista, porque no tiene en cuenta que sumisión o sometimiento no es consentimiento.*”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Ministerio del Interior, “Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España”, 2019, p.8, p. 16 y p.28.

<sup>2</sup> ALTUZARRA ALONSO, Itziar, “El delito de violación en el Código Penal español: Análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, *Estudios de Deusto. Vol. 68/1 enero- junio 2020*, Bilbao, p. 4 y 5.

<sup>3</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género”, *Mujer y derecho, ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, BOSCH EDITOR, Barcelona, 2019, p.219.

<sup>4</sup> RAMON RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia, “” Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”, *Estudios penales y criminológicos, vol. XI*, 2020, p.31.

## **IV. Regulación actual de los delitos contra la libertad sexual.**

### **a. Delito de agresión sexual.**

#### **i. Tipo básico**

**El tipo básico de las agresiones sexuales** se encuentra regulado en el *artículo 178 del Código Penal*. Se caracteriza por ser considerado un artículo residual<sup>56</sup>, en el sentido de que, como elemento negativo, es indispensable que los comportamientos no puedan subsumirse en el tipo del *artículo 179*, es decir, que no debe existir ánimo de realizar acceso carnal.

El tipo básico destaca, asimismo, por introducir un concepto indeterminado como es “atentado contra la libertad sexual”. Este concepto ha suscitado múltiples críticas al no estar taxativamente definido, pues ello ha provocado que no sea siempre posible determinar qué conductas son subsumibles en el tipo.

Dicho término ha intentado ser descrito por la jurisprudencia como “*la ejecución de un acto de tocamiento o contacto sobre el cuerpo de la víctima, cuando a tal acto se le deba atribuir, de forma indudable, un significado sexual*”<sup>7</sup>. Según esta interpretación, atentar contra la libertad sexual implicaría una suerte de contacto corporal entre sujeto pasivo y activo con clara índole sexual, no obstante, resulta necesario matizar estas palabras y clarificar que la falta de contacto físico entre el sujeto pasivo y el activo no impide la consumación del delito.<sup>8</sup> Ello es así por qué “*el delito de agresión sexual del artículo 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima*”<sup>9</sup>. Por tanto, y como también indica MUÑOZ CONDE<sup>10</sup>, debe considerarse, del mismo modo, agresión sexual el hecho de apremiar, mediante el uso de violencia o intimidación, a intervenir en situaciones de carácter sexual con terceras personas o, incluso, a realizar actos de naturaleza sexual sobre uno mismo. Lo fundamental consistiría en que, vía concurrencia de los medios comisivos, se produzcan comportamientos sexuales no deseados por la víctima.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> STS nº 661/2001, de 18 de abril. RJ 2001/2988. FJ. 2º.

<sup>6</sup> LIBANO BERISTAIN, Arantza, “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: agresión, abuso y acoso sexual”, *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la reforma del Código Penal*, BOSCH EDITOR, Barcelona, 2011, p. 105

<sup>7</sup> STS (Sección 1ª), nº 107/2019, de 4 de marzo. RJ 2019/873. FJ. 1º

<sup>8</sup> STS (Sección 1ª), nº 301/2016, de 12 de abril. RJ 2016/1230. FJ. 1º

<sup>9</sup> STS (Sección 1ª), nº 1397/2009, de 29 de diciembre. RJ 2010/432. FJ. 4º

<sup>10</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial. 22ª edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.206

<sup>11</sup> STS (Sección 1ª), nº 1397/2009, cit., FJ. 4º

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, los delitos sexuales únicamente contemplan su comisión dolosa no siendo posible, por tanto, la imprudencia. Ello, como indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>12</sup>, “*exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica, a su vez, la conciencia de la afectación del bien jurídico.*”. Es cierto que no se requiere ningún otro elemento subjetivo que no sea el dolo, sin embargo, existe una polémica en torno a la exigencia del “ánimo libidinoso” o “lascivo”<sup>13</sup> que hace depender la calificación de la conducta como sexual a que la intención del sujeto esté dirigida a su satisfacción sexual.<sup>14</sup> A pesar de que no constituye ningún elemento del tipo, este criterio se ha tenido en cuenta en muchas ocasiones para calificar las conductas del tipo precisamente al existir, por lo general, esta tendencia lasciva en el agresor y, asimismo, por hacer más sencilla la calificación de la actitud del sujeto activo como sexual.

No obstante, además de implicar la subjetividad del juzgador al dejar en sus manos la determinación del carácter sexual<sup>15</sup>, existen supuestos que “*por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido (ánimo libidinoso). En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima*”.<sup>16</sup> Sería el caso, por ejemplo, si se actuara por venganza, odio, burla, etc.<sup>17</sup> Por lo que sería suficiente que se actuara por medio de violencia o intimidación con el propósito de provocar o producir comportamientos sexuales entre sujeto pasivo y activo, con una tercera persona o la propia víctima sobre sí misma, sin que medie consentimiento para que se considere realizado el tipo *del artículo 178 del Código Penal*.

## **ii. Tipo cualificado del artículo 179**

El *artículo 179 del Código Penal* recoge el delito cualificado de agresión sexual, más conocido como violación. En él la conducta típica ya no consiste únicamente en un contacto corporal, sino en la realización de un acto sexual en el que, por medio de violencia o intimidación, se produzca un acceso carnal.

En el artículo se incorpora de nuevo un concepto (“acceso carnal”) que ha ocasionado una amplia discordancia, tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial, suscitada, principalmente, por las diferentes modificaciones que ha sufrido este delito a lo largo de los años<sup>18</sup>. La problemática se ubicaba en torno a dos

---

<sup>12</sup> STS (Sección 1ª), nº 494/2007, de 8 de junio. RJ 2007/5651. FJ. 1º

<sup>13</sup> Definiéndose por la Real Academia Española como “deseo y actividad sexual exacerbado”.

<sup>14</sup> STS (Sección 1ª), nº 107/2019, cit., FJ. 1º

<sup>15</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal*, cit., p.207

<sup>16</sup> STS (Sección 1ª), nº 494/2007, cit., FJ. 1º

<sup>17</sup> STS (Sección 1ª), nº 411/2014, de 26 de mayo. RJ 2014/2756. FJ. 8º

<sup>18</sup> STS nº 476/2006, de 2 de mayo. RJ 2006/3106. FJ. 5º

cuestiones básicas: qué debía entenderse por acceso carnal y cuándo debía entenderse consumado el tipo.

La solución parece haber sido aportada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo por medio de alguna de sus sentencias. Así pues, en cuanto a la primera de las cuestiones, se considera que existe acceso carnal en el momento en el que se produce “*la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo señala*”<sup>19</sup>, de esta forma, ya no sólo se considera como tal a la cópula entendida como la introducción del pene en la vagina, sino también en las cavidades anal o bucal, así como también la introducción de objetos por las dos primeras vías (vaginal o anal)<sup>20</sup>. Asimismo, a raíz del *Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 2005*, “*es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder*”<sup>21</sup>, lo que quiere decir que se completa la tipicidad al considerar incluido en el tipo tanto el supuesto en el que el propio sujeto activo realiza la penetración como cuando es la víctima que, por medio de violencia o intimidación y sin que medie su consentimiento o éste se encuentra viciado, es compelida a realizar la conducta “*introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo*”<sup>22</sup>. Ello ha permitido considerar típica la conducta que realiza tanto un hombre contra un hombre, como un hombre contra una mujer, así como una mujer contra un hombre<sup>23</sup>.

En cuanto a la segunda cuestión, para considerar consumada la agresión se entiende suficiente la leve o parcial introducción del miembro corporal o del objeto en alguna de las cavidades contempladas en el tipo penal (vaginal o anal en el caso de los objetos), sin necesidad de que deba ser perfecta o total<sup>24</sup>. Por tanto, basta con la producción de la “*coniunctio membrorum*”<sup>25</sup>, es decir, con el comienzo de la penetración para considerar producida la conducta, salvo que se traten de meros tocamientos o roces<sup>26</sup>.

### **iii. Tipo cualificado del artículo 180**

Las agravaciones contenidas en el *artículo 180 del Código Penal* son aplicables tanto al tipo básico de agresión sexual como al tipo cualificado, por tanto, tanto si hay como si no hay acceso carnal. Ello quiere decir que la justificación de las agravaciones reside en la mayor gravedad de la violencia o intimidación empleadas en la conducta.

---

<sup>19</sup> Ídem.

<sup>20</sup> STS (Sección 1ª), nº 1295/2006, de 13 de diciembre. RJ 2007/174. FJ. 4º

<sup>21</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Acuerdo de 25 de mayo de 2005. JUR 2005/167140. Segundo Asunto.

<sup>22</sup> STS nº 476/2006, cit., FJ. 5º

<sup>23</sup> GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, “Delitos contra la libertad sexual”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº Extra nº 10, 1997, p. 99 - 100.

<sup>24</sup> STS (Sección 1ª), nº 540/2015, de 24 de septiembre. RJ. 2015/4026. FJ. 3º

<sup>25</sup> STS nº 365/2006, de 24 de marzo. RJ 2006/2285. FJ. 5º

<sup>26</sup> STS (Sección 1ª), nº 540/2015, cit., FJ. 3º

En este sentido, “*las penas se incrementan por la dinámica de la acción (particularmente denigrante o vejatoria), la utilización de medios peligrosos (armas u otros medios), el incremento personal de los sujetos activos (actuación conjunta de dos o más personas), la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y agresor (relación de superioridad o parentesco).*”<sup>27</sup>

## **b. Delito de abuso sexual.**

Los abusos sexuales siguen una sistemática parecida a las agresiones sexuales, en el sentido de que se regulan a partir de un tipo básico recogido en el *artículo 181.1*, además de una serie de tipos específicos distinguidos por la presencia de ciertas características tanto en la conducta realizada como en la víctima o por la confluencia de diversas particularidades<sup>28</sup> ubicados en los apartados 2 y 3 del *artículo 181* y en el *artículo 182* (al que no haremos alusión por razón del objeto del trabajo), a los que se adicionan, por medio de los apartados 4 y 5 del *artículo 181*, dos tipos cualificados.

De la misma manera, cabe destacar que ambos delitos presentan semejanzas en cuanto al elemento objetivo del tipo y así se desprende de la lectura del siguiente fragmento de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018*<sup>29</sup>, “*Desde la tipicidad objetiva lo relevante es una conducta con un inequívoco contenido sexual, consentida o viciadamente consentida, que sea agresiva en la libertad o a la indemnidad sexual*”. Asimismo, poseen un elemento subjetivo idéntico, basado en el dolo del autor y no en el ánimo lascivo.

## **i. Tipo básico.**

**El tipo básico** se encuentra regulado en el *artículo 181.1* y de él se desprende como el abuso sexual es definido negativamente, en el sentido de que constituirá un delito de abuso sexual todo atentado contra la libertad sexual que se haya producido sin el uso de los medios comisivos que caracterizan a las agresiones sexuales, es decir, sin violencia o intimidación. Y así mismo lo ha establecido la jurisprudencia al declarar que “*la diferencia entre los tipos de abusos sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación.*”<sup>30</sup>

Sin embargo, como hemos mencionado, estos delitos poseen diversos elementos típicos en común. Ambos delitos tipifican conductas que constituyen un ataque contra la libertad de las personas protegiendo, por tanto, el mismo bien jurídico y, asimismo,

<sup>27</sup> STS (Sección 1ª), nº 664/2019, de 14 de enero. RJ 2020/47. FJ. 10º

<sup>28</sup> GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, “Delitos contra la libertad sexual”, cit., p. 104.

<sup>29</sup> STS (Sección 1ª), nº 433/2018 de 28 de septiembre. RJ 2018/4611. FJ. 3º.

<sup>30</sup> STS (Sección 1ª), nº 216/2019 de 24 de abril. RJ 2019/1381. FJ. 7º.

ambos se caracterizan por la necesaria ausencia de consentimiento por parte de la víctima, siendo un elemento implícito en el caso de las agresiones y explícito en el de los abusos.<sup>3132</sup>

En el caso de los abusos sexuales, es preciso matizar una serie de aspectos en cuanto a la falta de consentimiento. El actual Código Penal contempla tres tipologías distintas en su *artículo 181*. Su apartado 1º, correspondiente al tipo básico, es el único en el que verdaderamente no existe consentimiento alguno por parte de la víctima y, por lo general, suele estar vinculado y relegado a “*aquellas situaciones en que de manera súbita se aprovecha el autor para realizar unos abusos sexuales*”<sup>33</sup>, es decir, se convierte en un tipo residual únicamente empleado para tipificar ataques furtivos o en los que se aprovechan del descuido de la víctima, quien no expresa su conformidad con los actos.<sup>34</sup> Por otro lado, el propio Código Penal, en el apartado 2º del *artículo 181*, contempla ciertos supuestos en los que, en todo caso, se considerarán abusos no consentidos y esos son “*los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*”,<sup>35</sup> por tanto, en estos supuestos concretos, se considera que dichos sujetos no disponen de la suficiente madurez o capacidad para poder prestar libre y conscientemente su consentimiento para realizar conductas sexuales.<sup>36</sup> En cuanto al último de los tipos del artículo ubicado en su apartado 3º, el consentimiento existe, si bien viciado, es decir, el sujeto activo se hace valer de una situación de superioridad que posee frente a la víctima para conseguir dicho consentimiento. Por lo que, en realidad, en este tipo no se produce una ausencia de consentimiento, sino un déficit en él.<sup>37</sup>

De ello puede desprenderse como, en las dos últimas tipologías, la falta de consentimiento “*la deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y, en consecuencia, sea este bien inválido, bien inexistente*”.<sup>38</sup>

## **ii. Tipos cualificados**

---

<sup>31</sup> FARALDO CABANA, Patricia, “Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género”, *Mujer y derecho, ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, BOSCH EDITOR, Barcelona, 2019, p.267

<sup>32</sup> FARALDO CABANA, Patricia y RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España” *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, P. 253.

<sup>33</sup> STS nº 226/2003, de 19 de febrero. RJ 2003/2276. FJ. 2º.

<sup>34</sup> STS nº 761/1999, de 3 de junio. RJ 1999/3874. FJ 3º.

<sup>35</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 181.2.

<sup>36</sup> STS (Sección 1ª), nº 305/2013, de 12 de abril. RJ 2013/3187. FJ. 3º.

<sup>37</sup> Ídem.

<sup>38</sup> STS (Sección 1ª), nº 145/2020, de 14 de mayo. RJ 2020/1020. FJ. 5º.



Los dos tipos cualificados se ubican en los apartados 4º y 5º del *artículo 181*. De ellos podemos destacar como, en ese apartado 4º, se tipifica la misma cualificación que se ha visto con relación a las agresiones sexuales, el acceso carnal, no obstante, no está exenta de discusión. Hay cierta parte de la doctrina que considera que el carácter residual de los abusos sexuales vuelve a resurgir en este punto, encontrándonos ante un contenido verdaderamente limitado. Como expresa GOENAGA OLAIZOLA, es bastante difícil imaginar un atentado contra la libertad sexual no consentido en el que, no habiendo violencia o intimidación, la conducta sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos, o penetración bucal o anal.<sup>39</sup>

## **V. Medios comisivos.**

### **a. Violencia e intimidación**

Como se ha mencionado con anterioridad, para poder apreciarse el delito de agresión sexual es imprescindible la constatación de la existencia de violencia o intimidación. Al ser un delito que atenta contra la libertad sexual de las personas será necesario que, mediante estos medios comisivos, se logre 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”*.<sup>40</sup>

La jurisprudencia ha llegado al entendimiento de que ni la violencia ni la intimidación que se empleen en los delitos de agresión sexual deben llegar al punto de considerarse *“irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada”*,<sup>41</sup> sino que deben ser suficientes para doblegar la voluntad de la víctima,<sup>42</sup> es decir, que deben ser eficaces para paralizar o inhibir la voluntad de resistencia de la víctima.<sup>43</sup> Precisamente, en cuanto a la resistencia, resulta preciso apuntar que ésta no constituye elemento del tipo alguno y que ni tan solo debería por qué probarse que hubiera resistencia, *“ya que ante una fuerza o intimidación suficientemente graves la mujer puede legítimamente optar por acceder a las pretensiones del agresor para salvar su vida o evitar violencias mayores, sin que por ello deje de constituir una agresión sexual”*,<sup>44</sup> siendo suficiente, por tanto, que *“ante la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en sus propósitos, venciendo por la fuerza esa oposición y resistencia, incluso pasiva, porque lo esencial es que el agresor actúa contra la voluntad de la víctima, porque obra conociendo su*

---

<sup>39</sup> GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, “Delitos contra la libertad sexual”, cit., p. 106- 107.

<sup>40</sup> STS nº 578/2004, de 26 de abril. RJ 2004/3240. FJ. 2º.

<sup>41</sup> STS (Sección 1ª), nº 480/2016, de 2 de junio. RJ 2016/2722. FJ. 9º.

<sup>42</sup> STS (Sección 1ª), nº 914/2008, de 22 de diciembre. RJ 2009/1376. FJ. 5º.

<sup>43</sup> STS (Sección 1ª), nº 355/2015, de 28 de mayo. RJ 20152491. FJ. 13º.

<sup>44</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), nº 261/2001, de 22 de mayo. RJ 2002/298. FJ. 3º.

oposición”.<sup>45</sup> No obstante, en ambos casos deberán “*ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso en concreto*”,<sup>46</sup> debiéndose analizar “*tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima*”.<sup>47</sup>

En todo caso, los medios comisivos deben ser la causa del atentado sexual<sup>48</sup> debe existir una relación causal<sup>49</sup> de tal modo que la “*situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas.*”<sup>50</sup>

En conclusión, es indispensable que quede clara la negativa de la víctima a acceder a las intenciones del autor, la trascendental importancia de emplear la violencia o la intimidación para doblegar su voluntad y la necesidad de que sean idóneas para el caso en concreto.<sup>51</sup>

## **i. Violencia**

En palabras de ASUA BATARRITA<sup>52</sup>, las agresiones violentas constituyen los supuestos con mayor desvalor en cuanto al desprecio y la vejación a la que se somete a la víctima.

El legislador de 1995 optó por sustituir el clásico término de “fuerza” por el actual “violencia”, entendiendo que el antiguo vocablo hacía alusión a la fuerza que se ejercía sobre las cosas, queriendo reemplazarlo por un concepto que hace referencia a la “vis física” que se profesa sobre las personas.<sup>53</sup> De esta manera, este medio comisivo es entendido, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, como la fuerza física<sup>54</sup> que se ejerce sobre el cuerpo de la víctima<sup>55</sup>, es decir, debe tratarse de “*un despliegue de una*

---

<sup>45</sup> STS nº 105/2005, de 29 de enero. RJ 2005/1832. FJ. 4º.

<sup>46</sup> STS (Sección 1ª), nº 136/2007, de 8 de febrero. RJ 2007/2003. FJ. 5º.

<sup>47</sup> STS (Sección 1ª), nº 914/2008, cit., FJ. 5º.

<sup>48</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p.93.

<sup>49</sup> STS (Sección 1ª), nº 480/2016, cit., FJ. 9º.

<sup>50</sup> STS (Sección 1ª), nº 914/2008, cit., FJ. 5º.

<sup>51</sup> STS nº 380/2004, de 19 de marzo. RJ 2004/3413. FJ. 4º.

<sup>52</sup> ASUA BATARRITA, Adela, “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vaco de la mujer, Bilbao, 1998, p.82

<sup>53</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 184.

<sup>54</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, cit., p.86.

<sup>55</sup> STS (Sección 1ª), n 573/2017, de 18 de julio. RJ 2017/6090. FJ. 6º.

porción de energía que se dirige o proyecta contra la víctima o que recae directamente sobre ella”.<sup>56</sup> Ahora bien, ello no significa que determinados supuestos de fuerza sobre terceras personas o, incluso, de “*vis in rebus*” (fuerza sobre las cosas) no puedan integrar la modalidad intimidatoria de agresión sexual.<sup>57</sup>

La jurisprudencia se ha encargado, igualmente, de determinar cuáles son los elementos que deben integrar el concepto de violencia para poder subsumirse en el tipo de agresión sexual, “*entendiendo que ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima*”,<sup>58</sup> debiendo implicar “*una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, etc.*”.<sup>59</sup>

Finalmente, es fundamental resaltar que el delito de agresión sexual no requiere la causación de lesión corporal alguna, admitiéndose por la jurisprudencia el concurso entre el delito de lesiones y el de agresión sexual.<sup>60</sup> Este concurso se dará en los supuestos en los que la violencia empleada se exceda de aquella exigida por el tipo penal, pero no cuando las lesiones que se produzcan por la violencia ejercida respondan al “*contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo, leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado*”.<sup>61</sup>

## **ii. Intimidación**

Como ha podido apreciarse, el concepto de “violencia” no ha generado excesivas controversias en relación a su interpretación. Desafortunadamente, no puede afirmarse lo mismo del término “intimidación”, en torno al cual existen ciertas dificultades al no haberse delimitado en el Código Penal cuál es la intimidación típica.<sup>62</sup> Por este preciso motivo, la intimidación ha sido ampliamente analizada y examinada tanto por la jurisprudencia como para la doctrina.

Mientras que en la violencia se hacía alusión a la vis física que se proyectaba sobre la víctima, la intimidación se ha erigido como una fuerza moral de naturaleza

---

<sup>56</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “El delito de violación” cit., p 184.

<sup>57</sup> FARALDO CABANA, Patricia, “¿Intimidación o prevalimiento? La sentencia de La Manada y los delitos sexuales en España”, *Criminal Justice Network*, 2018, 25 de septiembre, de: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/intimidacion-o-prevalimiento-la-sentencia-de-la-manada-y-los-delitos-sexuales-en-espana>

<sup>58</sup> STS (Sección 1ª), nº 935/2006, de 2 de octubre. RJ 2006/8254. FJ. 10º.

<sup>59</sup> STS (Sección 1ª), nº 368/2010, de 26 de abril. RJ 2010/2558. FJ. 4º.

<sup>60</sup> STS nº 1259/2004, de 2 de noviembre. RJ 2004/7697. FJ. 4º.

<sup>61</sup> STS nº 2047/2002, de 10 de diciembre. RJ 2003/473. FJ. 16º.

<sup>62</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “El delito de violación”, cit., 185

psíquica<sup>63</sup>, definida como aquel “*constreñimiento psicológico*”<sup>64</sup>, “*consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual*”,<sup>65</sup> no siendo imprescindible, como ya se ha mencionado, que sea irresistible. Del mismo modo, se viene exigiendo que sea “*seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado*”.<sup>66</sup> La Real Academia Española la define como la acción de “causar o infundir miedo” y, precisamente, en esta dirección se ha pronunciado la jurisprudencia al afirmar que, ese anuncio del mal, debe despertar “*en el intimidado un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la posibilidad de un mal real o imaginario que le haga doblegar su voluntad ante lo que se le impone*”,<sup>67</sup> situación de la que se aprovecha “*el agente para la perpetración de la agresión*”.<sup>68</sup>

Asimismo, ha sido considerada 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 (...), 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*”<sup>69</sup> dado que se llega a anular o disminuir de forma drástica “*su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado*”<sup>70</sup>. De ello se extrae, en primer lugar, que, en la intimidación, la víctima es obligada a realizar lo que no quiere y “*ve lesionada no ya su libertad de decidir, sino su libertad de actuar u obrar*”<sup>71</sup>, hasta el punto de que, a la víctima, únicamente le quedaría o “*soportar el atentado sexual sin ejercer resistencia activa o soportar el atentado ejerciendo dicha resistencia, en cuyo caso su situación se agravará*”<sup>72</sup>; y, en segundo lugar y para hacer efectiva esa lesión, la intimidación debe “*contener un mínimo coeficiente de idoneidad y significación para suscitar el temor en el ánimo del conminado*”, lo que implica tener “*un mínimo de entidad objetiva*”.<sup>73</sup> Esta idoneidad se debe, en parte, a que, como afirma ACALE SÁNCHEZ, “*hay supuestos en los que a la violencia e intimidación se le añaden algún atributo más, exigiendo una particular gravedad*”<sup>74</sup> y, dicha gravedad, deberá valorarse “*en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales*”<sup>75</sup>. Es en este punto,

---

<sup>63</sup> STS (Sección 1ª), nº 542/2013, de 20 de mayo. RJ 2013/6419. FJ. 5º.

<sup>64</sup> STS (Sección 1ª), nº 145/2020, cit., FJ. 5º.

<sup>65</sup> STS (Sección 1ª), nº 355/2015, cit., FJ. 12º.

<sup>66</sup> Ídem.

<sup>67</sup> STS (Sección 1ª), nº 1396/1999, de 1 de octubre. RJ 1999/7597. FJ. 1º.

<sup>68</sup> STS (Sección 1ª), nº 355/2015, cit., FJ. 12º.

<sup>69</sup> Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), nº 469/2005, de 10 de marzo. JUR 2005/102562. FJ. 3º.

<sup>70</sup> STS (Sección 1ª), nº 305/2013, cit., FJ. 3º.

<sup>71</sup> RAMON RIBAS, Eduardo, “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, P. 142.

<sup>72</sup> Ídem

<sup>73</sup> STS (Sección 1ª) nº 1396/1999, cit., FJ. 1º.

<sup>74</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “La reforma de los delitos”, cit., p. 232.

<sup>75</sup> STS nº 745/1992, de 6 de abril. RJ 1992/2858. FJ. 2º.

concretamente, donde surgen dos corrientes tanto doctrinales como jurisprudenciales. Una parte de esta línea considera que *“para apreciar la intimidación este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente”*.<sup>76</sup> En cambio, para los que sostienen la corriente contraria, pese a reconocer que la intimidación debe representar un mínimo de idoneidad, lo fundamental reside en su aspecto subjetivo, *“en la forma en que la misma ha sido vivenciada por la víctima, por lo que las condiciones de ésta y del entorno en que se producen, vienen a ser determinantes”*.<sup>77</sup> Sea como fuere, para que pueda considerarse una intimidación suficiente, será necesario que *“desde perspectivas razonables para un observador neutral y en atención a las circunstancias del caso, la víctima alcance razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podría derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor”*.<sup>78</sup>

Cabe destacar que la jurisprudencia no exige que exista una amenaza expresa, pudiendo darse la intimidación *“en un contexto intimidatorio difuso, en el que la amenaza sea implícita”*.<sup>79</sup> Concorde a esta interpretación, la suficiencia de la intimidación podría provenir del análisis de las siguientes circunstancias: *“del lugar y el tiempo en el que se produzcan los hechos, la edad y la constitución física del agresor y la víctima, la situación de vulnerabilidad o abatimiento creado (...) o cualesquiera otras circunstancias abarcadas por el dolo del agresor que le proporcionen una mayor facilidad comisiva y, por tanto, le exoneren de servirse de una fuerza o intimidación de mayor intensidad”*.<sup>80</sup>

Finalmente, y a colación de lo que se acaba de afirmar, es necesario hacer una referencia a la “intimidación ambiental”, figura jurisprudencial creada por el Tribunal Supremo que viene a consistir en *“considerar cooperadores necesarios a los sujetos que con su sola presencia física y consciencia del acto sexual que está realizando otra persona, coadyuvan en el incremento de un ambiente intimidatorio, reforzando la situación de desamparo de la víctima y haciendo nulo cualquier intento de defensa que bien pudiera haberse activado caso de no concurrir dichos agresores, de forma que con mero estar construyen ya esa intimidación ambiental”*.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> STS (Sección 1ª), nº 609/2013, de 10 de julio. RJ 2013/7723. FJ. 10º.

<sup>77</sup> STS nº 745/1992, cit., FJ. 2º.

<sup>78</sup> STS (Sección 1ª), nº 9/2016, de 21 de enero. RJ 2016/310. FJ. 1º.

<sup>79</sup> FARALDO CABANA, Patricia y RAMON RIBAS, Eduardo, “La sentencia de la Manada”, cit., p. 260.

<sup>80</sup> CUERDA ARNAU, María Luisa, “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado”, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018*, p. 130.

<sup>81</sup> ACALE SÁNCHEZ, María y FARALDO CABANA, Patricia, “Presentación”, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018*, P. 21.

## **b. Prevalimiento**

Es preciso comenzar recordando que, en el *artículo 181.1*, los abusos sexuales son definidos como aquellos atentados contra la libertad sexual que se cometen “*sin violencia o intimidación, y sin que medie consentimiento*”. Sin embargo, esta nota negativa de falta de consentimiento no se da en los abusos sexuales por prevalimiento de situación de superioridad, hecho que no puede generar discusión alguna cuando es el propio *artículo 181.3* el que, con su redacción, despeja cualquier tipo de duda al emplear la expresión “*cuando el consentimiento se obtenga*”. De esta forma, puede observarse como la figura del abuso sexual por prevalimiento consta de dos vertientes: una positiva, consistente en la existencia de consentimiento, aunque viciado; y, otra negativa, como es la necesaria ausencia de intimidación y violencia.

Según la Real Academia Española, prevalecerse conlleva “*valerse o servirse de algo para ventaja o provecho propio*” y, en el ámbito de los abusos sexuales, este concepto ha sido reseñado como el “*modus operandi a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima*”.<sup>82</sup> Ese consentimiento se logra a través de cualquier “*estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo*”,<sup>83</sup> creando de esta forma un “*desnivel notorio entre las posiciones de las partes, en la que una de ellas se encuentra en manifiesta posición de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad*”.<sup>84</sup>

Esa situación de superioridad de la que se prevale el autor debe de coartar la libertad de la víctima, lo que, en este contexto, denota “*obstaculizar o limitar de manera relevante el uso por un sujeto de su capacidad para autodeterminarse*”.<sup>85</sup> Por lo tanto, a diferencia de la intimidación, no se trata de anular la libertad de la víctima, sino únicamente limitarla o restringirla.<sup>86</sup> Algunos autores han considerado que ello implica un “*constreñimiento de la libertad de decisión*”,<sup>87</sup> una interferencia “*en el proceso de formación de la voluntad de la víctima hasta lograr que se acomode a sus deseos*”.<sup>88</sup>

Las distintas circunstancias que pueden ocasionar una posición de superioridad no están tasadas legalmente,<sup>89</sup> si bien, son muchas las situaciones que pueden provocarla. Ante esta realidad, la jurisprudencia ha querido aclarar que este hecho no conlleva a considerar que puedan incardinarse en esta modalidad “*todos los casos en que se aprecie cualquier desigualdad entre las personas, o una falta de equilibrio o*

---

<sup>82</sup> STS (Sección 1ª), nº 841/2007, de 22 de octubre. RJ 2007/7110. FJ. 2º.

<sup>83</sup> STS (Sección 1ª), nº 305/2013, cit., FJ. 3º.

<sup>84</sup> STS (Sección 1ª), nº 630/2016, de 14 de julio. RJ 2016/3765. FJ. 6º.

<sup>85</sup> STS (Sección 1ª), nº 568/2006, de 19 de mayo. RJ 2006/3048. FJ. 4º.

<sup>86</sup> STS nº 1015/2003, de 11 de julio. RJ 2003/6343. FJ. 4º.

<sup>87</sup> ASUA BATARRITA, Adela, “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal”, cit., p. 81.

<sup>88</sup> CUERDA ARNAU, María Luisa, “Agresión y abuso sexual”, cit., p. 130.

<sup>89</sup> FARALDO CABANA, Patricia, “Hacia una reforma”, cit., p.268

*paridad de capacidades*”,<sup>90</sup> sino que será preciso que esa superioridad sea manifiesta. La idoneidad del prevalimiento dependerá de que exista una situación que “*de algún modo presione a la víctima que pueda considerarse suficiente para debilitar su voluntad*”,<sup>91</sup> al igual que se requerirá que esa situación haya significado “*coerción para la libertad de determinación sexual de la víctima (...), que haya generado un vicio que haya condicionado seriamente su consentimiento*”.<sup>92</sup> En este sentido, se han considerado como posibles causas de desequilibrio de las posiciones, “*la notable diferencia de edad, de una determinada relación de parentesco, de la suma de ambas circunstancias, del hecho de que la víctima padezca una enfermedad o discapacidad o de una desigual posición en el seno de una relación laboral o docente; pero también, por supuesto, del anuncio, expreso o tácito, por parte del autor de que la víctima sufrirá un determinado mal*”.<sup>93</sup>

## **VI. Fina línea divisoria ente las agresiones sexuales intimidatorias y los abusos sexuales por prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta.**

Llegados a este punto, podría concluirse que la distinción entre ambos tipos de delitos no presenta, en el plano teórico, grandes dificultades. En este sentido, si en la realización del atentado contra la libertad sexual se emplea violencia o intimidación, la conducta se subsumirá en el delito de agresión sexual, en cambio, “*su ausencia determinará la calificación de los hechos como abuso sexual*”.<sup>94</sup> Ello llevaría a afirmar que “*todo lo que no sea ni violencia ni intimidación no pasará la calificación de la conducta como agresión sexual, quedándose en el radio de los delitos de abusos sexuales, siempre que se pruebe la falta de consentimiento o la presencia de un consentimiento inválido*”.<sup>95</sup> Asimismo, el Tribunal Supremo se ha encargado de manifestar que “*lo que singulariza al delito de agresión sexual frente a los abusos es el hecho de que se actúa contra la voluntad de la víctima*”,<sup>96</sup> anulándola y, por tanto, privando a la víctima de capacidad para decidir al respecto, “*no simplemente con su comportamiento viciado o inválido o sin siquiera la oportunidad de manifestarlo*”,<sup>97</sup> es decir, con una libertad disminuida, pero existente.

---

<sup>90</sup> STS (Sección 1ª), nº 35/2009, de 5 de enero. RJ 2009/1381. FJ. 4º.

<sup>91</sup> STS (Sección 1ª), nº 305/2013, cit., FJ. 3º.

<sup>92</sup> STS nº 761/1999, cit., FJ. 4º.

<sup>93</sup> RAMON RIBAS, Eduardo, “La intimidación en los delitos sexuales”, cit., p. 140.

<sup>94</sup> Ibid., p. 138.

<sup>95</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “La reforma de los delitos”, cit., p. 236.

<sup>96</sup> CUERDA ARNAU, María Luisa, “Agresión y abuso sexual”, cit., p. 120.

<sup>97</sup> Ídem.

No obstante, a pesar de lo afirmado, el tipo de abuso sexual cometido mediante el prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta presenta un parentesco y una proximidad evidente con el delito de agresión sexual intimidatorio.<sup>98</sup> La jurisprudencia ha reconocido que, en el examen de los casos probados, no siempre resulta fácil la distinción entre ambos delitos,<sup>99</sup> sobre todo en aquellos supuestos límite que se dan “entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo de abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada.”<sup>100</sup> Esta dificultad podría encontrar su explicación en el hecho de que, con la inserción de la figura del abuso sexual por prevalimiento en el articulado penal, se acogieron “supuestos fronterizos con la violación” que, hasta ese momento, se absolvían por las dificultades existentes a la hora de obtener las pruebas que concluyeran cuál era el grado de constricción de la voluntad de la víctima.<sup>101</sup>

Resulta casi obligatorio reconocer que entre estas dos figuras no existen “contornos completamente nítidos (...) y, por otro lado, tienen entre sí un considerable grado de homogeneidad”.<sup>102</sup> Se ha llegado a admitir que la distinción puede hacerse depender “de la descripción o de la construcción de unos difíciles hechos probados”<sup>103</sup>, lo que, en la práctica, conlleva admitir el peligro que supone que, sobre unos mismos hechos probados, puedan alcanzarse soluciones distintas.

De esta forma, queda constatada la complicación existente en torno a ambos delitos, cuya distinción ha provocado una serie de contrariedades. La primordial se centra en determinar cómo deben de castigarse aquellos supuestos límite en los que una persona que, no habiendo sido sometida a una intimidación acorde a las exigencias del delito de agresión sexual, resulta tan intensamente condicionada que se invalida su libertad de decisión. En este sentido, como se ha venido diciendo, la ausencia de violencia o intimidación en la conducta determina la subsunción en el tipo de abusos sexuales. Sin embargo, ello no implica que “siempre que se produzca una situación intimidatoria”<sup>104</sup> sea posible calificar los hechos de agresión sexual. Ello es así dado que, pese a requerirse el empleo de violencia o intimidación en las agresiones sexuales, “no será suficiente para apreciar el delito de agresión sexual el empleo de cualquier violencia o intimidación”.<sup>105</sup> Esta deberá revestirse de un carácter bastante y suficiente para poder “doblegar la voluntad de la víctima anulándola completamente”,<sup>106</sup> de lo contrario, “el contacto sexual con consentimiento viciado por la existencia de

---

<sup>98</sup> FARALDO CABANA, Patricia y RAMON RIBAS, Eduardo, “La sentencia de la Manada”, cit., p. 257.

<sup>99</sup> STS (Sección 1ª), nº 9/2016, cit., FJ. 1º.

<sup>100</sup> STS (Sección 1ª), nº 26/2008, de 16 de enero. RJ 2008/1316. FJ. 1º.

<sup>101</sup> ASUA BATARRITA, Adela, “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal”, cit., p.81

<sup>102</sup> ATIENZA, Manuel, “A propósito del caso de “La Manada””, *Jueces para la democracia. Informe y debate* 92º, 2018, p. 10

<sup>103</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “La reforma de los delitos”. cit., p. 244.

<sup>104</sup> FARALDO CABANA, Patricia, “Hacia una reforma”, cit., p.268.

<sup>105</sup> RAMON RIBAS, Eduardo, “La intimidación en los delitos sexuales”, cit., p. 142.

<sup>106</sup> Ídem.



*intimidación de entidad insuficiente a los efectos del delito de agresión sexual se ha venido sancionando como abuso sexual de prevalimiento*”,<sup>107</sup> configurando este delito como una especie de “cajón de sastre a través del cual se castigan atentados contra la libertad sexual en los que no es fácil la prueba ni de la violencia, ni de la intimidación”.<sup>108</sup> Siendo en este punto donde surgen diferentes corrientes interpretativas acerca de la posible existencia de una intimidación de segundo grado o categoría en los abusos sexuales por prevalimiento.

Siguiendo la interpretación de autores como RAMON RIBAS, la intimidación está íntimamente relacionada con el delito de amenazas y con el de coacciones.<sup>109</sup> Estos dos tipos de delitos se caracterizan, entre otros motivos, por admitir diversos grados de intensidad, diferenciándose entre graves o leves.<sup>110</sup> Por tanto, la intimidación debería poder clasificarse igualmente entre grave (primer grado) o leve (segundo grado),<sup>111</sup> alcanzando el primer grado y, por tanto, calificándose de agresión sexual, aquella intimidación que reúna los caracteres de suficiencia y gravedad mencionados. Por ello mismo, y pese a la “dicción literal del artículo 181.1 del CP, que exige la ausencia de consentimiento, pero también de la violencia o intimidación”,<sup>112</sup> realmente no se excluye el empleo de intimidación en los delitos de abusos sexuales, sino cuando alcanza una determinada intensidad.<sup>113</sup> Se admite, de esta forma, la existencia de una tipología de intimidación en los abusos sexuales “enmarcada entre los cometidos con prevalimiento de una situación de superioridad, originada precisamente por la utilización de intimidación, por el anuncio, expreso o tácito, de causar un mal”,<sup>114</sup> es decir, en estos supuestos encontramos una intimidación que genera una situación de superioridad manifiesta de una persona, de la que se prevale para conseguir el consentimiento.<sup>115</sup> Marcar la diferencia entre ambos delitos en este punto resultaría muy difícil y más si se tiene en cuenta que, conforme a lo dispuesto por RAMON RIBAS, en las agresiones sexuales se produce, igualmente, “una situación de superioridad manifiesta de la que se prevale el autor, originada igualmente por la intimidación”.<sup>116</sup> Al ser estructuralmente idénticos, compartiendo los elementos de la situación de superioridad y su prevalimiento, la distinción no puede basarse en motivos cualitativos, sino cuantitativos,<sup>117</sup> es decir, se trata de una cuestión de grado. Antes bien, es obligado comentar que, al reaccionar las personas de diversas maneras ante un ataque, “habrá que tener presente que el grado de violencia o intimidación puede ser de muy diversa

---

<sup>107</sup> FARALDO CABANA, Patricia, “Hacia una reforma”, cit., p.268.

<sup>108</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “La reforma de los delitos”, cit., p. 236

<sup>109</sup> RAMON RIBAS, Eduardo, “La intimidación en los delitos sexuales”, cit., p. 147.

<sup>110</sup> Ibid., p. 143

<sup>111</sup> Ídem.

<sup>112</sup> Ibid. p. 141.

<sup>113</sup> Ibid. p. 147.

<sup>114</sup> Ibid. p.144.

<sup>115</sup> FARALDO CABANA, Patricia y RAMON RIBAS, Eduardo, “La sentencia de la Manada”, cit., p. 258.

<sup>116</sup> RAMON RIBAS, Eduardo, “La intimidación en los delitos sexuales”, cit., p. 144.

<sup>117</sup> Ídem.

*intensidad para vencer la voluntad de la víctima*”,<sup>118</sup> por lo que, con el fin de dar solución a un supuesto en el que se dude si se ha producido una agresión o un abuso sexual, deberá analizarse la intensidad y la incidencia que la intimidación tenga con respecto a la libertad de la víctima,<sup>119</sup> es decir, deberá apreciarse si se anula la libertad de la víctima eliminando cualquier tipo de capacidad de decisión (agresión sexual) o, en cambio, si guarda algún tipo de libertad para poder negarse (abuso sexual).<sup>120</sup>

Frente a esta postura, se encuentra CUERDA ARNAU que considera inadecuada e incluso peligrosa la teoría de la intimidación de segundo grado.<sup>121</sup> Para esta autora el hecho de que en el CP únicamente se exija la violencia o la intimidación para doblegar la voluntad de la víctima implica que, una vez confirmada la presencia de violencia o intimidación y la acreditación de que el hecho se produjo sin consentimiento, “*carece de sentido condicionar la aplicación del tipo de agresión sexual a la mayor o menor entidad de la violencia o intimidación desplegada, con independencia de su toma en consideración en la individualización de la pena*”.<sup>122</sup> Si existe violencia o intimidación y esta es bastante para doblegar la voluntad de la víctima y para imponer la voluntad del agresor sobre la de la víctima, “*estará de más plantearse si la violencia o intimidación ejercida pueden estimarse o no bastantes en función de su entidad para dar paso al tipo de agresiones sexuales*”.<sup>123</sup>

## **VII. Conclusiones.**

Los delitos sexuales han evolucionado mucho a lo largo de nuestra historia legislativa por medio de una serie de modificaciones que respondían al cambio de mentalidad social. Poco a poco se han ido dejando atrás una suerte de concepciones sociales en torno a roles de género discriminatorios para la mujer, sin embargo, la lucha por la superación de los estereotipos patriarcales apreciables en la regulación de los delitos sexuales sigue en vigor y a día de hoy.

Precisamente, la distinción actual entre los delitos de agresiones y abusos sexuales y, concretamente, la configuración de la violación como un delito contra la voluntad de la víctima, ha propiciado el retorno de dos ideas clásicas como son: por un lado, la necesidad de resistencia por parte de la víctima; y, por otro, la exigencia del carácter bastante de la intimidación, lo que provoca que se dejen “*en un nivel por debajo comportamientos cuya equiparación valorativa son perfectamente razonables, pues se*

---

<sup>118</sup> STS (Sección 1ª), nº 178/2013, de 7 de marzo. RJ 2013/2941. FJ. 1º.

<sup>119</sup> RAMON RIBAS, Eduardo, “La intimidación en los delitos sexuales”, cit., p. 146.

<sup>120</sup> FARALDO CABANA, Patricia y RAMON RIBAS, Eduardo, “La sentencia de la Manada”, cit., p. 258.

<sup>121</sup> CUERDA ARNAU, María Luisa, “Agresión y abuso sexual”, cit., p. 126, la autora considera que esta concepción supone conceder a la persona intimidada la posibilidad de elegir, lo que trasladado al ámbito de la violencia podría conducir a sostener que el sujeto pasivo tiene la posibilidad de elegir entre soportar la violencia o el acto que se le impone.

<sup>122</sup> Ibid. p.130

<sup>123</sup> Ídem.

realizan sin el consentimiento de la víctima”.<sup>124</sup> Tanto en las agresiones como en los abusos sexuales “el comportamiento sexual es impuesto a la víctima”,<sup>125</sup> lo que lleva a preguntarse, “¿tanto desvalor añade al injusto sexual la violencia o intimidación”<sup>126</sup> para someterse a un régimen punitivo mucho más severo?

Asimismo, la dificultad existente a la hora de probar la presencia de violencia o intimidación ha provocado que “se revictimice a la víctima, pues la prueba sobre su falta de consentimiento se busca en su comportamiento”<sup>127</sup> más que en el del autor. De esta forma, no es de extrañar que las defensas traten de centrar su discurso en la actitud y comportamiento de la víctima o incluso en su forma de vestir,<sup>128</sup> con tal de demostrar que existió consentimiento. Este hecho, de centrar la atención en el comportamiento de la víctima, provoca el miedo a denunciar y a tener que pasar por una revictimización secundaria.<sup>129</sup> Idea que se plasmará con la simple transcripción de parte de la declaración de una chica que sufrió un episodio sexual no consentido: “Si te digo la verdad, prefiero sufrir otra agresión que volver a tener un juicio. (...). El mundo judicial se encarga de juzgarte, de abrirte en canal y de hacerte trizas”.<sup>130</sup>

Por su parte, íntimamente relacionada con el consentimiento se encuentra el concepto de resistencia. Su retorno ha propiciado la existencia de una tendencia jurisprudencial a considerarla como un factor probatorio de esa falta de consentimiento,<sup>131</sup> pero no de cualquier tipo, sino que vienen exigiendo una que sea “real, decidida y de entidad suficiente (...), incluso una negativa manifiesta a la relación sexual, para apreciar la agresión sexual”.<sup>132</sup> Por ello mismo, se viene interpretando que quien no se resiste está consintiendo,<sup>133</sup> pero, entonces, ¿qué sucede en aquellos

---

<sup>124</sup> FARALDO CABANA, Patricia, “Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales”, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch, Valencia*, 2018, p.63.

<sup>125</sup> FARALDO CABANA, Patricia y RAMON RIBAS, Eduardo, “La sentencia de la Manada”, cit., p. 257.

<sup>126</sup> Ídem.

<sup>127</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “Tratamiento penal de la violencia sexual: la forma más primaria de violencia de género”, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch, Valencia*, 2018, p.83.

<sup>128</sup> STS (Sección 1ª), nº145/2020, cit., FJ. 2º.

<sup>129</sup> MARCO FRANCIA, María Pilar, “Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de “La Manada””, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch, Valencia*, 2018, p.213, consiste en “comportamientos y actitudes de las instituciones de servicios sociales que culpabilizan a la víctima y carecen de sensibilidad lo que traumatiza a las víctimas”.

<sup>130</sup> FERNÁNDEZ, June, “El no es no se queda corto”, *elDiario.es*, 16 de agosto de 2016: [https://www.eldiario.es/pikara/queda-corto\\_132\\_4625146.html](https://www.eldiario.es/pikara/queda-corto_132_4625146.html)

<sup>131</sup> CUERDA ARNAU, María Luisa, “Agresión y abuso sexual”, cit., p. 114.

<sup>132</sup> FARALDO CABANA, Patricia, “Y a la tercera fue la vencida. La Manada ante el Tribunal Supremo”, *El País*, 22 de junio de 2019: [https://elpais.com/sociedad/2019/06/22/actualidad/1561207242\\_831447.html](https://elpais.com/sociedad/2019/06/22/actualidad/1561207242_831447.html)

<sup>133</sup> Comentario de FARALDO CABANA, Patricia en “Esto es proteger menos a las mujeres que beben y quedan inconscientes”, *El País*, 1 de noviembre de 2019: [https://elpais.com/sociedad/2019/10/31/actualidad/1572547623\\_563524.html](https://elpais.com/sociedad/2019/10/31/actualidad/1572547623_563524.html)

supuestos en los que la víctima sufre un bloqueo emocional que le impida manifestar su voluntad contraria al acto? ¿está consintiendo en estos casos o simplemente se ha paralizado por el temor que siente ante la posibilidad de sufrir males mayores? Como dice RAMON RIBAS, “*quien se asusta es porque teme un mal, aunque desconozca exactamente las características que podrá reunir dicho mal*”.<sup>134</sup> Pretenden que emprendamos una batalla contra el propio agresor poniendo en riesgo nuestra vida al no saber cómo va a reaccionar el autor, con tal de que el desvalor de la acción sea mayor. Como dice uno de los eslóganes más coreados en las manifestaciones, “Solo nos creen cuando nos matan”. Diana Quer y Nagore Laffage se resistieron, hicieron caso a lo que nos vienen exigiendo y las mataron.

## **VIII. Fuentes.**

### **a. Bibliografía**

- ACALE SÁNCHEZ, María y FARALDO CABANA, Patricia, “Presentación”, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ACALE SÁNCHEZ, María, “Tratamiento penal de la violencia sexual: la forma más primaria de violencia de género”, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ACALE SÁNCHEZ, María, “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género”, *Mujer y derecho, ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, BOSCH EDITOR, Barcelona, 2019.
- ALTUZARRA ALONSO, Itziar, “El delito de violación en el Código Penal español: Análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, *Estudios de Deusto. Vol. 68/1 enero- junio 2020*, Bilbao.
- ASUA BATARRITA, Adela, “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vaco de la mujer, Bilbao, 1998.
- ATIENZA, Manuel, “A propósito del caso de “La Manada””, *Jueces para la democracia. Informe y debate 92º*, 2018.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado”, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

---

<sup>134</sup> RAMON RIBAS, Eduardo, “La intimidación en los delitos sexuales”, cit., p. 163.

- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FARALDO CABANA, Patricia y RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España” *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales”, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género”, *Mujer y derecho, ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, BOSCH EDITOR, Barcelona 2019.
- GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, “Delitos contra la libertad sexual”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº Extra nº 10*, 1997.
- LIBANO BERISTAIN, Arantza, “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: agresión, abuso y acoso sexual”, *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la reforma del Código Penal*, BOSCH EDITOR, Barcelona, 2011.
- MARCO FRANCIA, María Pilar, “Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de “La Manada””, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial. 22º edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- RAMON RIBAS, Eduardo, “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, *La Manada. Una antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RAMON RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia, “” Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XI, 2020

## **b. Jurisprudencia**

- STS nº 745/1992, de 6 de abril. RJ 1992/2858.
- STS nº 761/1999, de 3 de junio. RJ 1999/3874.
- STS (Sección 1ª), nº 1396/1999, de 1 de octubre. RJ 1999/7597.
- STS nº 661/2001, de 18 de abril. RJ 2001/2988.
- STS nº 2047/2002, de 10 de diciembre. RJ 2003/473.

- STS nº 226/2003, de 19 de febrero. RJ 2003/2276.
- STS nº 1015/2003, de 11 de julio. RJ 2003/6343.
- STS nº 380/2004, de 19 de marzo. RJ 2004/3413.
- STS nº 578/2004, de 26 de abril. RJ 2004/3240.
- STS nº 1259/2004, de 2 de noviembre. RJ 2004/7697.
- STS nº 105/2005, de 29 de enero. RJ 2005/1832.
- STS nº 365/2006, de 24 de marzo. RJ 2006/2285.
- STS nº 476/2006, de 2 de mayo. RJ 2006/3106.
- STS (Sección 1ª), nº 568/2006, de 19 de mayo. RJ 2006/3048.
- STS (Sección 1ª), nº 935/2006, de 2 de octubre. RJ 2006/8254.
- STS (Sección 1ª), nº 1295/2006, de 13 de diciembre. RJ 2007/174.
- STS (Sección 1ª), nº 136/2007, de 8 de febrero. RJ 2007/2003.
- STS (Sección 1ª), nº 494/2007, de 8 de junio. RJ 2007/5651.
- STS (Sección 1ª), nº 841/2007, de 22 de octubre. RJ 2007/7110.
- STS (Sección 1ª), nº 26/2008, de 16 de enero. RJ 2008/1316.
- STS (Sección 1ª), nº 914/2008, de 22 de diciembre. RJ 2009/1376.
- STS (Sección 1ª), nº 35/2009, de 5 de enero. RJ 2009/1381.
- STS (Sección 1ª), nº 1397/2009, de 29 de diciembre. RJ 2010/432.
- STS (Sección 1ª), nº 368/2010, de 26 de abril. RJ 2010/2558.
- STS (Sección 1ª), nº 178/2013, de 7 de marzo. RJ 2013/2941.
- STS (Sección 1ª), nº 305/2013, de 12 de abril. RJ 2013/3187.
- STS (Sección 1ª), nº 542/2013, de 20 de mayo. RJ 2013/6419.
- STS (Sección 1ª), nº 609/2013, de 10 de julio. RJ 2013/7723.
- STS (Sección 1ª), nº 411/2014, de 26 de mayo. RJ 2014/2756.
- STS (Sección 1ª), nº 355/2015, de 28 de mayo. RJ 20152491.
- STS (Sección 1ª), nº 540/2015, de 24 de septiembre. RJ 2015/4026.
- STS (Sección 1ª), nº 9/2016, de 21 de enero. RJ 2016/310.
- STS (Sección 1ª), nº 301/2016, de 12 de abril. RJ 2016/1230.
- STS (Sección 1ª), nº 480/2016, de 2 de junio. RJ 2016/2722.
- STS (Sección 1ª), nº 630/2016, de 14 de julio. RJ 2016/3765.
- STS (Sección 1ª), nº 433/2018 de 28 de septiembre. RJ 2018/4611.
- STS (Sección 1ª), nº 664/2019, de 14 de enero. RJ 2020/47.
- STS (Sección 1ª), nº107/2019, de 4 de marzo. RJ 2019/873.
- STS (Sección 1ª), nº 216/2019 de 24 de abril. RJ 2019/1381.
- STS (Sección 1ª), nº 344/2019, de 4 de julio. Caso de la manada. RJ 2019/3382.
- STS (Sección 1ª), nº 145/2020, de 14 de mayo. RJ 2020/1020.
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), nº 469/2005, de 10 de marzo. JUR 2005/102562.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Acuerdo de 25 de mayo de 2005. JUR 2005/167140. Segundo Asunto.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), nº 261/2001, de 22 de mayo. RJ 2002/298.

### **c. Documentación**

- Ministerio del Interior, “Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España”, 2019.
- FARALDO CABANA, Patricia, “¿Intimidación o prevalimiento? La sentencia de La Manada y los delitos sexuales en España”, *Criminal Justice Network*, 2018, 25 de septiembre, de: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/intimidacion-o-prevalimiento-la-sentencia-de-la-manada-y-los-delitos-sexuales-en-espana>
- FARALDO CABANA, Patricia, “Y a la tercera fue la vencida. La Manada ante el Tribunal Supremo”, *El País*, 22 de junio de 2019: [https://elpais.com/sociedad/2019/06/22/actualidad/1561207242\\_831447.html](https://elpais.com/sociedad/2019/06/22/actualidad/1561207242_831447.html)
- Comentario de FARALDO CABANA, Patricia en “Esto es proteger menos a las mujeres que beben y quedan inconscientes”, *El País*, 1 de noviembre de 2019: [https://elpais.com/sociedad/2019/10/31/actualidad/1572547623\\_563524.html](https://elpais.com/sociedad/2019/10/31/actualidad/1572547623_563524.html)

