



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS Y
SOCIALES

**Análisis de los elementos del tipo en el delito de
agresión sexual y su diferenciación con el delito de
abuso sexual por prevalimiento**

Trabajo final de grado

5º Psicología y Criminología

Autora: Candela María Esparza Egea

Directora: Susana Cuadrón Ambite

Madrid

2020/2021

Índice

1. Introducción	5
2. Metodología	6
3. Agresión sexual	6
3.1 El empleo de la violencia o la intimidación	11
5. Caso “La Manada”	17
5.1 Importancia de la falta de consentimiento en la aplicación del tipo	19
5.2 La intimidación en el caso juzgado	22
5.3 La intimidación ambiental	23
6. Conclusiones	26
7. Referencias bibliográficas	28
8. Jurisprudencia	30

Índice de abreviaturas

Art.	Artículo
CP	Código Penal
OMS	Organización Mundial de la Salud
LO	Ley Orgánica
AP	Audiencia Provincial
CE	Constitución Española
RAE	Real Academia Española
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

Análisis de los elementos del tipo en el delito de agresión sexual y su diferenciación con el delito de abuso sexual por prevalimiento

Resumen

El objetivo de este trabajo consiste en tomar en consideración el delito de agresión sexual y el análisis comparativo de algunos de los elementos del tipo, la intimidación y la violencia, teniendo en cuenta cuándo debe concurrir y en qué circunstancias se considera. Asimismo, se tratará la diferenciación de dos de los grupos de delitos contra la libertad sexual: el delito de agresión sexual y el delito de abuso sexual por prevalimiento, puesto que la problemática reside en si está presente o no el medio comisivo de la violencia o la intimidación y como ha de diferenciarse entre la agresión sexual intimidatoria y el abuso sexual por prevalimiento. Por otro lado, se realizará un análisis del polémico caso de "La Manada", ya que existe una evidente discordancia con el mismo desde el punto de vista social y jurídico en la forma de tipificar el delito de violación a la vez que es un referente práctico del contenido del presente tema.

Palabras clave: agresión sexual; caso La Manada; intimidación ambiental; violencia sexual

Analysis of the elements of the crime of sexual aggression and its differentiation with the crime of sexual abuse by prevalence

Abstract

The aim of this work is to consider the crime of sexual aggression and the comparative analysis of some of the elements of the type, intimidation and violence, taking into account when it must be present and in what circumstances it is considered. Likewise, the differentiation of two of the groups of crimes against sexual freedom will be dealt with: the crime of sexual aggression and the crime of sexual abuse by prevalence, given that the problem lies in whether or not the means of commission of violence or intimidation is present and how to differentiate between intimidatory sexual aggression and sexual abuse by prevalence. On the other hand, an analysis will be made of the controversial case of "La Manada", as there is an evident discordance with it from a social and legal point of view in the way of classifying the crime of rape, as well as being a practical reference point for the content of this subject.

Key words: environmental intimidation; "La Manada" case; sexual aggression; sexual violence

1. Introducción

La concepción del delito de agresión sexual dentro del Código Penal español ha sufrido numerosas y notables variaciones a lo largo de los años y es uno de los delitos que ha causado una continua y evidente polémica social en nuestro país. La violencia sexual está recogida legislativamente en los sistemas jurídico-penales de cada Estado. Según su correspondiente legislación, es variado el tratamiento de los delitos sexuales con diversas definiciones y sanciones para los mismos. No obstante, existiendo un determinante factor común, “la violencia sexual”, la cual, suele estar vinculada a los delitos tipificados de abuso sexual, agresión sexual, acoso sexual, prostitución y trata de personas, entre otros. Es importante destacar que muchos países han unificado criterios jurídico-legales aprobando estándares internacionales que afrontan esta problemática (Altuzarra, 2020). Y así, la OMS define la violencia sexual como

«todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito», seguidamente de, «también puede ocurrir cuando la persona agredida no está en condiciones de dar su consentimiento»

En el informe de 2018 sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual del Ministerio del Interior, la agresión sexual y el abuso sexual son los dos delitos sexuales con más hechos conocidos registrados en España. Estos dos tipos delictivos conforman un 78% de los hechos conocidos por delitos sexuales (Ministerio del Interior [MIR], 2018, p.5). Atendiendo a la controversia existente en España entorno a la concurrencia de violencia o intimidación como elemento definitorio de la agresión sexual, el objeto principal de este trabajo es tratar de clarificar esta disputa, teniendo en cuenta el estado actual de la tipificación del mismo en el Código Penal español y revisando la reciente Jurisprudencia de casos como el de “La Manada”.

En conclusión, este trabajo pretende reflejar el dificultoso análisis de la intimidación y la violencia como los elementos esenciales del tipo en el delito de agresión sexual, el cual sigue en constante variación evolutiva jurisdiccional y; por otro lado,

analizar la distinción de abusos y agresiones sexuales desde el supuesto más complicado de definir: la agresión intimidatoria (agresión sexual) y el ataque por prevalimiento (abuso). Además, se pretende concluir este trabajo tratando la importancia doctrinal y jurisprudencial y preguntándonos si nuestra legislación responde a la necesidad social actual o no.

2. Metodología

Para la realización del presente trabajo se ha llevado a cabo una búsqueda de artículos científicos y obras doctrinales acerca del delito de agresión sexual, del delito de violación y de abusos sexuales. Por otro lado, se ha hecho una selección de algunas sentencias en torno a este tema, profundizando en el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo como fundamental para el desarrollo de este trabajo. Para ello han sido utilizadas algunas bases de datos electrónicas como: Dialnet, Aranzadi Instituciones, Ebscohost, de la Biblioteca Comillas, Iberley y CENDOJ (bases de datos de jurisprudencia). Las palabras clave utilizadas en la búsqueda han sido: intimidación, elemento del tipo intimidación o violencia, delito de violación, abuso sexual por prevalimiento, caso de la Manada, agresión sexual, violación Código Penal español.

La búsqueda se ha realizado en dos partes. En primer lugar, artículos y obras doctrinales relacionadas con el delito de agresión sexual, de los elementos del tipo y del delito de abuso sexual con prevalimiento. En segundo lugar, se ha realizado una búsqueda de jurisprudencia mediante la plataforma “Aranzadi Instituciones” de la Biblioteca Comillas relacionada con sentencias de algunos casos polémicos en España, como ha sido el caso de “La Manada”.

3. Agresión sexual

Bajo el título VIII del Código Penal español: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” se encuentra en el Capítulo 1 el delito de las “agresiones sexuales”.

La expresión “libertad sexual” se establece por primera vez en el Código Penal español a través de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, progresando y dejando a un

lado el término “honestidad”. Por medio de la Ley Orgánica 11/1999 de 11 de abril se agregó la expresión “indemnidad” mediante la cual se configura la forma actual “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

Teniendo en cuenta la evolución de terminología jurídica, es fundamental recalcar la importancia del Código Penal de 1848 para comprender mejor el progreso del delito de agresión sexual en nuestro país, en el que bajo el título “Delitos contra la honestidad” se contemplaban una suma de delitos correspondientes a la moralidad sexual. En primer lugar, los delitos de adulterio y amancebamiento. En segundo lugar, la violación, determinada como "yacimiento" con una mujer en alguno de estos tres supuestos: 1) cuando la víctima se hallase privada de razón o de sentido; 2) usando violencia o intimidación y 3) cuando la mujer fuera menor de 12 años. Estas son las tres categorías referentes a la violación que estuvieron vigentes en nuestro país durante un siglo y medio. Así como en la actualidad, en las disposiciones comunes se exige la denuncia del sujeto pasivo o sus representantes, o de oficio, a través del Ministerio Fiscal en caso de persona incapacitada judicialmente. Por otra parte, también se determinaba que "el ofensor se libra de la pena casándose con la ofendida" (Gavilán, 2018).

Asimismo, se emplearon de manera semejante los supuestos valorados más graves, sancionando con la misma condena la “violación propia” (yacimiento por la fuerza) y la “violación impropia” (yacimiento consentido) cuando la niña o mujer fuese menor de 12 años o bien, siendo mayor, estuviera privada de sentido. Este juicio unificador que aplica la misma calificación y el mismo castigo al acceso carnal violento y a la "violación impropia", persiste hasta el Código Penal de 1995. Únicamente con la transformación del Código Penal de 1995, se implantó un cambio significativo al desarrollar la definición de la violación para introducir el término de la penetración bucal y anal, y para incorporar como víctima del delito tanto a hombres como a mujeres. Hasta esta reforma, el ataque a la honestidad contuvo una legislación restrictiva en relación a lo que podía calificarse como violación y la exigencia de "fuerza o intimidación" como condición típica conllevaba el requerimiento de resistencia expresa por parte de la víctima a la ofensiva del agresor. Este cúmulo de evidencias termina por ocasionar una doble victimización en la mujer que no se hubiera resistido lo suficiente según lo que podía constatarse debido a la carencia de marcas loables de violencia. En efecto, la violación ejecutada bajo intimidación, en un proceso judicial podría llegar a dictarse una sentencia absolutoria si

la víctima se sometió antes de comprobar que el agresor estaba preparado para recurrir a la amenaza de dañarla (Gavilán, 2018).

Teniendo en cuenta estas evidencias, sufrir una violación se consideraba como la pérdida de la honestidad y ésta pérdida como una desgracia irremediable para la mujer. Las mujeres consideradas libertinas o sospechosas de ello, no se ajustaban al prototipo de mujer posible víctima de violación debido a su supuesta tendencia a acceder al trato sexual, por lo que esto ocasionaba una doble victimización en la mayoría de las situaciones. Además, junto al supuesto de violación podíamos encontrar los abusos deshonestos, los cuales residían en el ataque violento a una mujer sin la finalidad de "yacer" con ella, esto era considerado como un "atentado al pudor" (Gavilán, 2018).

Es importante acentuar que tras la reforma de 1989 se origina un cambio en la orientación en cuanto a lo que se consideraba delito sexual o no. La rectificación del titular del grupo de delitos como "delitos contra la libertad sexual" infirió en la introducción del hombre como víctima posible de este delito, y del progreso de la única probabilidad de "acceso carnal" vaginal, para establecer en igualdad de condiciones en cuanto a gravedad la penetración anal, bucal y vaginal (Gavilán, 2018).

Continuando con los cambios que se incorporaron en el Código Penal de 1989, se incluyó en el Título VIII, "De los delitos contra la libertad sexual" el capítulo I, el cual estaba dedicado a las designadas "agresiones sexuales" diferenciadas por la violencia o intimidación como manera de someter la voluntad contrapuesta del sujeto pasivo. Inmediatamente después, en el mismo cuerpo normativo, se observa el tipo básico del art. 178 CP, en el cual se encuentra la figura agravada del art. 179 CP: "Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación", el cual recogía las agresiones sexuales que configuran una superior magnitud sexual establecida en la intromisión de aspectos considerados de "mayor intimidad" como penetración vaginal o anal, bucal o mediante objetos" (Gavilán, 2018, p. 84). Además, el art. 180 recogía agravaciones más específicas (Gavilán, 2018).

Siguiendo la línea argumentativa del Código Penal de 1989, en el Capítulo II se recogían los "abusos sexuales" como sucesos contra la libertad sexual ejecutados sin violencia ni intimidación, pero lo diferenciaba el consentimiento válido de la víctima (art. 181 CP), el cual comprendía el ataque por sorpresa o la utilización sexual del sujeto despojado de sentido (Gavilán, 2018). El artículo 181 del código penal dice así: “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”.

Igualmente, se establecían los actos de significación sexual realizados contra personas menores de 12 años, hechos que siempre se consideraban "no consentidos"; y también los realizados contra personas que padeciesen un trastorno mental, en tanto que se hubiera valido de dicha alteración para permitir el trato lascivo. En cambio, en el Capítulo III, se acopiaba la inculpación del "acoso sexual" como primicia del código; el Capítulo IV contenía los delitos de "exhibicionismo y provocación sexual" limitados por consecuencia de la minoridad o invalidez de la víctima; y, en último lugar, en el Capítulo V se trataban los delitos "relativos a la prostitución" (Gavilán, 2018).

Se debe hacer especial hincapié en la introducción de la nueva rúbrica del Código Penal de 1995, en el que se tiene en cuenta por primera vez el título “Delitos contra la libertad sexual”, desarrollado, como se ha dicho previamente a “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual”. Por tanto, se toma en consideración la libertad y la indemnidad sexual como Bienes jurídicos protegidos. Por un lado, la libertad sexual, valorada como aquella parte de la libertad concerniente a la actuación de la propia sexualidad y a la práctica del propio cuerpo para practicar la sexualidad en completa autonomía. Esta libertad tiene dos categorías; una negativa y otra positiva, la negativa está formada por el derecho del individuo a no verse envuelto en conductas de naturaleza sexual no deseadas ni consentidas y la positiva está formada por la habilidad que posee la persona para determinar cuándo disponer de su cuerpo a efectos sexuales (Gavilán, 2018).

Esta libertad sexual supone que el individuo, mujer u hombre, tiene la capacidad suficiente de establecer sin dificultades en sus interacciones íntimas con otras personas mayores de edad las vías de sus acciones en materia de sexualidad y de afectividad. Todo esto conlleva que entre adultos debe gobernar el principio de las prácticas sexuales, las

cuales han de ser firmemente consentidas, sin que medie sometimiento que pueda obstaculizar la intención de los sujetos. Como consecuencia de ello, la ley sigue considerando que, entre personas mayores de 16 años, dejando a un lado los supuestos de falta de madurez en cuanto a la sexualidad y la personalidad, esta autonomía propia de cada individuo adulto ha de ser sin que intervenga violencia, intimidación o escenarios de abuso y de prevalimiento (Abella, 2019).

La indemnidad sexual era apreciada en un primer momento como inexistencia de daño, en la actualidad se resume en el bienestar psicológico y el transcurso de un adecuado desarrollo en la formación sexual de menores o incapaces, protegiéndoles de esta manera e impidiendo que las personas mayores o adultos tengan control sobre sus conductas sexuales, ya que puede producir huellas traumáticas en la víctima (Gavilán, 2018).

Debido a la introducción de esta nueva rúbrica, es fundamental insistir en que lo importante no es la expresión sexual en sí, sino la violación del derecho que es inherente a toda persona a tomar decisiones completamente libres en materia de sexualidad. Por esto, una actividad sexual forzada podría tornar en un suceso violento o de superioridad. Anteriormente, se requería como elemento típico de estos delitos la confluencia del "ánimo libidinoso" o "móvil lúbrico" en el autor del delito. Este requerimiento debe sobreponerse en la actualidad, ya que debe resultar impasible que el agresor se excite o no sexualmente en el momento del acto, por lo que se ha de centrar en la situación típica, en lo que se refiere al perjuicio de componentes privados corporales y en el aprovechamiento indigno del sujeto pasivo (Gavilán, 2018).

En la actualidad, nuestro Código Penal fue aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Sin embargo, ha sufrido muchas modificaciones. Se exige la concurrencia de violencia o intimidación para llegar a considerarse como delito de violación la agresión sexual con acceso carnal. El tipo básico de agresión sexual se comprende en el art. 178 del código penal: "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".

Por otro lado, el art. 179 del Código Penal regula el delito de violación en este

sentido: “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 doce años.”

Sin embargo, la concurrencia de «violencia o intimidación» es lo que va a determinar la aplicación de una figura penal u otra. Por tanto, conforme a nuestro Código Penal, cuando el acceso carnal no venga seguido por alguno de estos dos elementos e intervengan otros medios comisivos (como el engaño, el prevalimiento o la anulación de la voluntad de la víctima) no existe violación y nos situamos ante el delito de abusos sexuales (Altuzarra, 2020).

En cuando a las agravantes específicas de las agresiones sexuales, en el art. 180 del código penal se especifican las condiciones típicas configurables a los delitos de agresiones sexuales de los arts. 178 y 179 CP. La valoración de estas agravantes conlleva una ampliación significativa de la condena a asignar, respecto de las agresiones sexuales consistiría en la pena de prisión de 5 a 10 años y en el caso de la violación, prisión de 12 a 15 años.

Por otra parte, en el art. 180.2 CP se contempla un segundo grado agravatorio: “Si concurrieren dos o más de las anteriores, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”. La apreciación de este artículo se daría en el caso de que concurren dos o más circunstancias típicas.

3.1 El empleo de la violencia o la intimidación

El componente que diferencia el delito de abusos sexuales y el de agresiones sexuales viene establecido por el requisito indispensable de violencia o intimidación en la ejecución de la conducta típica. La violencia y la intimidación son determinantes en el contenido de las conductas típicas de los delitos de amenazas y coacciones correspondientemente, y en un primer momento sería primordial comenzar desde el fundamento de que el paradigma de la agresión sexual es uno integrado por conductas de amenazas o coacciones y de abuso sexual. Estos dos elementos, la violencia y la intimidación, serían el medio de actuación del abuso sexual componente de la agresión. Sin embargo, se podría cuestionar si la violencia o la intimidación características del

quebrantamiento de agresión sexual concuerdan en todo con los enunciados en los tipos de coacciones y de amenazas, o si exponen componentes distintivos (Abella, 2019).

“La jurisprudencia¹ y la doctrina² definen la intimidación como provocar miedo en otra persona mediante el anuncio de un mal” (Abella, 2019, p. 28). En algunos casos, se induce a error, ya que se suele mezclar los conceptos de intimidación con coacción, así como también se admite que intimidar es amedrentar o asustar, es una posibilidad de peligro, la cual no es primordial que se produzca de modo inminente. Por el contrario, con las coacciones no se aterra a nadie, debido a que el agresor lo que pone en marcha es exigir la conducta al sujeto pasivo, no se intenta incidir en la incentivación mediante el mal amenazador, pero esto sí sucede en la intimidación. Por consiguiente, la intimidación corresponde a la amenaza de un mal, pero no se exige que sea un mal inminente, sino meramente “grave y verosímil³” (Abella, 2019, p. 28). Dicho mal, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, está inmediatamente en relación con el autor por la reivindicación de que el sujeto pasivo consienta su implicación en un acto sexual específico requerido por el sujeto activo, a fin de que la consecución del mal se ocasionará en el caso de que el sujeto pasivo permanezca en negación. Por lo tanto, es requerido en este caso que “la intimidación sea previa, no necesariamente inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado⁴” (Abella, 2019, p. 28). En tanto que la violencia limita físicamente al sujeto pasivo, el término intimidación perjudica la libre formación de la voluntad (Abella, 2019).

La intimidación hace posible que la víctima consienta el acto debido al miedo, favoreciendo así el ejercicio antijurídico del agresor, ya que de esta manera no tiene la necesidad de imponerse físicamente a ella. La intimidación implica el miedo a un mal, no obstante, este miedo es diferente en cada persona, debido a que una situación idéntica puede atemorizar a una persona y, por el contrario, a otra no. Se debe prestar atención a la intimidación con propósito de carácter jurídico, no con propósito conversacional.

¹ Consúltense, entre otros, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 538/2018, 8/11/2018, ECLI:ES:TS:2018:3876; Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 254/2019, 25/05/2019, ECLI:ES:TS:2019:1516.

² Consúltense, Silva Sánchez y Ragués i Vallès, Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial, 5a, 2018, p. 132.

³ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 355/2016, 28/05/2015, ECLI:ES:TS:2015:2599

⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N°: 9/2016, 21/01/2016, ECLI:ES:TS:2016:12

Generalmente, es complejo determinar los contextos y circunstancias en las que se produce ese escenario de superioridad notoria, es por esto por lo que se debe precisar que no es lo mismo la intimidación, la cual estamos abordando, donde la voluntad del sujeto pasivo es invalidada, que el prevalimiento, el cual será explicado a continuación, donde la disposición del sujeto pasivo se ve perjudicada, reducida, coartada, pero no revocada en su totalidad (Acosta, 2020).

Es primordial e imprescindible tomar en cuenta las circunstancias específicas de la situación sin olvidar el ámbito contextual, no únicamente lo que el agresor manifestó al sujeto pasivo en el momento, si no que se deben tener en cuenta diversos aspectos fundamentales que puedan llegar a establecer un verdadero panorama intimidatorio⁵. De manera expresa, se debe tomar en consideración la edad de la víctima, el entorno familiar o social que la envuelve, debido a que son elementos concluyentes para poder apreciar la intimidación, ya que distintos individuos pueden percibir un grado de intimidación diferente y no experimentar lo mismo (ya sea miedo o no) frente a contextos semejantes⁶ (Abella, 2019).

Asimismo, no se requiere que la intimidación resulte incontrolable para el sujeto pasivo, simplemente es suficiente con que alcance a imponer o erradicar su voluntad de reticencia, teniendo presente constantemente los componentes específicos de cada supuesto. Sin embargo, no se clarifican en su totalidad los elementos en relación con los contextos intimidatorios ambiguos, ya que estas situaciones suscitan una delimitación complicada con los abusos sexuales de prevalimiento, supuestos en los que se descarta igualmente el consentimiento válido para el ejercicio de la actividad sexual, clasificación a la cual se acogen las situaciones en las que el agresor se prevale de su condición de superioridad manifiesta que obstaculiza la libertad del sujeto pasivo (art. 181.3 CP). Este delito de abuso sexual por prevalimiento será tenido en cuenta posteriormente (Abella, 2019).

Haciendo referencia a Gavilán Rubio y a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 834/2014 de 10 de diciembre, la intimidación deberá vencer la voluntad contraria del sujeto pasivo y se perpetrará agresión sexual en todas las

⁵ Silva Sánchez (Dir.); Ragués I Vallés (Coord.), Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, 5a, 2018, p. 133

⁶ Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 21ª, 2017, p. 197

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 imponer⁷”.

La OMS define violencia como el “uso de la fuerza o el poder físico, de hecho, o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos de desarrollo o privaciones”. La categorización que emplea la OMS fracciona la violencia en tres niveles genéricos: en el caso de la violencia sexual abordada en este caso, entraría dentro de la calificación de la OMS de “violencia interpersonal” (Informe Mundial sobre la violencia y la salud, 2002).

Por otro lado, en el año 1995 se produjo el cambio en el Código Penal del concepto “fuerza” por el concepto “violencia” con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Debido a esta reforma, se tuvo en cuenta la violencia como acción sobre las personas y se descartó la fuerza como aplicación de energía sobre las cosas. La violencia es considerada como un perjuicio a la libertad sexual en el caso de que se haga uso de esta aprovechándose del sujeto pasivo como medio de exigencia referida a la conducta sexual y cuando sea utilizada obligando físicamente a la víctima. Se considerará una agresión perpetrada recurriendo a la violencia en el momento en el que a la víctima le sea posible proveer una leve reticencia a la agresión y que la violencia desempeñada tenga una cierta entidad. Es fundamental que el grado de doblegamiento de la voluntad de la víctima sea producido con el ejercicio de la violencia (Acosta, 2020).

Haciendo referencia a Altuzarra Alonso: “señala De Vicente Martínez que esta violencia a la que hace referencia el código (Art. 178 CP) se refiere a la violencia física, la vis phisica o absoluta que se trata de cierta cantidad de energía que es proyectada contra la víctima o que recae sobre ella y que se manifiesta a través de hechos materiales como golpes y empujones, de modo que se alcance razonablemente la conclusión de que el acto sexual no habría tenido lugar sin haber empleado la violencia⁸” (Altuzarra, 2020, p. 19).

Teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo⁹, la violencia reside en el empleo de fuerza física que ha de considerarse suficiente para doblegar la

⁷ Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, N° 834/2014, 10/12/2014, ECLI:ES:TS:2014:5194

⁸ Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, N° 834/2014, 10/12/2014, ECLI:ES:TS:2014:5194

⁹ Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, N° 834/2014, 10/12/2014, ECLI:ES:TS:2014:5194

voluntad del sujeto pasivo. “No es necesario que esa fuerza física sea irresistible, ni invencible, desde un punto de vista objetivo, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su integridad física, sino que basta que sea idónea según las características del caso” (Altuzarra, 2020, p. 19).

Asimismo, se deberá precisar dicha gravedad mediante parámetros imparciales, la jurisprudencia¹⁰ insiste en la significación y repercusión de las particularidades subjetivas de la víctima, sosteniendo que “resulta más relevante el aspecto subjetivo de la misma en la medida que tiene que ser suficiente atendiendo primordialmente a las concretas circunstancias de cada caso y muy singularmente las condiciones y situación en que se encuentre la persona intimidada” (Ramón, 2019, p. 153), extendiéndose con la afirmación de que “lo relevante en última instancia es 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” (Ramón, 2019, p. 153).

4. Delito de abuso sexual por prevalimiento

Es significativo tener en cuenta el contraste entre el delito de agresión sexual y el delito de abuso sexual por prevalimiento. En el caso del delito básico de abuso sexual, recogido en el 181.1 CP, acudiremos a él en situaciones en las que no medie violencia o intimidación, pero sin que medie consentimiento. Considerando esto y según el Código Penal actual, atenderemos al delito de abuso sexual por prevalimiento si el abuso se comete cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, por lo que se considerará agravante. El art. 181.3 CP comprende la figura del abuso sexual con prevalimiento: “la misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”. Como vemos aquí, está de forma significativamente presente la coacción, en sus diferentes versiones, en vez de fuerza.

Tal y como señala el TS, en su Sentencia 1518/2001 de 14 de septiembre¹¹, el prevalimiento “exige la concurrencia de tres elementos: 1º) Situación de superioridad, la cual ha de ser manifiesta. 2º) Que esa situación influya, limitando la libertad de la víctima.

¹⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Nº 9/2016, 21/01/2016, ECLI:ES:TS:2016:12

¹¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Nº 1518/2001, 14/09/2001, ECLI:ES:TS:2001:6769

3º) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual” (Gavilán, 2018, p. 86).

La STS 630/2016 de 14 de julio¹², examina minuciosamente el término de prevalimiento, y razona que se ha incorporado incorrectamente la agravante de abuso de confianza, pues se considera que se vulnera el precepto “non bis in ídem”, el cual será tomado en cuenta posteriormente, al apreciar semejantes supuestos en el prevalimiento.

La atención que se le da al concepto de prevalimiento en esta Sentencia¹³, se fundamenta en el beneficio de un entorno de dominación evidente que limita la autonomía del sujeto pasivo.

“Se refiere y cita expresamente las SSTs. 480/2016, de 2 de junio, 411/2014, de 26 de mayo, 553/2014, de 30 de junio y 355/2015, de 28 de mayo, haciendo expresa mención a “la laberíntica regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el CP de 1995”” (Gavilán, 2018, p. 86), el cual ha padecido varias reformas a partir de la aprobación del mismo, con el objetivo de fortalecer su tratamiento penal. Además, sugiere examinar con una atención considerable el riesgo, no tan lejano, de incidir en “bis in ídem”, el cual, como dicho anteriormente, será tomado en cuenta en este apartado, para impedir condenar reiteradamente un mismo comportamiento o circunstancia de agravamiento (Gavilán, 2018).

Todo esto ocurre si en los acontecimientos en los que la apreciación del abuso se basa únicamente en la coincidencia de prevalimiento, en otras palabras, en el abuso de un contexto de dominancia explícita que limite la autonomía del sujeto pasivo, se agrega de modo agravante genéricamente el abuso de confianza, ya que dicho abuso con frecuencia va inherente en el término “prevalimiento”. En este caso, se deduce de la modificación llevada a cabo por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, la cual al concretar una modalidad de prevalimiento en la reciente composición del artículo 182 CP, se menciona un contexto de "abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima", relacionando de manera expresa el abuso de confianza con el abuso de

¹² ¹³ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Nº 630/2016, 14/07/2016, ECLI:ES:TS:2016:3590

superioridad (Gavilán, 2018).

Podemos por tanto, concluir que el prevalimiento se conforma como un presunto desajuste evidente entre los distintos enfoques, en la que uno de ellos se halla en expresa situación de subordinación que limita de manera notable su posibilidad de tomar una decisión propia y voluntaria, y el otro se beneficia intencionalmente de su condición de poder, ya sea ésta es consecuencia de su vinculación profesional, de parentesco, académica, económica, de edad o de otro tipo, a sabiendas de que el sujeto pasivo no cuenta con las facultades requeridas para mantener una relación sexual consentida. Según la Real Academia Española, el término “prevalerse” quiere decir valerse o servirse de una aptitud que concede una situación de preferencia o aporta cierto beneficio.

Por otra parte, la Sala II del Tribunal Supremo ha apreciado la calificación de la agravante de abuso de confianza en situaciones de abusos sexuales de menores, aunque referentemente a abusos sobre menos de trece años, en los que el código penal no requiere abuso de superioridad, ya que castiga todos los abusos de esta índole debido a que en ambos casos el consentimiento siempre está corrompido. En las circunstancias de las Sentencias STS 844/2015 de 23 de diciembre, STS 1010/2011 de 30 de septiembre, STS 161/2004 de 9 de febrero, STS 768/2004 de 18 de junio o STS 1918/2000 de 11 de diciembre; además de la edad inferior a trece años, concurre como acontecimiento añadido el abuso de confianza, de esta manera la agravante puede castigarse en conjunto, como acontece además en las situaciones en las que se sanciona por tipos diferentes al abuso con prevalimiento, como la agresión sexual (Gavilán, 2018).

De manera que, se apreciará por prevalimiento el manejo de una situación de superioridad expresa, la cual limite la libertad del sujeto pasivo y que no pueda prestarse simultáneamente con obrar con abuso de confianza por converger en non bis in ídem, excepto abusos a menores de 16 años (Gavilán, 2018).

5. Caso “La Manada”

El caso mediático conocido como “La Manada”¹⁴ ha expuesto una discordancia entre el punto de vista social y jurídico en la manera de entender el delito de violación, ya que, a raíz de dictarse las Sentencias en relación a este suceso, un sector significativo

¹⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Nº 344/2019, 04/07/2019, ECLI:ES:TS:2019:2200

de la sociedad se manifestó creando una polémica reivindicatoria. Es conveniente hacer referencia a este caso, debido a que es preciso para comprender y abarcar de manera integral las cuestiones principalmente descritas; y puesto que ha sido un caso de gran significación social, periodística y judicial, debido a que el fallo en primera instancia no fue acorde a las circunstancias del momento y al sentimiento y entendimiento social. Asimismo, en esta Sentencia observamos de manera muy clara y de forma contundente la diferencia entre la intimidación para que concurra un delito de violación y el simple consentimiento viciado por el prevalimiento. Por consiguiente, se realizará una valoración de este caso, ultimando del mismo modo lo anteriormente comentado durante el presente trabajo. Además, se ha de hacer énfasis y abordar las diferentes posturas emanadas de la información obtenida sobre la primera sentencia judicial de esta cuestión.

Los hechos ocurridos en julio del año 2016 en los Sanfermines en la ciudad de Pamplona han sido considerados por el Tribunal Supremo como una violación y no abuso sexual. Previamente, la Audiencia Provincial de Navarra y el Tribunal Superior de Justicia de Navarra condenaron a los imputados a nueve años de cárcel por abuso sexual por prevalimiento. Por lo que, posteriormente, el Tribunal Supremo invalida dichos pronunciamientos y argumenta que «los hechos no pueden constituir un delito de abuso sexual, sino un delito de violación, siendo incorrecta por tanto la calificación jurídica de los mismos». Según lo relativo a los hechos, la valoración del Tribunal Supremo alega, además «un auténtico escenario intimidatorio, en el que la víctima en ningún momento consiente los actos sexuales llevados a cabo por los acusados». Es ante esta situación intimidatoria y de superioridad, donde la víctima se siente forzada y obligada a tomar una «actitud de sometimiento, haciendo lo que los autores le decían que hiciera».

Por otro lado, hay que sumarle «la angustia e intenso agobio» debido al lugar donde se produjo el delito «recóndito, angosto y sin salida». Los hechos ocurrieron en un lugar de unos tres metros cuadrados, en el que la víctima “fue introducida en contra de su voluntad». Esto supuso un agravamiento de la pena dado El Tribunal Supremo estimó que procedía aplicar dos agravantes específicas al delito de agresión sexual. Uno de ellos es el trato vejatorio por parte de los acusados contra la joven, ya que los mismos penetraron simultáneamente por vía vaginal, anal y bucal a la joven, alardeando sobre los hechos posteriormente a través de la red social “Whatsapp”.

En primera instancia, teniendo en cuenta el fallo del mencionado caso, este ha contado con numerosas manifestaciones y oposiciones por parte de la población. La Audiencia Provincial de Navarra no solo afrontaba las complicaciones de este caso en sí, sino también el estrés y la presión que conllevaba tratar este suceso desde el inicio, ya que nada más empezar el estudio e indagación del caso, se convirtió en un caso mediático. Asimismo, el activismo y las manifestaciones que han ido sucediendo a partir de la fase de instrucción y durante el procedimiento han sido considerables, sobre todo desde el instante en el que se dio a conocer la resolución judicial. Dada esta situación y debido a las numerosas protestas, se han llegado a cuestionar las facultades y competencias de los jueces, debido a la rápida resolución de esta situación, tratada de manera absolutamente inverosímil y al margen de la percepción colectiva, dejando a un lado las críticas y objeciones, las cuales dada la actividad interpretativa del juez de lo penal está sujeto al principio de legalidad (Abella, 2019).

5.1 Importancia de la falta de consentimiento en la aplicación del tipo

La problemática fundamental de este caso en el momento de emitir el fallo judicial era la evidencia de la falta de consentimiento no verbalizado, de la comprensión de la falta de consentimiento por parte de los participantes en el suceso (dolo), la apreciación, en cuestión, de los métodos de los que se hizo uso, los cuales no correspondían en su totalidad con los medios convencionales del violador ni del abusador por prevalimiento. Todo esto, ligado a una gran tensión e influencia por parte de la sociedad. Por otro lado, considerando distintos elementos, no se hizo hincapié en los de relevancia técnico-jurídica, ya que este caso presenta un problema concursal debido a las múltiples acciones sexuales llevadas a cabo por las diferentes partes acusadas y debido a la proposición de la cuestión de la puesta en práctica o no de la construcción del delito continuado en los delitos de abusos y agresiones sexuales (Abella, 2019).

No obstante, el asunto más destacable en cuanto a la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Navarra se ha enfocado en la categorización jurídica de lo ocurrido como abuso sexual por prevalimiento, lejos de clasificarlos como un delito de violación, el cual era reivindicado en todas las protestas y manifestaciones por parte de la sociedad en un primer lugar. Habiendo quedado demostrado que los agresores partícipes de dichos hechos no emplearon en ningún momento la violencia como medio comisivo, estos sucesos quedaron pendientes de definir por parte del Tribunal en el caso de la

determinación entre la intimidación y el abuso por prevalimiento, ya que incluso, en ninguna circunstancia se ha podido probar que los agresores involucrados en lo sucedido hubieran pronunciado amenazas de ocasionar cualquier mal o perjuicio al sujeto pasivo en el supuesto de que la misma intentase resistirse y oponerse a la agresión (Boldova, 2019).

En este sentido, entendemos que para poder concluir que lo sucedido se puede calificar como prevalimiento, es necesario afirmar que teniendo en cuenta la superioridad numérica y física de los autores, la víctima accedió a mantener relaciones sexuales con los mismos de igual manera. Con el término acceder, se hace referencia a que la víctima consintió estas relaciones sexuales. Habiendo expuesto esto, y según el Ministerio Fiscal, no figura en los hechos probados que la víctima accediese o consistiese las relaciones sexuales mantenidas, tampoco de manera subconsciente. Es por esto que debemos aclarar que los acusados no solicitaron consentimiento por parte de la víctima para realizar los hechos, por lo que la gran problemática reside en la diferenciación entre el delito de abuso sexual y agresión sexual.

Tras demostrar la falta de consentimiento por parte de la víctima, el Tribunal abordó las dos alternativas de calificar como abusos sexuales o como agresiones sexuales, ya que es esta la delimitación con la que cuenta el Código Penal en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual expuestos anteriormente. Por el contrario, la perspectiva social manifestada en las protestas y críticas hacia el poder judicial, desatendieron esta cuestión debido a que se ha exigido la calificación de estos hechos como agresión sexual o violación por el mero hecho de la falta de consentimiento del sujeto pasivo, reflejando el claro desconocimiento por parte de la sociedad de la legislación española y más concretamente, del código penal en relación a estos supuestos.

Asimismo, se observa la discordancia entre la concepción de la ciudadanía y el concepto jurídico en el momento en el que en las manifestaciones se ha podido percibir la indignación por la condena de la Audiencia Provincial de Navarra por abusos sexuales, debido a que para la sociedad implica una degradación y una vejación para la víctima y la discriminación hacia las mujeres, poniendo de relieve que no es abuso, si no violación, sugiriendo que el problema reside en un asunto terminológico, o en su caso en un problema de discrecionalidad judicial. Reiterando lo expuesto anteriormente en el presente trabajo, el Código Penal español tipifica como violación el acontecimiento que

involucra una penetración no consentida recurriendo a la violencia o intimidación para el ejercicio de los hechos, en tanto que, si no media la violencia o intimidación, el supuesto deberá ser denominado inevitablemente como abuso sexual, independientemente de la acción específicamente llevada a cabo (Abella, 2019).

En el caso del elemento del tipo de la violencia, en las manifestaciones se pudieron observar pancartas que decían “si no te matan, no es violación”. Teniendo en cuenta esta afirmación, se deberá exponer que no existe el requerimiento de que la víctima ponga en peligro su vida para que interceda violencia, por lo que la afirmación es carente de sentido. Por otro lado, si es necesario que el agresor desempeñe evidentemente violencia, recurriendo a un medio físico suficiente y útil para someter la voluntad del sujeto pasivo, como pueden ser golpes o empujones. Expuesto todo esto, las pruebas con las que contaba el Tribunal eran los informes médicos, los vídeos que se aportaron y la declaración de la víctima, así como los interrogatorios de los imputados, en los cuales se podía advertir sin ambigüedades que no medió violencia por parte de ninguno de los participantes (Abella, 2019).

Por otra parte, se puede apreciar otra problemática: durante el juicio oral, el sujeto pasivo rectificó y modificó varios aspectos de sus primeras declaraciones, por lo que, en cierta medida, desencadenó inconvenientes a la hora de condenar el hecho juzgado, ya que en estos supuestos es complicado sentenciar, ya que la declaración de la víctima es de las pocas pruebas que se tienen en estos delitos contra la libertad sexual. Es fundamental una declaración coherente y verosímil como herramienta imprescindible del juzgador, puesto que esto puede interceder a la hora de condenar a los presuntos agresores.

Así pues, existe otra cuestión importante en cuanto a las protestas, dado que uno de los focos significativos de las críticas ha sido la puesta en duda de la declaración de la víctima, o los diferentes baremos con los que se ha medido este supuesto en el caso de la falta de consentimiento en un delito de libertad sexual. Tomando en consideración este aspecto y según nuestro punto de vista, se puede decir que la concepción por parte de la sociedad en torno a esta temática es errónea; debido a que no se está teniendo en cuenta uno de los principales principios del derecho y del sistema penal de nuestro país, la presunción de inocencia. Sin este principio, no existiría justicia como tal, creando una total indefensión (Art. 24 CE). Esto equivale a que se ha de probar, sin que se presente el

menor interrogante, que el presunto agresor indudablemente ha perpetrado la infracción por la que se le incrimina.

5.2 La intimidación en el caso juzgado

Se ha de atender al elemento que ha suscitado mayor inconformidad por parte de la sociedad, el supuesto de la intimidación en el asunto tratado.

Tomando en consideración la perspectiva social, es incuestionable que medie intimidación cuando una mujer se ve cercada por cuatro o cinco hombres y a continuación, los mismos realizan comportamientos de índole sexual. También es innegable afirmar que la simple desigualdad numérica conlleva sin lugar a dudas intimidación, y en estos casos, evidentemente, no se puede apreciar otra clasificación (Abella, 2019).

Habiendo expuesto el delito de agresión sexual previamente, la intimidación ha de poseer una entidad semejante a la violencia, el otro elemento del tipo. En el caso de la amenaza de un perjuicio que no sea inmediato, se reconocerá como tal si este dispone de cierta entidad, siendo un mal considerable y suficiente para dejar sin efecto la libre voluntad del sujeto pasivo. Con esto, se ha de dejar claro que es suficiente con la concurrencia de intimidación (sin ser necesario que el sujeto pasivo se resista) para que se establezca el delito de agresión sexual. La problemática reside en si esta amenaza no es explícita, por lo que al no ser concreta y precisa, es complicado indicar que existe dicha amenaza, ya que no se puede probar como tal. Además, todo esto genera dudas a la hora de calificar la amenaza (delito) o no de significativa (Abella, 2019).

Atendiendo al caso presente, quedó desestimada la amenaza expresa, ya que la agraviada no expuso dicho mal en ninguna ocasión durante su declaración, como ha sido indicado previamente.

Debido a todo esto, el Tribunal Supremo era el responsable de determinar y considerar estos hechos como constitutivos de agresión sexual o si, por lo contrario, eran constitutivos de abusos sexuales como falló la Audiencia Provincial de Navarra. Fue fundamental el papel de la “intimidación ambiental”, figura que jurídicamente se podía imponer, la cual será tomada en cuenta concretamente en el siguiente apartado.

Esta cuestión es, indiscutiblemente, la controversia más comentada desde la perspectiva jurídico-penal y por la cual muchos profesionales han dado su opinión cautelosamente, argumentando sus puntos de vista de manera que algunos han estado de acuerdo con el fallo del Tribunal y otros, en cambio, no, o por lo menos no en su totalidad.

5.3 La intimidación ambiental

Como ha sido expuesto con anterioridad, descartando la violencia y la amenaza explícita, el Tribunal continuó por determinar si se enfrentaban a uno de los hechos que podrían integrarse en la figura de la “intimidación ambiental”. Esta intimidación ambiental ha sido expuesta y aclarada jurisprudencialmente, de manera que la calificación como agresión sexual (violación) fuese probada jurídicamente. El concepto de “intimidación ambiental” ya había sido forjado por el propio Tribunal Supremo con anterioridad, fue expuesto en la Sentencia 1291/2005, de 8 de noviembre, Rec. 263/2005¹⁵, en la cual se acopia que: “Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP”.

Tal y como ha sido mencionado, esta figura es usada actualmente para condenar a aquellos individuos, los cuales en presuntas agresiones grupales no favorecen o no impulsan concisamente en la ejecución de los hechos típicos del delito, pero si son testigos los mismos con conocimiento del acto que se lleva a cabo.

Tomando en consideración estas aclaraciones, se contemplarán como cooperadores necesarios a los intervinientes que se hallasen concretamente en la situación y con el conocimiento de la actividad sexual que se está perpetrando contra otro individuo. Debido a la presencia de los múltiples partícipes, este acto se convierte sin ninguna duda, en una situación intimidatoria, incrementándose así la gravedad del delito cometido e intensificando el estado de indefensión de la víctima, consiguiendo que la misma no tenga la oportunidad de impedir el acto sexual ante todos los presentes (Acosta, 2020).

¹⁵ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 1291/2005, Rec 263/2005, 8/11/2005, ECLI:ES:TS:2005:6833

Este determinante externo es a lo que llamamos “intimidación ambiental”, ya que el mero hecho de hallarse rodeado de múltiples partícipes y encontrándose en un lugar desamparado lejos de donde se podría disponer de auxilio, genera una situación de intimidación expresa, de manera que se contemplará que se interviene bajo intimidación en el momento en el que concurren condiciones externas concretas las cuales son suficientes para dejar sin efecto la capacidad de resistencia del sujeto pasivo, al igual que cualquier otro individuo que se hubiese encontrado en su misma situación, sancionándose así como agresión sexual.

Asimismo, se descarta la identificación de una amenaza explícita, debido a que no se dio de manera concreta, ahora bien, se ha de atender a la concurrencia de una amenaza subyacente, implícita o insidiosa emanada de la intimidación ambiental (Boldova, 2019).

Así se expone en la STS 344/2019: “aun prescindiendo de la pluralidad de intervinientes, la situación descrita en el relato fáctico conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio: el ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada, ello sin duda le produjo un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma y sin que sea admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores, como ha dicho esta Sala en múltiples ocasiones”¹⁶.

¹⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 344/2019, 4/07/2019, ECLI: ES:TS:2019:2200, p. 30

El Tribunal Supremo considera en la sentencia una evidente intimidación sin la necesidad de tener que tener cuenta para ello la concurrencia de pluralidad de intervinientes, por lo que no es imprescindible en el caso que nos ocupa la intimidación ambiental para considerar la existencia de una intimidación per se.

El hecho de la corta edad de la víctima, así como el lugar donde se produjeron los hechos, (lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida), el que fuera conducida asida del brazo por dos de sus agresores, unido al estado de embriaguez en el que se encontraba, ya es más que suficiente para considerar una evidente intimidación.

La intimidación fue la que bloqueó su voluntad de resistencia, que aunque no se considerara una intimidación invencible, (ya que podría haber intentado algún acto de fuga, o de resistencia aunque fuera de forma verbal mientras iba conducida al lugar de los hechos), fue suficiente para la culminación del propósito común de los acusados.

En ningún momento la víctima prestó su consentimiento ni tan siquiera implícitamente, y cuando el Tribunal Supremo se refiere a que no se debe exigir de las víctimas actitudes heroicas, es porque cualquier acto de revelarse contra ellos podría suponer algo más dañino de lo que en ese momento pensara que le podría ocurrir.

6. Conclusiones

Considerando todo lo expuesto anteriormente, desde nuestro punto de vista y teniendo en cuenta la perspectiva social, los distintos delitos se han ido regulando gracias a la jurisprudencia, de manera que esta fuese acorde a las circunstancias del momento y acorde al sentimiento y entendimiento social.

Consiguientemente, nos hemos de preguntar si nuestra legislación responde a la necesidad social, si cabe tener en cuenta el número de partícipes en la agresión a la hora de calificar los hechos como intimidatorios o no, si esto supone la amenaza de un mal expreso, o si, por el contrario, no existe amenaza en sí.

Teniendo en cuenta la perspectiva jurídica, resulta complejo condenar en este tipo de delitos, debido a las circunstancias en las que la intimidación no es apreciada suficiente o no queda fundamentada, recurriendo al tipo penal de abuso sexual o, dada la complejidad probatoria, cuando solo se considera en la práctica una prueba incriminatoria, en este caso, la declaración del sujeto pasivo.

Es de destacar la importancia doctrinal y jurisprudencial que irán regulando los diferentes casos que se considerarán incluidos o no dentro de los tipos delictivos analizados, los cuales garantizarán una mayor seguridad jurídica, ya que legislativamente sería imposible el demarcar o delimitar todos los actos en cada uno de los contextos.

Por lo tanto, consideramos fundamental en este caso, no solo sentar un precedente en la jurisprudencia, si no legislar y tipificar en el código penal la intimidación para que de esta manera no se dé el vacío legal que existe en la actualidad. Es esencial también afirmar que, para determinar si algo es o no intimidante, hace falta una valoración (juicio de valor), es por esto que consideramos primordial tipificar la intimidación en el Código Penal.

Concluimos que sería conveniente tipificar la nombrada “intimidación ambiental”, para que, de este modo, en los casos en los que la víctima no se encuentre intimidada por otros agentes que no sea la respectiva “intimidación ambiental”, se considere suficiente para aplicarla. Esta inmersión legislativa fortalecerá el ejercicio de una tutela judicial efectiva, en términos del Art. 24 CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la

tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

7. Referencias bibliográficas

- Abella Morán, S. (2019). Agresión sexual y abuso sexual: especial referencia al caso " La Manada".
- Acosta Lorenzo, P. (2020). El concepto de intimidación en los delitos contra la libertad sexual.
- Altuzarra, I. (2020). 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: revista de la Universidad de Deusto*, 68 (1), 511-558.
- Asúa Barratita, A. *Las Agresiones sexuales en el nuevo CP: Imágenes Culturales y discurso Jurídico*, en: Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género, Jornadas organizadas por el Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, 45-102.
- Boldova Pasamar, M.A. (2019). Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como «caso de La Manada». *Diario La Ley*, (9500), 1.
- Campins Mayol, N. (2019). ¿Abuso o agresión sexual? Criterios utilizados para la distinción entre prevalimiento o intimidación.
- De Vicente Martínez, R. «El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción». En Faraldo Cabana, P. y Acale Sánchez, M. (Dirs.). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 171 - 214
- Gavilán Rubio, M. (2018). Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, (12), 82-95.
- Lealtadis Abogados. (16 de enero de 2020). *Diferencias entre las sentencias de la Manada, la Manada de Manresa y el caso Arandina*.

<https://www.lealtadis.es/diferencias-entre-las-sentencias-de-la-manada-la-manada-de-manresa-y-el-caso-arandina>

Ministerio del Interior de España. (2018). Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Organización Mundial de la Salud (2012-2020). Campaña Mundial de Prevención de la Violencia. <https://www.who.int/topics/violence/es/>

Organización Mundial de la Salud. *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Washington, D.C.: Oficina Regional para las Américas, 2002.

Ramón Ribas, E. La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales, en Faraldo Cabana, P. /Acale Sánchez, M. (Dirs). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 133-170.

Silva Sánchez, J.M y Ragués i Vallès, R. (2018). *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial, 5º*. Atelier

8. Jurisprudencia

- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 1518/2001, 14/09/2001, ECLI:ES:TS:2001:6769
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 1291/2005, Rec 263/2005, 08/11/2005, ECLI:ES:TS:2005:6833
- Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, N° 834/2014, 10/12/2014, ECLI:ES:TS:2014:5194
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 9/2016, 21/01/2016, ECLI:ES:TS:2016:12
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 355/2016, 28/05/2015, ECLI:ES:TS:2015:2599
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 630/2016, 14/07/2016, ECLI:ES:TS:2016:3590
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 538/2018, 08/11/2018, ECLI:ES:TS:2018:3876
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 254/2019, 25/05/2019, ECLI:ES:TS:2019:1516
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N° 344/2019, 04/07/2019, ECLI:ES:TS:2019:2200