



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS  
CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL:**

Especial referencia a la sentencia de “La manada”

Autor: Carlos López Alonso

5º E-3 B

DERECHO PENAL

Tutor: Julián Carlos Ríos Martín

Madrid

Abril 2019

# Índice

Abreviaturas .....	1
<b>1. Introducción .....</b>	<b>2</b>
1.1 Aproximación al concepto jurídico -marco regulatorio- .....	2
1.2 Bien jurídico protegido .....	4
<b>2. Cambios legislativos y evolución del título octavo del código penal .....</b>	<b>8</b>
<b>3. Análisis y aproximación al concepto de consentimiento .....</b>	<b>11</b>
<b>4. Análisis del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual .....</b>	<b>15</b>
4.1 Análisis desde un punto de vista jurídico .....	15
4.2 Análisis desde un punto de vista doctrinal.....	21
4.1 Análisis desde un punto de vista jurisprudencial .....	25
<b>5. Análisis del consentimiento en la sentencia de “La manada” .....</b>	<b>28</b>
<b>6. Revisión de la argumentación empleada en el voto particular .....</b>	<b>31</b>
<b>7. Conclusiones .....</b>	<b>33</b>
<b>8. Bibliografía .....</b>	<b>36</b>

## **ABREVIATURAS**

Art. Artículo

CP Código Penal de 1995

d.C Después de Cristo

g/L Gramos por litro de sangre

LO Ley Orgánica

OMS Organización Mundial de la Salud

RJ Repertorio de Jurisprudencia

SAP Sentencia Audiencia Provincial

(S)STC Sentencia(s) del Tribunal Constitucional

(S)STS Sentencia(s) del Tribunal Supremo

## **1. Introducción**

**Resumen:** A lo largo del siguiente trabajo se tratará de analizar el concepto del consentimiento en los distintos delitos de libertad e indemnidad sexual, para ello se estudiará lo dispuesto en el título VIII del código penal español, desde una perspectiva jurídica, doctrinal y jurisprudencial. Trataremos de examinar las posibles controversias existentes en la actualidad, realizando un estudio minucioso de la sentencia de “La manada” con especial hincapié en la argumentación utilizada por el magistrado que desarrolló el voto particular. Por último realizaremos una serie de conclusiones al respecto.

**Palabras clave:** Delito, código penal, indemnidad sexual, libertad sexual, consentimiento, pena, prueba, voto particular, Sentencia de “La manada”, actualidad, justicia.

**Abstract:** In the following work we will try to analyze the concept of consent in the different crimes of freedom and sexual indemnity, for this purpose we will study the provisions of Title VIII of the Spanish penal code from a legal, doctrinal and jurisprudential perspective. We will try to examine the possible controversies that currently exist, making a detailed study of the sentence "La manada" with special emphasis on the arguments used by the magistrate who developed the particular vote. Finally, we will make a series of conclusions in this regard.

**Key words:** Crime, penal code, sexual indemnity, sexual freedom, consent, punishment, proof, particular vote, Sentence of "La manada", actuality, justice.

### **1.1 Aproximación al concepto jurídico -marco regulatorio-**

A lo largo del siguiente epígrafe trataremos de entender cual es el concepto jurídico que pretendemos abordar con la realización de este trabajo. Para ello, debemos comenzar exponiendo que se analizará el marco regulatorio de los delitos que se encuentran definidos en el código penal en pos de garantizar la seguridad de la libertad e indemnidad sexual de todos los individuos.

El consentimiento, objeto central de estudio en nuestro trabajo no queda referido en la mayoría de códigos penales en su parte general. Se trata de un término muy discutible, de consideración fácilmente cambiable en función del pensamiento y explicación que de él, ofrezca cada doctrina. La razón principal de que no consiga acercar posturas, se debe

principalmente al permanente cambio social al que el derecho en general y el penal en particular se ven sometidos<sup>1</sup>, la inquietud intelectual por parte de los legisladores hace que se generen continuas valoraciones diferentes dado el estado de “*ánimo natural*” del concepto (Quintero Olivares, 2004). Por lo tanto, suele venir definido normalmente en la parte especial de los códigos o en normas y leyes penales adicionales.

El consentimiento por tanto, se puede entender dentro del derecho penal como “*otorgar del titular del bien jurídico disponible, pidiendo o permitiendo que alguien haga alguna cosa, obligándose dicho titular a la renuncia del bien respectivo, siempre que manifieste su libre voluntad de manera expresa o tácitamente a ese respecto, lo que impone una vinculación jurídica con efectos dogmáticos atípicos*” (Vital de Almeida, 2006).

El consentimiento pues, se concibe como una actitud activa por parte del sujeto pasivo ante un hecho o situación que altera de manera sobrevenida y poniendo en peligro los bienes jurídicos protegidos de los que éste es titular. Nuestro código penal se fundamenta en “*la indisponibilidad de los bienes jurídicos dignos de tutela penal*” lo que implica que pese a que pueda existir consentimiento por parte del sujeto pasivo, es probable que estemos dentro del tipo ilícito recogido como delito en el código penal (Ostos Hernández, 2016).

La segunda parte con la que intentaremos relacionar el consentimiento, será la libertad e indemnidad sexual. Los delitos que contravienen la protección de estos bienes, se han visto aumentados de manera considerable en los últimos años<sup>2</sup>, teniendo su vulneración un gran impacto mediático y social dadas las características propias de dichos bienes. El hecho de transgredir una libertad personal tan importante (que en ocasiones afecta a colectivos desfavorecidos -menores o incapacitados-), resulta manifiestamente censurable por la sociedad creando conmoción y alarma social entre las personas.

Los delitos que posteriormente analizaremos, quedan tipificados en el código penal español, más concretamente en el Libro II, título VIII y están recogidos en los artículos 178 a 194.

---

<sup>1</sup> Se trata de una norma que esta en constante desarrollo, para adecuar los tipos a los bienes jurídicos que pueden ser dañados.

<sup>2</sup> Alcanzando un pico máximo durante el mes de Julio de 2017 con cerca de 1.200 hechos conocidos por las autoridades competentes (Ministerio del Interior , 2017).

- Capítulo I: **Agresiones sexuales**
- Capítulo II: **Abusos sexuales**
- Capítulo III: Acoso sexual
- Capítulo IV: Exhibicionismo y provocación sexual
- Capítulo V: Prostitución, explotación y corrupción de menores

Como se verá más adelante, trataremos de analizar con más detalle los delitos dispuestos en los dos primeros capítulos.

## **1.2 Bien jurídico protegido**

El concepto de bien jurídico protegido dentro del derecho penal, es un tema bastante controvertido debido a la pluralidad y diversidad de posiciones metodológicas y de pensamiento existentes en la actualidad<sup>3</sup>.

Dentro de la doctrina que entiende la existencia de bienes jurídicos protegidos en la redacción de las normas penales, encontramos autores como JESCHECK, para el que la existencia del bien jurídico se entiende como un valor idílico del orden social, que debe mantenerse por el interés de la sociedad y que tiene efectos tanto individuales<sup>4</sup> como colectivos<sup>5</sup> (Lascuráin Sánchez, 2007). Así pues, esta postura entiende que las normas establecidas en el código penal vienen a evidenciar la protección de los bienes jurídicos. No debemos caer en el error de pensar que el código penal es fuente creadora de bienes jurídicos, sino que su razón de ser se encuentra en sancionar las conductas de aquellos bienes jurídicos existentes (De la Rosa Cortina, 2013).

La correcta determinación del bien jurídico protegido tiene, por tanto, una importancia decisiva a efectos prácticos en el derecho penal, ya que determinará el tipo penal al que nos tengamos que remitir para imponer la pena<sup>6</sup>. Dentro del Libro segundo del capítulo octavo

---

<sup>3</sup> Autores como GÜNTHER JAKOBS sostienen que “*el Derecho penal garantiza la vigencia de la norma no la protección de los bienes jurídicos*” (Günther, 2001), llegando a negar la existencia de dicha teoría.

<sup>4</sup> VON LISZT defendía la idea de que el propósito de los bienes jurídicos era salvaguardar la esfera individual “*un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico*” (Cruz Parra, 2013).

<sup>5</sup> BINDING por su parte entendía que el delito lesionaba el derecho subjetivo del Estado (Cruz Parra, 2013).

<sup>6</sup> Para que un hecho tenga relevancia penal, no solo debe entenderse dentro del tipo penal sino que según expone GÓMEZ TOMILLO, debe poner efectivamente en riesgo el bien jurídico protegido (estando prohibida su conducta) (De la Rosa Cortina, 2013).

del código penal, el bien jurídico que el legislador pretende proteger es la libertad e indemnidad sexual de los sujetos.

La libertad sexual, se entiende como el derecho que tiene cada individuo para elegir libremente su condición sexual. Cada persona dispone de capacidad suficiente para determinar su sexualidad de forma autónoma, y dicha capacidad le faculta para respetar tanto su libertad como la libertad sexual de terceros. Para la OMS<sup>7</sup> la salud sexual supone “*un acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de obtener placer y experiencias sexuales seguras, libres de coacción, discriminación y violencia*” (OMS).

Dentro de la libertad sexual cobra especial importancia el concepto de libertad, pudiendo entenderse este desde dos perspectivas: “*La **libertad positiva** implica la posibilidad de elegir si llevar a cabo determinada acción. De esta forma, se atentará contra la libertad positiva impidiendo actuar. La **libertad negativa**, por su parte, acarrea el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin haber prestado un consentimiento válido; por ello, se atentará contra la libertad negativa obligando a soportar una conducta contra la voluntad del sujeto o bien obligando a la persona a realizar determinado comportamiento*” (Caruso Fontán, 2006).

La libertad sexual como bien jurídico, se trata de proteger en su vertiente negativa, esto se refiere a la actuación sexual no deseada llevada a cabo por un individuo que interfiere en la esfera de libertad de otro individuo. Por el contrario, si el escenario tipo fuese el de una actuación llevada a cabo por un individuo que impida a la víctima llevar a cabo un comportamiento sexual (ya sea con el consentimiento de otra persona o en solitario) estaríamos hablando de la protección de la libertad positiva, que quedaría regulada bajo los tipos protectores comunes de libertad y seguridad (De la Rosa Cortina, 2013).

Una vez conocido el bien jurídico protegido, deberemos centrar nuestra atención en determinar los medios que se utilizan para eliminar el elemento volitivo de la víctima en

---

<sup>7</sup> OMS, acrónimo para identificar a la Organización Mundial de la Salud.

estos delitos, despenalizando en cuyo caso, aquellos que estuvieren fundamentados en conductas de contenido injusto<sup>8</sup>.

Además de proteger el derecho individual de cada persona, la libertad sexual queda acotada por el límite de edad del consentimiento sexual. Esta acotación tiene una importancia sustancial, ya que cualquier tipo de consentimiento realizado por debajo de este límite de edad no tendrá validez legal alguna, pudiéndose incurrir en los delitos de violencia o abuso sexual por parte de quien los realizare valiéndose de su mayoría de edad (sin necesidad de que verdaderamente se den las circunstancias tipificadas como violencia o abuso), llegando a poder ser considerados como delito de violación (Rodríguez Torrado, 2016). En este sentido, se adjunta un mapa mundial<sup>9</sup> en el que se muestra el límite de edad para otorgar consentimiento sexual en los distintos países del mundo.

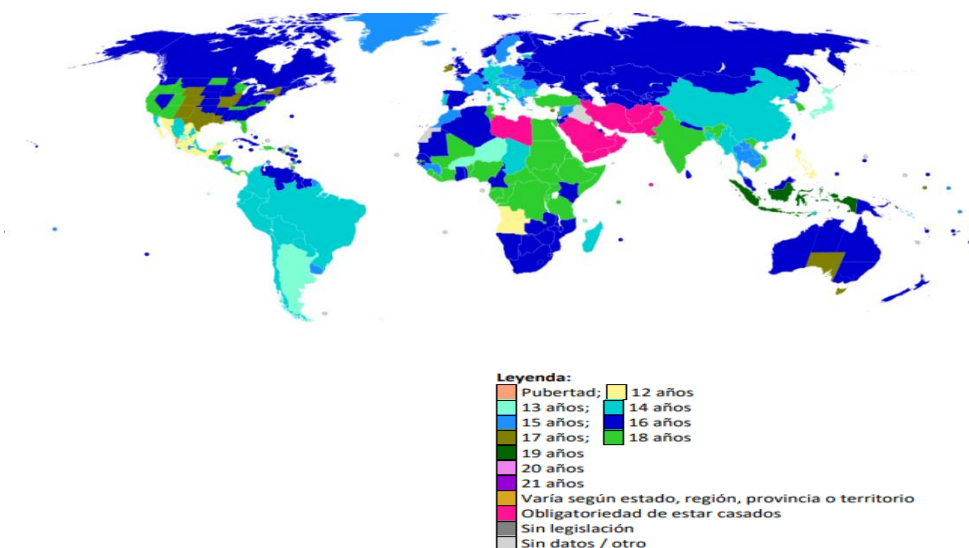


Gráfico 1: Límite de edad para el consentimiento sexual a nivel mundial.

<sup>8</sup> Como veremos posteriormente, la evolución del código penal implica un cambio tanto normativo como de mentalidad social. En este sentido se abandona el agravio que presentaba el viejo código centrándose en analizar la “honestidad de la mujer” por la protección de “la libertad sexual de todos”, tal y como establece la Exposición de Motivos del código de 1995.

<sup>9</sup> El gráfico 1, muestra la distribución mundial de la edad en la que se entiende limitado el consentimiento prestado por un menor. Gráfico obtenido de (Rodríguez Torrado, 2016).



El otro factor que queda protegido y cuya vulneración se pretende sancionar es el de indemnidad sexual. El concepto de indemnidad sexual, hace referencia al “*derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación de la personalidad. Se trata, por tanto, de asegurar una normal evolución y desarrollo de la personalidad del menor, permitiendo, así, que llegado el momento puedan decidir, entonces sí, con plena libertad sus opciones sexuales*” (Ribas, 2009). Por lo tanto, vemos como la indemnidad sexual pretende proteger a todas aquellas personas menores o incapaces, que no tengan capacidad volitiva suficiente y que no hayan conseguido desarrollar aún su propia personalidad sexual (Dudas legislativas).

Como veremos más adelante, la indemnidad sexual no quedó recogida en un primer momento sino que fue fruto de una reforma posterior. El texto original de nuestro código penal entró en vigor en el año 1995, pero no sería hasta la reforma por mediación de Ley Orgánica 11/1999 de fecha 30 de abril, cuando se cambió la rúbrica del título octavo incorporando a la libertad, la indemnidad sexual.

El hecho de que se amplíe el bien jurídico protegido -Indemnidad sexual- de manera especial a un colectivo concreto, como es el de menores e incapaces, genera disidencia entre distintos pensamientos doctrinales a la hora de entender la lógica que persigue el fondo de los bienes jurídicos protegidos (a pesar de existir un denominador común, que es evitar la desprotección de dicho colectivo). Por un lado, los autores que defienden las ideas de la doctrina penal alemana<sup>10</sup>, creen que a pesar de que los bienes jurídicos deban por norma general ser individualizables, ello no obsta a que puedan ser de manera extraordinaria, considerados bienes jurídicamente protegidos aquellos que afecten a ciertos colectivos. Por el otro lado, autores como DIEZ RIPOLLÉS, confían en que la libertad sexual debe ser protegida de manera individual, pues se trata de un concepto extensivo que entendería la indemnidad sexual y defensa de dicho colectivo protegida per se, bajo su misma esfera de dominio (De la Rosa Cortina, 2013).

En definitiva, lo que ambos preceptos (libertad e indemnidad sexual) buscan proteger es que nadie pueda resultar dañado en la esfera personal relativa a la integridad sexual.

---

<sup>10</sup> Autores como JESCHECK.

## 2. Cambios legislativos y evolución del título octavo del código penal

A la hora de establecer un barrido cronológico sobre la evolución del código penal, nos encontramos con que el legislador penal ha actuado con cautela y concordancia, teniendo en consideración los cambios de mentalidad y costumbres sociales que atesoraban en cada momento histórico, siendo este título VIII del código el que más rigor y modificaciones coherentes ha presentado (Lamarca Pérez, 1996).

Las reformas del Código Penal comenzaron a efectuarse de forma liviana con la Ley 22/1978 de supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento, que supusieron un cambio sustancial con la reforma introducida por la LO<sup>11</sup> 3/1989, de 21 Junio. Esta modificación, supuso una variación trascendental sobre una tradición punitiva anclada en una moral completamente desfasada y en absoluto igualitaria. Entre estos cambios, que en el momento actual no podrían ser concebidos, encontramos aspectos como *“equiparación de los sujetos activo y pasivo del delito”*, *“admisión de que el acceso carnal pueda realizarse tanto por vía vaginal como anal y bucal”*, *“reconocimiento de que la introducción de objetos constituye agresión sexual”* y en definitiva la nueva forma de redacción de los delitos contra la libertad sexual, frente aquellos establecidos contra la honestidad, que trataban de diferenciar con claridad la normatividad jurídica y la normalidad social, quedando dicha moral primitiva superada en líneas generales (Lamarca Pérez, 1996).

Posteriormente se trataron de llevar a cabo nuevos proyectos de reforma, entre ellos los textos de 1980 y 1983, que pese a no culminar su objetivo principal de modificación del código penal, sentaron las bases para la siguiente reforma importante, la de 1989. A continuación tuvo lugar el anteproyecto de Código Penal de 1992, que sigue la línea argumentativa tanto del proyecto de 1980, como del anteproyecto de 1983 y por eso la mayor parte de su orientación y estructura no se caracterizan por tener un calado original, sino que son fruto de las ideas y trazados de proyectos anteriores (Luzón Peña, 1991). Sin embargo, será la propuesta de 1994, la que hoy en día forma nuestro código penal de 1995 la que confirmará, el verdadero cambio de moral y pensamiento respecto a los anteriores proyectos. La premisa que se le pedía al código penal entonces era, la de proteger la

---

<sup>11</sup> LO -de aquí en adelante-, acrónimo para referirnos a Ley Orgánica.

libertad de decisión en relación a la esfera sexual del individuo, más que la de establecer una determinada concepción moral sobre como debía ser entendida la sexualidad. Se discutió en ese momento si no hubiera sido más jurídicamente correcto agrupar los delitos contra la libertad sexual dentro de los delitos de libertad generales, pero el legislador penal decidió que tendría más sentido mantener un capítulo específico de los mismos. Entre las modificaciones principales que supuso la implantación de este nuevo código normativo, tenemos “*la desaparición del delito de rapto*”, “*la creación de un tipo específico de abuso sexual*”<sup>12</sup>, “*regulación a los delitos relativos a la prostitución*”, aumentando igualmente la concepción de protección de este tipo de delitos cometidos sobre menores (Lamarca Pérez, 1996).

Si centramos nuestra atención en los tipos más controvertidos de aquellos delitos contra la libertad e indemnidad sexual, como son la agresión y el abuso sexual, podemos observar como han sido objeto de multitud de modificaciones desde que se incluyeran como nuevos tipos en el código penal de 1995<sup>13</sup>.

La primera de las modificaciones que tuvo lugar fue la llevada a cabo por Ley Orgánica 11/1999 de 30 Abril, por la que se pretendía modificar lo dispuesto en el artículo 178 del CP<sup>14</sup> (Que establece el tipo básico en aquellos delitos de agresión sexual). Como ya comentábamos anteriormente, esta modificación aprovechó para cambiar la rúbrica del propio título octavo incluyendo a la libertad sexual, la indemnidad sexual (que pretendía dotar de mayor protección tanto a los menores como a los incapaces, con el ánimo de salvaguardar el libre desarrollo de su personalidad y de su sexualidad). De esta misma manera, se llevó a cabo una modificación del artículo 179 CP (relativo a las agresiones sexuales), reformulando lo establecido en el artículo e incluyendo la consideración de acceso carnal (respeto a las vías que enunciábamos anteriormente -vaginal, anal y bucal-), a la introducción de cualquier objeto por alguna de las dos primeras. Así mismo, el artículo 180 CP se redactó para establecer el tipo agravado de las conductas referidas en los

---

<sup>12</sup> La distinción entre los distintos tipos punitivos como abuso sexual, agresión sexual o violación, ha creado controversias en la actualidad.

<sup>13</sup> El código penal se ha modificado en veinticinco ocasiones desde 1996, siendo las realizadas a través de Ley Orgánica 15/2003 y 5/2010 las más relevantes (Huete Noguerras).

<sup>14</sup> CP -de aquí en adelante-, acrónimo para identificar el Código Penal.

artículos 178 y 179 CP, cuando los hechos en ellos establecidos fueren cometidos por la acción conjunta de dos o más individuos actuando en grupo (Huete Noguerras).

Con la Ley Orgánica de 15/2003 del 25 de Noviembre (que venía a modificar la Ley Orgánica de 10/1995 de 23 de Noviembre), se reformuló lo recogido en el artículo 179 del código, incorporando a lo dispuesto en el tenor literal del artículo, el propósito de entender como introducción de un objeto (en las correspondientes vías vaginal, anal y bucal) cualquier miembro corporal<sup>15</sup>. Posteriormente y a raíz de los cambios planteados por la Ley Orgánica 5/2010 (que venía a modificar la Ley Orgánica 10/1995), los preceptos que veníamos enunciando se volvieron a ver afectados. La razón principal bajo esta nueva reforma, estaba en la idea de garantizar de manera acrecentada el nivel de protección de aquellos individuos que por sus características (falta de capacidad, vulnerabilidad y desvalimiento), debían quedar amparados más fielmente por la nueva redacción de la norma. Así, se procedió a trasponer la decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 Diciembre 2003 relativa a la lucha contra la pornografía infantil y la explotación sexual de menores<sup>16</sup> (Huete Noguerras).

Si hasta el momento habíamos hablado de las modificaciones en cuanto a las agresiones sexuales, debemos mencionar también que los delitos de abuso sexual se han visto igualmente reformados a lo largo del tiempo<sup>17</sup>. La Ley Orgánica 11/1999, además de introducir el precepto de indemnidad sexual (anteriormente mencionado), estableció la edad mínima para prestar consentimiento sexual en 13 años (alterando el mínimo de 12 años establecido en el anterior precepto). De igual manera que sucedía con las agresiones sexuales, las Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010 vinieron a modificar de alguna manera lo dispuesto en el código en relación con los abusos sexuales. Pero quizás lo más remarcable de ambas reformas fue la incorporación en el título octavo, del capítulo dos bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, con el que se pretendía diferenciar más si cabe, la protección a este grupo de personas respecto de la consideración general que

---

<sup>15</sup> De esta forma, se venía a corroborar lo analizado jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo (STS 1.728/1999).

<sup>16</sup> Se introduce el capítulo dos bis dentro del título octavo partiendo de los tipos de agresión y abuso sexual a menores de 13 años.

<sup>17</sup> Los cambios en la regulación de los abusos sexuales desde la aprobación del Código Penal de 1995, han sido numerosos buscando todos ellos según jurisprudencia del Tribunal Supremo “*endurecer el tratamiento penal de estas conductas procurando contemplar toda agravación posible*” (STS 411/2014).

tenían en el código de 1995. Finalmente y tras la reforma de Ley Orgánica 1/2015, se volvió a aumentar la edad mínima para prestar consentimiento sexual a los 16 años, en pos de proteger nuevamente a este grupo social de individuos, asimilando la edad de consentimiento al resto de países europeos.

### 3. Análisis y aproximación al concepto de consentimiento

El consentimiento puede entenderse como “acción y efecto de consentir”, donde consentir es “permitir algo o condescender en que se haga” (Real Academia Española, 2017), la palabra proviene del latín “*consentiré*” cuya interpretación originaria hacía referencia al acuerdo entre las partes o uniformidad de opinión (Machado Rodríguez, 2012). En derecho, la acepción de consentir tiene una importancia muy relevante, porque su ulterior análisis derivará en consecuencias muy diversas en función de la conclusión a la que se llegue.

La primera concepción que se tiene sobre el término *consentimiento* la encontramos en el Digesto, donde ULPIANO<sup>18</sup> escribe “*nulla iniuria ets, quae in violentem fiat (lo que se realiza con voluntad del lesionado no constituye injusto)*”. En este momento el término “*inuiria*” debe interpretarse en el sentido más amplio posible, quedando dentro del mismo cualquier daño producido a los derechos personales (honor, salud, libertad o vida) (Machado Rodríguez, 2012).

En cuanto al tipo subjetivo se refiere, la doctrina penal establece que todas las modalidades típicas recogidas en el título octavo, serán de carácter doloso, siendo necesario que el dolo abarque todos los elementos establecidos en el tipo objetivo. Además, hace especial hincapié en la imperiosa necesidad de que exista **ausencia de consentimiento** en la víctima, siempre y cuando concurren el resto de elementos propios del tipo penal (Corcoy Bidasolo & et al., 2015).

En la actualidad y a expensas de ser un criterio valorativo, el consentimiento se puede definir como el poder que tiene una persona para expresar su voluntad renunciando de manera parcial o total a aquellos bienes jurídicos individuales que quedan dentro de su esfera de dominio, siendo imprescindible que dicha actuación este amparada por el ordenamiento jurídico vigente, alejando el interés penal del asunto que quedaría dentro del

---

<sup>18</sup> ULPIANO (170-228 d.C)

tipo establecido en el ordenamiento de no mediar el consentimiento correspondiente (Vital de Almeida, 2006).

Para comprender de manera completa este concepto, no debemos confundir acuerdo con consentimiento. Cuando hablamos de **acuerdo**, nos referimos a una exclusión del acto típico recogido en el código penal, ya que el sujeto pasivo muestra su voluntad para que dicha acción pueda llevarse a cabo, sin producir los efectos perjudiciales para sus propios bienes, que resultarían en peligro de no concurrir dicho término. Por su parte, el **consentimiento** tendrá relevancia jurídica en relación a su efecto de justificación, estando la doctrina actual más en favor de considerarla un elemento relevante en cuanto al análisis de la tipicidad que de la antijuridicidad (Machado Rodríguez, 2012).

La doctrina vuelve a tener concepciones generales distintas en lo relativo al entendimiento del consentimiento dentro de la teoría jurídica del delito<sup>19</sup>, cuyas implicaciones como resulta obvio acarrear consecuencias diferentes tanto sistemáticas como prácticas (error, engaño o violencia) (Machado Rodríguez, 2012).

El análisis del consentimiento en el derecho penal resulta un trabajo de vital importancia y de complejidad extrema en cuanto a su comprensión, por la cantidad de diferentes elementos que inciden en él a la hora de poder conformar un juicio crítico y jurídico de valor. El momento de prestar consentimiento, tiene consecuencias diversas en función de cuando se haya otorgado (entendiendo satisfechos el resto de los requisitos como la capacidad del titular, disponibilidad del bien o ausencia de vicios), para que efectivamente dote de validez al mismo. Este puede haber sido prestado *ex ante facto* -es decir antes de que tenga lugar la acción típica-, *in facto* -que el consentimiento tenga lugar durante el desarrollo de la acción típica<sup>20</sup> -, o *post facto* -es decir, una vez la acción típica se haya llevado a cabo- siendo estos dos últimos los que más controversia generan a la hora de realizar la pertinente valoración.

---

<sup>19</sup> Existiendo una parte de la doctrina que lo entiende como causa de atipicidad, y otra parte que piensa que se trata de una causa de justificación. Así mismo, el pensamiento doctrinal podría dividirse entre los partidarios de la teoría diferenciadora (doble esquema dogmático del delito –atipicidad y causa de justificación-) defendida por CEREZO MIR, FEUERBACH, ZITELMANN O MEZGER entre otros; y teoría unitaria (reúne ambos supuestos de hecho en los que puede intervenir la voluntad, para excluir la tipicidad de la conducta) sus defensores son ROXIN, MAIWALD O BUSTOS RAMÍREZ entre otros (Machado Rodríguez, 2012).

<sup>20</sup> Pudiendo la voluntad del sujeto pasivo cambiar, y generar nuevas consecuencias jurídicas diferentes y relevantes.

Parte de la doctrina sigue el pensamiento defendido por CASAS BARQUERO, “*el consentimiento en Derecho penal ha de ser otorgado con anterioridad al acto que se autoriza y ha de prevalecer su validez en el momento del inicio de la acción*”<sup>21</sup> (Vital de Almeida, 2006). Pero esto no obsta, a que el consentimiento una vez prestado *ex ante* y con total validez, pueda ser anulado o revocado en cualquier momento por el sujeto pasivo en pos de defender su derecho volitivo de libre expresión. El problema que se produce en este momento, es que al entenderse el asentimiento de la voluntad por el sujeto pasivo desde que otorga consentimiento -desde un momento presente hacia un momento futuro-, el sujeto pasivo no podrá proteger el bien jurídico con efecto de regreso, si no revocó el consentimiento antes de que se iniciara la realización del hecho en cuestión -manteniendo la conducta realizada por el autor o autores, una configuración atípica para la teoría del delito-.

Autores como ROXIN, creen que si el consentimiento ha sido prestado con posterioridad al comienzo del hecho, pero antes de que este haya sido consumado, estaríamos ante un caso de tentativa<sup>22</sup> -ya que se produce efectivamente la realización típica del hecho- (Vital de Almeida, 2006). En este sentido la doctrina mayoritaria<sup>23</sup> cree, que cualquier tipo de consentimiento *post facto* carece de validez y eficacia -teniendo consideración para ellos de *perdón* por parte de la víctima-. En todo caso, el consentimiento otorgado con posterioridad a la acción podrá ser considerado como circunstancia judicial favorable para el autor, llegando -*ad casum*- a poder suponer una reducción proporcional de la pena para éste.

En cuanto a los modos de prestación de consentimiento se refiere, podemos recordar que existen diferentes maneras de exteriorizarlo tal y como analizaremos de forma breve a continuación. El consentimiento *expreso o explícito*, puede otorgarse a través de tres formas jurídicas básicas -escrito, verbal y mecánico o gestual-. Resulta obvio que mientras el primero se refiere a un modo más formalista propiamente típico del derecho civil, cuya validez y análisis resultan mucho más sencillos -como modo de prueba a la hora de

---

<sup>21</sup> Este mismo pensamiento es compartido por autores como CUELLO CONTRERAS, PÉREZ ALONSO O BARJA DE QUIROGA (Vital de Almeida, 2006).

<sup>22</sup> Un ejemplo claro de esta postura, podría ser la víctima de una tentativa de violación, en la que puede existir consentimiento voluntario en un primer momento, una vez el autor se ha valido de la violencia para llegar a esa situación (Vital de Almeida, 2006).

<sup>23</sup> Autores como ROXIN, PÉREZ ALONSO O BARJA DE QUIROGA (Vital de Almeida, 2006).

comprobar la atipicidad de la acción desarrollada-dadas las características intrínsecas de su forma, el segundo y tercer método generan más problemas de interpretación.

La expresión verbal hace referencia a la forma que utilizamos para comunicarnos con palabras, el consentimiento verbal se caracteriza por ser mucho más informal e interpretativo sobre las ideas de los individuos. Este tipo de consentimiento resulta ser más complicado de interpretar dada la dificultad probatoria en algunos casos, y el contexto en el que se haya otorgado en otros, de esta manera podemos decir que para que este modo de prestación de asentimiento pueda tener validez, es necesario de forma indispensable, que se haya producido el consentimiento *stricto sensu* y que su manifestación pueda ser entendida de forma clara y concisa, es decir, que sea inequívocamente comprensible.

En relación a la tercera vía de consentimiento expreso, tenemos aquel manifestado de forma mecánica o gestual. De nuevo, esta forma de expresión genera multitud de problemas debido a las diferentes connotaciones que puede derivar su interpretación. Como ocurría con la forma verbal a la hora de realizar una adecuada valoración de la expresión per se, resultará realmente complicado conseguir probar que efectivamente dicha actuación mecánica tuvo lugar -lo que en caso de conseguirse implicara la atipicidad de la acción y por ende del resultado-.

Por todo esto, podemos ver un denominador común basado en la efectiva expresión de la voluntad del sujeto pasivo de forma libre y autónoma -sin la existencia de errores o vicios-, para que el consentimiento pueda tener consideración de validez, desplegando de esta manera todos los efectos jurídicos penales pertinentes.

En relación con la conducta desarrollada por el sujeto activo, la doctrina estimaba tradicionalmente necesario la existencia de un ánimo lascivo, lúbrico o libidinoso en el autor, en la actualidad dicha concurrencia no parece necesaria (SAP Álava 30/05/03). Sin embargo, parte de la doctrina entiende que a partir de este ánimo se puede apreciar de una forma clarividente, la diferencia entre delitos sexuales y delitos genéricos contra la libertad (STS 22/07/02) (Corcoy Bidasolo & et al., 2015).

Para concluir este epígrafe, hablaremos de los requisitos genéricos necesarios para poder entender otorgado el consentimiento de forma efectiva. En este sentido entenderemos como



factores imprescindibles: **la capacidad** (requisito indispensable para poder expresar la voluntad de forma madura y libre), **disponibilidad jurídico penal del bien, manifestación clara y concisa** (el otorgamiento de consentimiento no puede dar lugar a equívocos), **reconocimiento externo, ausencia de errores o vicios** (a la hora de prestarlo) y **realizarlo ex ante facto** (tal y como explicamos anteriormente) (Vital de Almeida, 2006).

#### **4. Análisis del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual**

A la hora de realizar el análisis del consentimiento en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trataremos de llevar a cabo un enfoque desde tres perspectivas diferentes -jurídica, doctrinal y jurisprudencial-. En cuanto a los artículos referidos en el título octavo del código penal, centraremos nuestra atención en los capítulos primero y segundo (pues son los que más nos interesan para poder desarrollar los puntos posteriores del trabajo).

##### **4.1 Análisis desde un punto de vista jurídico**

Dentro de las fuentes propias de nuestro ordenamiento jurídico, encontramos la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Parece razonable que, a la hora de analizar un concepto tan controvertido como lo es el de consentimiento, comencemos por estudiar su relación con la primera de estas fuentes.

#### Capítulo I: De las **agresiones sexuales**

**Art. 178 CP:** *“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.*

**Art. 179 CP:** *“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”.*

**Art. 180 CP:** *“1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

*1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

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

*3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.*

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

*5.ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.*

*2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”.*

Los delitos de agresiones sexuales en todos sus tipos -básico, cualificado y agravado- salvaguardan la libertad e indemnidad sexual de los individuos, penalizando aquellas acciones que coartan, limitan o anulan la libre y autónoma decisión del sujeto pasivo en relación con su actividad sexual (de Elena Murillo, 2009).

Tal y como se puede ver en los artículos anteriores, los delitos establecidos en el capítulo primero del título octavo de nuestro código penal, no establecen de manera expresa como afecta el consentimiento de una forma puramente jurídica. En este sentido, parece razonable entender que la acción típica -efectivamente recogida en los artículos- da por hecho que no existe voluntad del sujeto pasivo a que la misma se lleve a cabo, por lo que se puede entender la inexistencia tácita de consentimiento cada vez que se desarrollen las conductas efectivamente dispuestas en los artículos y se dañe o al menos se ponga en peligro el bien jurídico del sujeto pasivo -en este caso la libertad e indemnidad sexual-.

Analizando la lógica del legislador penal, podemos pensar que las circunstancias recogidas en el art. 180 CP como tipo agravado, pueden no necesitar una explicación jurídica literal

en cuanto al consentimiento se refiere, ya que se entiende que todas las acciones en él descritas carecen de consentimiento por parte del sujeto pasivo.

En relación con la conducta típica que se exige para que el tipo concreto pueda operar, tenemos **la ausencia de consentimiento** que si bien no viene estipulada de forma explícita en la propia rúbrica de los artículos, se entiende como primera condición *sine qua non* para que la acción ejercida por la parte autora -ya sea de forma exclusiva o con intervención de terceros-, se transforme en **agresión sexual**. La carencia de consentimiento constituye pues, un ataque directo a la libertad en cuanto a la manifestación de la sexualidad, estableciéndose como núcleo indisponible dentro de los delitos recogidos en este capítulo primero. Si nos centramos en el tipo básico del art. 178 CP, podemos observar la exigencia de que dicho acceso sexual -no consentido-, sea precedido de violencia<sup>24</sup> o intimidación<sup>25</sup> y necesariamente relacionado con la vulneración de dicha libertad sexual, es decir, que medie una relación de causa-efecto (Colina Oquendo & et al., 2009).

Quizás los delitos más conflictivos en cuanto a su valoración, son aquellos en los que la víctima desiste de toda resistencia por considerar la agresión inevitable, quedando en este caso la intimidación y/o violencia implícitas en la conducta del autor. Estaríamos ante los denominados “*contextos intimidatorios difusos*” o “*intimidación ambiental*”, es decir, situaciones en las que sin haber mediado una amenaza explícita, la víctima estima que existen razones suficientes para creer poder sufrir cualquier tipo de daño o lesión sobre su persona, de no actuar conforme a la voluntad del autor (Corcoy Bidasolo & et al., 2015).

---

<sup>24</sup> La violencia, hace referencia a cualquier tipo de dinámica comisiva que se utilice con el propósito de impedir actuar al sujeto pasivo según su propia autodeterminación -implica golpes, empujones, sujeciones, forcejeos o comportamientos análogos-. En definitiva, hace referencia al uso de la fuerza suficientemente eficaz para coartar la voluntad de la víctima, a la que no se exige ningún tipo de acto que implique resistencia a la hora de mostrar su falta de consentimiento (García Pérez, 2016).

<sup>25</sup> La intimidación ha sido definida por la jurisprudencia como “*constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo*”, siendo necesario que pueda asemejarse a la violencia física descrita en el propio art. 178 CP (LA LEY 557/2004) (LA LEY 1097/2004) (Colina Oquendo & et al., 2009).

## Capítulo II: De los **abusos sexuales**

**Art. 181 CP:** *“1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.*

*2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos 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.*

*3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.*

*4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.*

*5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.ª o la 4.ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código”.*

**Art. 182 CP:** *“1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.*

*2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.ª, o la 4.ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código”.*

Tal y como se puede ver en los delitos del capítulo segundo, sí que se hace una referencia expresa esta vez al concepto de consentimiento en relación con la inexistencia de éste, para que la actuación ejercida por el sujeto activo contra la libertad e indemnidad sexual del sujeto pasivo quede dentro del tipo establecido. Nuevamente y como ocurría en los delitos de agresión sexual, el legislador no concreta jurídicamente el alcance y significado del propio consentimiento, de lo que podemos abstraer que busca focalizar la atención en cualquier tipo de manifestación realizada por el sujeto pasivo, que permita exteriorizar de cualquier forma<sup>26</sup> -verbal o mecánica-, su indisposición de continuar con la conducta iniciada por el sujeto activo.

Como entendemos que en todos los delitos de este capítulo segundo queda implícita la carencia de plena y verdadera libertad de consentimiento por parte de la víctima, resulta importante señalar que la conducta típica deberá abarcar dos presupuestos diferenciados, uno objetivo y otro intencional o psicológico. El primero, se refiere a la necesaria existencia de una acción lúbrica proyectada en el cuerpo de otra persona (cualquier contacto corporal o manifestación con significado sexual, cometida por el sujeto activo); mientras que el segundo, se refiere a que la dinámica comisiva tenga una finalidad efectivamente lasciva que ponga de manifiesto la antijuridicidad de la conducta (García Pérez, Abusos sexuales: Comentario del artículo 181 del Código Penal, 2016).

De igual forma que ocurría en las agresiones sexuales, en los abusos se realiza la importancia de que el consentimiento sea captado por el autor, es decir, que exista una efectiva exteriorización negativa por parte de la víctima respecto de la conducta que está teniendo lugar, y pese a ello, el autor continúe en con su afán libidinoso dañando o poniendo en peligro el bien jurídico protegido del sujeto pasivo. De esta manera, el artículo 181.1 CP recoge el rechazo por parte de la víctima, que por cualquier motivo no acepta la realización que le involucra en la relación sexual. Por su parte el artículo 181.2 CP, reconoce la ausencia de consentimiento en aquellas ocasiones en las que la víctima se halla privada de sentido y por ende, no tiene capacidad para mostrar su voluntad (García Pérez, Abusos sexuales: Comentario del artículo 181 del Código Penal, 2016).

---

<sup>26</sup> Habremos de incluir aquí, cualquier tipo de acción que vulnere la libertad e indemnidad sexual del sujeto pasivo por el mero hecho de no existir consciencia sobre lo ocurrido.

El propio código penal enumera aquellos supuestos *ex lege*, en los que el legislador penal entiende que el consentimiento sexual -aún prestado por la víctima de conformidad-, carece de validez. Los casos en los que el legislador centra su atención son: la **víctima privada de sentido** (artículo 181.2 CP), incluyendo la doctrina, cualquier tipo de casuística que pueda alterar el sentido de la víctima -embriaguez, hipnosis, intoxicación o incluso dormitando-. La jurisprudencia solía asemejar los casos en los que el autor se aprovechaba de manera indirecta del estado de la víctima, a aquellos en los que lo provocaba -generalmente suministrando a ésta, cualquier tipo de estupefaciente que consiguiese dicho fin-. Todo esto, cambia tras la reforma que tuvo lugar con la LO 5/2010, por la que se añade una nueva modalidad dentro de los abusos sexuales -conocida como “*sumisión química*”-, centrada en la “*anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier tipo de sustancia idónea para tal efecto*”. A través de esta reforma, el legislador consigue paliar el problema que suscitaba la no diferenciación entre los distintos tipos de abuso sexual por privación de sentido (Corcoy Bidasolo & et al., 2015).

El segundo supuesto *ex lege* que recoge el código penal, es el de **abuso de trastorno mental**. El elemento clave en este caso, no reside tanto en la patología per se, sino que trata de focalizar su atención en la capacidad que tiene el sujeto pasivo a la hora de comprender la naturaleza del acto -de contenido sexual- que esta permitiendo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, entienden que este supuesto será de aplicación siempre que el sujeto pasivo sufra algún tipo de enfermedad mental en sentido estricto, llegando a valorar dentro de este tipo, aquellos casos en los que la víctima padezca cierto grado de deficiencia psíquica que llegue afectar de manera razonable a su libre consentimiento<sup>27</sup>.

Deberemos mencionar en este punto la importante concepción del consentimiento respecto de aquellas actuaciones que se hayan conseguido llevar a cabo mediante *abuso de prevalimiento*. Este concepto se puede definir como aquella conducta de contenido sexual, en la que pese a mediar consentimiento -a priori- por parte del sujeto pasivo, éste aparece viciado debido a una situación de superioridad ejercida por el sujeto activo. En este sentido, el autor consigue alcanzar la conducta sexual que pretende, haciendo uso de una situación

---

<sup>27</sup> El Tribunal Supremo matiza, que aquellos casos en los que concurra **debilidad mental moderada o leve** en el sujeto pasivo, no tendrán peso suficiente para ser considerados como elementos que consigan anular el libre consentimiento sexual de la víctima.

de *prevalencia*, y a sabiendas de que la obtención de dicha conducta se produce a partir de un aprovechamiento sobre la víctima. El legislador ha querido, que en el tipo del delito -artículo 181.3 CP- no sea relevante la ausencia de consentimiento, pues lo que existe es un déficit del mismo por parte del sujeto pasivo, fruto de una situación de superioridad de la que se aprovecha el autor. Así, en este tipo de delitos la definición puramente legal no busca para su integración, que la víctima vea su libertad sexual anulada, sino que ésta quede de alguna forma limitada o restringida por la actuación de la parte autora.

Por último y a modo de simple curiosidad, DOPICO GÓMEZ-ALLER crítica la reforma establecida por el legislador penal sobre el art. 182.1 CP, en relación con la nueva figura de prevalimiento sobre aquellas víctimas con edades comprendidas entre los 16 y 17 años. Su argumentación se fundamenta, en la aparente falta de lógica entre la modificación -elevando la pena- del art. 182.1 CP, y no haciendo lo mismo con el artículo 182.2 CP, de tal manera que el abuso con prevalimiento agravado sobre individuos con 16 y 17 años, llevará aparejada una pena menor que si el delito se cometiese sobre víctimas mayores de edad (Dopico Gómez-Aller, 2015).

#### **4.2 Análisis desde un punto de vista doctrinal**

Si en el epígrafe anterior hablábamos de las fuentes directas de nuestro ordenamiento jurídico, a continuación nos centraremos en una de las fuentes indirectas del derecho. La doctrina, hace alusión a las opiniones y medios que utilizan distintos autores especializados y de reconocido prestigio en la materia, por lo que resulta igualmente interesante conocer su parecer en esta cuestión.

#### **Agresiones sexuales:**

Dentro de las agresiones sexuales, existe la necesaria concurrencia de *violencia o intimidación*, lo que tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el doctrinal y jurisprudencial, resulta como límite descriptivo para poder diferenciar la agresión del abuso sexual -caracterizado por constituirse en aquellos casos en los que existe ausencia de ambos elementos-.

La doctrina penal, establece una serie de criterios a cerca de la comprensión y alcance del consentimiento que serán comunes a todos los casos que tengan lugar, sin que ello implique que no se haya de valorar -posteriormente *ad casum*- de forma prudente y pormenorizada, todas aquellas circunstancias que concurren en el caso, de las que habrá que deducir la voluntad contraria del sujeto pasivo, ponderando el grado de resistencia que se le pueda exigir y los medios coactivos que haya utilizado para vencerla (García Pérez, 2016).

Para la doctrina, el delito de agresión sexual implica una actuación manifiestamente intimidatoria por parte del autor, no solo en el momento inicial en el que comienza a desarrollar la acción -esgrimir un arma por ejemplo-, sino durante todo el desarrollo de la relación in consentida en la que la intimidación y/o violencia permanece viva de modo continuado, teniendo especial relevancia si se atenta contra la libertad e indemnidad sexual de un menor. Así pues, la doctrina mayoritaria entiende que existirá delito aunque haya mediado consentimiento por parte de la víctima para la realización de ciertas prácticas sexuales, en un estadio inmediatamente anterior. El delito nace desde el momento en que se actúa contra la libertad sexual de un individuo, mediando en el caso de las agresiones violencia o intimidación para su consecución (Corcoy Bidasolo & et al., 2015).

En cuanto a las distintas disfunciones que pueden llevar a un sujeto activo a realizar una conducta de este tipo, la doctrina se muestra férrea en su pensamiento, entendiendo que aquellos trastornos que puedan afectar a la conciencia y voluntad del sujeto -activo- no podrán servir como apreciación eximente completa por el tribunal -artículo 20.1 CP-. La doctrina rechaza categóricamente esta posibilidad, ya que considera que cualquier sujeto puede actuar de forma libre siempre que no presente limitada su capacidad de obrar, por lo tanto la eximente solo tendrá lugar en aquellos casos donde concurren otros factores que afecten directamente al trastorno de la personalidad del sujeto activo, alterando de manera significativa tanto su capacidad intelectual como la volitiva (STS de 17 de Enero de 2019 (RJ 2019, 96)).



## **Abuso sexual:**

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha establecido doctrina en relación al consentimiento en los delitos de abuso sexual, a partir de la Sentencia 396/2018, de 26 de Julio (SP/SENT/968607). A través de esta resolución, el alto tribunal estima que cualquier tocamiento de carácter sexual **sin consentimiento** de la persona hacia la que se dirige, supone **abuso sexual**.

En este caso concreto, el condenado por abuso sexual con penetración alegó que en el momento de conocer a la víctima, ésta prestó consentimiento diciendo que *“solo él podía tocarla”*. Sin embargo, tal y como argumenta el Tribunal *“No basta con que el sujeto pasivo de tales actos de naturaleza sexual hubiere manifestado, con anterioridad un deseo o manifestación vaga de que únicamente una persona pudiese «tocarle» con exclusión de los demás, sino que el consentimiento ha de ser continuado y aparecer y/o seguir apareciendo en el momento inmediatamente anterior a la realización de dichos actos pues, si los mismos tuvieron lugar tras consumir la víctima abundantes bebidas alcohólicas, no autorizaba la situación a los acusados a disponer de ella a su antojo, una vez que se encontraba esta con su consciencia afectada, ya que debe el sujeto pasivo tener la posibilidad de negar, abstenerse o desistir de la realización del acto carnal que tuvo lugar”*.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, la Sala Segunda de lo Penal del alto tribunal en su Sentencia 318/2016 de 28 de Enero (SP/AUTRJ/846747), establece que en aquellos casos en los que la víctima habiendo mantenido relaciones sexuales previas con el acusado, fue privada de sentido, situación que el autor aprovechó para llevar a cabo la conducta sexual contra la libre autodeterminación de la voluntad de la víctima, el tribunal declara que, *“No es aceptable plantear, como hace el recurrente, que el consentimiento dado por la víctima en las primeras relaciones sexuales mantenidas, pueda conservar su eficacia en un momento posterior en el que la mujer ya no puede decidir ni consentir”* (Pérez de la Ossa, 2018).

Al igual que ocurría en las agresiones sexuales, la doctrina mayoritaria cree que la negativa de la víctima a prestar consentimiento en los delitos de abuso sexual, no puede quedar

fijada bajo un estereotipo único, ya que cada caso es diferente y cada víctima reacciona de una manera determinada. Es por esto, que será labor del tribunal ponderar dicho consentimiento con la mayor diligencia posible, en función de las circunstancias que tuvieron lugar *ad casum*. De esta manera, resulta lógico que la carencia de consentimiento -elemento del tipo fundamental-, se encuentre dentro del dolo captado por el autor. Así, el pensamiento doctrinal estima, que la ausencia de consentimiento requerirá de forma indispensable estar proyectada sobre el acto sexual en concreto, -sin ser necesario que incluya aquellas conductas previas al acto sexual-, pues entiende que es esta la mejor manera de valorar la libre autodeterminación de la víctima. Resulta exigible de forma unitaria, que dicha negativa por parte del sujeto pasivo, sea manifestada de forma clara y concisa al autor. (García Pérez, Abusos sexuales: Comentario del artículo 181 del Código Penal, 2016).

Por último, cabría remarcar que la doctrina entiende incluido dentro del tipo del artículo 181.1 CP, los “*tocamientos en zona erógena de inequívoca significación lúbrica*”<sup>28</sup> ya que a través de estos, el autor consigue satisfacer el instinto sexual que pretendía. Ante la problemática de distinguir que actos concretos resultan punibles y cuales no, la opinión de la mayoría de expertos penales es, que deberán incluirse los besos, tocamientos en los pechos, órganos genitales o cualquier zona erógena análoga, inclusive cuando se realicen por encima de la ropa, atendiendo en todo caso a los criterios socioculturales que tengan cierta lógica razonable (García Pérez, Abusos sexuales: Comentario del artículo 181 del Código Penal, 2016). Se entiende pues, que en todos los casos citados se está atentando contra un área de intimidad sexual, de la que el sujeto pasivo tiene libertad de autodeterminación, y por la cual, resulta oportuno que puedan ser rechazados. Toda esta argumentación, no obsta a que la decisión del tribunal pueda -excepcionalmente- mostrarse diferente, ya que por encima de todo ello primarán los hechos y pruebas, que tuvieron lugar en el caso concreto que se esté enjuiciando.

---

<sup>28</sup> Incluyendo en este precepto, aquellos tocamientos que sin afectar directamente a las denominadas zonas erógenas, se realicen sobre partes próximas a éstas.

### **4.3 Análisis desde un punto de vista jurisprudencial**

Finalmente y para concluir este punto del trabajo, hablaremos de la otra fuente indirecta del derecho, la jurisprudencia. Este término se refiere al conjunto de decisiones tomadas por distintos tribunales en relación a una materia determinada, generalmente tiene una utilidad fundamental para comprender la lógica jurídica que los tribunales entienden, y por ello trataremos de resumir el pensamiento doctrinal respecto del consentimiento.

#### **Agresiones sexuales:**

El consentimiento es un elemento valorativo, que necesita ser probado de alguna forma para su posterior análisis por el tribunal competente. No solo tiene una gran complejidad su prueba, ya que atañe a un elemento del sujeto pasivo que puede presentar distintas manifestaciones -al exteriorizarlo- en función del sujeto concreto, sino que su posterior análisis tendrá un intrínquilis muy particular, existiendo casos muy controvertidos.

En este sentido, la jurisprudencia del alto tribunal ha señalado que para delimitar la existencia de falta de consentimiento -como elemento típico necesario para la comisión del delito- se deberá acudir al conjunto de circunstancias que tuvieron lugar en cada caso concreto para efectivamente descubrir la existencia o no, de voluntad opuesta a dicha actuación sexual. En todo caso, será labor del tribunal ponderar el grado de resistencia exigible y los medios que tuvieron lugar para vencer la voluntad por parte del sujeto pasivo y activo respectivamente (SSTS 05/04/2000; 04/09/2000; 22/09/2000; 09/11/2000; 25/01/2002; 01/07/2002 y 23/12/2002) (de Elena Murillo, 2009).

Así, siguiendo esta línea jurisprudencial el Tribunal Supremo tiene declarado que se entenderá por violencia, aquella actuación realizada por el sujeto activo en pos de conseguir determinados actos de contenido sexual -equiparando esta conducta a la coacción o imposición material de la misma-, que permita doblegar la voluntad de la víctima, siendo necesario según la jurisprudencia, que dicha actuación pueda ser apreciada como idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación. Resulta trascendente para el tribunal, que la negativa del sujeto pasivo a acceder a las pretensiones del autor, quede claramente manifestada -sin ser exigible que la víctima ponga en riesgo su integridad física o la vida por defender su libertad sexual-, atendiendo como establecía DE

ELENA MURILLO, a los hechos que tuvieron lugar y se probaron en cada caso concreto (STS 18/02/2014, EDJ 23305) (Barja de Quiroga López, Villegas García, & Encinar del Pozo, 2017).

Por su parte, la jurisprudencia entiende que el medio comisivo alternativo a la violencia en lo delitos de agresión sexual -intimidación-, será entendida como *constreñimiento psicológico* que pueda consistir tanto en una amenaza como en la exteriorización por parte del autor, de realizar un mal grave y futuro -siendo necesario que sea razonablemente verosímil-, en caso de que la víctima no acceda a realizar los actos de contenido sexual. La amenaza de causar dicho mal, no es imprescindible que tenga carácter inmediato, sino que basta que la conducta del autor cumpla los requisitos anteriormente expuestos -mal grave, futuro y verosímil- (STS 2ª 9/2016 de 21 de Enero). En este sentido, la jurisprudencia ha argumentado que por mal grave se entenderá aquella acción que coarte la libertad de autodeterminación del sujeto pasivo, en relación con su decisión de no realizar la conducta impuesta por el autor, siendo por tanto la exigencia de este *intimidatoria* y determinante a la hora de causar un consentimiento forzado (SSTS 914/2018, de 22 Diciembre; 355/2015, de 28 de Mayo).

Por lo que respecta a los casos particularmente conflictivos<sup>29</sup> de “*contextos intimidatorios difusos*” o “*intimidación ambiental*”, la jurisprudencia se muestra ciertamente dubitativa a la hora de encontrar una solución. Esto ha implicado, que en aquellos supuestos en los que el tribunal no conseguía esgrimir una decisión en base a las pruebas y hechos planteados, se procedía a favorecer la defensa del reo, pese a que no se hubiese acreditado de forma suficiente la existencia de intimidación y/o violencia (STS 1153/98, 6-10)<sup>30</sup> (Corcoy Bidasolo & et al., 2015).

---

<sup>29</sup> Explicados brevemente con anterioridad en el punto 4.1 del trabajo, se producen generalmente en el marco de las relaciones de pareja.

<sup>30</sup> Existiendo por su parte, sentencias contrarias a esta forma de comprender dichos supuestos (STS 1538/04, 30-12).

## **Abuso sexual:**

La jurisprudencia, entiende que el análisis del consentimiento en los delitos de abuso sexual es un tema realmente complejo de tratar. Generalmente quedan estipuladas una serie de conductas por las que en mayor o menor medida, se puede entender que exista falta de consentimiento, pero como hemos reiterado a lo largo del trabajo, los tribunales vienen a entender que se deberá estar a lo ocurrido y probado en cada caso concreto, para realizar la consiguiente valoración del consentimiento de forma eficaz en este tipo de delitos.

El hecho de que la complejidad alcance un grado máximo en la práctica, reside en la dificultad de probar el consentimiento, y los hechos que llevaron a la víctima a sufrir un daño en su esfera personal, concretamente sobre su libertad sexual. En este plano, tenemos la problemática del *testigo-víctima*, donde como su propio nombre indica, el sujeto pasivo adquiere la doble posición de parte -que sufre un daño-, y testigo ya que la inmensa mayoría de estos casos se producen en un ámbito privado -lugares ocultos, ajenos o clandestinos-, donde resulta difícil poder tener la versión de una tercera persona objetiva que conociese los hechos.

La STS de 24 de Septiembre de 2004, sería tan solo un ejemplo de las tantas cuestiones planteadas a los tribunales, donde debido a una falta de pruebas –ya sea por la baja calidad de estas, su poca credibilidad o su propia escasez-, el tribunal se ve obligado a tomar una decisión que pudiere llegar a ser injusta para el sujeto pasivo. En el caso planteado en concreto, el alto tribunal decide absolver al acusado por un presunto delito de abuso sexual sobre una víctima que padecía una deficiencia mental moderada. La razón que lleva a tomar esta decisión, controvertida a priori, se fundamenta en que la presunta víctima mostraba un conocimiento *suficiente* -según el tribunal-, a cerca de la naturaleza de las relaciones sexuales, siendo además imposible de probar la existencia o no, de consentimiento por ésta (García Pérez, Abusos sexuales: Comentario del artículo 181 del Código Penal, 2016).

Siguiendo esta línea argumentativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional, han reconocido -tal y como ocurría con las agresiones sexuales- “*prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia*<sup>31</sup>” la **declaración de la**

---

<sup>31</sup> A pesar de la posible existencia de inconsistencias o contradicciones en las propias declaraciones.

**víctima**<sup>32</sup>, (SSTC 64/1994 (RTC 1994,64); 195/2002 (RTC 2002, 195)) y (SSTS 469/2013, (RJ 2013, 7462); 553/2014, (RJ 2014, 3524) entre otras). Los parámetros utilizados para valorar la fuerza de este tipo de pruebas, son analizados en relación a su credibilidad subjetiva, su credibilidad objetiva y le persistencia en la incriminación.

La (STS 449/2018, (RJ 2018, 5374)), dicta resolución a un recurso de casación planteado por el acusado, autor de delito continuado de abuso sexual sobre dos menores. El acusado, profesor de gimnasia al que los dos menores idolatraban, realizó tocamientos y felaciones a ambos alumnos -en momentos diferentes-, aprovechando los ejercicios de estiramientos y los momentos a solas que tenían, alegando que era bueno para la mejora de su rendimiento. Pese a ser la declaración de los menores la única prueba presentada, el alto tribunal desestimó el recurso planteado, manteniendo la argumentación alegada por la Audiencia Provincial<sup>33</sup>, por la que el tribunal otorgaba plena eficacia probatoria a las declaraciones de los menores, al entender que existía tanto credibilidad como verosimilitud es sus alegatos, como ausencia de consentimiento en los actos que tuvieron lugar. La Audiencia estima en relación a la falta de consentimiento, que la pasividad mostrada por las víctimas, se debe principalmente a su corta edad -ambos menores-, y a la subordinación existente en la relación profesor-alumno, más aún cuando los menores sentían una gran admiración por el autor<sup>34</sup>.

## **5. Análisis del consentimiento en la sentencia de “La manada”**

La Sentencia de “La manada”, ha tenido un gran impacto tanto a nivel mediático como social en la población española, poniendo de manifiesto la trascendencia de los ilícitos que afectan a una esfera tan personal, como lo es la sexual, en atención a los delitos contra la libertad y la indemnidad de ésta. A continuación, trataremos de abordar las diferentes argumentaciones que se discuten en la sentencia, sobre los hechos que acontecieron y en relación al consentimiento de los mismos.

A lo largo de la sentencia, podemos encontrar una serie de hechos que serán “*incontrovertidos*” como el encuentro de los procesados con la denunciante, el posterior

---

<sup>32</sup> Incluyendo aquí, los casos en los que fuese la única prueba disponible.

<sup>33</sup> Audiencia Provincial de Gran Canaria, Sección Primera.

<sup>34</sup> Ya que varios alumnos a los que el autor había formado, habían conseguido llegar a formar parte del Circo del Sol.

desplazamiento de todos ellos hacia diferentes calles de Pamplona<sup>35</sup>, el tan controvertido mantenimiento de relaciones sexuales entre los acusados y la denunciante (en el habitáculo que la propia sentencia describe) o que cuando la joven fue atendida en el centro médico, se la realizó una prueba de alcohol ingerido, dando como resultado 0'91 g/L. El hecho que plantea un mayor reto en cuanto a su valoración, resulta de la discrepancia existente entre la **voluntariedad o no**, de las conductas sexuales que efectivamente tuvieron lugar. La denunciante sostiene, que fue obligada por los acusados a la realización de dichos actos, mediante un amedrentamiento basado principalmente en una conducta violenta e intimidatoria ejercida por los procesados. Sin embargo, la defensa de los acusados mantiene que las relaciones de carácter sexual que tuvieron lugar, contaron con el consentimiento pleno de la víctima en cuanto a su realización, pues fue la propia denunciante la que manifestó su intención de mantener relaciones sexuales en grupo.

Este caso, es sólo una muestra más de la dificultad que tienen los tribunales a la hora de analizar estos tipos delictivos, donde la carencia de pruebas<sup>36</sup>, pone de manifiesto la valoración de los hechos manifestados tanto por el *testigo-víctima*, como por los acusados. A la hora de analizar la credibilidad objetiva o verosimilitud de los hechos descritos por la denunciante, el tribunal cuenta con una serie de videos y fotografías<sup>37</sup>, que fueron tomados durante la relación sexual, y que el tribunal utiliza como herramienta de apoyo en su función valorativa. Una vez más, nos encontramos ante el problema de que incluso el análisis de pruebas que pudieran resultar concluyentes en este tipo de casos, se caracterizan por tener un cierto grado de subjetividad en cuanto a su valoración, complicando más si cabe la labor de los magistrados.

La evaluación que los magistrados hacen de la prueba, es que se puede apreciar una situación de sometimiento y sumisión por parte de la víctima, mientras que los acusados manifiestan una sensación de empoderamiento respecto de la denunciante, de disfrute y comodidad -carente en el sujeto pasivo-, respecto de los actos que estaban teniendo lugar.

---

<sup>35</sup> En las que trataron de encontrar un lugar en el que conseguir desarrollar la actuación sexual, (preguntando incluso en un hotel, la disponibilidad y precio de ocupar una habitación por unas horas).

<sup>36</sup> Existen pruebas testificales de policías o médicos entre otros, pero son testigos indirectos de lo ocurrido.

<sup>37</sup> De los que según el tribunal, no se puede apreciar en la denunciante bienestar, sosiego, comodidad, goce o disfrute en la situación, pero tampoco lo contrario.

La valoración de los médicos forenses que intervinieron a la joven, describen que según la literatura científica -apreciando los datos empíricos-, la ausencia de consentimiento puede ser perfectamente compatible con la ausencia de lesiones<sup>38</sup>. En cuanto a las lesiones que presentaba la denunciante en su zona genital, los médicos forenses establecieron que dichas lesiones no suponían un hallazgo determinante en sí mismo de violencia. De igual manera, clarificaron que la situación de pasividad que presentaba la joven, podía deberse de manera lógica a una de las múltiples reacciones que cada individuo puede presentar, al ser sometido a una situación traumática o de shock<sup>39</sup>.

El argumento que sigue el tribunal en relación con la reacción por parte de la denunciante, es que el devenir de los acontecimientos ocurridos la hizo encontrarse en una situación de agobio y desasosiego, haciendo que mantuviese los ojos cerrados durante la mayor parte del desarrollo de la acción sexual, lo que la derivó a experimentar un bloqueo emocional<sup>40</sup>, cuya consecuencia final fue mantener una disposición pasiva hacia los deseos sexuales de los imputados. En este sentido la jurisprudencia ha entendido de manera unitaria, que el hecho de que el sujeto activo -ejerciendo una situación de superioridad-, se aproveche prevaliéndose de dicha situación, resultará determinante para entender que el sujeto pasivo no presta su consentimiento libre, sino viciado por la situación a la que se vio sometida (SSTS 855/2015, de 23 de Noviembre; 458/2016, de 26 de Mayo).

Si el **consentimiento** por parte de la denunciante era un elemento clave de este procedimiento, el análisis de la existencia o no, de violencia o intimidación en los hechos ocurridos, no podía tener una importancia menor. Una vez prácticamente asumido por el tribunal, la inexistencia de consentimiento otorgado por parte de la denunciante -al menos no manifestado en tener relaciones sexuales con todos los procesados-, procede a analizar si cabe la posibilidad de entender los hechos ocurridos dentro del ámbito de la agresión o del abuso sexual. El tribunal entiende que los hechos probados no son suficientes para conseguir apreciar la existencia de violencia o intimidación, como medio comisivo que

---

<sup>38</sup> Según establece la sentencia, los diferentes expertos en la materia consideran que los casos de agresiones sexuales -existiendo ausencia de consentimiento- en los que no se aprecie lesión alguna, varían entre el 30%, el 40% y el 50% de los casos.

<sup>39</sup> Las distintas reacciones que un individuo puede presentar, pasan desde la pasividad a la petición de ayuda, pasando por la resistencia.

<sup>40</sup> El bloqueo emocional, constituye un elemento clave para entender la existencia de un vicio en el consentimiento (STS 2ª 305/2013 de 27 de Abril).



tuvo lugar, atendiendo a lo establecido la doctrina y la jurisprudencia al respecto. De esta manera y manteniendo la línea argumentativa jurisprudencial, considera que “...*El hecho de sujetar la cabeza (...), durante una felación, no puede equipararse a la violencia típica del delito de agresión sexual*” (STS. 2ª 411/2014 de 26 de Mayo). Ambas fuentes indirectas del derecho establecen, que para que cualquier conducta pueda entrar dentro del tipo de agresión sexual, deberá cumplir tres requisitos esenciales: que la violencia o intimidación sea previa a la realización de los hechos de contenido sexual, que tenga carácter inmediato grave y que consiga conformarse como elemento determinante en el consentimiento forzado. En este sentido, la jurisprudencia establece que, “*la intimidación y la violencia deberán ejercerse de forma clara y suficiente*” siendo la resistencia de la víctima innecesaria, pues lo realmente determinante será la actividad o actitud del sujeto activo (STS 609/2013, de 10 de Julio de 2013).

Por todo esto, el tribunal decide condenar a los acusados por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento -previsto y penado en el artículo 181.3 CP-, al entender que en los hechos ocurridos no medió violencia o intimidación, asumiendo en cualquier caso, que no existió consentimiento por parte de la denunciante, según el análisis que pudo realizar el tribunal de todas las pruebas presentadas.

## **6. Revisión de la argumentación empleada en el voto particular**

Esta Sentencia, presenta la peculiaridad de acompañar el voto particular de uno de los magistrados, no conforme con las argumentaciones seguidas por sus dos compañeros. Este voto particular, generó especial confrontación en la sociedad y en los medios de comunicación, por lo que parece razonable tratar de analizar los razonamientos que llevaron a este magistrado a exponer dicho voto particular contrario al pensamiento de sus dos compañeros.

Así, el magistrado R. G. G., estima que el fondo del asunto en sí, se fundamenta en términos de una confrontación dialéctica entre las partes estimando cada una que hubo o no, consentimiento por parte de la denunciante en los actos de contenido sexual que acontecieron. El magistrado, entiende que las pruebas de cargo que han sido tratadas -con especial relevancia de la testifical por parte de la denunciante, por ser la prueba principal-, lo han sido de forma *obsequiosa y complaciente*, pues entiende se ha permitido un alto

grado de laxidad en cuanto a las contradicciones que la denunciante expresó como hechos ocurridos, estimando el tribunal todas las posibles vicisitudes *contra reo*, asumiendo que dicho parecer por el tribunal ha resultado unidireccional y ciertamente sesgado, en cuanto a la objetividad que debería haberse seguido.

Según dispone en su voto particular, cree que los acusados han sufrido un tratamiento discriminatorio, especialmente en cuanto a las valoraciones periciales realizadas por los médicos forenses, donde el tribunal no solo permitió, sino que tomó en gran consideración las preguntas realizadas por las acusaciones, que quedaban totalmente fuera del objeto de su pericia, realizando los forenses valoraciones hipotéticas de agresión sexual, lejanas y abstractas respecto a los informes que se les había solicitado.

Además, el magistrado discrepa de la existencia de prevalimiento por parte de los acusados en cuanto a la relación de superioridad ejercida por éstos, ya que para él, no existe mucha lógica en que, habiendo los acusados mostrado intención de mantener relaciones sexuales en grupo con la denunciante desde el primer momento en que se conocieron, decidieran cumplir con su cometido de mantener dichas relaciones aún sin el consentimiento de la joven, nada menos que en una noche de San Fermín -en una zona céntrica, recién terminado un concierto-, y tras preguntar en un hotel si tenían alguna habitación disponible para “follar”. Existe además ambigüedad en la declaración de la víctima durante la prueba testifical que realizó, afirmando en un primer momento *“me hicieron algo que no quería hacer”*, para después reformular la frase alegando *“el motivo de la denuncia es que yo... fue, o sea, que yo hice una cosa que no quería hacer”*, utilizando solo el verbo “obligar” al decir: *“es que no sé ni cuántos de ellos me obligaron a hacerles una felación”* lo cual pone en contradicho para el magistrado, la credibilidad de la denunciante en cuanto a que fuese realmente **obligada** a la realización de dichos actos sexuales.

En el voto particular, el magistrado pone de manifiesto la existencia de ciertos elementos discutidos que carecen de importancia para el análisis central del caso concreto. Englobaríamos aquí, la discusión sobre la prueba de fotográfica y videográfica, en los que se valora si se puede entender que existe ausencia de consentimiento al tener la denunciante los ojos cerrados durante los actos sexuales que tuvieron lugar; para el magistrado esto no

es más que un detalle absolutamente irrelevante del que no se puede obtener ningún tipo de conclusión definitiva.

También respecto de las pruebas de fotografías y vídeos analizadas en la sentencia, el voto particular contradice la argumentación seguida por el tribunal, al entender que pese a que en una relación no consentida se pueda llegar a manifestar exaltación y excitación sexual, no se aprecia falta de consentimiento en cuanto a las expresiones, ni actitudes ni sonidos emitidos por la denunciante. Entendiendo que el hecho de que no se pueda observar una iniciativa por parte de la joven en la realización de las conductas sexuales, tampoco puede significar que haya llevado a cabo dichas conductas de forma sumisa y pasiva<sup>41</sup> -tal y como defiende la argumentación del tribunal-.

Por todo esto, el magistrado R. G. G., establece en el fallo concreto de su voto particular, que se deberá absolver a los acusados del delito continuado de agresión sexual -previsto y penado en los artículos 178, 179 y 180.1 CP-. Al entender que resulta opinión mayoritaria por parte del tribunal, la inexistencia de violencia o intimidación en las actuaciones que tuvieron lugar la noche de actos. De igual manera, el magistrado entiende según la argumentación seguida a lo largo de su voto particular, que no hay lugar a *prevalimiento* en la actuación llevada a cabo por los acusados -previsto y penado en el artículo 181.3 CP-, resultando muy discutible la existencia por tanto de un delito de abuso sexual, en los hechos que tuvieron lugar la noche de actos por parte de los acusados.

## **7. Conclusiones**

Como hemos podido analizar a lo largo del trabajo, la labor de los magistrados resulta ardua y complicada, más aún cuando entra en juego la realización de juicios de valor, en los que se tratan conductas tan personales como la libertad sexual de los individuos. Hemos podido ver varios ejemplos -además del caso principal de “La manada”-, en los que la falta de pruebas concluyentes, y testigos que puedan aportar algo de luz a la resolución de dichos casos, hacen que poder analizar la finalidad de las conductas llevadas a cabo por las distintas partes del proceso, resulta casi imposible.

---

<sup>41</sup> Entendiendo que, en el caso de que se hubiesen llevado a cabo con el consentimiento de la joven, los videos tampoco hubiesen distado tanto de lo que se grabó por los acusados.

Autores como FERNÁNDEZ NIETO, creen que la solución a los problemas del derecho penal respecto a los delitos de libertad e indemnidad sexual, pasa por cambiar la norma penal, estableciendo un tipo básico en el que el objeto central sea la falta de consentimiento<sup>42</sup>, sumándose a partir de él, los distintos agravantes. La idea que propone, sería la de establecer un único tipo penal, al que la mayor o menor gravedad de la acción que integre el tipo, delimitará la graduación y pena del delito, acabando con los dilemas de aplicación de unos tipos y otros -que puedan ser confusos- (Fernández Nieto, 2018).

En mi opinión, pese a que esta solución pudiera traer consecuencias positivas, seguiría causando problemas a la hora de valorar la gravedad de las acciones, dejando un margen más interpretativo aún a los tribunales para que valoren dichos preceptos, lo que a mi manera de ver, desembocaría en una cierta inseguridad jurídica.

DÍEZ RIPOLLÉS por su parte, considera que afrontar una reforma en la que se eliminen por completo las graduaciones en los distintos atentados de libertad sexual, nos llevará a aplicar un derecho penal sexual muy superficial, cuyo eje central será la moral y correremos el riesgo de que dicho sistema pueda acabar siendo autoritario. El autor considera que la *absolutización de la mera ausencia de consentimiento*, no solo no llevaría a una protección de la libertad sexual más efectiva, sino que terminaría por eliminar la importancia de un elemento determinante, como es el **consentimiento**<sup>43</sup> (Díez Ripollés, 2018).

Siguiendo esta argumentación, DÍEZ RIPOLLÉS termina de apuntar, que el hecho de no graduar los delitos de libertad sexual, infringe por completo el principio de proporcionalidad, ya que las infracciones que tengan lugar no guardarán relación proporcional alguna, con las sanciones que se impongan. Esto no hace más que implementar la problemática de una desnaturalización de la libertad sexual, que podrá derivar en la banalización del proceso de análisis de la propia autodeterminación sexual.

---

<sup>42</sup> Otros autores como CEREZZO MIR o ROXIN, también creen que una reforma del código penal es necesaria, para poder dar solución a los problemas que la libertad sexual de los individuos plantea, estableciendo como núcleo central de la reforma **el consentimiento**, de tal manera que sirva para constituir la libre decisión de la persona (Fernández Nieto, 2018).

<sup>43</sup> Esto en palabras de DÍEZ RIPOLLÉS, no implicaría una evolución del derecho penal sexual, sino que se asemejaría más a una regresión de mentalidad, propia del viejo código penal.

Por último, me gustaría remarcar que pese a que este tipo de casos relacionados con la libertad e indemnidad sexual, puedan versar sobre un contenido con el que la sociedad tenga un interés de conocer mayor, dada la fuerte conmoción y alarma social que provocan, no obsta a que todos estos supuestos deban ser tratados y estudiados con cautela, guardando siempre la presunción de inocencia de los acusados -hasta que pueda demostrarse lo contrario-.

Por todo esto, me gustaría terminar el trabajo realizando una crítica social al respecto. La sentencia de “La manada”, despertó multitud de críticas sobre la decisión tomada por parte del tribunal, y en concreto sobre la redacción del voto particular emitido por uno de los magistrados. La inmensa mayoría de dichas críticas, provenían de personas que bien no habían leído la sentencia, o bien desconocían la complejidad que hay detrás del derecho penal, y fundamentaban sus argumentos con pequeños extractos que leían o veían en los medios de comunicación -que generalmente emitían una información sesgada-. Con esto no quiero decir que esté ni a favor ni en contra de lo fallado tanto por el tribunal como por el voto particular del magistrado, sino que verdaderamente pienso que a la hora de realizar juicios de valor, sobre cuestiones tan importantes como la libertad sexual, debemos primero tratar de conocer al máximo los hechos ocurridos de forma objetiva, y en ningún caso me parece razonable poder juzgar -de la manera que se ha hecho-, la decisión que haya podido tomar un magistrado -experto en derecho- , conocedor con mucho más detalle de todos los hechos y pruebas que se presentaron en el juicio.

## 8. Bibliografía

- Barja de Quiroga López, J., Villegas García, M. Á., & Encinar del Pozo, M. Á. (2017). *Código Penal: Comentado, con jurisprudencia sistematizada* (4ª ed.). Madrid: LEFEBVRE.
- Caruso Fontán, V. (2006). *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Valencia : Tirant lo blanch.
- Colina Oquendo, P., & et al., e. (2009). *Código penal comentado y con jurisprudencia*. LA LEY.
- Corcoy Bidasolo, M., & et al., e. (2015). *Manual de derecho penal: Parte especial*. Tirant lo blanch.
- Cruz Parra, J. A. (2013). *La Mediación Penal: Problemática y soluciones*.
- de Elena Murillo, V. (2009). *Código penal parte especial* (Vol. I).
- De la Rosa Cortina, J. M. (2013). *Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*.
- Díez Ripollés, J. L. (10 de Mayo de 2018). *Iustel*. Obtenido de Iustel:  
[https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1176924](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1176924)
- Dopico Gómez-Aller, J. (2015). *La peor reforma de la historia (II). Antinomias en los delitos contra la indemnidad sexual*.
- Dudas legislativas. (s.f.). *DudasLegislativas.com*. Obtenido de  
<https://dudaslegislativas.com/que-es-la-indemnidad-sexual/>
- Fernández Nieto, J. (2018). *La frágil línea de la violencia y la intimidación en los delitos sexuales. La proyección del "no" en estas figuras delictivas*. Sepin.
- García Pérez, J. J. (2016). *Abusos sexuales: Comentario del artículo 181 del Código Penal*. Salamanca: Sepin.
- García Pérez, J. J. (2016). *Agresiones sexuales: Comentario del artículo 178 del Código Penal*. Salamanca: Sepin.
- Günther, J. (2001). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*
- Huete Noguerras, J. J. (s.f.). *Delitos contra la libertad sexual: Principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales*.
- Lamarca Pérez, C. (1996). *La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal*.

- Lascuraín Sánchez, J. A. (2007). *Bien jurídico y objeto protegible*.
- Luzón Peña, D. M. (1991). *El Anteproyecto de CP 1992: Observaciones de urgencia*.
- Machado Rodríguez, C. I. (2012). El consentimiento en materia penal. *Derecho penal y criminología*, XXXIII(95), 29-49.
- Ministerio del Interior . (2017). *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*.
- OMS. (s.f.). *Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de [https://www.who.int/topics/sexual\\_health/es/](https://www.who.int/topics/sexual_health/es/)
- Ostos Hernández, A. (2016). *El papel de la víctima en el derecho penal* . Salamanca.
- Pérez de la Ossa, A. V. (2018). *La falta de consentimiento en los delitos sexuales*. Sepin.
- Quintero Olivares, G. (2004). *Adondeva el Derecho Penal: Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid: Thomson Civitas.
- Real Academia Española. (2017). *Diccionario de la Lengua Española*.
- Ribas, E. R. (2009). *Los delitos de abusos sexuales a menores*. Tirant lo blanch.
- Rodríguez Torrado, D. (2016). *Delitos contra las libertades sexuales*.
- Vital de Almeida, R. (2006). *El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito*. Granada: Editorial de la Universidad de Granada.

## **Legislación**

Directiva 2004/68/JAI de 22 Diciembre 2003

Ley 22/1978 de 26 de Mayo

LO 5/2010 de 22 de Junio

LO 15/2003 de 25 de Noviembre

LO 11/1999 de 30 de Abril

LO 10/1995 de 23 de Noviembre

LO 3/1989 de 21 de Junio

## **Jurisprudencia**

SAP Álava 30/05/03

STC 553/2014

STC 469/2013

STC 195/2002

STC 64/1994

STS 396/2018

STS 449/2018

STS 914/2018

STS 9/2016

STS 318/2016

STS458/2016

STS 355/2015

STS 855/2015

STS 18/02/2014

STS 411/2014

STS 305/2013

STS 609/2013

STS 1538/04

STS 24/09/2004

STS 09/11/20003

STS 01/07/2002

STS 22/07/02

STS 23/12/2002

STS 25/01/2002



STS 04/09/2000

STS 05/04/2000

STS 22/09/2000

STS 1728/1999

STS 1153/98