



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**AGRESIONES, ABUSOS SEXUALES Y SU DIFERENCIACIÓN**

Breve diferenciación doctrinal de los delitos contra la libertad sexual del Título

VIII del Libro II del Código Penal

Autor: Juan Lozano de Diego

4º E-1 BL

Derecho Penal

Tutor: Dra. M<sup>a</sup> Concepción Molina Blázquez

Madrid

Abril, 2019

## **RESUMEN**

El objetivo de este Trabajo será el estudio y análisis de los delitos de agresiones y abusos sexuales de nuestro Código Penal Español, los cuales han sido objeto de una gran crítica social en busca de una reforma urgente de los mismos por la notoriedad que han sufrido algunos casos recientes de delitos sexuales. Para ello, observaremos la evolución de los delitos contra la libertad sexual desde los primeros Códigos Penales españoles para poder establecer los elementos que integran cada uno de los tipos encuadrados bajo la rúbrica de “De los delitos contra la libertad e indemnidad sexual” del Título VIII del Libro II de nuestro Código Penal, si bien los delitos contra la indemnidad sexual quedarán fuera del estudio de nuestro Trabajo. Dedicaremos especial atención a la delgada línea que divide la figura de la intimidación y del prevalimiento, las cuales nos dirigen a la aplicación de diferentes tipos penales específicos según el medio comisivo empleado. Por último, aplicaremos esta diferenciación al caso específico de La Manada, cuya sentencia es por el momento provisional, para posteriormente concluir nuestro Trabajo con unas conclusiones que valoren las posibles reformas de estos delitos, así como los casos más problemáticos que plantean los mismos.

**PALABRAS CLAVE:** Abuso sexual, agresión sexual, violación, intimidación, prevalimiento, La Manada.

## **ABSTRACT**

The aim of this project will be the study and analysis of the sexual assault and abuse crimes from our Spanish Criminal Code, which have been object of a remarkable social critic seeking an urgent revision of them due to the notoriety of some recent sexual crimes cases. For its development, we will be observing the evolution of those sexual crimes since the first Spanish Criminal Codes to establish those key elements which define each of the criminal classifications established under “Crimes against sexual liberty & indemnity” of Title VIII from Book II of our Criminal Code, notwithstanding the fact that the crimes against the sexual indemnity will remain out of our study. We will specially focus on the thin line dividing the intimidation and position of advantage, which redirects us to the application of the different specific criminal classifications according to the type of action committing the crime. Finally, we will apply this differentiation in

the La Manada case, whose ruling is still provisional, and finally conclude our Project with some conclusions evaluating the different revisions being considered for these crimes, as well as the difficulties that those crimes arise in its application.

**KEY WORDS:** Sexual abuse, sexual assault, rape, intimidation, position of advantage, La Manada.

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>1.1 Propósito y contextualización del tema .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2 Justificación.....</b>	<b>6</b>
<b>1.3 Objetivos.....</b>	<b>7</b>
<b>1.4 Metodología.....</b>	<b>7</b>
<b>2. ANTECEDENTES.....</b>	<b>8</b>
<b>2.1 Reformas del Código Penal.....</b>	<b>8</b>
2.1.1 El Código Penal de 1848.....	8
2.1.2 El Código Penal de 1973.....	11
2.1.3 El Código Penal de 1989.....	12
2.1.4 El Código Penal de 1995 y otras reformas posteriores .....	13
<b>2.2 Tratados Internacionales .....</b>	<b>15</b>
<b>2.3 Regulación actual.....</b>	<b>16</b>
<b>3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....</b>	<b>17</b>
<b>3.1 Elementos comunes.....</b>	<b>18</b>
3.1.1 Bien jurídico protegido.....	19
3.1.2 Delitos contra la indemnidad sexual .....	22
<b>3.2 Agresión sexual .....</b>	<b>24</b>
3.2.1 El tipo básico del art. 178.....	24
3.2.2 El tipo agravado del art. 179: la violación .....	30
3.2.3 Agresiones sexuales agravadas del art. 180 .....	31
<b>3.3 Abusos sexuales.....</b>	<b>35</b>
3.3.1 El tipo básico del art. 181 y sus tipos agravados.....	36
3.3.2 Abusos sexuales con prevalimiento .....	38
<b>3.4 Diferenciación entre agresiones y abusos sexuales .....</b>	<b>40</b>
3.4.1 Aplicación diferenciadora en el caso de La Manada.....	42
<b>4. CONCLUSIONES.....</b>	<b>44</b>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>48</b>
<b>6. ANEXOS.....</b>	<b>52</b>
<b>ANEXO I: Orden de encargo a la Sección Cuarta de la Comisión General de Codificación.....</b>	<b>52</b>

**ANEXO II: Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y los ciudadanos.....53**

**LISTADO DE ABREVIATURAS**

**BOE:** Boletín Oficial del Estado

**Coord.:** Coordinador

**CP:** Código Penal

**Dir.:** Director

**Ed.:** Edición

**FJ:** Fundamento Jurídico

**JAI:** Consejo de Justicia y Asuntos de Interior

**L.O.:** Ley Orgánica

**Nº:** Número

***Op. cit.:*** *Opus citatum* (obra citada)

**P.:** Página

**SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial

**SSTS:** Sentencias del Tribunal Supremo

**STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo

**T.:** Tomo

**UE:** Unión Europea

***Vid.:*** *Vide* (véase)

**Vol.:** Volumen

# **1. INTRODUCCIÓN**

## **1.1 Propósito y contextualización del tema**

El Derecho Penal puede definirse, desde un enfoque dinámico y sociológico, como uno de los instrumentos de control social formal a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos graves y menos graves), con el fin de asegurar la disciplina social y la correcta socialización del individuo.

Los delitos encuadrados bajo el Título VIII del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” desde la redacción dada por el artículo primero de la L.O. 11/1999, 30 abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre<sup>1</sup>, serán el punto de partida y desarrollo de este Trabajo de Fin de Grado.

A partir de esta contextualización, la tesis de nuestro trabajo se centrará en el estudio de las características de los delitos englobados bajo esta rúbrica, para así poder desarrollar una diferenciación que recalque los elementos específicos de cada uno y que hacen que estén configurados como delitos distintos, aunque compartan elementos comunes.

## **1.2 Justificación**

Los delitos contra la libertad sexual han supuesto uno de los focos de mayor atención hacia el proceso penal durante los últimos tiempos por parte de la prensa y la opinión mediática. Este hecho puede deberse a factores como la discutida protección procesal que la víctima recibe, la escasa disponibilidad de medios procesales que sean de utilidad para el esclarecimiento de los hechos fácticos, o el posible endurecimiento de las penas que en numerosas ocasiones se ha defendido como única solución viable. En especial, cabe recalcar el impacto mediático de los delitos sexuales denominados en

---

<sup>1</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

“manada”, los cuales han elevado la cuestión de la posible lenidad de las penas recogidas para estos delitos, encontrándose a veces a medio camino entre el abuso y la agresión sexual por su dificultosa diferenciación.

Nuestro Trabajo de Fin de Grado servirá, entre otros objetivos que desarrollaremos más adelante, para un estudio de lo concerniente a los diferentes delitos contra la libertad sexual, si bien comentaremos de forma sucinta los delitos contra la indemnidad sexuales referido a los menores. Además, nuestro trabajo hará hincapié tanto en los elementos comunes como en los puntos discordantes entre los abusos y agresiones sexuales, con consideración también al delito específico de la violación, así como una evaluación de la dificultad probatoria que suponen estos delitos, pudiendo llegar a ser confundidos con facilidad en situaciones específicas.

### **1.3 Objetivos**

Este Trabajo de Fin de Grado comprenderá desde el estudio específico de los delitos ya mencionados, como de sus diversas circunstancias agravantes, y la doctrina y jurisprudencia existente que nos servirá como respaldo para el mayor esclarecimiento de los mismos.

Por último, y tras el análisis de las diferentes propuestas de modificación legislativa de los delitos contra la libertad sexual, incluyendo los elementos típicos susceptibles de reforma, elaboraremos una propuesta propia acorde con las necesidades actuales, junto con las conclusiones obtenidas en referencia a estos delitos tras la elaboración de nuestro Trabajo.

### **1.4 Metodología**

Nuestro Trabajo requerirá de un estudio de los delitos que nos conciernen para ser capaces de poder desarrollar los aspectos más particulares que los identifican. Para ello, nuestro estudio hará uso de manuales de Derecho Penal en su Parte especial, así como Códigos Penales Comentados en referencia a los artículos que nos sean de utilidad, obras doctrinales especializadas en el desarrollo y estudio de estos delitos, o incluso artículos monográficos de los autores más relevantes en esta materia.

Además del uso de la doctrina especializada en el tema que nos concierne, también referenciaremos la jurisprudencia aplicable más reciente y la evolución legislativa que ha habido sobre los llamados delitos sexuales. Gracias a estos recursos, nuestro estudio de esta parte del Derecho Penal podrá comprender desde lo más básico a lo más específico de estos delitos, lo cual consideramos necesario para elaborar un Trabajo tanto claro como ordenado en las ideas que desarrolle. Por último, haremos uso de páginas web, tales como Dialnet, Iberley, Vlex o el portal online de Biblioteca de nuestra Facultad, que nos faciliten la búsqueda de trabajos académicos e información específica y de utilidad. Para todo ello corresponderá un referenciado durante nuestro Trabajo usando el formato tradicional de notas al pie de página completando las referencias utilizadas.

## **2. ANTECEDENTES**

Previo al estudio en profundidad de la parte del Código Penal reservada a los delitos contra la libertad sexual, debemos contextualizar cuál ha sido la evolución sufrida por el Título que engloba dichos delitos en nuestro Código, desde las primeras versiones que datan del 1822 hasta las reformas más recientes; la eliminación o sustitución de figuras penales que iban quedando anticuadas a la realidad social, o incluso los distintos Tratados Internacionales que hayan tenido su efecto en nuestra legislación penal.

### **2.1 Reformas del Código Penal**

#### ***2.1.1 El Código Penal de 1848***

En este Código, los delitos contra la libertad sexual actuales se encuentran recogidos bajo la rúbrica de “Delitos contra la honestidad”, terminología que se mantuvo inalterada desde dicho Código hasta las reformas que supuso la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.<sup>2</sup> Esta rúbrica de “Delitos contra la honestidad”, la cual abogaba por la defensa de la institución de la familia y el matrimonio ante los ataques que ésta pudiera sufrir, fue

---

<sup>2</sup> Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE 22 de junio de 1989).



criticada en numerosas ocasiones (Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal , 1989) por la doctrina penalista de la época, siendo considerada por el *Foro Español* como demasiado benigna y criticada porque manifestaba “la lenidad del Código en esta materia”.<sup>3</sup>

Esta forma de englobar los delitos sexuales de la época, fijando la honestidad de la mujer como el bien jurídico a proteger, puede quedar entendida por la inclusión que en este Título X del Libro II del Código Penal de 1848<sup>4</sup> se hace de delitos tales como el adulterio o amancebamiento<sup>5</sup>, los cuales serían considerados como inconcebibles en la actualidad, si bien eran considerados vitales en esa época bajo el fundamento de una protección de la institución básica de la sociedad y familia, las cuales estaban directamente determinadas por el matrimonio, a la vez que se dejaba en segundo plano la salvaguarda de una determinada moral social.

Cabe referenciar un delito que se encontraba muy presente en las leyes penales de la época, si bien actualmente esa figura ha quedado en desuso, como es el delito de estupro, recogido en el Capítulo III del Título X de este Código Penal de 1848.<sup>6</sup> Observamos también como lo considerado actualmente como incesto quedaba encuadrado bajo el delito de estupro, quedando sometida su penalidad a las condiciones de que fuera cometido con hermana o descendiente por la gravedad de conocer los vínculos de sangre existentes y que eran impedimento de matrimonio, si bien cualquier otro tipo de relación carnal fuera de este supuesto penal no quedaría penado.

---

<sup>3</sup> *El Foro Español. Periódico De Jurisprudencia y de Administración*, número 7 (10 de marzo de 1849), p. 147.

<sup>4</sup> D. J. S., D. A DE B. *Código Penal de España, Sancionado en 1848*. p. 451 y ss. (versión digitalizada, obtenida el 26/02/2019 de <https://play.google.com/books/reader?id=8dGnfB4YlwYC&hl=en&pg=GBS.PA154> ).

<sup>5</sup> Art. 353 Código Penal de España, Sancionado en 1848:  
“El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional. La manceba será castigada con la de destierro.”  
(Se entiende por manceba a aquella persona que mantiene una relación marital sin mediar vínculo de matrimonio).

<sup>6</sup> Art. 356 Código Penal de España, Sancionado en 1848:  
El estupro de una doncella mayor de 12 años, y menor de 23, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada , se castigará con la pena de prisión menor.  
En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o (El Foro Español. Periódico De Jurisprudencia y de Administración, 1849) descendiente , aunque sea mayor de 23 años.

En este Código se introducen nuevas ideas, como la eliminación del ya anticuado delito de concubinato simple<sup>7</sup>, al igual que el estupro simple<sup>8</sup>, por no considerarse conveniente que los tribunales penetren oficiosamente en el sagrado de las familias para descubrirlo y castigarlo.<sup>9</sup>

En lo referido a la violación, único delito junto al de abusos con cierta relación al tema que nos concierne, se encontraba penado con una pena de cadena temporal y pudiendo ser ejecutado a través de tres modos distintos, no cumulativos entre ellos y que condicionaban la prueba del mismo.<sup>10</sup>

Cabe recalcar la crítica que gran parte de la doctrina hace por no incluirse una diferenciación sobre si el autor fuera un completo desconocido o si al contrario fuera ascendiente, tutor, curador, maestro u otro tipo de persona con una relación de la que poderse prevaler para la consumación del delito, lo cual es actualmente considerado como un abuso de superioridad. Tampoco existía una graduación de la pena en función de la honestidad de la mujer, si bien estaba casada, soltera, viuda, o incluso mujer pública, ya que estas últimas se encontraban exentas de responsabilidad penal por adulterio<sup>11</sup>. En esta línea de pensamiento, PACHECO considera que una graduación era necesaria, preguntándose si “debe la ley garantizar del mismo modo contra esos brutales arrebatos a una prostituta que a una virgen, a la que vive con completa holgura que a la que educa sus hijos en el hogar doméstico”, como en versiones anteriores sí se encontraba

---

<sup>7</sup> Figura proveniente del Derecho Romano, entendida en sentido amplio como la cohabitación de un hombre y una mujer sin la ratificación del matrimonio. En su sentido restringido, el concubinato es una forma de poligamia en la cual la relación matrimonial principal se complementa con una o más relaciones sexuales, en este caso con la concubinada. Obtenida el 5/03/2019 de <https://www.monografias.com/trabajos35/concubinato/concubinato.shtml>.

<sup>8</sup> D. J. S., D. A DE B. *op. cit.*, p. 456, define el estupro simple como “el que se cometa con una mujer mayor de 12 años, sin valerse de violencia, autoridad ni engaño; y vemos también en este artículo que aún cuando se cometiere por autoridad pública, sacerdote, etc. no se incurrirá en pena si la estuprada fuere mayor de 23 años, con tal de que no sea hermana o descendiente.”

<sup>9</sup> D. J. S., D. A DE B. *op. cit.*, p. 454

<sup>10</sup> Artículo 354 Código Penal de España, Sancionado en 1848:  
La violación de una mujer será castigada con la pena de cadena temporal.  
Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes:  
1º. Cuando se usa de fuerza o intimidación.  
2º. Cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido por cualquiera causa.  
3º. Cuando sea menor de doce años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

<sup>11</sup> INESTA PASTOR, E. *El Código Penal español de 1848*. Tirant lo Blanch (2011) Valencia. p. 704-710.

graduado.<sup>12</sup> También señala que no debían haber hecho un solo delito de las acciones que comprende, ni haber dictado para ellas una pena única, quedando este precepto como escaso y excesivamente severo en su imposición de penas.

Siguiendo la línea de pensamiento de la inexistente graduación del sujeto pasivo que mencionábamos, podemos referenciar el artículo 688 del delito de adulterio perteneciente al primer Código Penal Español del 1822<sup>13</sup>, en el cual se observan las recalables diferenciaciones que se hacían según el estatus que la mujer tuviese en la sociedad en la que viviese. Para el caso de la mujer considerada como pública por la fama de la que gozaba, la pena que correspondiese imponerle al condenado quedaba reducida, y para el caso de la mujer que ejerciese la prostitución, ésta quedaría fuera de poder ser considerada como sujeto pasivo de este delito de abusos deshonestos.

### ***2.1.2 El Código Penal de 1973***

Tras la aprobación del Decreto 3096/1973<sup>14</sup>, de 14 de septiembre, aparece en nuestro Ordenamiento Jurídico de la época el nuevo texto refundido del Código Penal, que se mantendrá vigente en la mayor parte de sus disposiciones hasta quedar derogada por la disposición derogatoria única de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre.

Si bien la configuración de los delitos que en esta versión del Código se encuentran recogidos en el Título IX del Libro II bajo la rúbrica todavía vigente de “De los delitos contra la honestidad” es prácticamente idéntica a sus versiones anteriores, es a partir de este Código y de sus sucesivas modificaciones hasta el nuevo Código de 1995 en donde se puede reconocer un cambio de perspectiva jurídica ante estos delitos.

---

<sup>12</sup> PACHECO, J. F. *El Código Penal Concordado y Comentado*, t. III. Imprenta y fundición de Manuel Tello (1881) Madrid. p. 132.

<sup>13</sup> Artículo 688 Código Penal de 1822:

El que abuse deshonestamente de una mujer no ramera conocida como tal, engañándola real y efectivamente por medio de un matrimonio fingido y celebrado con las apariencias de verdadero, sufrirá la pena de ocho a doce años de obras públicas, con igual destierro mientras viva la ofendida. Si la engañada fuere mujer pública, conocida como tal, sufrirá el reo de matrimonio fingido tres a seis años de obras públicas, y cuatro más de destierro del pueblo donde cometiere el delito.

<sup>14</sup> Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (BOE 12 de diciembre de 1973).

En referencia a los delitos de violación y abusos deshonestos<sup>15</sup>, podemos recalcar que se sigue utilizando el término “yacer”, al contrario que en reformas posteriores en las que se incluirá la terminología de “acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal”, más exactas en la descripción de la conducta típica concreta.

Cabe hacer referencia al delito de estupro<sup>16</sup>, figura penal presente desde los primeros Textos Refundidos de nuestro Código hasta la importante reforma de 1995, y que sufre una división en su concepto penal, dando lugar a dos figuras penales que tendrán su repercusión en versiones posteriores del Código. A partir de la Ley de 7 de octubre de 1978, podemos distinguir entre entre dos modalidades diferenciadas, como son el estupro simple<sup>17</sup> y el estupro de prevalimiento ya referenciado por el art. 434 de este Código.<sup>18</sup> Será en versiones posteriores de nuestro Código Penal en las que, a partir de esta mencionada diferenciación del estupro, se abandonará esta arcaica figura penal para pasar a hablar de una situación de prevalimiento encuadrada en los delitos contra menores y personas con capacidad limitada para otorgar consentimiento.

### ***2.1.3 El Código Penal de 1989***

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio<sup>19</sup> aborda ya desde la Exposición de Motivos que la encabeza la necesaria reforma de los “delitos contra la honestidad”, considerando que la rúbrica de los delitos debe incluir el bien jurídico que se defiende, por lo que estos delitos pasan a denominarse como “De los delitos contra la libertad

---

<sup>15</sup> Artículo 430 Código Penal de 1973:

“El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo. Concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor.”

<sup>16</sup> Artículo 434 Código Penal de 1973:

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

<sup>17</sup> Artículo 435 Código Penal de 1973:

“Comete, asimismo, estupro la persona que, interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciséis. En este caso la pena será de arresto mayor.”

<sup>18</sup> Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto (BOE 11 de octubre de 1978).

<sup>19</sup> Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE 22 de junio de 1989).

sexual” como el auténtico bien jurídico atacado.<sup>20</sup> El razonamiento que se da durante el progresivo abandono de “delitos contra la honestidad” es la consideración una “intolerable situación de agravio”, para pasar a englobar la libertad sexual de todos, señalando que “se pretende adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos”.<sup>21</sup>

El delito de violación, encuadrado bajo el Capítulo I del Título IX del Libro II, también sufrió modificaciones, pasando este Capítulo a denominarse “De la violación y de las agresiones sexuales”, con lo que se comienza a hacer una diferenciación entre ambas figuras penales. Además, se amplía la conducta antijurídica de coito vaginal al anal o bucal, estableciéndose así tres posibles vías de consecución del delito. Como consecuencia de la inclusión de las dos últimas vías, el sujeto pasivo pasa a poder ser tanto una mujer como un hombre, al dejar de ser la vía vaginal la única posible para la consumación del tipo delictivo.<sup>22</sup>

#### ***2.1.4 El Código Penal de 1995 y otras reformas posteriores***

A través de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se produce una reforma del Código Penal considerada como necesaria para adaptarse a los nuevos valores y principios que comenzaban a gobernar el orden social. Es la propia Exposición de Motivos de dicha ley la que declara que “pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo.” Es en la misma enumeración de argumentos que cubren la ya mencionada Exposición de Motivos, en su punto quinto, en el que se defiende la reforma de estos delitos como una lucha contra una desigualdad que quedaba predicada

---

<sup>20</sup> Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE 22 de junio de 1989).

<sup>21</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

<sup>22</sup> Artículo 429 Código Penal de 1989:

La violación será castigada con la pena de reclusión menor.

Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando se usare fuerza o intimidación.

2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.

3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

y que no conducía hasta una consecución de la igualdad real y efectiva, entendida como la tarea encomendada a los poderes públicos.

Tras haber dejado de lado el previo bien jurídico de la honestidad de la mujer tras la reforma del Código Penal de 1989, esta reforma cambia de nuevo la rúbrica que encabeza el Título VIII del Libro II, que pasa a denominarse “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, ampliando así el bien jurídico que quedará protegido bajo el *ius puniendi* del Estado en aplicación de los diferentes tipos penales encuadrados en él. En este sentido, cabe remarcar la reforma del Código aprobada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril que, como se describe en la Exposición de Motivos que la encabeza, considera que dichas normas relativas a los delitos contra la libertad sexual no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de sus penas, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación a un bien jurídico más amplio que el de la mera libertad sexual. Así, se predica una necesaria defensa a otros bienes jurídicos en juego, tales como la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y una especial atención a la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad no puede ser considerada como libre por una falta de formación mayor que una persona adulta.<sup>23</sup>

Este avance toma como punto de partida la previa rúbrica de “Delitos contra la libertad sexual”, la cual pecaba de ser escasa en su protección a las personas consideradas merecedoras de una protección mayor ante estos ataques, y pasa a unificar en un mismo Título dos tipos de delitos que comparten su carácter sexual pero difieren en el sujeto pasivo sobre el que recae la acción penal, como desarrollaremos más adelante.

Esta misma reforma sirvió para la inclusión de modificaciones, tales como eliminar del artículo 178 CP la expresión que se contenía referida al "culpable", para pasar a referirse al mismo como "responsable". Igualmente, el artículo 179 CP fue modificado para precisar el llamado acceso carnal respecto de las vías a través de las cuales podía materializarse, estableciendo que éstas serían las vías vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Por último, el artículo 180 CP vino a recoger una agravación de las conductas previamente descritas en los dos artículos que lo

---

<sup>23</sup> Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE 1 de mayo de 1999).

preceden, cuando los hechos se cometiesen por acción conjunta de dos o más personas, al contrario de la dicción previa que requería la acción conjunta de tres o más personas.<sup>24</sup>

## 2.2 Tratados Internacionales

Si bien no existen Tratados Internacionales o Directivas Europeas que hayan sido de excesiva trascendencia en su transposición al ordenamiento jurídico español, algunas de ellas pueden ser destacadas debido a que fueron fundamento de algunas reformas penales hechas en España recientemente, mayoritariamente en referencia a la edad de consentimiento sexual que debía establecerse, la cual ha ido cambiando durante las diferentes reformas del Código Penal ya comentadas.

La Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, sirvió como fundamento para la modificación realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que elevó la edad de consentimiento sexual hasta los 16 años.<sup>25</sup> Aunque en el Preámbulo de esta Ley Orgánica se manifiesta como una obligación derivada del Derecho Comunitario, esta Directiva meramente deja la potestad configuradora de la edad de consentimiento sexual a cada Estado Miembro como mejor se estime en cada caso.<sup>26</sup>

La citada Directiva obligó a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar<sup>27</sup>. No obstante, el efecto que tuvo la transposición de esta

---

<sup>24</sup> HUETE NOGUERAS, J. J. *Delitos contra la libertad sexual: principales novedades de la Reforma del Código Penal. tipos básicos de agresión y abusos sexuales*. p. 3-4. Obtenido el 15/03/2019 de [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8).

<sup>25</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 31 de marzo de 2015).

<sup>26</sup> Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. Artículo 2: Definiciones:

“b) edad de consentimiento sexual: la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”.

<sup>27</sup> GAVILÁN RUBIO, M. “Agresión sexual y abuso con prevalimiento. Análisis de la reciente jurisprudencia”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)* nº 12 (2018) p. 84-85, citando a la

Directiva, la cual es menos restrictiva que la Decisión Marco 2004/68/JAI a la que sustituye, es una elevación de la edad de consentimiento sexual fruto de la demanda social, que continúa en la tendencia de aumentar la rigidez en la legislación.<sup>28</sup>

La ya citada LO 1/2015 de 30 de marzo sirvió, entre otras cosas, para elevar la edad de consentimiento sexual de los 13 a los 16 años, lo cual tiene claras consecuencias en la aplicación de numerosos tipos penales de los delitos contra la libertad sexual. Esta Ley Orgánica, en su apartado XII, explica que esta elevación tiene como propósito atender a las recomendaciones del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, reseñando que, “de esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

Esta repercusión de las Directivas europeas en la modificación de la edad de consentimiento sexual, si bien pueden ser consideradas más propias a los delitos contra la indemnidad sexual, tienen su importancia con respecto a los referidos delitos contra la libertad sexual por determinar la edad a partir de la cual se es capaz de otorgar consentimiento sexual válido. Este consentimiento implica que todo atentado de carácter sexual contra la víctima supondrá un atentado contra su libertad sexual, por serle reconocida la capacidad de otorgar consentimiento, al contrario que a los menores que no alcancen la mayoría de edad sexual de los 16 años.

### **2.3 Regulación actual**

Tras la L.O. 10/1995 y sus reformas posteriores, siendo ésta última la establecida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, podemos caracterizar la regulación por un abandono de figuras penales reseñables de Códigos Penales anteriores, dando paso a un adelanto en la configuración del bien jurídico protegido ante la pluriofensividad que los caracteriza, introduciendo así el novedoso concepto de libertad sexual.

---

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 30 de marzo de 2010.

<sup>28</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch (2015) Valencia. p. 256 y ss.



Si bien es cierto que, como es habitual tras cada modificación legislativa, parte de la doctrina critica la estructura de este nuevo Texto Refundido, es destacable la utilidad que supone la inclusión de una graduación que clasifica los delitos que se enmarcan en el Título VIII según su gravedad. La nueva regulación de los delitos sexuales diferenciará, en primer lugar, los delitos contra la libertad sexual en los que exista violencia o intimidación como medio, denominados agresiones sexuales; en segundo lugar, los delitos contra la libertad sexual, sin mediar violencia o intimidación, pero sin consentimiento, denominados abusos sexuales; y, en último lugar, los conocidos como favores sexuales derivados de una situación de superioridad.

Esta Nueva Sistemática del Código Penal ha sido también defendida por la simplificación que incluye en su estructura, partiendo de un concepto básico de conducta punible (un atentado a la libertad sexual, sin mediar consentimiento, con o sin violencia o intimidación), para posteriormente incluir las agravaciones correspondientes en función de la cualidad y gravedad de los medios utilizados. Por tanto, la calificación como agresión o abuso sexual dependerá de que le medio empleado leve consigo bien violencia o bien intimidación, o bien no incluya ninguna de éstas.<sup>29</sup>

### **3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

Tras las reformas llevadas a cabo por las leyes de 26 de mayo y 7 de octubre de 1978, en cumplimiento de los pactos de la Moncloa de 27 de octubre de 1977,<sup>30</sup> con la finalidad de actualizar el Código Penal Español existente, se elimina la “calificación moral” del sujeto pasivo de los delitos sexuales, que era sometida a una improcedente valoración. Así, se deja de lado el concepto superfluo de la honestidad requerida a la mujer y que variaba según sus circunstancias personales y profesionales para comenzar a considerar que, lleve la víctima la vida que lleve, tendrá siempre derecho a decidir con quién, cuándo y cómo mantiene relaciones sexuales, si es que así ha consentido.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> GOENAGA OLAIZOLA, R. “Delitos contra la libertad sexual”, *Eguzkilore*, nº extraord. 10 (1997) p. 95-97.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. Y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español. Parte Especial* (18ª Ed.) Dykinson (1995) Madrid. p. 168 y ss.

<sup>31</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *op. cit.*, p. 225.

Previo al necesario desarrollo de los elementos, tipos y penas de cada uno de estos delitos, huelga decir la importancia e impacto que la tipificación de estos delitos sigue teniendo en nuestra sociedad. Ha sido considerada como una de las parcelas de nuestro Ordenamiento Jurídico que más controversias suscita debido a la pluralidad de valoraciones e intereses a los que rodea, siendo uno de los mayores problemas de configuración penal a la hora de adaptarse al espacio temporal determinado en que se encuentre asociado. Esto puede explicarse debido a la dificultad de este Título VIII de coexistir en un Estado democrático y pluralista<sup>32</sup> en el que se dan tantos bienes jurídicos contra los que atentan los delitos contra la libertad sexual. Así, se defenderá el derecho de consentir libremente actos de naturaleza sexual, mientras que se protege el ejercicio de la libertad personal, en lo referente a la libertad de actuación y decisión; una autorrealización personal, social y sexual; y, por último, una defensa de determinadas pautas morales<sup>33</sup> en la sociedad<sup>34</sup>, con todavía gran influencia en la configuración legislativa.

He aquí, en la efectiva conexión que debe darse entre todos estos valores socio-éticos, junto con el *ius puniendi* como principio que rige la configuración penal de sus delitos, en donde se da una configuración del bien jurídico que será común para todos los delitos que se encuadren bajo la rúbrica de “Delitos contra la libertad sexual”. La correspondiente definición del bien jurídico se encontrará típicamente conectada desde su configuración a las diferentes valoraciones ético-sociales que engloban a una determinada conducta jurídica, aunque, en palabras de POLAINO NAVARRETE, “si bien ambos órdenes recorren juntos una parte del camino, en un momento determinado se separan entre sí”.<sup>35</sup>

### 3.1 Elementos comunes

---

<sup>32</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *El Derecho penal ante el sexo, (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual)*. BOSCH (1981). p. 1 y ss.

<sup>33</sup> POLAINO NAVARRETE, M. *El bien jurídico en el Derecho penal*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega (2008) Perú. p. 350 y ss.

<sup>34</sup> BLANCO LOZANO, C. *El Nuevo Derecho Penal Sexual Español tras las Reformas de 2003*. Aranzadi (2005). p. 1 y ss.

<sup>35</sup> POLAINO NAVARRETE, M. *op. cit.*, p. 226 y ss.

La delimitación del bien jurídico protegido en cada caso es esencial para la exégesis de los tipos penales correspondientes, ya que una conducta tendrá consideración de delito siempre que lesione o ponga en concreto peligro a un bien jurídico protegido, los cuales deberán estar constitucionalmente protegidos, no pudiendo el legislador acuñar bienes jurídicos *ex nihilo*.<sup>36</sup> Es la propia definición del bien jurídico la que limita los hechos que podrán ser subsumibles en un tipo penal u otro, por lo que la concreción de la misma hará más fácil el ejercicio del *ius puniendi* por parte de los operadores jurídicos.

### **3.1.1 Bien jurídico protegido**

Como ya hemos comentado tras el estudio de versiones anteriores de nuestro Código Penal, la anterior rúbrica de “Delitos contra la honestidad” que gobernaba estos delitos protegía un bien jurídico muy distinto al que se protege actualmente. Estos delitos estaban configurados desde una idea desigual y machista de la sexualidad, en la que la mujer tenía siempre asignada la posición de sujeto pasivo, de “yacente” en la relación carnal, y también, como es obvio, de procreadora. Por eso era el honor el bien jurídico protegido en estos tiempos, siendo la “deshonra” la consecuencia principal de la comisión de un delito sexual, la cual salpicaba a la familia y sobre todo a los hombres de la misma, en la línea paternalista que estaba presente en estos delitos y que era sufrida por la mujer.<sup>37</sup>

Sin embargo, este concepto de honestidad se deja de lado para pasar a hablar primero de una libertad sexual que, como veremos, engloba a otros bienes jurídicos según el delito de que se trate; y en segundo lugar, de una indemnidad sexual limitada a unos sujetos pasivos específicos a los que se otorga protección especial. Para un correcto esclarecimiento del bien jurídico que se protege bajo la rúbrica “De los delitos contra la libertad e indemnidad sexual” del Título VIII del Libro II, debemos establecer una diferenciación entre lo que entenderemos por “libertad sexual” y por “indemnidad sexual”, tanto con sus notas comunes como con las diferencias que existen entre ellos.

El bien jurídico “libertad sexual” puede ser entendido, en un sentido amplio, como la libre determinación de la persona a consentir actos de naturaleza sexual con otra

---

<sup>36</sup> DE LA ROSA CORTINA, J. M. *Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Obtenida el 28/03/2019 de [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20José%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20José%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14).

<sup>37</sup> ORTS BERENGUER, E. *Delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch (1995) Valencia. p. 28.

persona, siempre que exista consentimiento por parte de ambas partes. En un sentido más estricto, RAGUES I VALLÉS lo define como “el derecho de todo individuo a no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual contra su voluntad.”<sup>38</sup> Por tanto, vemos como este bien jurídico no se dirige solamente a proteger el derecho a consentir la realización de actos de carácter sexual a aquellos capaces de consentir válidamente, sino también proteger el derecho personal a no intervenir en actos no deseables para el sujeto pasivo sobre el que recaen. Esta dualidad la explica ORTS BERENGUER, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, a través de los dos aspectos que conforman la libertad sexual: uno dinámico-positivo, entendido como la facultad de disponer del propio cuerpo, junto con uno estático-pasivo, que comprende las posibilidades de repeler los ataques de índole sexual.<sup>39</sup>

El bien jurídico “libertad sexual” que se protege, aunque se siga ampliando su definición por parte de la doctrina por ser un concepto excesivamente amplio, ha provocado desde su inclusión numerosos cambios en los tipos penales de nuestro Código. En lo referido al delito de violación, se han eliminado las circunstancias comisivas que incluían el abuso de quien está privado de sentido o es menor de 12 años<sup>40</sup>, puesto que se acabó entendiendo que si se yacía con alguien que se encontrara en una de estas situaciones no era su libertad sexual lo que se atentaba, debido a la imposibilidad que existe de lesionar y correlativamente, proteger una libertad que no se tiene.<sup>41</sup> También ha provocado la eliminación del perdón extintivo de la responsabilidad criminal que podía otorgarse en el matrimonio, por el cual no podía existir delito de violación dentro del mismo. Se entendió que, en defensa de la libertad sexual, “negar la posibilidad conceptual de una violación en el seno de la institución matrimonial supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes. La visión del matrimonio como institución encaminada al libre y más sólido desarrollo de la integridad

---

<sup>38</sup> LIÑÁN LAFUENTE, A. *Trazos de Derecho penal. Parte especial*. (2017). Manual. Autoedición. (No publicado). p. 111.

<sup>39</sup> ORTS BERENGUER, E. *op. cit.* p. 24.

<sup>40</sup> *Vid. supra* nota (21).

<sup>41</sup> ORTS BERENGUER, E. *op. cit.* p. 34 y ss.

personal impide ver en él cualquier efecto extintivo respecto a la libertad sexual de sus protagonistas.”<sup>42</sup>

La “libertad sexual”, dentro del genérico concepto de libertad, se entiende merecedora de una protección penal específica y diferente a otras que recoge nuestro Código Penal. Esto es así debido a que los ataques violentos e intimidatorios a nuestra libertad sexual también son considerados ataques contra nuestra libertad en sentido amplio; y sin embargo, pudiendo ser penado como tales, debido a la referencia sexual que tienen reciben una protección penal especial con sus propias connotaciones.<sup>43</sup> Esta protección conjunta y simultánea a más de un bien jurídico a la vez se debe a la consideración que recibe de delito pluriofensivo, lo que provoca que la acción típica encuadrada bajo estos delitos sea susceptible de atentar contra bienes jurídicos protegidos por diferentes figuras penales.

Cabe destacar otros bienes jurídicos que también son sujeto de protección, como puede ser la dignidad humana, o incluso a veces la integridad y la vida, los cuales se encuadran en las diferentes figuras penales de este Código, si bien reciben protección destacar dos en especial, como son la dignidad y la moral sexual.

El primero de estos derechos queda vulnerado a través de la mayor parte de los delitos de este Título, puesto que siempre se encuentra presente, además del ánimo lúbrico que el sujeto activo pretende satisfacer, una degradación de la persona que sufre los ataques, la cual es titular de bienes y derechos protegidos constitucionalmente. Este bien jurídico queda atacado en mayor proporción en tipos penales específicos, como el referido a un carácter particularmente degradante o vejatorio en la violencia o intimidación ejercida<sup>44</sup>, puesto que no es suficiente con el ataque a la libertad sexual, sino que es

---

<sup>42</sup> MARCHENA GÓMEZ, M. *Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código Penal (Ley Orgánica 3/1989)*. Editorial LA LEY (1990), t. II. p.1150.

<sup>43</sup> MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial (21ª Ed.)*. Tirant lo Blanch (2017) Valencia. p. 191.

<sup>44</sup> Artículo 180 Código Penal:

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 concorra alguna de las siguientes circunstancias:

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

requerido ese plus que produce una mayor humillación o sufrimiento moral de la víctima.<sup>45</sup>

La moral sexual ha estado siempre presente en la codificación de nuestro Código Penal, un concepto muy próximo a la honestidad que encabezó estos delitos durante muchos años y entendida como “aquella parte del orden moral que limita, por razones éticas, las manifestaciones del instinto sexual contrarias a una pacífica convivencia en la colectividad”.<sup>46</sup> En palabras de CANCIO, se produce “el tránsito de una regulación centrada en una moral sexual colectiva asimétrica, orientada hacia la atribución de la esfera sexual de determinadas mujeres al ámbito patriarcal de determinados hombres (honestidad), absolutizadora del coito heterosexual (yacimiento) y de roles sexuales diferenciados (en perjuicio de la capacidad de la mujer para autodeterminarse en este contexto); es decir, de un “Derecho penal sexual patriarcal”, hacia una regulación centrada en la libertad sexual de todos”.<sup>47</sup> A pesar de este tránsito que se ha dado en las versiones más recientes del Código, entendemos todavía presente la moral sexual en la propia configuración del mismo, compartiendo la opinión de parte de la doctrina alemana, entendida como un bien jurídico de un tercero o de la colectividad que castiga conductas gravemente reprochables desde el punto de vista moral.<sup>48</sup>

### ***3.1.2 Delitos contra la indemnidad sexual***

Por otro lado, en este Título VIII del Libro II existen delitos que no se pueden explicar como delitos contra la libertad sexual, como son aquéllos que recaen sobre menores o personas con discapacidad necesitadas de una protección especial. El bien jurídico muta y pasa a ser la “indemnidad sexual” de los correspondientes sujetos pasivos, ya que aquéllos sobre los que recaen los delitos son personas que carecen de dicha libertad, bien de forma provisional en el caso de los menores, o bien de forma definitiva, en el de las personas con discapacidad. Aún siendo merecedores de una protección en su

---

<sup>45</sup> ORTS BERENGUER, E. *op. cit.* p. 45 y ss.

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ DEVESEA, J.M. Y SERRANO GÓMEZ, A. *op. cit.* p. 170 y ss.

<sup>47</sup> CANCIO MELIÁ, M. “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual.” *La Ley Penal*, Nº 80, Sección Estudios (2011).

<sup>48</sup> JESCHECK, "La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos y resultados", *ADPCP* (1972) p. 635-636.

libertad, lo que en realidad se salvaguarda es, en el caso de los menores, proteger su libertad futura entendida como la normal evolución y desarrollo de su personalidad para cuando pueda decidir con libertad sobre su libertad sexual; y, en el caso de las personas con discapacidad, evitar ser objeto de deseos sexuales de terceros que abusen de su situación de no poder otorgar consentimiento válido.<sup>49</sup>

Se considera que la edad legal mínima para dar consentimiento válido para mantener relaciones sexuales son 16 años, por lo que los menores de 16 años y aquellos sujetos incapaces no podrán dar consentimiento válido, salvo que ambos sujetos sean próximos en edad o grado de desarrollo y madurez<sup>50</sup>, como caso excepcional introducido tras la reforma operada por LO 1/2015 ya mencionada. Esta excepción es establecida por dicha reforma, que establece una presunción *iuris tantum* de falta de capacidad de los menores de dieciséis años para consentir relaciones sexuales, considerándose que esta edad, como cita la STS nº 411/2006, “ha de referirse a la edad física resultando censurable la equiparación de tal edad de la edad mental, lo que quebraría el principio de seguridad jurídica”.

Como es bien sabido, el núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en situación de desigualdad en la capacidad de poder decidir libremente.<sup>51</sup> Por tanto, en la situación de actos sexuales en las que uno de ellos sea todavía menor de dieciséis años, al existir una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona mayor de edad pero próxima en edad y madurez, esta cláusula operará en su aplicación, dejando sin efecto cualquier forma de penar dicha conducta.

Para dar por finalizada esta extensa diferenciación y desarrollo del bien jurídico protegido en cada delito específico de este Título VIII del Libro II, nos es de gran utilidad

---

<sup>49</sup> MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.* p. 192.

<sup>50</sup> Artículo 183 quater Código Penal:

“El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

<sup>51</sup> Fiscalía General del Estado. Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal (19 de junio de 2017).

la concreción realizada por MORALES PRATS Y GARCÍA ALBERTO, la cual ilustra con exactitud el fundamento de esta diferenciación.<sup>52</sup>

### 3.2 Agresión sexual

De acuerdo a lo expresado anteriormente, la nueva regulación de los delitos sexuales diferencia dos figuras básicas, como son las agresiones y abusos sexuales. La diferencia principal entre las mismas será la utilización, por parte del sujeto activo, de violencia o intimidación como medios para perpetrar el ataque. Esto ha provocado que, dentro del supuesto de agresiones sexuales que ahora nos concierne, queden incluidas las conductas que antes recogía el supuesto 1º del artículo 429 del Código Penal de 1989<sup>53</sup>, como eran la violación y las entonces denominadas agresiones sexuales, mediando en ambas fuerza o intimidación; mientras tanto, los otros dos supuestos del precepto citado quedan configurados como los abusos sexuales que desarrollaremos más adelante.

#### 3.2.1 El tipo básico del art. 178

El artículo 178 del CP<sup>54</sup> que contiene el tipo básico del delito de agresiones sexuales define esta figura penal como un atentado a la libertad en su faceta sexual que se realiza a través de los medios comisivos de la violencia o intimidación.<sup>55</sup> Además de

---

<sup>52</sup> MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y VALLE MUÑIZ, J.M. (coord.). *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal (2ª Ed.)* ARANZADI (1999) p. 228 y ss:

Se trata de un objeto jurídico de protección que se inserta en la esfera de libertad personal, cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual, actual *o in fieri* (por ejemplo, en relación a menores), como valor en suma de una sociedad pluralista y tolerante. [...] Con relación a los adultos, la orientación teleológica de los tipos penales analizados se dirige a castigar conductas que obstaculicen la libre opción sexual; con respecto a los menores que todavía carecen de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual, los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, preservándolos de lastres y traumas impuestos por terceros. En este último ámbito, el bien jurídico protegido es la libertad sexual potencial *in fieri*.

<sup>53</sup> *Vid. supra* nota (21).

<sup>54</sup> Artículo 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.”

<sup>55</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch (2006) Valencia. p. 139.



la utilización de dichos medios comisivos para la realización del comportamiento típico que recoge el precepto, el fundamento del delito es el hecho de coartarse, limitarse o anularse la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, por estar encuadrado dentro de los delitos contra la libertad sexual, donde el libre consentimiento del sujeto pasivo queda vulnerado.

Para una concreción de la acción típica que recoge el artículo 178, la jurisprudencia ha requerido una concurrencia de circunstancias que delimiten dicho comportamiento antijurídico, para así analizar la voluntad opuesta al acto sexual, el grado de resistencia o los medios comisivos empleados: en primer lugar, debemos observar un elemento objetivo, definido como el contacto sexual o tocamiento impúdico, con el correspondiente significado sexual; en segundo lugar, un elemento subjetivo o tendencial definido como el “ánimo libidinoso” que debe concurrir en el sujeto activo, entendido como el propósito de obtener una satisfacción sexual; y, por último, la concurrencia de violencia o intimidación ejercida contra la víctima para doblegar su voluntad como elemento diferenciador de las agresiones.<sup>56</sup>

El elemento objetivo lo explica LIÑÁN LAFUENTE, definiendo el acto de naturaleza sexual como el conjunto de acciones físicas de contenido sexual que se cometen con la intención de satisfacer un deseo sexual o de afectar la libertad sexual de otra persona, pudiendo adoptar diversas formas (besos, tocamientos, etc), pero debiendo establecerse contacto físico con una zona corporal erógena o bien de contenido sexual (labios, senos, etc.).<sup>57</sup>

En referencia al requisito subjetivo del ánimo libidinoso en estos delitos de agresiones sexuales, éste fue defendido por parte de la doctrina por servir para dejar fuera del ámbito de lo sexual actos equívocos o de carácter sexual realizados con fines terapéuticos, científicos o jocosos, pero su adición hace la calificación de este delito a veces complicada, por la dificultad probatoria que supone este ánimo libidinoso.

---

<sup>56</sup> DE ELENA MURILLO, V. “Comentario al artículo 178 del Código penal” en Gadea Amadeo, S. (coord.), *Código Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen I*. Factum Libri Ediciones (2009) Madrid. p. 1 y ss.

<sup>57</sup> LIÑÁN LAFUENTE, A. *op. cit.* p. 116, en su obra no publicada *Trazos de Derecho Penal Parte Especial*, cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2009 nº 1397/2009, en la cual el Tribunal declaró que el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona, sin que se exija necesariamente que el sujeto toque o manosee a su víctima. Por tanto, que la satisfacción sexual la obtenga el acusado tocando el cuerpo de la víctima o meramente viéndola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar lo que es un comportamiento de indudable contenido sexual que atenta contra la libertad sexual.

Entendemos que los comportamientos en que se de violencia o intimidación y se cumpla la exigencia de contacto sexual, como son las agresiones sexuales, no requieren elemento subjetivo como otras figuras penales de este Título sí que requieren. Además, parte de la doctrina considera que es un requisito que pertenece al pasado y ha quedado en desuso, puesto que deja fuera de punibilidad aquellas agresiones de contenido sexual realizadas con violencia o intimidación que no buscan satisfacer el deseo sexual, sino que tienen un fin degradante o de venganza hacia la víctima, y que deben ser penadas en la misma medida.

Como ya hemos explicado, es la utilización de violencia o intimidación el elemento distintivo de las agresiones sexuales dentro de los delitos sexuales, elementos cuyo significado no ha sido desarrollado por el legislador sino a partir de la creación doctrinal y jurisprudencial al respecto. Para cubrir en gran parte todo lo que supone cada uno de estos dos medios comisivos, y por la importancia que supondrá para nuestra posterior diferenciación entre abusos y agresiones sexuales, nos disponemos a desarrollar las particularidades que deben reunir la violencia o intimidación en el ámbito de los delitos sexuales.<sup>58</sup>

#### **a) Violencia**

El término “violencia” es acuñado por primera vez en la reforma del Código realizada en 1995 para referirse al constreñimiento físico que anteriormente era definido como “fuerza” en el precepto penal. Esta sustitución de fuerza por violencia ha sido considerada por parte de la doctrina como una relativización de la “irresistibilidad” que se requería a la fuerza, dejando dudas sobre el grado de resistencia que debe ser requerido a la víctima del delito. Bajo la opinión de MORALES PRATS Y GARCÍA ALBERTO, la fuerza existe cuando es necesario un vencimiento de la resistencia, mientras que la violencia es considerada como el doblegamiento de la voluntad de la víctima, aunque parte de la doctrina discrepe y considere la intimidación como la modalidad que doblega dicha voluntad.<sup>59</sup>

Antiguamente, ésta era utilizada por doctrina y jurisprudencia para justificar la gravedad o cantidad de fuerza que era requerida para probar el correspondiente tipo penal,

---

<sup>58</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 183.

<sup>59</sup> MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.). *Comentarios al nuevo Código Penal*. Aranzadi (2005) p. 311-312

pero estas corrientes han quedado ya en desuso. El problema que actualmente presenta probar la utilización de la violencia es que se requiere que la víctima emplee un mínimo de la resistencia de la que hablábamos, pues en caso contrario no sería necesario el uso de fuerza física como medio comisivo más allá que para la realización de la acción.<sup>60</sup> No obstante, la jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto ha declarado que la “mera oposición” a la realización de la conducta es suficiente para la configuración del delito de violación, no siendo necesario ejercer una resistencia violencia o heroica, por ser imposible en ocasiones.<sup>61</sup> Se considera que hay violencia cuando se aplica *vis absoluta*, o se emplea violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la energía física que aplicará el delincuente.<sup>62</sup>

Por último, aclarar que el autor del delito de agresión sexual debe servirse de la violencia para la comisión de la conducta punible, puesto que una violencia anterior o posterior a la conducta de carácter sexual quedaría fuera del supuesto típico que engloba este precepto.<sup>63</sup> Este elemento es denominado como la idoneidad que debe darse en el uso de la violencia y que es requisito para la consumación del delito de agresión sexual, junto con la suficiencia y el *animus laedendi* de la conducta realizada.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 184 cita la obra de SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *El delito de acoso sexual*. Poder Judicial (1997) Madrid. p. 161, en la que se referencia a ZAZA, entendiéndose éste que sólo hay un caso donde puede haber violencia sin resistencia y será aquel en el cual el sujeto activo actúe con una rapidez tal que impida la reacción del pasivo. ZAZA, C. *Atti di libidine violenti*. Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. 3, (1998) Roma. p. 2.

<sup>61</sup> La jurisprudencia ha venido concretando los elementos integrantes de la violencia, estimando que ésta equivale a acometimiento, coacción o imposición material, implicando una agresión más o menos violenta o por medio de golpes, empujones, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS nº 1145/1998 y nº 1546/2002), debiendo ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas del caso concreto, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor (SSTS 15/02/2003 y 27/12/2005).

<sup>62</sup> MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.* p. 196.

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de 10 de diciembre de 2002 nº 2047/2002: Así, se ha señalado que la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado. Pero cuando se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la resistencia de la víctima pero con entidad sustancial autónoma, procede sancionar ambas acciones por separado.

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 19 de marzo de 2004 nº 380/2004 (FJ 4), continuando con la línea jurisprudencial citada en la nota *vid. supra* (58):

“En definitiva, lo que resulta trascendente en el delito de agresión sexual es que quede clara la negativa de la víctima a acceder a las pretensiones del autor, la necesidad de emplear la violencia o la intimidación para doblegar su voluntad y la idoneidad de la empleada”.

## **b) Intimidación**

La intimidación se entiende como provocar miedo en otra persona mediante el anuncio de un mal, al igual que ocurre en el delito de amenazas. Cuando las amenazas graves se dirigen a atentar contra bienes jurídicos tales como la vida, integridad física o libertad, la concurrencia de un elemento intimidatorio es claro; sin embargo, cuando dichas amenazas atentan contra bienes jurídicos de menor entidad (el honor, patrimonio o incluso otros no protegidos por leyes penales), su identificación como intimidación típica de la agresión sexual es más discutible por requerirse cierta gravedad.<sup>65</sup> Además, para valorar la gravedad de esta intimidación, habrá que atender a las circunstancias concurrentes en el caso, tales como el tiempo, lugar y características de los sujetos.<sup>66</sup>

Al contrario que los elementos integrantes de la violencia entre los delitos de agresiones sexuales, la intimidación es de carácter psicológico y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrantamiento con un mal racional y fundado capaz de anular la libre decisión volitiva de la víctima.<sup>67</sup> El anuncio del mal que es fundamento de la intimidación puede revestir diferentes formas, pudiendo ser de forma expresa anunciando “te mataré” o bien mostrándole un cuchillo y acerándolo.<sup>68</sup> En palabras de CARUSO FONTÁN, “lo esencial será, por tanto, que el dolo del agente abarque la voluntad de causar temor al sujeto pasivo independientemente de cómo se lleve a cabo, pudiendo provocarse la amenaza de un mal concreto o la creación de un ambiente

---

<sup>65</sup> LIÑÁN LAFUENTE, A. *op. cit.* p. 115, en su obra no publicada *Trazos de Derecho Penal Parte Especial*, cita la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 14 de septiembre de 2007 nº 720/2007, que nos ilustra sobre cómo valorar la fuerza psicológica o moral de la intimidación:

La intimidación implica el uso de amenaza de un mal con entidad suficiente para eliminar su posible resistencia. La jurisprudencia de esta Sala (STS de 16 de febrero de 1998, entre otras) ha señalado que la intimidación, a efectos de integrar el tipo de agresión sexual, debe ser seria, inmediata y grave, y si ello no se produjera, integraría el delito de abuso sexual cuando el consentimiento está ausente, entendiéndose éstos como los elementos integrantes del mismo.

<sup>66</sup> MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.* p. 196-197 explica la importancia de la valoración objetiva de la gravedad, carácter sexual, idoneidad e incluso inmediatez que deben revestir la agresión sexual en su perpetración. Así, el autor argumenta que la edad del sujeto pasivo y el contexto social o familiar que le rodean son factores decisivos para valorar si la intimidación tiene el grado suficiente para integrar el tipo de alguno de estos delitos.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 3 de octubre de 2002 nº 1583/2002 (FJ 1).

<sup>68</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 186 explica, en esta línea de pensamiento, que “podrá causarse intimidación al sujeto pasivo sin anunciarle un mal concreto, sólo haciéndole comprender la imposibilidad de defenderse ante una posible agresión”.

intimidatorio.”<sup>69</sup> También existirá la llamada “intimidación ambiental”, a partir de la cual se considerará suficiente para apreciar la existencia de intimidación la presencia de numerosos sujetos en el lugar de hecho, lo que reducirá en gran parte las posibilidades de defensa de la víctima.<sup>70</sup>

Esta situación de desamparo de la víctima supone uno de los mayores debates doctrinales en la actualidad debido a los llamados “delitos en manada” que surgieron a partir del caso de La Manada en el verano de 2016. Este tipo de delitos sugieren una difícil delimitación entre una intimidación (y por consiguiente, agresión sexual a la víctima) por la situación de desamparo que supone la presencia de varios sujetos en el escenario, o bien la no consideración de intimidación por no existir un anuncio del mal sino un abuso de una situación de superioridad frente a la víctima, como dicta la sentencia aún provisional de dicho proceso.

En esta línea, y como introducción a la importante diferenciación entre agresión sexual por intimidación y abuso sexual con prevalimiento que desarrollaremos más adelante, algunos autores defienden la idea de que lo importante en estos casos es la relevancia y constatación de la intimidación, entendiéndose que el contenido de la acción intimidatoria debe ser más relevante que el miedo de la víctima. En otras palabras, la mera existencia de un miedo a veces irresistible pero siempre subjetivo por parte de la víctima no debe hacer constatar la concurrencia de una intimidación que debe quedar expresa, al ser un medio para el doblegamiento de la voluntad de la víctima.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 187 cita al pie de página la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2002 nº 2012/2002, en la que “se determinó que si bien el acusado no realizó amenazas expresas a sus víctimas, logró la creación de un ambiente intimidatorio como consecuencia de la gran diferencia de edad, de encontrarse en un ascensor y realizar peticiones de contenido libidinoso mientras exhibía un objeto indeterminado”. Así, podrá darse un delito de agresión sexual de la misma forma si, imaginemos, a un hombre que amenaza a la víctima con desconectar una máquina que mantiene vivo a su hijo con problemas cardiorrespiratorios si no satisface sus deseos sexuales, siendo ésta una amenaza que pero que se considera de una gravedad intimidatoria clara por la creación de un ambiente intimidatorio.

<sup>70</sup> ROS MARTÍNEZ, M. “Delitos contra la libertad sexual: subtipos agravados de agresión y abusos sexuales. Concurso de delitos y formas de participación” (referencia de Internet). La autora, a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1997 nº 1192/1997, explica esta **intimidación ambiental**, considerada como aquella forma de amedrentamiento que, independientemente de cual de los procesados fuese quien materialmente emplease los mecanismos físicos o psíquicos doblegadores de la víctima, se produce por el hecho de que los demás sujetos activos están presentes cuando cada uno de los agresores consuma materialmente las diversas violaciones.

<sup>71</sup> DE ELENA MURILLO, V. *op. cit.* p. 1 y ss.

### 3.2.2 El tipo agravado del art. 179: la violación

El artículo 179 introduce un tipo agravado del tipo básico de agresión sexual recogido por el art. 178 y que, tras la reforma operada por la LO 15/2003<sup>72</sup>, dicta lo siguiente:

“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.”

Este precepto incluye el delito de violación presente desde los inicios del Código Penal, si bien desde una perspectiva totalmente nueva, ya que sólo regula alguna de las conductas comisivas que el antiguo precepto contenía y agrega nuevas conductas. Antiguamente, respondiendo a la defensa del honor familiar como bien jurídico protegido, la violación era un término específico referido a la penetración vaginal heterosexual por medio de o bien violencia (antiguamente fuerza) o intimidación, cuando la conducta se verificaba sobre menores de 12 años, o si se daba sobre personas privadas de razón.<sup>73</sup>

Sobre la ambigüedad que supone la expresión de “acceso carnal”, si bien lo normal sería un sujeto activo hombre y un sujeto pasivo mujer, la doctrina ha ido considerando como válidas diferentes formas comisivas. Así, podría considerarse como violación el acceso carnal en el que una mujer, mediante violencia o intimidación, se hace penetrar por un hombre o se introduce ella misma el pene del mismo (normalmente, en estos casos en los que concurre violencia o intimidación, flácido), o incluso el hecho de medicar al hombre con viagra para mayor excitación del mismo, aunque se requeriría una violación o intimidación adicional. También se ha planteado la posibilidad de un acceso carnal con sujetos, activo y pasivo, femeninos a través de la práctica fricativa o *coniunctio membrorum*, si bien se discute si estas conductas deben valoradas penalmente de igual

---

<sup>72</sup> Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 26 de noviembre de 2003). Esta reforma parcial del Código Penal tras la aprobación de la LO 10/1995 tipificó la “introducción de miembros corporales” por alguna de las dos primeras vías como medio comisivo de este delito de violación, antes considerado por el TS como fuera del tipo penal, como señala DE ELENA MURILLO.

<sup>73</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 220 y ss. La autora además explica que estos supuestos se denominaban “violaciones presuntas” por la necesidad de presumir una voluntad contraria frente a la imposibilidad de prestar un consentimiento válido.

forma que la penetración que se da en el delito de violación común.<sup>74</sup> Además, se ha abandonado el requisito exigido por la jurisprudencia de que para la consumación del delito se diese penetración del pene en la vagina, puesto que se ha admitido la consumación a partir del “coito vestibular”<sup>75</sup>, consistente en la penetración en la esfera genital externa anterior al himen.<sup>76</sup>

### **3.2.3 Agresiones sexuales agravadas del art. 180**

Se recogen en este precepto una serie de agravantes específicas aplicables a las conductas penadas tanto por el art. 178 como el art. 179, produciéndose en este último caso una hiperagravación de la conducta típica.

#### **a) Agravante en virtud del carácter degradante o vejatorio (Art. 180.1.1ª)**

Los términos escogidos por el legislador para definir ese “plus” de antijuridicidad exigido para la aplicación de esta agravante son “degradación” y “vejatorio”, los cuales coinciden en la producción de una humillación a la víctima, si bien la doctrina ha diferenciado a los mismos.<sup>77</sup> Ruiz Vadillo plantea una diferencia terminológica

---

<sup>74</sup> MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.* p. 198 y ss. El autor, tras incluir en el debate doctrinal todas estas posibilidades a veces inimaginables, declara que la cualificación del art. 179, entendida como uno de los tipos agravados más graves de nuestro Código, debe reservarse para los casos verdaderamente graves, por lo que los casos descritos de mujer-mujer o mujer haciéndose penetrar por hombre no parecen recibir esa consideración. Por tanto, la mujer podrá ser sujeto activo en los casos de introducción de miembros corporales u objetos, o bien sus conductas serán reconducidas al tipo básico de agresión sexual.

<sup>75</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 23 de enero de 2002, nº 55/2002, explica este concepto de “coito vestibular” y, a través de las SSTS 22 de septiembre de 1992 y 7 de junio de 2000, aclara que “el acceso carnal no depende de circunstancias anatómicas, sino de consideraciones normativas y que, por tanto, no es necesario para su consumación una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos; se trata, por el contrario, del momento en el que ya se ha agredido de una manera decisiva el ámbito de intimidad de la víctima representado por las cavidades de su propio cuerpo, debiendo observar las circunstancias específicas de cada caso”.

<sup>76</sup> DE ELENA MURILLO, V. “Comentario al artículo 179 del Código penal” en Gadea Amadeo, S. (coord.), *Código Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen I.* Factum Libri Ediciones (2009) Madrid. p. 1 y ss.

<sup>77</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 252 y ss. SUÁREZ RODRÍGUEZ entiende que “degradar a una persona” implica negarle a la misma su condición humana, rebajándole a categorías impropias de su carácter, mientras que la “vejación” proyecta una carga de menosprecio y falta grave de respeto hacia la víctima.

entendiendo la degradación como bajeza o humillación innecesaria para el acto en sí y la vejación como trato agresivo.<sup>78</sup>

El problema fundamental de esta agravante consiste en los elementos del tipo sobre los que podrán aplicarse los calificativos de degradante y vejatoria. Es la reforma de 1995 la que concreta dicha aplicación, limitándola a los medios comisivos violentos o intimidatorios en vez de posibilitar también la aplicación cuando en la conducta típica en su globalidad concurre este trato denigrante. Sin embargo, la doctrina ha rechazado esta ampliación por crear numerosas dificultades en la aplicación del precepto, además de incrementar los problemas relacionados con el principio de *non bis in idem*.<sup>79</sup>

#### **b) Actuación de dos o más personas (Art. 180.1.2ª)**

El fundamento de esta agravación del art. 180.1.2ª consiste en la mayor indefensión y peligrosidad que sufre la víctima por la presencia de varios sujetos, ya que estos ataques suelen además revestir más violencia y, por consiguiente, más peligro de daño físico y moral a la víctima. Se requiere como elemento objetivo la presencia de dos o más agentes y que “los hechos se cometan por la actuación conjunta”, por lo que la violencia o intimidación deberá realizarse de forma grupal. Además, esta actuación conjunta significa que no deberán ser coautores necesariamente, sino que se aceptará cualquier forma de participación, siempre que la actuación de los mismos se desarrolle con unidad temporal. Por último, se requerirá acuerdo previo o simultáneo entendido como elemento subjetivo de ser conocedores de que actúan de forma conjunta, lo que asegura en mayor medida la consecución del acto sexual.<sup>80</sup>

El problema que plantea su aplicación es que no se requiere que todos realicen la agresión sexual, lo que puede plantear problemas con respecto al principio de *non bis in idem* en referencia a los casos en que entra en juego la figura de intimidación ambiental.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*. Pamplona (1995) p. 112, citando la obra de RUIZ VADILLO, E. *La reforma penal en materia de lesiones y agresiones sexuales*. “Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología”, núm. 2, extraordinario. San Sebastián (1990) p. 379.

<sup>79</sup> ALCÁCER GUIRAO, R. *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*. Atelier (2004) Barcelona. p. 16. El autor continúa con esta línea doctrinal, partiendo del hecho que entiende es indudable de que todo acto de agresión sexual engloba en sí un trato vejatorio y degradante, resultando complejo concretar cuándo se produce ese trato en una intensidad tal como para exceder lo inherente a la propia conducta típica.

<sup>80</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 257 y ss.

<sup>81</sup> *Vid. supra* nota (68).



Si se da la situación de que la presencia de varios sujetos se considera determinante para la concreción de la intimidación, no podría aplicarse de forma simultánea esta agravante, pues se estaría utilizando la misma circunstancia para constituir uno de los elementos necesarios del tipo básico de agresión sexual y a la vez, servir como fundamento para la aplicación de esta agravante.<sup>82</sup> También planteará problemas de *non bis in idem* en aquellos casos en los que se produce una doble condena a cada uno de los distintos intervinientes en los hechos, en un caso como autor material de la agresión sexual por el acto propio y en otro caso como cooperador necesario en el acto del codelincuente.<sup>83</sup>

### **e) Víctima especialmente vulnerable (Art. 180.1.3ª)**

Se requiere al sujeto activo el conocimiento del carácter vulnerable de la víctima, pero sin ser necesario una voluntad del mismo de aprovecharse de dicha situación de superioridad. Un problema que presenta la aplicación del precepto es su indeterminación, puesto que mientras la “edad” o “enfermedad” quedan medianamente definidas, se incluyó la expresión “o situación” con el fin de no dejar fuera ninguna posible causa que provocase esta agravación; sin embargo, esta amplitud de concepto termina por dar lugar a analogías que no corresponderían.<sup>84</sup>

Antiguamente, la edad de la víctima se encontraba tasada por ley en 13 años, pero debido al abandono de esta circunstancia en el precepto, lo oportuno será una valoración de la vulnerabilidad que ostente la víctima según las circunstancias concretas. Esta vulnerabilidad deberá provocar una “disminución” de las posibilidades de defensa, pero

---

<sup>82</sup> CARUSO FONTÁN, a pesar de esta problemática, considera que la redacción del precepto que recoge el art. 180.1.2ª es correcta, si bien la solución será su aplicación en los casos donde el medio comisivo haya sido la violencia, o bien la intimidación producida por factores diferentes a la participación conjunta de los agentes. CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 260

<sup>83</sup> MARTÍNEZ ATIENZA, G. *Comentarios al Código Penal. Estudio sistematizado*. Recurso Electrónico de Vlex (2004) p. 394 y ss. El autor cita a GÓMEZ TOMILLO para explicar que esta circunstancia no será aplicable al cooperador necesario por considerarse innecesario con la existencia de la agravante general del art. 22.2ª CP. La STS nº 217/2007 concluye que cada persona debe responder de su propia agresión sexual y de las de aquellos en las que hubiese cooperado, pero sin la concurrencia de la agravación específica del art. 180.1.2ª.

<sup>84</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.*, p. 270 y ss. Cita al autor BEGUÉ LEZAÚN, que entiende que “en este término quedarán comprendidos todos los otros casos de abusos de superioridad que no sean susceptibles de ser incluidos en otros apartados”. Si bien la propia autora niega esta idea, gran parte de la doctrina crítica la difícil diferenciación que a veces se da lugar con las agravantes genéricas del art. 22.2ª (abuso de superioridad) y 22.4ª (abuso de confianza), aunque en el caso de esta agravante se requiere un prevalimiento de la vulnerabilidad, además del necesario conocimiento de la situación de la víctima.

no pudiendo quedar éstas totalmente anuladas, puesto que no podría ejercerse violencia o intimidación contra una persona que no tiene posibilidad alguna de resistir.

**d) Abuso de superioridad o parentesco (Art. 180.1.4ª)**

La circunstancia que verifica que el sujeto activo del delito se haya prevalido de dicha relación requiere para su aplicación de una relación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima o de una relación parental típica, del conocimiento de la existencia de esa relación y del aprovechamiento o abuso de esa relación para la comisión del delito de agresión sexual. Además, es de nuevo GÓMEZ TOMILLO el que critica la tipificación de esta circunstancia agravante por considerarla innecesaria a la vista de la existencia de la circunstancia agravante genérica del art. 22.2ª CP (abuso de superioridad) y de la circunstancia mixta del art. 23 CP (parentesco).<sup>85</sup>

**e) Uso de armas u otros medios peligrosos (Art. 180.1.5ª)**

La interpretación de este precepto presenta dos dificultades, como son en primer lugar precisar cómo ha de ser el uso de las armas o medios peligrosos empleados, en referencia al posible resultado que se produzca contra la vida o salud de la víctima; y, en segundo lugar, un posible concurso con delitos de lesiones que produciría controversias con el principio *non bis in idem*. Se defiende una interpretación restrictiva de este precepto, puesto que de darse el caso más grave de agresión sexual con acceso carnal llamado violación, junto con alguna de las circunstancias agravantes del art. 180 CP, se aplicaría una pena de entre 12 a 15 años de prisión, superior a la correspondiente al homicidio del art. 138 CP de entre 10 a 15 años.

Esta interpretación restrictiva es llevada a cabo, en primer lugar, por coexistir otro precepto como el del art. 242.3<sup>86</sup>, el cual recoge una agravación paralela pero considerada como más amplia en su interpretación por no especificar que los hechos sean susceptibles de producir la muerte o lesiones previstas en los arts. 149 y 150 CP, si bien es difícil imaginar armas que no produzcan las lesiones de estos preceptos pero sí de los arts. 147

---

<sup>85</sup> MARTÍNEZ ATIENZA, G. *op. cit.* p. 396.

<sup>86</sup> Artículo 242.3 del Código Penal, en lo referido al delito de robo:

Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

y 148 CP. En segundo lugar, la interpretación restrictiva evita que el uso de arma o medio peligroso para constituir el elemento violencia o intimidación sea considerado dos veces por el Tribunal, una para la configuración del elemento del tipo básico y otra para justificar esta agravante.<sup>87</sup>

Por último, aclarar que enseñar el arma o instrumento útil para otras cosas pero que podría causar lesiones no es fundamento para aplicar este precepto, como sí lo será el acometer usando ese arma o medio peligroso, incluso cuando la acometida no alcance el cuerpo de la víctima, o incluso al acercarlo a zonas sensibles que puedan causar la muerte o lesiones graves.<sup>88</sup>

### 3.3 Abusos sexuales

El delito de abuso sexual se define como la realización de actos atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de otra persona, sin violencia ni intimidación y sin el consentimiento de este último.<sup>89</sup> Estas conductas se encuentran previstas en el Capítulo II del Título VIII del Libro II de nuestro Código Penal en los artículos 181, 182 y 183, si bien sólo serán de utilidad los dos primeros para una de las partes esenciales de nuestro Trabajo, en lo referido a las diferentes modalidades de abusos sexuales que atenten contra la libertad sexual.

La configuración de estos delitos sigue una estructura similar a la de las agresiones sexuales basada en la existencia de un tipo básico, con su correspondiente desarrollo de los elementos integradores de la conducta típica, continuado de una serie de tipos específicos definidos por la conducta realizada, las particulares características de los sujetos pasivos, o la concurrencia de ciertas circunstancias.<sup>90</sup> Como ya sabemos, las

---

<sup>87</sup> En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 13 de enero de 2006 n° 15/2006, explica que lo importante de la aplicación de esta agravante es tener en cuenta, con criterios objetivos, el instrumento utilizado y la forma en que se usó, no siendo importante lo declarado a veces por la víctima, como podría ocurrir cuando, como en el presente caso, se utiliza un arma de fuego simulada y, por tanto, sin capacidad de disparo, aunque, por sus características y modo de uso, pudiera ser calificado en el caso concreto como medio peligroso.

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 13 de enero de 2006 n° 15/2006 (FJ 2).

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 18 de diciembre de 2007 n° 1097/2007.

<sup>90</sup> GOENAGA OLAIZOLA, R. *op. cit.* p. 104

agresiones sexuales son consideradas las conductas más graves dentro de los delitos sexuales por ser perpetradas con violencia o intimidación, elementos considerados con mayor potencial para lesionar el bien jurídico protegido de la libertad sexual. Sin embargo, los delitos de abusos sexuales también tienen gran importancia penal debido a una forma distinta de atacar contra dicho bien jurídico, no pudiendo quedar fuera de configuración en el Código por la desprotección que se daría a todas las personas sin capacidad para ser sujetos pasivos de los ataques con violencia o intimidación, las cuales serán centrales en este desarrollo de estos abusos.<sup>91</sup> Además, distintos tipos agravados de estos abusos quedarán muy próximos a ciertas agresiones sexuales llevadas a cabo por medio de intimidación, por lo que el estudio de los mismos nos será de gran ayuda para la diferenciación que llevaremos a cabo posteriormente.

Los elementos integrantes del delito de abuso sexual son, en primer lugar, un elemento objetivo entendido como una acción lúbrica proyectada sobre otra persona o, en otras palabras, los diversos actos que atenten contra la libertad de una persona, siendo este elemento paralelo al perteneciente a la agresión del art. 178. En segundo lugar, encontramos un elemento intencional o psicológico, representado por la finalidad lasciva del sujeto activo; y, por último, un tercer elemento consistente en la vulneración de la libertad sexual de la víctima, sin emplearse violencia e intimidación contra ella y sin que medie consentimiento válido del sujeto pasivo.<sup>92</sup>

### ***3.3.1 El tipo básico del art. 181 y sus tipos agravados***

Conforme a la STS de 6 de octubre de 2010, el delito de abuso sexual del art. 181 CP, el cual fue modificado por la LO 5/2010<sup>93</sup> incluyendo nuevas modalidades y eliminando otras consideradas ya anticuadas, tiene manifestaciones diversas. La primera se dará cuando el ataque a la libertad sexual se consuma sin que medie el consentimiento de la víctima; la segunda, cuando se presume la falta de consentimiento para los abusos sexuales sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se

---

<sup>91</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 290 y ss.

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 24 de septiembre de 2002 nº 1518/2002 (FJ 2).

<sup>93</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 de junio de 2010).

abusase. La tercera manifestación se da cuando el ataque a la libertad sexual tiene lugar con el consentimiento de la víctima, obtenido al prevalerse de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima; y, en último lugar, se añade un tipo agravado por tener lugar la penetración de la víctima.<sup>94</sup>

El tipo básico del 181.1 es un tipo residual que regula la conducta que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, atenta contra la libertad sexual, encuadrándose las conductas denominadas tocamientos sorpresivos, donde el autor contacta con la otra persona sin darle la oportunidad de manifestar su consentimiento o rechazo (aprovechando descuidos, aglomeraciones, etc.). En el apartado 180.2 se regulan las conductas donde no existe rechazo expreso, pero donde se presume *iure et de iure* que el consentimiento no es válido, encuadrándose bajo este tipo los sujetos pasivos privados de sentido<sup>95</sup>, que padecen un trastorno mental<sup>96</sup>, que tienen su voluntad modificada por la ingesta de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

Por último, debemos reseñar los tipos agravados recogidos en los arts. 181.4 y 182.2 CP, en los que se establece que los abusos sexuales en los que haya existido acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, se castigan con mayor gravedad. Esta agravante se recoge de la misma forma que el tipo residual del 181.1 CP, puesto que al requerirse la no concurrencia de violencia, intimidación y consentimiento, es difícil poder imaginarse casos en los que pueda ser aplicable este precepto, fuera de los casos considerados como “sorpresivos”.<sup>97</sup> MORALES PRATS considera que este precepto podrá ser aplicable al caso de la víctima inmovilizada por un impedimento físico, ya que la violencia o intimidación

---

<sup>94</sup> DE ELENA MURILLO, V. “Comentario al artículo 181 del Código penal” en Gadea Amadeo, S. (coord.), *Código Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen I*. Factum Libri Ediciones (2009) Madrid. p. 323 y ss.

<sup>95</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 323 y ss. La autora cita en su obra a Morales Prats y Suárez-Mira, los cuales consideran que este estado podría haber sido provocado por el autor de forma dolosa o imprudente, por caso fortuito o por la propia víctima, si bien en este caso se consideraría como actos sexuales consentidos.

<sup>96</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 16 de mayo de 2000 n° 802/2000 (FJ 1), entiende que “el concepto de trastorno mental, mencionado en la citada disposición, debe ser entendido como una perturbación de facultades mentales que pueda eliminar alguno de los elementos de caracterizan el consentimiento eficaz”.

<sup>97</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 343. La autora niega que la forma “sorpesiva” sea la única posible para la comisión de estos tipos agravados, entendiendo que la aplicación de este tipo también sería posible frente a las personas incapacitadas para resistir.

se consideran innecesarias para vencer la nula resistencia que ostenta la víctima debido a su minusvalía.<sup>98</sup>

### 3.3.2 Abusos sexuales con prevalimiento

La forma más grave de los abusos sexuales que puede ser diferenciada de las anteriores conductas es la recogida en los arts. 181.3 y 182 CP, en los cuales la víctima otorga un consentimiento que no puede considerarse como válido por concurrir una circunstancia de prevalimiento por parte del sujeto activo, en sustitución del antiguo artículo 434 del Código Penal de 1973<sup>99</sup>, regulador del antiguo delito de estupro, ya derogado. Ciertos sectores doctrinales han criticado la inclusión de estas circunstancias agravantes por prevalimiento en los abusos sexuales, debido a que estos delitos son, *per definitionem*, abusos basados en un prevalimiento que estará, de un modo u otro, siempre presente debido a la falta de violencia o intimidación y de consentimiento válido para su comisión.<sup>100</sup> Este prevalimiento puede ser entendido como un “aprovechamiento” a partir del cual el agente utiliza una ventaja que tiene sobre el sujeto pasivo para, gracias a la misma, obtener un consentimiento que de otra forma no se hubiera prestado, encontrándose el mismo viciado por la falta de libertad en su emisión.<sup>101</sup>

En la conducta típica del art. 181.3 se castiga el supuesto en que el sujeto pasivo otorga consentimiento para llevar a cabo actos sexuales, pero el consentimiento se encuentra viciado por obtenerse por una relación de superioridad o prevalimiento con el agente de los mismos. Este prevalimiento no debe suponer el anuncio de un mal, pero sí provocar una limitación en la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo,

---

<sup>98</sup> GOENAGA OLAIZOLA, R. *op. cit.* p. 107, citando a MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Ed. Aranzadi (1996) p. 872.

<sup>99</sup> *Vid. supra* nota (16).

<sup>100</sup> ALCÁCER GUIRAO, R. *op. cit.* p. 102 y ss. considera que las dos agravaciones específicas por prevalimiento se encuentran en un claro *bis in idem*, puesto que el factor determinante de los abusos es la existencia de relación de superioridad entre el agente y la víctima y, inversamente, en una situación de vulnerabilidad presente en virtud de situaciones de minoría de edad, privación de sentido, trastorno mental o de superioridad agente en general, quedando la modalidad del 181.1 como tipo residual.

<sup>101</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 330 y ss., en donde se cita a QUINTERO OLIVARES, el cual considera que lo que se castiga no es el abuso de superioridad en sí, sino puesto en relación con la invalidez relativa del consentimiento obtenido.

debido al temor, la confianza o la sumisión que la víctima mantiene respecto del sujeto activo. La relación que hace posible el abuso de superioridad del que habla este precepto debe ser manifiesta, perceptible por terceros y de suficiente entidad para difundir temor en el sujeto pasivo, sin la cual no se hubiese dado dicho consentimiento sexual.<sup>102</sup>

El artículo 182.1 del CP castiga al 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”, mientras que el apartado nº 2 del mismo establece una agravante por penetración de la víctima en el acto sexual. El apartado nº 1 fue el único que sufrió las modificaciones que trajo la reforma de la LO 1/2015 en lo respectivo a los ataques contra menores, la cual, en primer lugar, amplió el campo del sujeto pasivo estableciéndolo entre los dieciséis y los dieciocho años; en segundo lugar, vemos que amplió los medios comisivos para la consecución del tipo que recoge, antes solamente incluyendo el engaño para pasar a añadir “abusando de una posición de reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima”; y, en último lugar, se incrementa la penalidad, pues se pasa de la pena de prisión de uno a dos años o multa a la actual de uno a tres años.<sup>103</sup>

En el supuesto que recoge este artículo 182, el elemento diferenciador frente al prevalimiento del 181.4 es el engaño ejercido sobre el sujeto pasivo, que hace que se otorgue consentimiento (aún encontrándose viciado por razón de la edad) para llevar a cabo actos de naturaleza sexual, consentimiento que de otra forma no se hubiera conseguido.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> LIÑÁN LAFUENTE, A. *op. cit.* p. 124.

<sup>103</sup> DOLZ LAGO, M. J. *Análisis de las novedades introducidas por la LO 1/2015 en los delitos tipificados en los artículos 182 y 183 ter CP.* p. 16-19. Obtenida el 4/04/2019 de [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel-Jesus%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=cddcd89aa-7935-4111-bccf-3a2ea6aa8456](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel-Jesus%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=cddcd89aa-7935-4111-bccf-3a2ea6aa8456). Se cita la opinión de GARCÍA PÉREZ, que ve innecesario añadir al engaño que gobernaba este delito de estupro simple la expresión derivada de la Directiva de una “posición reconocida de confianza, autoridad o influencia”, por ser excesivamente indeterminada en su aplicación, además de solaparse con el sustrato fáctico de situación de superioridad que encuadra el art. 181.4 CP para los mayores de edad.

<sup>104</sup> LIÑÁN LAFUENTE, A. *op. cit.* p. 125. El autor menciona el estupro fraudulento como la figura penal anteriormente recogida por este precepto, y que consistía en una promesa de matrimonio que no se tenía intención de cumplir. Esta figura la encontramos definida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 27 de octubre de 2015 nº 30/2015, entendiéndose ésta como la situación en la que “el sujeto activo logra su propósito de satisfacción del sujeto pasivo, merced a maniobras engañosas que condicionan la voluntad del segundo, esto es, el ardid sirve para captar el consentimiento de la víctima y para lograr el consentimiento a la realización del acto sexual que de otra manera no hubiera realizado, por lo que la exigencia del engaño presupone que la conducta ha de ser dolosa”.

### 3.4 Diferenciación entre agresiones y abusos sexuales

Llegados a uno de los puntos de mayor importancia respecto al objeto de nuestro Trabajo, y como ya hemos mencionado con anterioridad, existen supuestos en los que la decisión sobre si nos encontramos ante un abuso sexual llevado a cabo con prevalimiento o, por el contrario, ante un delito de agresión sexual en virtud de la presencia de la intimidación, puede ser complicada. Al ya haber profundizado suficiente en lo referente a cada una de las figuras a tratar, el enfoque actual buscará diferenciar los elementos que integran las mismas según jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, además de aplicar todo esto a la provisional sentencia de la Manada, cuyos elementos fácticos son ya de notorio conocimiento, si bien suscita dudas sobre la figura penal que es necesario aplicar.

La razón de la proximidad de conceptos se debe, entre otros aspectos, a que hasta la reforma de 1989<sup>105</sup>, se incluía bajo el mismo concepto de violación el acceso carnal logrado por el uso de la fuerza (violación propia) y el acceso carnal consentido cuando la víctima fuera menor de 12 años o privada de sentido (violación impropia).<sup>106</sup>

El prevalimiento se configura como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de las partes, en la que una de ellas se encuentra en manifiesta posición de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad. Los elementos integrantes del prevalimiento, según jurisprudencia, serán: a) una situación de superioridad, que deberá ser manifiesta; b) que dicha situación influya en el doblegamiento de la voluntad de la víctima; y c) que el agente del hecho típico, consciente de esa situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de defgavcisión de la víctima, se prevalega de la misma para conseguir el consentimiento, así viciado, de los actos sexuales.<sup>107</sup>

Por el contrario, la STS 542/2013 explica que la intimidación se considera “una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier

---

<sup>105</sup> *Vid. supra* nota (19).

<sup>106</sup> GAVILÁN RUBIO, M. *op. cit.* p. 83.

<sup>107</sup> GAVILÁN RUBIO, M. *op. cit.* p. 86, citando las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 14 de septiembre de 2001 n° 1518/2001 y de 15 de julio de 2005 n° 935/2005.



fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado”. Es esta misma Sentencia la que nos introduce en una de las posibles diferencias entre la intimidación y prevalimiento, entendiendo que ésta se da por una situación que coarta la libertad a través de una intimidación entendida de grado inferior, puesto que impide totalmente tal libertad de decisión pero sí que la disminuye considerablemente, entendiéndose aplicable el art. 181.3 CP. Además, otro de los elementos determinantes que diferencian la intimidación del prevalimiento es que aquélla deberá consistir en la amenaza de un mal que bastará que sea suficientemente grave, futuro y verosímil, además de que dicha intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.<sup>108</sup>

Otra diferenciación creada por la jurisprudencia de la Sala es un comportamiento coactivo dirigido a la obtención del consentimiento, que si bien estará presente en la intimidación, estará ausente en los de prevalimiento.<sup>109</sup> Esto tiene clara relación con el grado de intensidad que la víctima recibe por parte del agente en los hechos destinados al doblegamiento de su voluntad, considerándose que dicha intensidad será de un grado mayor en el caso de la intimidación, al estar ésta equiparada a la violación como medio comisivo para la consecución del delito de agresión sexual. Aún así, no se requiere una intensidad irresistible o invencible, sino suficiente y eficaz para alcanzar el fin propuesto y doblegar la voluntad de la víctima, de tal forma que se produzca un convencimiento en ésta de la inutilidad de prolongar una oposición que no conducirá a un resultado positivo pero sí que podrá derivar en mayores males.<sup>110</sup>

En continuación con la línea doctrinal que defiende un análisis objetivo del grado de intensidad de la intimidación y de los actos concretos llevados a cabo por el agente, la

---

<sup>108</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 338, cita la Sentencia de 27 de enero de 1990, que entiende este elemento temporal como diferenciador, puesto que mientras la intimidación transmite temor de sufrir un mal de forma inmediata, y no siendo compatible con una situación prolongada durante años, el prevalimiento puede tratarse de un proceso destinado a atemorizar y que puede permitirse prolongarse en el tiempo.

<sup>109</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 20 de mayo de 2013 n° 542/2013 entiende, además, que un prevalimiento que no requiere comportamiento coactivo alguno podrá darse a través de actos intimidatorios sin entidad que, junto a los elementos fácticos del caso, creen la situación de superioridad relevante para el agente, y de la cual se acabará sirviendo éste para obtener un consentimiento viciado de la víctima.

<sup>110</sup> En esta línea, considera la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 13 de julio de 2013 n° 609/2013 que lo relevante será una calificación jurídica de la conducta y los actos llevados a cabo por el sujeto activo en vez de la reacción de la víctima frente a éstos y una resistencia considerada innecesaria, entendiendo que lo que determinará el tipo penal será la actitud o acciones de aquél, no de ésta.

relevancia objetiva de ésta permitirá diferenciar un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el otorgado de forma viciada en los abusos fruto de una situación en la cual la víctima también se siente intimidada. Así, al colocar el foco en la actitud del sujeto activo y no en la reacción de la víctima, se evita que el miedo, entendido como condición subjetiva y a veces incontrolable, transforme en intimidatoria una acción que en sí misma objetivamente no tendría ese alcance.<sup>111</sup>

### ***3.4.1 Aplicación diferenciadora en el caso de La Manada***

Tras este profundo análisis sobre los aspectos que servirían de fundamento para esta difícil delimitación entre los opuestos pero próximos conceptos de intimidación y prevalimiento, pasamos a comentar brevemente la difícil aplicación del mismo a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018 y su posterior ratificación por parte del Tribunal Superior de Justicia de Navarra del 5 de diciembre de 2018. En ellas se dictaminó que no existía una intimidación como medio comisivo de la agresión sexual que se requiera sea previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado, sino más bien una situación de preeminencia sobre la denunciante, creada por los mismos procesados voluntariamente, y cuya superioridad aprovecharon para abusar sexualmente de la víctima, otorgó un consentimiento viciado y coaccionado por la situación descrita.<sup>112</sup>

Entiende la sentencia que “las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada”. Además, se toma en consideración hechos tales como el escenario de opresión, la asimetría derivada de la edad y las características físicas de denunciante, y la radical desigualdad en cuanto a madurez y experiencia en actividades sexuales, entendiéndose que los procesados crearon una “atmósfera coactiva”, en la que la presencia de cada uno

---

<sup>111</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 339-340. La autora, en lo referente a que el mal personal sirva como fundamento para tener en cuenta circunstancias personales de la víctima tales como inmadurez sexual, edad o perturbación anímica padecida, entiende que si bien sus circunstancias deben someterse al análisis oportuno, no indica que deba modificarse los requisitos para la concurrencia de la intimidación de acuerdo con las características personales de la víctima. Así, no puede decirse que en estos casos y no en otros, el aspecto subjetivo deberá prevalecer sobre los objetivos que conforman figuras penales como la intimidación.

<sup>112</sup> GAVILÁN RUBIO, M. *op. cit.* p. 92 y ss.

de ellos contribuyó causalmente , para configurar una situación de abuso de superioridad de la que se prevalieron.

Esta “atmósfera colectiva” de la que nos habla la Sentencia podría ser equiparable a la “intimidación ambiental” ya explicada en este Trabajo<sup>113</sup>, si bien no sería del todo correcto debido a que esta intimidación requiere que el medio comisivo realizado por al menos uno de los presentes sirva como fundamento para considerar la agresión sexual de todos frente a la víctima. Así, no se requerirá la intimidación de cada agente frente a la víctima, mientras que todos son partícipes del acto sexual no consentido, si bien en este caso no podemos observar la violencia o intimidación que es medio comisivo y requisito para la concurrencia de la agresión sexual en ninguno de los procesados, por lo que no sería aplicable.<sup>114</sup>

Para concluir, entendemos la desproporción que supondría un fallo que declarase la concurrencia de violación por la falta de una intimidación entendida como el anuncio de un mal inminente. Sin embargo, bien es cierto que la falta de medios disponibles para resistirse al acto sexual que perpetran los procesados, y sugiriéndonos los hechos probados la existencia de una situación de superioridad frente a la víctima consecuencia de una serie de actos que dirigen a la misma a un cobertizo opresivo y de difícil salida, podemos considerar que el abuso sexual del 181.3 y agravado por su apartado 4º es adecuado, puesto que los procesados se sirven de dicha situación de superioridad para la realización de unos actos sexuales cuyo consentimiento no se considera probado.

Por último, recalcar la ruptura que supuso esta decisión frente al “principio acusatorio”<sup>115</sup> que, si bien no se encuentra recogido en la Constitución Española, es la doctrina del Tribunal Constitucional la que la ha definido, y que en este proceso no se cumplió por no poder defenderse la propia defensa del prevalimiento que se declaró

---

<sup>113</sup> *Vid. supra* nota (70).

<sup>114</sup> CARUSO FONTÁN, M. V. *op. cit.* p. 187-188, en su nota a pie de página nº 20 cita un concepto creado por la doctrina alemana llamado coacción sexual o *Notigung*, la cual nos sugiere bastantes semejanzas con el presente caso, y que consiste en “supuestos en que la víctima internamente no está de acuerdo con la realización de los actos sexuales pero que externamente renuncia a continuar en su resistencia”. Si bien es considerado como una figura de difícil aplicación práctica, FISCHER considera que lo fundamental será la “falta de ayuda”, dividida en los conceptos de “falta de posibilidades de defensa” y la “desprotección” que comprende la falta o debilidad de factores que permitan detener el ataque.

<sup>115</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda de 27 de enero de 1992 nº 11/1992 explica este principio como que “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria [...], lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia”.

contra los acusados y que no formaba parte de la pena solicitada por la acusación, que era de una agresión sexual agravada como violación.<sup>116</sup>

#### 4. CONCLUSIONES

Llegados a este punto final de nuestro Trabajo, conviene hacer una breve síntesis y conclusión personal tras el análisis de los delitos de agresiones y abusos sexuales y su difícil diferenciación, en relación con las nuevas propuestas que actualmente se consideran para la reforma de los mismos, como consecuencia de casos tan sonados como el de La Manada, en búsqueda de una mayor dureza de sus penas y una unificación de algunos de los tipos penales.

En lo referente a las nuevas voces que piden una reforma urgente de los delitos contra la libertad sexual, podemos destacar la Sección Penal de la Comisión General de Codificación creada por el Gobierno el pasado año, u opiniones de un ámbito internacional como las de Amnistía Internacional<sup>117</sup> o el llamado Convenio de Estambul.<sup>118</sup> Todas ellas coinciden en que todo acto sexual sin consentimiento debe considerarse como violación, destacándose que sólo ocho de treinta y un países del Área Económica y Suiza regulan el delito de violación como tal, y en el caso concreto de España, buscándose por consiguiente una unificación de las figuras de agresiones. Esto supondría un retorno a la modificación existente desde el año 1995, desde la cual se ha convivido con una regulación que separa ambas figuras, entendiéndose diferenciadas por los medios comisivos de violación o intimidación.

A nuestro parecer, no debe nunca “legislarse en caliente”, como se suele decir, a consecuencia de cualesquiera hechos cuya repercusión social haya sido notoria, puesto que el Derecho Penal se basa en la tutela de los derechos fundamentales recogidos en

---

<sup>116</sup> MUÑOZ, J., “El abogado de La Manada recurrirá porque el Tribunal ‘ha roto el principio acusatorio’ al condenarlos por otro delito”, Diario de Sevilla, 26 de abril de 2018 (disponible en [https://www.diariodesevilla.es/sevilla/carcel-sentencia-manada-sanfermines-violacion-abogado-recurso\\_0\\_1239776690.html](https://www.diariodesevilla.es/sevilla/carcel-sentencia-manada-sanfermines-violacion-abogado-recurso_0_1239776690.html), última consulta 4/04/2019).

<sup>117</sup> BLÚS, A. *El sexo sin consentimiento es violación. ¿Por qué sólo ocho países europeos lo reconocen?* Obtenido el 5/04/2019 de <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/el-sexo-sin-consentimiento-es-violacion-por-que-solo-nueve-paises-europeos-lo-reconocen>.

<sup>118</sup> “Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica” (2011) *Council of Europe Treaty Series*, nº 210.

nuestra Constitución Española, pero no debiendo agravarse un Código Penal ya considerado como uno de los más severos de Europa. Como consecuencia de la creciente tendencia a agravar las penas de los delitos más notorios socialmente, el delito de violación estudiado en nuestro Trabajo puede llegar a penarse hasta con doce años de prisión, ello sin que concurriera ninguna agravante de las previstas tanto de forma específica como general en nuestro Título VIII del Libro II de nuestro Código.

Consideramos que las penas son ya suficientemente elevadas para este delito, pudiendo quedar penado con más años que el delito de homicidio, con un rango de entre diez a quince años de prisión, estableciéndose una desproporcionada equiparación del bien jurídico libertad con el de la vida, considerado como el más importante e indisponible de nuestro Estado de Derecho. Además, es innecesario volver a que todos los delitos sexuales queden encuadrados bajo la rúbrica de “violación”, para quedar después reguladas como agravantes del mismo las diferentes conductas delictivas, puesto que esto no otorga una mayor protección a la víctima, sino que, por el contrario, difusa las figuras penales actualmente reguladas y dificulta la punibilidad de los mismos. Así, entendemos que las agresiones sexuales tienen sus propios elementos identificadores que, como hemos explicado con detalle, las diferencian de los elementos que identifican los actos sexuales sin consentimiento válido propios de los abusos sexuales.

Por último, el estudio de estos delitos nos ha permitido encontrarnos con aspectos que suponen dificultades en la aplicación de sus correspondientes preceptos penales, pudiendo diferenciar cinco elementos que valoraremos a continuación.

En primer lugar, en lo referente a la **configuración del bien jurídico protegido**, estamos de acuerdo con ciertos sectores doctrinales que no consideran necesaria una diferenciación de “Delitos contra la libertad sexual” dentro de los considerados delitos contra la libertad debido a que, en muchas ocasiones, el bien jurídico no es la libre determinación de la conducta sexual de cada uno o el derecho a no inmiscuirse en actos sexuales contrarios a nuestra voluntad, sino la libertad de decisión que se encuentra coartada frente a los actos llevados a cabo por el agente, como pasa de igual forma en delitos como el de coacciones o amenazas. En esta línea, entendemos que a menudo los actos de naturaleza no consentidos o consentidos de forma viciada sólo tienen un carácter sexual para el sujeto activo de los mismos, mientras que para el sujeto pasivo será a veces un acto que atente contra su libertad moral, pudiéndose encuadrar también bajo esta rúbrica, sin tener que otorgarles un carácter sexual que a veces es más degradante o de venganza que propiamente lúbrico. Esto puede ser observado en que, en el delito de

agresión sexual por intimidación del artículo 178, se considera que la lesión al bien jurídico de libertad sexual se verificará en el momento en que se altera la capacidad de decisión de la víctima, y no en el momento de consumación del acto sexual como ocurre en el tipo del art. 179, dejándose de lado la consideración sexual de la conducta cuando ésta es de menor entidad que la lesión a la facultad de decisión.

En segundo lugar, y como hemos mencionado en estas mismas conclusiones, una **unificación de los delitos sexuales** bajo la figura de la violación fruto de unas demandas sociales que a veces desconocen la diferencia existente entre agresiones y abusos es desproporcionada, incoherente con las reformas penales anteriores e indeterminada en su aplicación. Así, entendemos que las penas son suficientemente graves y las figuras están correctamente diferenciadas, lo que permite encuadrar unos hechos fácticos en sus tipos penales más fácilmente que con las configuraciones penales previas al 1995.

Otro aspecto importante a solucionar de cara a las posibles reformas penales es la **indeterminación para valorar el otorgamiento o no de consentimiento**, ya que cuando el medio comisivo es la intimidación, esto deriva una mayor dificultad probatoria que con la violencia, la cual puede dejar consecuencias físicas en la víctima de fácil apreciación. En este sentido, se puede mencionar el llamado caso sueco que, tras su reforma en 2017, establece que “todo sexo no voluntario será considerado ilegal”, no requiriendo una violencia o amenaza para la consideración de violación, además de proponer dos nuevas tipificaciones como son la “violación negligente” o “abuso sexual negligente”, siendo en ambas el elemento diferenciador la necesidad de consentimiento.<sup>119</sup>

Por último, y en referencia a los **delitos de abusos sexuales**, estamos de acuerdo en la regulación actual de los delitos contra la libertad sexual, pues se establece una graduación según el tipo de ataque que se lleve a cabo, si bien la tipificación de algunos preceptos no es la adecuada. Así, como ya hemos comentado, el tipo residual del art. 181.1 puede ser considerado inútil y de difícil aplicación, pudiéndose haber recogido un tipo básico para estos delitos que abarcase mucho más contenido, para a partir del mismo tipificar las distintas circunstancias que lo agravarán, como ocurre con las agresiones sexuales. Además, la regulación de algunas de las circunstancias agravantes de los abusos sexuales, y debido en gran parte a la indeterminación que supone su tipo básico, provoca

---

<sup>119</sup> PÉREZ ALAMILLO, R. (2018, 27 de julio). Las políticas penales sobre delitos sexuales: el caso Sueco y la ocurrencia de Carmen Calvo. *Hay Derecho, Expansión*. Obtenido el 4/04/2019 en <https://hayderecho.expansion.com/2018/07/27/politicas-penales-delitos-sexuales-caso-sueco-carmen-calvo/>.

situaciones en las que se incumple el principio *non bis in idem*, especialmente cuando el prevalimiento sirve como fundamento para la situación de superioridad existente frente a la víctima, para después pasar a ser valorado como agravante de dicha conducta, lo cual resulta ilógico en su aplicación.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal . (31 de Marzo de 2015).
- Alcácer Guirao, R. (2004). *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*. Barcelona: Atelier.
- Blús, A. (s.f.). *El sexo sin consentimiento es violación. ¿Por qué sólo ocho países europeos lo reconocen?* Recuperado el 5 de Abril de 2019, de Amnistía Internacional España: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/el-sexo-sin-consentimiento-es-violacion-por-que-solo-nueve-paises-europeos-lo-reconocen>
- Blanco Lozano, C. (2005). *El Nuevo Derecho Penal Sexual Español tras las Reformas de 2003*. Aranzadi.
- Cancio Meliá, M. (2011). Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual. *La Ley Penal*(80).
- Caruso Fontán, M. V. (2006). *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017). *Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal* . Fiscalía General del Estado.
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. (2011). (210).
- Código Penal Español de 1822. (9 de Junio de 1822). Madrid.
- de Elena Murillo, V. (2009). Comentario al artículo 178 del Código Penal. En S. A. Gadea, *Código Penal. Parte Especial, tomo II*. (Vol. I). Factum Libri Ediciones.
- de Elena Murillo, V. (2009). Comentario al artículo 179 del Código Penal. En S. A. Gadea, *Código Penal. Parte Especial. Tomo II* (Vol. I).
- de Elena Murillo, V. (2009). Comentario al artículo 181 del Código penal. En S. Amadeo Gadea, *Código Penal. Parte Especial. Tomo II* (Vol. I).
- de la Rosa Cortina, J. M. (s.f.). Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Recuperado el 28 de Marzo de 2019, de Fiscal.es: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20)



José%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (12 de Diciembre de 1973).

Díez Ripollés, J. L. (1981). *El Derecho penal ante el sexo, (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual)*. BOSCH.

Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. (13 de Diciembre de 2011).

Dolz Lago, M. J. (s.f.). Análisis de las novedades introducidas por la LO 1/2015 en los delitos tipificados en los artículos 182 y 183 ter CP.

Gavilán Rubio, M. (2018). Agresión sexual y abuso con prevalimiento. Análisis de la reciente jurisprudencia. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*(12).

Goenaga Olaizola, R. (1997). Delitos contra la libertad sexual. *Eguzkilore*(10).

Gomez, K. (s.f.). *Concubinato*. Obtenido de Monografias.com: <https://www.monografias.com/trabajos35/concubinato/concubinato.shtml>

Gómez Serrano, A., & Rodríguez Devesa, J. M. (1995). *Derecho Penal Español. Parte Especial* (18ª Edición ed.). Madrid: Dykinson.

Huete Nogueras, J. J. (s.f.). Delitos contra la libertad sexual: principales novedades de la Reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales. Recuperado el 15 de Marzo de 2019, de Fiscal.es: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8)

Iñesta Pastor, E. (2011). *El Código Penal español de 1848*. Valencia: El Código Penal español de 1848.

Jescheck, H.-H. (1972). La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos y resultados. *ADPCP* , 635-636.

Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto. (11 de Octubre de 1978).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal . (24 de Noviembre de 1995).

- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. (1 de Mayo de 1999).
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal . (26 de Noviembre de 2003).
- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal . (22 de Junio de 1989).
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal . (23 de Junio de 2010).
- Liñán Lafuente, A. (2017). Trazos de Derecho penal. Parte especial. *Manual. Autoedición (No publicado)*.
- Marchena Gómez, M. (1990). *Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código Penal (Ley Orgánica 3/1989)* (Vol. II). Editorial LA LEY.
- Martínez Atienza, G. (2004). Comentarios al Código Penal. Estudio sistematizado.
- Morales Prats, F., & García Albero, R. (1996). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Aranzadi.
- Muñoz Conde, F. (2017). *Derecho Penal Parte Especial* (21ª Edición ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, J. (26 de Abril de 2018). El abogado de La Manada recurrirá porque el Tribunal ‘ha roto el principio acusatorio’ al condenarlos por otro delito. *Diario de Sevilla*.
- Orts Berenguer, E. (1995). *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pacheco, J. F. (1881). *El Código Penal Concordado y Comentado, tomo III*. Madrid: Imprenta y fundición de Manuel Tello.
- Pérez Alamillo, R. (27 de Julio de 2018). Las políticas penales sobre delitos sexuales: el caso Sueco y la ocurrencia de Carmen Calvo. *Hay Derecho, Expansión*.
- Polaino Navarrete, M. (2008). *El bien jurídico en el Derecho penal*. Perú: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Queralt Jiménez , J. J. (2015). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Quintero Olivares, G., Valle Muñoz, J. M., Morales Prats, F., & García Albero, R. (1999). *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal* (2ª Edición ed.). Aranzadi.
- Quintero Olivares, G., Valle Muñoz, J. M., Morales Prats, F., & García Albero, R. (2005). *Comentarios al nuevo Código Penal*. Aranzadi.

Ros Martínez, M. (s.f.). Delitos contra la libertad sexual: subtipos agravados de agresión y abusos sexuales. Concurso de delitos y formas de participación. Obtenido de F. Ruiz Vadillo, E. (1990). La reforma penal en materia de lesiones y agresiones sexuales . *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*(2).

S., D. J., & de B., D. (31 de Diciembre de 1848). Código Penal de España, Sancionado en 1848. 451 y ss.

SAP, 30/2015 (Audiencia Provincia de Salamanca 27 de Octubre de 2015).

STC, 11/1992 (Tribunal Constitucional, Sala Segunda 27 de Enero de 1992).

STS , 1145/1998 (Tribunal Supremo 7 de Octubre de 1998).

STS , 2047/2002 (Tribunal Supremo 10 de Diciembre de 2002).

STS , 380/2004 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 19 de Marzo de 2004).

STS , 720/2007 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 14 de Septiembre de 2007).

STS, 1192/1997 (Tribunal Supremo 3 de Octubre de 1997).

STS, 802/2000 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 16 de Mayo de 2000).

STS, 1546/2002 (Tribunal Supremo 23 de Septiembre de 2002).

STS, 1583/2002 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 3 de Octubre de 2002).

STS, 2012/2002 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 2 de Diciembre de 2002).

STS, 55/2002 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 23 de Enero de 2002).

STS, 1518/2002 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 24 de Septiembre de 2002).

STS, 15/2006 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 13 de Enero de 2006).

STS, 1097/2007 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 18 de Diciembre de 2007).

STS, 1397/2009 (Tribunal Supremo 29 de Diciembre de 2009).

STS, 542/2013 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 20 de Mayo de 2013).

STS, 609/2013 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal 13 de Julio de 2013).

Suárez Rodríguez, C. (1995). *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*. Pamplona.

Suárez-Mira Rodríguez, C. (1997). *El delito de acoso sexual*. Madrid: Poder Judicial.

Zaza, C. (1998). Atti di libidine violenti. *Enciclopedia Giuridica Treccani, III*.

## 6. ANEXOS

### ANEXO I: Orden de encargo a la Sección Cuarta de la Comisión General de Codificación



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

**ORDEN DE 27 DE ABRIL DE 2018, POR LA QUE SE ENCARGA A LA SECCIÓN CUARTA, DE DERECHO PENAL, DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN LA ELABORACIÓN DE UN INFORME QUE ANALICE LOS DELITOS DE AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL PARA DETERMINAR SU CORRECCIÓN TÉCNICA Y UTILIDAD PRÁCTICA, ACOMPAÑADO, EN SU CASO, DEL TEXTO ARTICULADO DE UNA PROPUESTA LEGISLATIVA DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.**

La vigente configuración penal de los delitos de agresión y abuso sexual, que no ha sufrido grandes cambios desde la aprobación del Código Penal en 1995, debe analizarse para determinar si resulta correcta técnicamente y adecuada en su aplicación práctica a la sociedad actual, atendiendo, entre otros elementos, a la jurisprudencia recaída en su interpretación, a la tipificación de estos delitos en los países de nuestro entorno y a los estándares más exigentes sobre prevención y lucha frente a la violencia contra las mujeres procedentes de los instrumentos internacionales.

El objeto de este encargo y su evidente trascendencia jurídica imponen que sea la Sección de Derecho Penal la encargada de su elaboración, sin perjuicio de la incorporación a ella de vocales adscritos, con voz y voto, al amparo del artículo 10.5 de los Estatutos de la Comisión, aprobados por Real Decreto 845/2015, de 28 de septiembre, con el fin de potenciar la perspectiva de género y la especial competencia en la materia analizada.

Por todo ello, encargo a la Sección de Derecho Penal la emisión de un informe que analice los delitos de agresión y abuso sexual para determinar su corrección técnica y utilidad práctica, acompañado, en su caso, del texto articulado de una propuesta legislativa de reforma del Código Penal en la que se concreten las modificaciones necesarias a la luz de dicho informe. El plazo para la ejecución de este trabajo finaliza el 15 de junio de 2018.

Madrid, 27 de abril 2018.- El Ministro de Justicia, Rafael Catalá Polo

**ANEXO II: Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal  
para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y los ciudadanos**



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

**ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO  
PENAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL DE LAS  
CIUDADANAS Y LOS CIUDADANOS**

**I**

La protección penal de la libertad y la indemnidad sexual ha experimentado, en los últimos tiempos, una notable evolución, a fin de responder adecuadamente, en la tipificación de las conductas y en la determinación de las penas correspondientes, a las necesidades de su tutela frente al desarrollo de nuevas prácticas agresivas, y a las exigencias de las distintas previsiones normativas internacionales.

El nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ya supuso un muy relevante avance sobre el modelo tradicional, configurando el bien jurídico protegido como la libertad sexual de todos los ciudadanos, y destacando la relevancia del atentado contra la libertad personal y los derechos fundamentales que suponían tales ataques.

La reforma de este texto efectuada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, amplió el ámbito objetivo de protección, persiguiendo específicamente incrementar la protección de los menores y las personas con discapacidad, necesitadas de especial tutela jurídica. Finalmente, la reciente reforma efectuada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha incorporado en el Código una regulación específica para reprimir nuevos atentados de carácter sexual realizados contra los menores, especialmente mediante la utilización de las nuevas tecnologías como instrumentos al servicio de esos ataques sexuales.

Pese a todo ello, la normativa precisaba de ser mejorada. En primer término, porque en supuestos concretos no transmitía adecuadamente a la sociedad el contenido de las conductas prohibidas, ni su indudable gravedad. Y, además, porque era preciso ajustarla a las previsiones del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011.

## II

En función de todo ello, la presente reforma de los Capítulos I y II del Título VIII del Libro II del Código Penal persigue, en primer término, visibilizar la gravedad de estas infracciones, para lo cual se suprime el concepto de “abuso sexual”, que no transmite adecuadamente el carácter coactivo y agresivo de todo comportamiento sexual que se impone a otra persona contra su voluntad. Con esta reforma, todos los atentados de carácter sexual contra otra persona se caracterizan como agresiones (como figura básica) y como violaciones (como figura caracterizada por la penetración a través de cualquiera de las cinco modalidades tradicionales).

Con el mismo propósito, se incorpora una mención expresa, a los mismos efectos de visibilización de la gravedad de la conducta del ataque sexual a otra persona, a que es delito todo comportamiento de carácter sexual que se realice sin el consentimiento de la persona agredida.

De este modo, la consideración de todos los atentados contra la libertad sexual como violaciones o agresiones obliga a refundir el contenido de los vigentes Capítulos I y II del Título VIII del Libro II del Código Penal.

## III

Por exigencias del principio de proporcionalidad, además de distinguirse adecuadamente entre las conductas de agresión básica y las de violación (agresiones caracterizadas por la penetración a través de cualquiera de las cinco modalidades tradicionales), se cualifican las conductas que se realizan empleando violencia o intimidación, o mediante la actuación conjunta de dos o más personas, situación ésta de especial gravedad que justifica la

equiparación de esta modalidad de agresión a las tradicionales figuras violentas e intimidativas.

Del mismo modo, se efectúa un ajuste de las penas previstas para estos delitos, a fin de adecuarlas a su específica gravedad. Así, se eleva a 3 años el límite mínimo de 1 año que hasta ahora se establecía para la sanción del delito básico de agresión sexual; y se suprime la pena alternativa de “multa de 18 a 24 meses” que se establecía en el tipo básico del delito de abusos sexuales, para focalizar la sanción siempre en penas privativas de libertad que visibilizan igualmente mejor la dimensión del reproche social que merecen estas conductas.

Igualmente, por considerarse que incorpora una específica gravedad de la conducta, no valorada penológicamente de manera adecuada en la actualidad, se configura como agravante específica la circunstancia de que el autor, previamente a la agresión, haya anulado la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

Y, de acuerdo a la ampliación de tutela que establece el Convenio de Estambul, y la aplicación a este delito de la imprescindible perspectiva de género, se realiza, configurándola como una agravante específica, la circunstancia de que la víctima del ataque sexual sea o haya sido esposa, o mujer que estuviese o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

Finalmente, también por exigencias del principio de proporcionalidad, en atención a los marcos punitivos previstos en el actual Código Penal, se ajustan las posibilidades de imposición de las penas de 12 a 15 años de prisión a los casos realmente más graves y extremos de esta delincuencia sexual.

Y, para sancionar más adecuadamente los supuestos más reprochables de esta gravísima criminalidad, se incorpora un nuevo apartado 4 en el artículo 192, con el que se condiciona la obtención de beneficios penitenciarios al cumplimiento efectivo de una parte significativa de la condena impuesta.

La reforma procede también a derogar el artículo 182, que contenía una regulación poco adecuada al desarrollo actual de nuestra sociedad, y por ello no tenía aplicación práctica.

**Artículo único.**- Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

1. Se modifica el rótulo del Capítulo I del Título VIII del Libro II, que queda redactado como sigue:

“De la violación y otras agresiones sexuales”

2. Se modifica el artículo 178, que pasa a tener la siguiente redacción:

“1. El que atentare contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento será castigado, por agresión sexual, con la pena de prisión de uno a tres años.

Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen abusando de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o actuando de manera sorpresiva, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada su voluntad por haber ingerido previamente fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

2. La pena será de prisión de tres a cinco años si la agresión sexual se cometiere empleando violencia o intimidación, o mediante la actuación conjunta de dos o más personas.

3. En atención a la menor gravedad del hecho, y valorando todas las circunstancias concurrentes, podrá imponerse la pena inferior en grado”.

3. Se modifica el artículo 179, que queda redactado como sigue:



“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, se castigará como violación, con la pena de prisión de cuatro a diez años en el caso del apartado primero del artículo anterior, y de prisión de seis a doce años en el supuesto de su apartado segundo”.

4. Se modifica el artículo 180, que pasa a tener la siguiente redacción:

“1. Se impondrán las penas previstas en los dos artículos precedentes en su mitad superior, si concurriese alguna de las siguientes circunstancias, que no hubiese sido tomada en cuenta para integrar el tipo delictivo:

1.<sup>a</sup> Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2.<sup>a</sup> Cuando se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3.<sup>a</sup> Cuando la víctima sea especialmente vulnerable.

4.<sup>a</sup> Cuando el autor se hubiere prevalido de una relación de superioridad o parentesco con la víctima, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines.

5.<sup>a</sup> 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.

6.<sup>a</sup> Cuando el autor, previamente a la agresión, haya anulado la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

7.<sup>a</sup> Y cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, podrán imponerse las penas superiores en grado a las previstas en este artículo, en su mitad inferior”.

5. Se modifica la numeración y el rótulo del Capítulo II bis, que pasa a ser Capítulo II, y tener la siguiente denominación:

“De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”.

6. Se modifica el artículo 183.1, que pasa a tener la siguiente redacción:

“El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años”.

7. Se modifica el segundo párrafo del artículo 183 bis, que tendrá la siguiente redacción:

“Si le hubiera hecho presenciar un delito de carácter sexual, aunque el autor no hubiera participado en el mismo, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años”.

8. Se incorpora un nuevo apartado 4 al artículo 192, con la siguiente redacción:

“Si la pena de prisión que se imponga por alguno de los delitos previstos en este Capítulo fuera igual o superior a cinco años, el juez o tribunal sentenciador, motivadamente, y en atención a las circunstancias concurrentes en el hecho y en el responsable del mismo, podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional no se efectúen hasta el cumplimiento efectivo de la mitad de la condena impuesta”.

### **Disposición derogatoria.**

1. Quedan derogados los artículos 181 y 182 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
2. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Ley Orgánica.

### **Disposición final primera. Título competencial.**

La presente Ley Orgánica se dicta al amparo de lo previsto en el artículo 149.1, 6.a de la Constitución Española.

### **Disposición final segunda. Entrada en vigor.**

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.