

eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

GRADO EN DERECHO  
CURSO 2019-2020

# INTERPRETACIÓN DEL DERECHO SOBRE LOS CONCEPTOS QUE ABARCAN LA VIOLENCIA DE GÉNERO

**Trabajo realizado por Aia García Pascual  
Dirigido por Victoria Iturralde Sesma**

<b>1. Introducción</b>	3.
<b>2. Las agresiones y los abusos sexuales</b>	
2.1. Tipos penales	9.
2.2. Diferencia entre agresión y abuso sexu.	12.
2.3. Autoría múltiple	15.
<b>3. Conceptos clave</b>	
3.1. Violencia	20.
3.2. Intimidación. Intimidación ambiental	22.
3.3. El consentimiento de la víctima	27.
3.4. Prevalimiento	28.
3.5. Violación	31.
<b>4. Conclusiones</b>	35.
<b>5. Bibliografía</b>	38.

## 1. Introducción

Hoy en día, la Violencia de Género es uno de los grandes enemigos sociales a combatir, tanto a nivel individual como colectivo. Es indudable, que en dicha batalla cobran una gran relevancia las normas que la regulan, y junto con ellas la interpretación y aplicación que se hace de las mismas por parte de las autoridades jurídicas.

Esta situación ha dado lugar a que las mujeres necesiten tener una cobertura jurídica que las asista y guarde frente a esos hechos, lo cual ha motivado la creación y modificación de numerosos preceptos legislativos con el objetivo de frenar esa vulneración de derechos fundamentales, tales como el principio de igualdad recogido en el art.14 de la Constitución Española.

En este punto, cabría definir qué es la violencia de género a nivel doctrinal, y qué la diferencia de las otras modalidades de violencia ejercidas también sobre la mujer. Respondiendo a la primera pregunta, la definición otorgada por la doctrina mayoritaria establece que esta es el tipo de violencia que surge *“como una discriminación sistemática que se manifiesta tanto en concretas desigualdades de trato, como en la desigualdad de oportunidades causadas por unos prejuicios de género que configuran un sistema patriarcal con unas relaciones poder desigual entre mujeres y hombres”*<sup>1</sup>.

En cuanto a la segunda pregunta referente a qué diferencia a la violencia de género de otras modalidades de violencia, como podría ser la doméstica o aquella que se desarrolla en el ámbito intrafamiliar, la principal diferencia la encontramos en la temporalidad, puesto que si bien la violencia doméstica tiene lugar en lo que subsiste la convivencia con el agresor que la impone en el núcleo familiar, la violencia de género tiene una amplitud temporal superior, puesto que esta subsiste y se sigue dando incluso una vez roto ese vínculo con el agresor.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ROMÁN LLAMOSI, Sofía, “Los delitos de violencia de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: *Introducción apartado b) identificación del problema*” [https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/delitos-violencia-genero-analisis-774122629?\\_ga=2.98813534.158166743.1588540969-325078399.1588540969](https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/delitos-violencia-genero-analisis-774122629?_ga=2.98813534.158166743.1588540969-325078399.1588540969) consultado el 24 de Abril de 2020.

<sup>2</sup> ROMÁN LLAMOSI, Sofía, “Los delitos de violencia de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: *Introducción apartado*

Al hablar de violencia de género es necesario hacer referencia a la corriente feminista y cómo esta ha motivado y ha favorecido la lucha contra la misma. Al analizar los preceptos legislativos que hacen referencia a esta violencia, cobra relevancia la vaga aproximación que hacen los mismos a un punto de vista femenino. Resulta llamativo que los delitos que regulan la violencia contra las mujeres no sólo no se entiendan desde la perspectiva de estas, sino que incluso lleguen a irradiar bases machistas.

El feminismo ha contribuido a que se plantee la necesidad de un cambio de perspectiva a la hora de tratar y enjuiciar estos delitos. Ha puesto de manifiesto que el problema respecto a este tipo de violencia no sólo reside en numerosos factores y aspectos, sino que estos se complementan entre sí para favorecer la violencia machista, factores tales como el modelo tradicional de familia, los estereotipos de los roles sexuales o las desigualdades económicas<sup>3</sup>. Además, desde la perspectiva feminista se saca a la luz que el problema de la violencia de género, además de en los factores que analizaremos posteriormente, reside en que para hacer justicia al respecto es necesario llevar a cabo un reparto igualitario de las obligaciones, derechos y responsabilidades que en su día se han atribuido al rol de la mujer<sup>4</sup>.

Al realizar un análisis de la legislación vigente relativa a la violencia de género, lo primero que llama la atención es la multitud de reformas sufridas por esta junto con la falta de delimitación de la misma, además de la evidente necesidad de ampliar su regulación e introducir numerosos aspectos que, si bien no se encuentran regulados, son necesarios y determinantes a la hora de abarcar este problema y de ofrecer realmente una seguridad a las mujeres que la sufren<sup>5</sup>.

Analizando dicha legislación desde un punto de vista puramente nacional, la primera regulación la encontramos en la LO 3/1989 de 21 de Junio, que si bien no contempló la violencia de género como tal, introdujo el delito de violencia doméstica habitual, para lo cual incluso creó un tipo penal en el capítulo dedicado a las lesiones. De esta forma,

---

b) identificación del problema" [https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/delitos-violencia-genero-analisis-774122629?\\_ga=2.98813534.158166743.1588540969-325078399.1588540969](https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/delitos-violencia-genero-analisis-774122629?_ga=2.98813534.158166743.1588540969-325078399.1588540969) consultado el 24 de Abril de 2020.

<sup>3</sup> TURÉGANO MANSILLA, Isabel : "Derecho y violencia contra las mujeres: La perspectiva feminista: 1. Las raíces del problema de la violencia de género. La necesidad de una aproximación compleja ". págs. 2-3.

<sup>4</sup> TURÉGANO MANSILLA, Isabel : "Derecho y violencia contra las mujeres: La perspectiva feminista: 1. Las raíces del problema de la violencia de género. La necesidad de una aproximación compleja ". págs. 5-6.

<sup>5</sup> PERAMATO MARTÍN, Teresa; "Aspectos jurídicos de la Violencia de Género. Evolución." pág. 4.

el legislador se propuso castigar a quien habitualmente y por cualquier motivo infringiere violencia física sobre "su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de efectividad y otros miembros del núcleo familiar"<sup>6</sup>, definiendo a su vez qué se considera esa habitualidad, puesto que la interpretación jurídica de este delito depende en gran medida de cómo se interprete lo que se considera habitual.

Siguiendo con el análisis legislativo, es indiscutible que en la legislación española destaca la Ley Orgánica 01/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia sobre la Mujer, puesto que esta supuso un antes y un después en la regulación de este tipo de violencia.

Esta norma, en su momento de redacción y su consiguiente publicación, definía la violencia contra la mujer como aquella que tenía lugar únicamente en el ámbito de la pareja o expareja, manifestando que en dicho ámbito era donde mayormente tenía lugar la discriminación y el abuso de poder de los hombres sobre las mujeres, y dejando fuera de dicha definición el resto de modalidades de violencia existentes hacia las mismas.<sup>7</sup> Esto es una muestra de la falta de importancia que se dio en su día a este problema, puesto que actualmente la violencia existente en el ámbito de la pareja o expareja, si bien es una de las principales situaciones en la que se ejerce violencia sobre la mujer, no es sino sólo una parte de las muchas modalidades y de los muchos ámbitos en los que esta tiene lugar.

No obstante, y a pesar de la falta de regulación existente en la L.O. 1/2004, es innegable que esta Ley ha supuesto un acontecimiento de gran importancia en la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres.

A raíz de su vigencia introdujo numerosos cambios tanto a nivel jurisprudencial como legislativo, pues supuso no sólo que la doctrina introdujera este tipo de violencia sino que además hizo evidente la necesidad de reformar e introducir determinados preceptos legales tipificados en normas como el Código Penal o la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

---

<sup>6</sup> ROMÁN LLAMOSI, Sofía, "Los delitos de violencia de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: *Introducción apartado b) identificación del problema*" <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/delitos-violencia-genero-analisis-774122629?ga=2.98813534.158166743.1588540969-325078399.1588540969> consultado el 26 de Abril de 2020.

<sup>7</sup> PERAMATO MARTÍN, Teresa; "Aspectos jurídicos de la Violencia de Género. Evolución." pág.9.

En el análisis jurídico de esta cuestión, es de vital importancia la interpretación de los preceptos jurídicos que la abarcan, puesto que la mayor problemática de muchos casos de violencia de género viene dada por la interpretación de las circunstancias en los que tuvieron lugar y en cómo enmarcar dichas circunstancias dentro del precepto legal correspondiente.

En este aspecto, cabe cuestionarse de qué depende exactamente que un hecho pueda considerarse o no como violencia de género y por consiguiente enmarcarse dentro de los delitos correspondientes a la misma, o hasta qué punto están definidas suficientemente las circunstancias que tienen lugar en dichos delitos.

En relación con esa cuestión, cobran protagonismo las modificaciones sufridas en el Código Penal a raíz de la introducción de la LO 1/04. Dichas reformas dieron lugar al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad respecto de algunos de los preceptos recogidos en la norma penal.

El resultado de dicha modificación legislativa dio lugar a la 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.

Una de dichas cuestiones motivó la modificación sufrida en el art.153 CP, en torno al delito de maltrato, y el cual había sido anteriormente modificado a causa de la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros. El Tribunal Constitucional se manifestó respecto a esta cuestión en Pleno en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008, sobre la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código penal, redactado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género por una supuesta vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad: trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional.<sup>8</sup>

Dicha modificación se dio en torno a la cuestión de la falta de lesiones o maltrato sin resultado lesivo para incluir esta como delito, siempre y cuando la víctima fuera alguna

---

<sup>8</sup> STC 59/2008, de 14-05-2008, BOE nº 135 de 04-06-2008.

de las personas incluidas en el 2º párrafo del artículo 173 CP<sup>9</sup>. Así, la víctimas de este delito no necesitan acreditar que lo son a través de lesiones visibles, lo cual promueve también que no sean cuestionadas ya que no se les impone ese requisito para que puedan optar a la consiguiente protección y defensa de sus derechos.

Así el nuevo art. 153 CP para sancionar esa conducta, establece en su apartado 1º que: *“Cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”*, y añade en su apartado 2º que *“Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior”*. Así, podrá consistir la acción que da lugar a la sanción: tanto en causar lesiones psíquicas como físicas que no requieran para su curación más que la primera asistencia facultativa y que no haya requerido tratamiento médico o quirúrgico; como en golpear o maltratar efectivamente sin haber causado lesión.<sup>10</sup>

En esta línea, cabe volver a mencionar la Sentencia 59/2008 del Tribunal Constitucional de 14 de mayo, en la cual aclaró que la intención del legislador con la L.O. 1/04 fue la de “sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”<sup>11</sup>.

Por otro lado, es relevante la inclusión del artículo 156º ter del Código Penal, puesto que introduce la medida de libertad vigilada para el condenado por delito de maltrato, tanto si se trata de violencia de género como de violencia doméstica, ya que el legislador fue consciente de que en esos casos de violencia es necesario imponer un control conductual al maltratador.

La L.O. 1/15 influyó también en el delito de amenazas leves, elevándose a delito leve en caso de que estas tuvieran lugar en los supuestos en los que es víctima la mujer en

---

<sup>9</sup> PERAMATO MARTÍN, Teresa; *“Aspectos jurídicos de la Violencia de Género. Evolución. Tutela Penal: Delito de Maltrato.”* págs. 14-15.

<sup>10</sup> PERAMATO MARTÍN, Teresa; *“Aspectos jurídicos de la Violencia de Género. Evolución. Tutela Penal: Delito de Maltrato.”* pág. 14.

<sup>11</sup> STC 59/2008, de 14-05-2008, BOE nº 135 de 04-06-2008.

relaciones afectivas, presentes o pasadas, así como cuando lo son también el resto de familiares.

Además, dicha Ley Orgánica modificó las faltas de vejaciones injustas en injurias livianas, estableciendo en este caso también que tendrán la consideración de delitos leves cuando la víctima ostente la situación de ser pareja o ex-pareja del agresor o cualquier otra persona recogida en el círculo familiar. Así, el art. 173.4 del Código penal introduce dicho delito, pero exigiendo en su apartado segundo la denuncia previa del agraviado en el caso de las injurias leves.

Este último supuesto lleva a plantearse si realmente es ese requisito necesario para poder darle a la víctima que esté sufriendo ese delito la importancia que merece. En este caso, se muestra que el requisito se ha limitado a establecer una especie de pista previa sobre la situación para poder proceder a incidir en ella, pero con esto se ha dejado de lado un amplio margen interpretativo referente a los supuestos en los que la víctima, ya sea porque no tiene medios para proceder a la denuncia o por cualquier otro motivo, no ha puesto en conocimiento previo la situación<sup>12</sup>.

Este tipo de cuestiones son las que muestran la importancia que tiene la correcta delimitación, interpretación y consiguiente aplicación de los preceptos reguladores de la violencia de género, así como de todos los conceptos que la abordan, para lo cual procederemos a su consiguiente análisis.

La agresión sexual muestra a través de sus rasgos la relación que mantiene con una estructura específica de relaciones de género, puesto que este tiene un gran poder simbólico a nivel social, puesto que se centra tanto en la sexualidad como en la necesidad de que, después de generaciones de represión y silencio, se hable de este tipo de violencia y se comprenda<sup>13</sup>. Además, está a su vez relacionada con la relación entre géneros, así como con la delincuencia y la justicia y cómo esa justicia lleva a cabo su labor combinándola con el resto de factores mencionados<sup>14</sup>.

Dentro de nuestro Código Penal, este dedica específicamente su Título VIII para tratar los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Dentro del mencionado Título, podemos encontrar tipificados cinco delitos: De las agresiones sexuales; De los

---

<sup>12</sup> PERAMATO MARTÍN, Teresa; "Aspectos jurídicos de la Violencia de Género. Evolución." pág. 6.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ, Cándido; "¿Qué es la agresión sexual?" pág. 25.

<sup>14</sup> SÁNCHEZ, Cándido; "¿Qué es la agresión sexual?" pág. 21.



abusos sexuales; De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; Del acoso sexual; De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual; y por último trata de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores.

Este trabajo va a limitar el estudio a los delitos de agresión y abuso sexual, haciendo un análisis general de los mismos, abarcando sus diversos aspectos y a la problemática que surge en torno a los mismos.

## **2. Agresiones y abusos sexuales**

### 2.1. Tipos penales

El tipo básico de violencia de género viene tipificado en el artículo 153 CP apartado 1), estableciendo una pena de prisión de tres meses a un año para *“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor,”*.

El Capítulo I dentro del mencionado Título VIII está dedicado a tratar el delito de agresiones sexuales, dentro del cual el artículo 178 tipifica el tipo básico de agresión sexual. Este artículo define dichas conductas como aquellas que atenten contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, castigando a quien lo haga como responsable de agresión sexual, y por consiguiente, con la pena de prisión de uno a cinco años.

El artículo 179 CP tipifica a continuación la conducta constitutiva de violación, imponiendo la que pena de prisión de seis a 12 años en aquellos casos en los que: *“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”*.

Por último, dentro de este capítulo el artículo 180 establece una serie de circunstancias que agravan las penas impuestas en los artículos 178 y 179 CP, en los casos en los que:

- “1. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
2. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.
4. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
5. 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.”

Añade el apartado 2º que en el caso de que concurren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

Habitualmente, las descripciones de los hechos constitutivos de agresiones sexuales constan con cuatro elementos: Un agresor; una víctima coaccionada; un deseo sexual atípico y no consentido; y efectos nocivos para la víctima como resultado de la agresión<sup>15</sup>.

En la STS 460/2017 de 21 de junio, se establece por la Jurisprudencia la necesidad de probar la oposición de la víctima para poder hablar de agresión sexual. La Audiencia entendió que colocar boca abajo a la víctima sujetándole con una de sus manos los brazos de la misma, situándose el acusado con el cuerpo encima de aquélla, como no podía ser de otro modo, no garantiza la realización de la penetración, efectuada sin resistencia alguna y sin necesidad de utilizar ningún otro mecanismo violento<sup>16</sup>. Este

---

<sup>15</sup> SÁNCHEZ, Cándido; “¿Qué es la agresión sexual?” ... op, cit., pág.15.

<sup>16</sup> GAVILÁN RUBIO, María; “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia”. *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág.88.

tipo de sentencias provocaron que la doctrina fuera cuestionada a la hora de la delimitación de los preceptos que definían las conductas de agresión sexual.

Así, el Tribunal Supremo en la STS 1728/2019 establece que en los actos de agresión sexual, en lo referente a la reacción de la víctima y su oposición hay dos extremos, que son necesarios y no excluyentes el uno del otro:

- Por una parte, exigir a las víctimas de las agresiones sexuales un plus de oposición cuando de las circunstancias se evidencia que por el acto de violencia o intimidación la víctima ve claro que cualquier oposición va a ser innecesario, resulta una absoluta ficción .
- Por otra parte, declara que no se puede exigir una teorización o idealización del empleo de la oposición bajo cualquier riesgo para la vida de la víctima, puesto que el miedo de la víctima es legítimo, así como su miedo a que acaben con su vida en el caso de llevar a cabo una negativa irresistible a ceder a los instintos libidinosos del agresor.<sup>17</sup>

Además, el TS establece la necesidad de tener en cuenta ambos extremos, para así poder valorar si dicha violencia o intimidación es tal para “determinar el vencimiento de cualquier acto de oposición serio que pueda llevar a cabo la víctima de un delito de agresión sexual<sup>18</sup>”.

El segundo tipo penal que integra este tipo de violencia está constituido por los abusos sexuales. Los abusos sexuales vienen tipificados en el Código Penal en el Capítulo II del mismo título anterior, el cual establece en su artículo 181 la responsabilidad como autor del delito de abusos sexuales para el que “*sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona*”. Así, el apartado 2 define que: “*Se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*”.

---

<sup>17</sup> STS 1728/2019, pág. 9.

<sup>18</sup> STS 1728/2019, pág. 9.

El apartado 3º del artículo 181 hace mención a la figura del prevalimiento. Así, recoge la figura del abuso sexual con prevalimiento estableciendo que: *“La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.”* El prevalimiento se califica así por la jurisprudencia como un el delito consistente en el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima<sup>19</sup>.

El apartado 4º del mencionado artículo eleva la pena para los casos en los que la conducta de abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

Además, dentro de este capítulo el artículo 182 tipifica la conducta de quien incurra en abuso sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, mediando engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, elevando a su vez la pena en los casos en los que la mencionada conducta consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

## 2.2. Diferencia entre agresión y abuso sexual

Como hemos analizado, si bien la agresión y el abuso sexual son conductas tipificadas de forma separa, muestran numerosos factores en común, siendo los que marcan la diferencia los determinantes a la hora de definir una conducta dentro de un tipo delictivo o de otro.

En ambos casos estamos ante conductas caracterizadas por la situación de superioridad de la persona que las infringe respecto a la víctima. No obstante, muchas de las decisiones jurídicas que han delimitado una conducta como agresión o abuso han sido el foco de grandes controversias a la hora de tener en cuenta cuál es el límite entre los dos. La conducta básica de los delitos está constituida por la realización de actos sin consentimiento que atenten contra la libertad sexual de la persona, con la concurrencia de los siguientes factores:

---

<sup>19</sup> GAVILÁN RUBIO, María; “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia”. *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág.86.

1. Un elemento objetivo con significado sexual, basado en el contacto corporal o tocamiento obsceno.
2. Un elemento subjetivo definido como “ánimo libidinoso” o deseo de obtener una satisfacción del apetito sexual del autor.<sup>20</sup>

El problema que se ha planteado, además de que las penas por abuso sexual son superiores que las de por agresión sexual, surge en torno a qué circunstancias o qué elementos hay que valorar para delimitar la conducta, puesto que en este aspecto la actuación<sup>21</sup> de la víctima tiene gran relevancia, y ahí es donde entra el juego la interpretación de los conceptos jurídicos.

En la norma penal se plasma la conducta delictiva como una única conducta unificada, dentro de la cual la actuación de la víctima tiene que responder también a unos patrones conductuales establecidos. Se tratan así las conductas constitutivas de agresión o abuso sexual dentro de un marco normativo cerrado, en el que además se vulnera la decisión autónoma de la víctima, puesto que se da por hecho que toda persona que está en esa situación ha de actuar de igual forma<sup>22</sup>.

De esto se desprende que haya una idea generalizada de que, a la hora de aplicar la norma penal, únicamente las conductas que están tipificadas como delito merecen ser enjuiciadas, siempre y cuando estas tengan lugar de la forma estrictamente descrita en los preceptos, esto es, que resulta socialmente tolerado todo aquello que no está prohibido por el Derecho penal.<sup>23</sup>

Analizando las conductas separadamente, el abuso sexual, por su parte y como hemos visto anteriormente, consiste en actos que atentan contra la "libertad o indemnidad sexual" sin que medie consentimiento, pero sin violencia o intimidación. Este delito está castigado con entre uno y tres años de cárcel o multa, y con entre cuatro a diez años de prisión en los casos en que exista "acceso carnal por vía

---

<sup>20</sup> GAVILÁN RUBIO, María; “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia”. *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág.85

<sup>21</sup> Consulta Policial: Delitos relacionados con la Violencia de Género <https://amarillo-policia.blogspot.com/2012/04/delitos-relacionados-con-la-violencia.html> , consultado el 5 de mayo de 2020.

<sup>22</sup> GAVILÁN RUBIO, María; “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia”. *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág. 84

<sup>23</sup> LARRAURI PIJOAN, Elena ‘*Igualdad y violencia de género; Comentario a la STC 59/2008*’.

vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías".

Por otro lado, la agresión sexual consiste a su vez en llevar a cabo actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual, sin que medie consentimiento, pero con violencia o intimidación, teniendo este delito una pena de prisión de uno a cinco años, y de seis a doce años en los que haya acceso carnal por la vías anteriormente descritas, así como introducción de miembros corporales u objetos por la vía vaginal o anal<sup>24</sup>.

El límite entre ambas conductas, desde un punto de vista puramente jurídico, se basa en el uso de violencia o intimidación por parte del agresor. No obstante, la adecuación de esa exigencia a la realidad en la que tienen lugar los hechos, si bien la violencia es más fácil de apreciar, muchas veces dificulta que se pueda determinar si ha habido dicha intimidación o no.

Los conceptos que marcan la diferencia entre un delito y otro no sólo hay que buscarlos en torno a la situación en que acontezcan los hechos, sino que es necesario adaptarlos a su vez a la situación y a la persona de la víctima.

Al hablar de intimidación se entiende una situación de inferioridad de la víctima, la cual le impide actuar de forma libre y la cual supone una forma de control sobre su persona por parte del agresor<sup>25</sup>. En el lenguaje coloquial, se presume que los individuos conocen lo que supone llevar a cabo una conducta intimidatoria, no obstante, cuando el aprecio de dicha conducta se pone en práctica a nivel judicial surgen muchísimos problemas.

Dicho esto, es necesario que se tenga como punto de partida la situación de la víctima y el testimonio de la misma para apreciar si ha mediado intimidación o no, y a partir de ahí poder clasificar la conducta<sup>26</sup>. Estamos ante un proceso acusatorio en el cual se juzga al autor, no por los hechos que él ha llevado a cabo, sino por los hechos que la

---

<sup>24</sup> MÍNGUEZ LÓPEZ, Judith "El fenómeno de la delincuencia sexual en España: Análisis y propuesta de intervención." págs 29 a 33.

<sup>25</sup> PERAMATO MARTÍN, Teresa; "Aspectos jurídicos de la Violencia de Género. Evolución. Tutela Penal: Delito de Maltrato." pág. 12.

<sup>26</sup> Sentencia de la AP de Barcelona nº 500/2000, de 17/04/00.

víctima ha manifestado respecto a él, cuando en realidad el injusto penal se centra en los actos del autor sobre la víctima, y no al revés<sup>27</sup>.

Esto muestra la necesidad de que las conductas pasen a tipificarse bajo un sólo delito, con sus consiguientes circunstancias agravantes o atenuantes, pero con el punto de partida de que toda conducta que atente contra la libertad sexual de las personas y suponga un menoscabo a la misma merece ser tomada por la gravedad de la misma.

### 2.3. La autoría múltiple

Analizando lo tipificado en el Código Penal, destaca el carácter individual de la autoría de las agresiones sexuales que se ha establecido en un principio en este delito, si bien la realidad social nos muestra que hoy en día este tipo de delito ha adquirido en ocasiones un carácter colectivo, de forma tal que es cada vez más habitual encontrarse ante casos de agresión sexual con autoría múltiple<sup>28</sup>.

El artículo 180 del Código Penal establece en su circunstancia 2ª la posibilidad de elevar la pena en el caso los hechos se cometan por “*la actuación conjunta de dos o más personas*”. Dicha circunstancia es en muchos casos la determinante de que se produzca la situación de violencia o agresión, puesto que supone una reducción en la capacidad de defensa de la víctima y un aumento de su posición minoritaria.

En España las agresiones sexuales en grupo han adquirido gran protagonismo en los últimos años, lo cual ha propiciado la elaboración de jurisprudencia al respecto para tratar este supuesto.

Si una cosa tienen en común todos los casos, es el cuestionamiento del testimonio de la víctima, así como una especie de exigencia de actuación de la misma en estos supuestos, ya sea respecto a su actitud hacia los agresores como su actitud individual, de forma que se ha llegado incluso a insinuar que la culpable del delito es la víctima y no los agresores<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y PARRILLA VERGARA, J. “Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde la perspectiva de género?” pág. 242.

<sup>28</sup> DE LA TORRE LASO, Jesús “¿Por qué se Cometan Agresiones Sexuales en Grupo? Una Revisión de las Investigaciones y Propuestas Teóricas: Introducción.”.

<sup>29</sup> MÍNGUEZ LÓPEZ, Judith: “*El fenómeno de la delincuencia sexual en España*”, pág. 18.

En este aspecto, la STS 882/2020 de 14 de mayo de 2020 referente a una agresión sexual propiciada por parte de tres hombres hacia una mujer, ha establecido que respecto a las reacciones de las víctimas ante este tipo de delitos "no puede equipararse este tipo de hechos, y víctimas que los sufren, con cualquiera otro, lo que determina que no pueda medirse con una vara de igual trato la victimización de una violación, que la otro tipo penal, ya que se trata de una reacción lógica en muchos casos el esconder lo ocurrido por vergüenza, o por otras causas que solo el proceso de victimización que ha sufrido una mujer a la que han agredido sexualmente, y en este caso, nada menos que tres personas al mismo tiempo, puede explicar. Ello determina que no pueden establecerse criterios igualitarios en las "reacciones de las víctimas" ante un determinado tipo de delitos, como la violencia de género, o las agresiones sexuales, dado que es comprensible el silencio inicial de éstas víctimas y que al final se deciden a contar lo ocurrido, sin que este proceso pueda mermar en modo alguno la credibilidad de las víctimas<sup>30</sup>".

Dicha sentencia además narra que al finalizar los hechos constitutivos de la agresión sexual, los agresores dejaron a la víctima en el portal sin forma de que esta pudiera salir de allí sola, siendo los vecinos quiénes la encontraron y le propiciaron ropas y auxilio.

El TS dio credibilidad a la declaración de la víctima basándose tanto en la falta de móviles para que esta propiciara una declaración falsa, como en la verosimilitud de los hechos narrados al haber sido estos corroborados posteriormente por diversos elementos. Así, La víctima manifestó recordar que los tres acusados mantuvieron relaciones sexuales con ella utilizando para ello fuerza física para sujetarle de piernas, manos y cadera<sup>31</sup>.

En este punto, es de vital importancia mencionar dos de las sentencias que han marcado la regulación de la violencia de género, que son las relativas a la manada de Pamplona y a la manada de Manresa. Ambos casos tienen en común la controversia que han suscitado dada a la evolución calificativa de los hechos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, 38/2018, de 20 de marzo, conocida también como la sentencia de la manada de Pamplona, sentenció a cinco hombres a 9 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del

---

<sup>30</sup> STS 882/2020, 14-05-20, N° de Recurso: 10613/2019, pág. 4.

<sup>31</sup> STS 882/2020, 14-05-20, N° de Recurso: 10613/2019, pag. 8.



derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de acercamiento a la víctima y de comunicarse con ella por cualquier medio durante 15 años y una medida post-penitenciaria de 5 años de libertad vigilada, cada uno, además de al pago de una indemnización conjunta de 50.000 euros en concepto de responsabilidad civil, por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento de situación de superioridad cometido en grupo contra una joven de 18 años.<sup>32</sup>

Los hechos tuvieron lugar en 2016 durante los Sanfermines, y se basan en una violación múltiple la cual en un primer momento fue calificada como abuso sexual y no como agresión. Dicha calificación se basó en la falta de credibilidad del testimonio de la víctima y en su falta de resistencia a los hechos.

Cabe mencionar que los hechos constitutivos del delito consistieron en llevar a la víctima hasta un portal, hacerla entrar en el mismo hasta llevarla a una especie de cubículo en el cual la rodearon, impidiendo así que pudiera escapar, y posteriormente los acusados comenzaron a penetrarla anal y vaginalmente, mientras dos de ellos grababan la situación para posteriormente difundir los vídeos y alardear.

En un primer momento este caso se calificó como un delito de abuso sexual continuado, puesto que se decía que no había tenido lugar la violencia o intimidación necesarias para poder calificarlo como agresión, ni había una manifestación de la víctima a oponerse a los hechos, de manera que se entendía que ante la falta de oposición esta consentía los hechos.<sup>33</sup> La sentencia fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el cual mantuvo la calificación inicial de los hechos constitutivos del delito sexual<sup>34</sup>. Así, el 5 de diciembre 2018, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra confirmó la pena de nueve años de prisión por abuso sexual junto con el resto de penas anteriormente descritas.

Esto provocó una oleada masiva de manifestaciones y descontento social contra la resolución judicial como nunca antes se había visto, puesto que en la propia sentencia se manifestó que los procesados "la apremiaron a entrar en el portal tirando de "la denunciante", quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino , sin

---

<sup>32</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y PARRILLA VERGARA, J. "Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde la perspectiva de género?" pág.269.

<sup>33</sup> OJER, P. (26 de abril de 2018). «Sentencia de «La Manada»: Condenados los cinco acusados a 9 años de prisión por abuso sexual». *ABC*. Consultado el 25 de mayo.

<sup>34</sup> STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de noviembre de 2018.

violencia."<sup>35</sup>, lo cual manifestó tanto la falta de regulación de los preceptos penales de dichas conductas como la necesidad de ampliar la misma.

Así, el 7 de diciembre 2018, la Fiscalía de Navarra decidió presentar un escrito ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial solicitando el ingreso en prisión de los cinco condenados, puesto que la sentencia dictada sostenía que no hubo consentimiento de la víctima y ratifica la verosimilitud del testimonio de la denunciante, confirmando así la calificación de abuso sexual continuado y descartando que existiera violencia para poder elevar el delito a agresión sexual.

La sentencia relata expresamente hechos tales como “cuando la denunciante está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando”, lo que evidencia “que la denunciante estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados”, además de que una vez finalizados uno de los agresores sustrajo el móvil de la víctima y posteriormente abandonaron el portal dejándola ahí.<sup>36</sup> Además, los acusados llegaron incluso a contratar un detective privado, el cual espía el comportamiento de la víctima en las redes sociales para demostrar que no padecía ningún trauma a consecuencia de los hechos.

Dicha sentencia mostró que la regulación de los delitos sexuales se encuentra excesivamente centrada en la idea del consentimiento, sin ser suficiente para condenar por la modalidad más grave de delito sexual el silencio y la pasividad, puesto que exige a la víctima que demuestre que manifestó una resistencia desesperada frente a los actos a los que fue sometida<sup>37</sup>.

Posteriormente la cuestión fue llevada al Tribunal Supremo quien revoca las dos sentencias de los tribunales navarros, que habían considerado el ataque múltiple como un abuso sexual y no una violación, basándose para ello en su propia jurisprudencia. Si bien los precedentes no eran idénticos, había varios casos en los que se había dirimido entre abuso y agresión sexual y se había resuelto a favor de la agresión al considerar elementos intimidatorios. Así, el TS en la sentencia dictada el 21 de junio

---

<sup>35</sup> STS 2200/2019, de 4 de julio de 2019.

<sup>36</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y PARRILLA VERGARA, J. “*Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde la perspectiva de género?*” pág. 272.

<sup>37</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y PARRILLA VERGARA, J. “*Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde la perspectiva de género?*” pág. 273.

de 2019 elevó a 15 años la pena de prisión por considerar que sí existió agresión sexual<sup>38</sup>.

Otro de los casos que ha tenido gran repercusión a nivel mediático y que ha marcado legislación relativa a la violencia de género es el de la manada de Manresa. Este caso se basa en una violación grupal a una menor de catorce años que se encontraba inconsciente en el momento de los hechos y de lo cual se sirvieron los agresores para llevar a cabo los hechos. Los hechos tuvieron lugar en octubre de 2016 por parte de cinco jóvenes, pero la denuncia y consiguiente juicio no han tenido lugar hasta 2019. Una vez más, la conducta es tipificada en un primer lugar como abuso y no como agresión sexual, puesto que "pudieron realizar los actos sin usar ningún tipo de violencia o intimidación para vencer una oposición que no existía<sup>39</sup>". Además en este caso se da la circunstancia de que dos de los acusados presenciaron la violación sin hacer absolutamente nada para evitarlos.

Posteriormente, la sección 22 de la Audiencia de Barcelona condenó a penas de entre 10 y 12 años de prisión para cinco de los seis acusados de violar "por turnos" a una menor de 14 años en Manresa, como responsables de un delito de abuso sexual continuado. La delimitación del delito se basa en que esa acción encajaba dentro del delito de abuso sexual puesto que los violadores no tuvieron que recurrir a la violencia ni a la intimidación porque la víctima estaba inconsciente tras haber ingerido alcohol y marihuana. Evidentemente, dicha sentencia está pendiente de los recursos interpuestos por la fiscalía y por la acusación particular.

En los dos supuestos anteriormente descritos, podemos apreciar similitudes. En primer lugar, destaca la superioridad numérica de los agresores respecto de la víctima. En este punto, cabe preguntar qué espera el tipo penal de la actuación de la víctima, respecto a cinco hombres que la superan en peso y fuerza, para poder apreciar la existencia de intimidación.

El propio Tribunal Supremo ha manifestado en varias sentencias relativas a agresiones sexuales individuales que en esas situaciones no se le puede pedir a la víctima una actuación concreta, puesto que su capacidad de decisión y consiguiente

---

<sup>38</sup> STS 344/2019, de 21 de junio de 2019.

<sup>39</sup> SAP B 2902/2019, de 25 de febrero de 2019, Audiencia Provincial de Barcelona.

actuación se ve cohibida, condicionada y reducida ante el inminente peligro y el miedo<sup>40</sup>.

Además, en ambos casos las violaciones tuvieron lugar por turnos, lo cual supone una clara muestra del uso de violencia de los agresores, puesto que en otro caso la víctima no hubiera consentido que se repitiera la conducta sexual.

El TS establece en su STS 1728/2019 que hay que entender la violencia o intimidación como suficiente para vencer la voluntad de la víctima, analizando a su vez las circunstancias y hechos anteriores, coetáneos e inmediatos a que tenga lugar el acceso carnal para así valorar si, en efecto, existió esa violencia o intimidación que es determinante para definir la conducta dentro de un tipo penal u otro.<sup>41</sup>

En cualquier caso, la violaciones de carácter grupal han motivado la necesidad de un cambio legislativo y una amplitud de los preceptos que definen las conductas sexuales para poder entender dentro de ellos todas las vertientes que pueden plantear las mismas, "porque el grado de violencia o intimidación que se pide para elevar la conducta a la categoría de agresión sexual, como ha ocurrido en el caso de la Manada, se interpreta por la jurisprudencia de forma restrictiva<sup>42</sup>".

### **3. Conceptos clave**

#### **3.1. Violencia.**

El principal de los conceptos con el que el Código Penal marca la diferencia entre agresiones y abusos sexuales es la violencia. Lo primero que hay que destacar es que los conceptos de intimidación y violencia son considerados de forma diferente respecto a cómo se les considera dentro de otros delitos, y por lo tanto su apreciación y enjuiciamiento no se lleva de la misma manera como podría llevarse a cabo en delitos como el hurto o las lesiones.

La jurisprudencia ha ido definiendo el concepto de violencia dentro de la violencia de género y adaptándolo a raíz de la evolución que ha sufrido el mismo, motivada tanto por las corrientes feministas como por los cambios sociales.

---

<sup>40</sup> MÍNGUEZ LÓPEZ, Judith: "El fenómeno de la delincuencia sexual en España" pág. 27.

<sup>41</sup> STS 1728/2019, N° de Recurso 379/2018, ECLI: ES:TS:2019:1728, pág. 9.

<sup>42</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y PARRILLA VERGARA, J. "Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde la perspectiva de género?" pág. 273.

Por violencia no hay que entender sólo aquella en la que resulta totalmente imposible la resistencia, sino también hay que tener en cuenta la fuerza física, basándose en la premisa de que a mayor resistencia que oponga la víctima mayor será la violencia o el uso de fuerza que aplicará el agresor sobre la misma, esto es, que a raíz de las circunstancias la resistencia de la víctima suponga tal coste para ella que no resulte razonable esperar que esté dispuesta a asumirlos<sup>43</sup>.

La Sentencia 289/2014. de 25 de Septiembre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, estableció que, dentro del delito de violación, en lo referente a la violencia o fuerza física requerida por el tipo penal, esta ha de ser "suficiente y eficaz para vencer la resistencia de la víctima", sin ser precisa una oposición irresistible de la misma<sup>44</sup>.

En la STS 834/2014 de 10 de diciembre la Sala II del TS dilucida la cuestión de qué se considera violencia como elemento del tipo de las agresiones sexuales previsto en el art. 178 CP. La Sala considera que "... la violencia típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación<sup>45</sup>" y añade que "... siendo la agresión sexual un delito que ataca a la libertad sexual, la violencia o intimidación deberá vencer la voluntad contraria de la víctima, y tal infracción delictiva se cometerá en todas las situaciones en que el sujeto activo coarte, limite o anule la libre decisión de una persona en relación con la actividad sexual que el sujeto agente quiere imponer<sup>46</sup>".

La STS 1728/2019 establece, dentro de un supuesto de agresión sexual, que "La violencia ejercida previamente fue suficiente para doblegar su voluntad y conseguir el acceso carnal. Y resulta acreditado que la paliza precedió a la relación sexual, pues según resulta del informe médico forense inicial, folio 57, la relación sexual tuvo lugar pocas horas antes de la asistencia hospitalaria, pues había gran cantidad de líquido seminal en introito vaginal, mientras que las lesiones estaban tumefactas y databan de entre 24 y 48 horas, según manifestó la médico del servicio de urgencias"<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> MONGE, FERNÁNDEZ, Antonia; "Los delitos de agresiones sexuales violentas; Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre.". pág.87 (en relación con DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., pág. 296).

<sup>44</sup> GAVILÁN RUBIO, María ; "Asesoría y proceso penal: Cap. 7: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: El delito de violación.", pág. 171.

<sup>45</sup> STS 578/2004, 26 de abril.

<sup>46</sup> STS 70/2002, 25 de enero en relación con la STS 578/2004, 26 de abril.

<sup>47</sup> STS 1728/2019, pág. 8

La doctrina establece que, en el marco de las relaciones violentas, aquella situación de mayor riesgo para la integridad física de la mujer es la separación: momento en el que el agresor advierte el curso definitivo que van adquiriendo los acontecimientos<sup>48</sup> e intenta convencer a la víctima de su culpabilidad por los mismos.

Si bien es cierto que los episodios de violencia grave, a pesar de su esencia dramática, constituyen la manifestación menos frecuente de la violencia de género, es evidente la necesidad de la creación de instrumentos que permitan evaluar adecuadamente el riesgo ante este tipo de situaciones<sup>49</sup>. Éstos deben comprender, como elementos vertebradores, la peligrosidad del agresor y la vulnerabilidad de la víctima, así como la interacción entre ambos.

En las agresiones sexuales, lo decisivo es que el agresor emplea la violencia para doblegar la voluntad contraria de la víctima y no para agredir sexualmente, por lo que la violencia típica ha de ser la razón del delito sexual y ha de proyectarse sobre el cuerpo de la víctima, no teniendo por qué coincidir el momento del uso de dicha violencia con el momento de la consumación del hecho. En definitiva, podemos decir que "la violencia es el medio para poder realizar la acción sexual en sí misma, neutralizando los obstáculos interpuestos por la víctima oponente"<sup>50</sup>, siendo suficiente que dicha violencia doblegue la voluntad de la víctima, de forma tal que esta acceda a la práctica sexual tanto por la inutilidad de mostrar resistencia como por el miedo de que en el caso de mostrarla devenga un mal mayor para ella<sup>51</sup>.

### 3.2. Intimidación. Intimidación ambiental.

Otro de los principales conceptos que aparece redactado en la norma penal para marcar la diferencia entre los delitos de agresión sexual y abuso sexual, junto a la violencia, es la intimidación.

---

<sup>48</sup>Vid. AMOR, P. J., ECHEBURÚA, E., CORRAL, P., SARASUA, B. & ZUBIZARRETA, I., "Maltrato físico y maltrato psicológico en mujeres víctimas de violencia en el hogar: un estudio comparativo", *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica*, Vol. 6 (núm. 3), pág. 168.

<sup>49</sup> ECHEBURÚA, E. & CORRAL, P., "El homicidio en la relación de pareja", *EGUZKILORE. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 23, 2009.

<sup>50</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 291.

<sup>51</sup> MONGE, FERNÁNDEZ, Antonia; "Los delitos de agresiones sexuales violentas; Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre.". pág. 93.

Tanto la intimidación como la violencia son tratadas de forma diferente en estos delitos respecto del resto de conductas tipificadas. La STS núm. 650/2008 de 23 octubre, con cita de la STS 956/2006 de 10 de octubre, define dentro del delito de robo la intimidación como “el temor de un mal grave e inmediato, personal, concreto y posible que despierte o inspire en el ofendido su mantenimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado. No puede ceñirse la intimidación al supuesto de empleo de medios físicos o uso de armas, bastando las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando por las circunstancias existentes hay que reconocer la idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido<sup>52</sup>”.

Dicha consideración de la intimidación en otros delitos supuso que surgiera la necesidad de adaptar dicha definición también a las conductas sexuales de los artículos 178 a 182, puesto que la exigencia conductual definida en los mismos no respondía a la exigida en otros delitos que establecen también la conducta intimidatoria.

La intimidación, en un primer momento fue definida por la jurisprudencia como “la amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo”<sup>53</sup>. Si bien la intimidación guarda una estrecha relación con la violencia física, la diferencia radica en que la primera se basa en motivar a la víctima para que ceda y deja de prestar resistencia a través de anunciarle el mal inminente que le espera en el caso de que no acceda<sup>54</sup>.

Las notas definitorias de la intimidación son las siguientes:

1. La intimidación deberá vencer la voluntad contraria de la víctima, y “se cometerá agresión sexual en todas las situaciones en que el sujeto activo coarte, limite o anule la libre decisión de una persona en relación con la actividad sexual que el sujeto agente quiere imponer<sup>55</sup>”. Habrá que atender al tipo de circunstancias de cada caso concreto relativas a la voluntad de

---

<sup>52</sup> STS 650/2008 de 23 octubre.

<sup>53</sup> ATS (Sala Segunda) de 1 de julio de 2004.

<sup>54</sup> MONGE, FERNÁNDEZ, Antonia; “*Los delitos de agresiones sexuales violentas; Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre.*”. pág.97

<sup>55</sup> SSTS 578/2004 de 26 de abril.

oposición al acto sexual para delimitar si ha habido dicho condicionamiento<sup>56</sup>, “ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo<sup>57</sup>”.

2. La intimidación consiste en “la amenaza de un mal, el cual en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se relaciona directamente por el autor con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual buscada por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa<sup>58,59</sup>. Se exige además en esos delitos que la intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado<sup>60</sup>.
3. La intimidación dentro de la agresión sexual “ha de paralizar o inhibir la voluntad de resistencia de la víctima y actuar en adecuada relación causal<sup>61</sup>”, tanto en el aspecto material como por la certeza de la inutilidad de prolongar una oposición que, si se da, podría conllevar peores consecuencias para la víctima<sup>62</sup>.

También ha señalado la doctrina de esta Sala que “la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado<sup>63</sup>”.

Esta figura encuentra también una estrecha relación con el delito de amenazas, puesto que gran parte de la doctrina opina que “todo efecto intimidatorio ha de provenir de una conducta amenazadora<sup>64</sup>”. Es habitual que la intimidación surja como resultado de una amenaza, propiciada ya sea por parte del sujeto activo o por parte de un tercero que la provoque, sobre la persona con la que se pretende tener el acceso carnal, y la cual debe contar con las características de seriedad y gravedad. Dicha amenaza ha de

---

<sup>56</sup> GAVILÁN RUBIO, María; “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia”. *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág.91.

<sup>57</sup> SSTS 1 de julio de 2002 y 23 de diciembre de 2002.

<sup>58</sup> STS 9/2016 de 21 de enero.

<sup>59</sup> STS 9/2016 de 21 de enero

<sup>60</sup> GAVILÁN RUBIO, María; “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia”. *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág.90.

<sup>61</sup> STS 953/2016

<sup>62</sup> GAVILÁN RUBIO, María; “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia”. *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág. 95.

<sup>63</sup> STS 609/2013, de 10 de julio de 2013.

<sup>64</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., págs.297-298.



gozar de cierta intensidad, es decir, ha de ser verosímil para que la víctima se la crea y obre condicionada por la misma. De acuerdo con esto, la agresión contra la libertad sexual de una persona conlleva que el agresor utilice la intimidación tanto para vencer la oposición de la víctima como para lograr su objetivo<sup>65</sup>.

La intimidación ha de imponer una conducta a la víctima basada en el vencimiento de su libre voluntad, esto es, ha de ser tal que ha de paralizar dicha voluntad de resistencia. En definitiva, para apreciar la intimidación la víctima ha de actuar en virtud de la relación de causalidad tanto por convencimiento de la inutilidad de oponerse como por vencimiento material, basándose dicho convencimiento en que si se prolonga la oposición eso podría suponer un mal mayor para la víctima.

Otra característica que destaca dentro de la intimidación y la cual es necesaria mencionar es la referente al miedo. Cuando hablamos de intimidación es necesario mencionar el elemento principal que constituye la misma: el miedo de la víctima. Como hemos visto con las definiciones anteriormente dadas, el efecto principal de la intimidación en la persona que la sufre es el temor que surge en ella debido a la situación respecto del agente intimidatorio. La intimidación conlleva un estado de control sobre la víctima dominado por el miedo que vive esta de sufrir los ataques o consecuencias del agresor, motivado por esa amenaza grave e inminente que propicia el sujeto activo del delito.

En los delitos tanto de agresión como de abusos sexuales es evidente el importante papel que juega el miedo, hasta tal punto que en muchos casos es el determinante de que el agresor pueda ejercer el dominio sobre la víctima, infundiendo temor hacia él mismo o hacia lo que él pueda hacer.

Si analizamos la jurisprudencia, es habitual que encontremos redacciones referentes a que el miedo de la víctima le impidió actuar, o que dicho miedo no le permitió tomar medidas respecto del agresor, o que cumplió los deseos del agresor por miedo a que si no lo hacía las consecuencias pudieran ser incluso la muerte.

---

<sup>65</sup> MONGE, FERNÁNDEZ, Antonia; "Los delitos de agresiones sexuales violentas; *Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre.*". págs. 95-99.

Si bien la intimidación en sí misma constituye un concepto determinante de la violencia de género, dentro de esta se merece especial mención la llamada intimidación ambiental, puesto que la consideración de este concepto como tal ha sido el resultado tanto de las reformas penales como de la jurisprudencia relativa a los delitos contra la libertad de indemnidad sexuales.

La intimidación ambiental surge en el clima de las anteriormente analizadas "manadas" de agresores y abusadores sexuales. Dichos casos provocaron que fuera necesario contemplar dentro del concepto de intimidación aquella referente a lo situación ambiental que acompaña los hechos constitutivos del delito. La presencia grupal puede producir en la víctima este tipo de intimidación, la cual genera una situación coactiva para la víctima, a la vez que provocar un efecto de reforzamiento en la actitud de los agresores<sup>66</sup>.

La sentencia de la Manada supone un antes y un después en el tratamiento de la violencia sexual hacia las mujeres, debido a que en un principio no apreció la concurrencia de la intimidación en el ataque y debido a ello lo calificó como abuso sexual y no como agresión<sup>67</sup>.

Recordando lo anteriormente descrito, la sentencia relataba el ataque de cinco varones, mayores en edad y en corpulencia física, en un espacio angosto y con difícil escapatoria, hacia una joven, lo que constituye un ejemplo claro de intimidación. Así, con esta calificación recoge la AP en su sentencia los hechos probados como "al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos, la denunciante" se sintió impresionada y sin capacidad de reacción<sup>68</sup>."

En un principio se estimó que no existía dicha intimidación debido a la falta de resistencia manifestada por la víctima, pero pronto se llegó a la conclusión de que, en virtud de los hechos comprendidos en la sentencia, precisamente esa falta de resistencia venía motivada por las circunstancias en las que esta se encontraba,

---

<sup>66</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y PARRILLA VERGARA, Javier "Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde la perspectiva de género?" pág.307.

<sup>67</sup> SAP Navarra 18/2018, de 20 de marzo.

<sup>68</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y PARRILLA VERGARA, Javier "Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde la perspectiva de género?" pág.308.

constituyendo a su vez esas circunstancias la intimidación requerida en el tipo penal de la agresión sexual.

Dicha sentencia motivó la creación jurisprudencial de la figura de la intimidación ambiental, definiendo que en los casos de agresión sexual hay que atender a dicho componente externo. De esta forma, en estos supuestos, además de atender al plano subjetivo y mental de la víctima para determinar la existencia de la intimidación, habrá que valorar la concurrencia de las circunstancias objetivas y externas que constituyen en sí mismas intimidación<sup>69</sup>.

Posteriormente y débito a esta consideración, la SAP Madrid 2/2019, de 1 de febrero, relativa al caso de "La manada de Villalba", contempla esta figura para sentenciar a los acusados como autores de un delito de agresión sexual. Así, la mencionada sentencia establece que "La jurisprudencia admite que el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la agresión sexual, ya que la presencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental a la vez que provocar un efecto de reforzamiento psicológico de quien se ve rodeado de otras personas que lo animan<sup>70</sup>".

Así, actualmente se considera por la jurisprudencia que se actúa bajo intimidación en aquellos supuestos en los que concurren determinadas circunstancias externas que son aptas para anular la capacidad de resistencia de la víctima, así como la de cualquier persona que se hubiera encontrado en su misma situación<sup>71</sup>, y por consiguiente penándose la conducta como constitutiva del delito de agresión sexual.

### 3.3. El consentimiento de la víctima

En el mencionado Capítulo II, dentro de los abusos sexuales se define el tipo como los actos contra la libertad sexual realizados sin violencia ni intimidación, pero sin el consentimiento válido de la víctima. Dentro de esta modalidad se incluyen supuestos tales como el ataque por sorpresa o la utilización sexual de persona privada de

---

<sup>69</sup>RUIZ CALVO, Miguel; "La intimidación ambiental desde el conocimiento de los delitos sexuales" <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-intimidacion-ambiental-desde-el-conocimiento-de-los-delitos-sexuales#:~:text=En%20su%20origen%20y%20aun,de%20la%20acci%C3%B3n%20que%20se> , consultado el 5 de junio de 2020.

<sup>70</sup>SAP Madrid 2/2019, de 1 de febrero, pág. 13.

<sup>71</sup> STS núm. 344/2019 de 04 de julio.

sentido, teniendo todos en común que la víctima no presta su consentimiento, bien porque se encuentra impedida para prestarlo o bien manifestando claramente su oposición.

El consentimiento juega un papel vital dentro de este tipo de delitos, puesto que marca en muchos casos que los hechos se califiquen de acuerdo a un tipo penal u otro. El problema en cuanto a esta figura radica en cómo se estima o se determina si ha mediado el consentimiento de la víctima o no. La base en lo referente a esto debería ser la declaración de la víctima en la que esta manifieste si ese consentimiento ha sido prestado o no, y si de haberlo sido ha sido de forma viciada. El abuso sexual esta determinado por el actuar sin la voluntad de la víctima o hasta conseguir dicha voluntad a través de la coacción o el aprovechamiento de la situación de superioridad del sujeto activo.

Hay que diferenciar entre el consentimiento que se obtiene restringido y condicionado por la amenaza de un mal, y el consentimiento viciado que se encuentra dentro del tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada<sup>72</sup>.

Dentro del CP, este hace mención al consentimiento obtenido de forma viciada dentro de la figura del prevalimiento. Así, el art. art. 181.3 CP recoge la figura del abuso sexual con prevalimiento, configurando esta agravante como forma de conseguir el consentimiento de la víctima en contra de su voluntad: *“3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.”*

#### 3.4. Prevalimiento

Como se ha mencionado anteriormente, la figura del prevalimiento viene definida en el apartado 3º del artículo 181 del código penal, el cual lo define como un el delito consistente en el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup>GAVILÁN RUBIO, María; “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia”. *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág.91.

<sup>73</sup>GAVILÁN RUBIO, María; “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia”. *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág.86.

El abuso sexual con prevalimiento se incorporó al Código Penal para cubrir las lagunas de punibilidad en supuestos en los que existían serias complicaciones para acreditar la existencia de la intimidación requerida por el tipo<sup>74</sup>. Así, el prevalimiento ha sido considerado por numerosos autores como una especie de intimidación de segundo grado, esto es, una intimidación menor o atenuada. Dicha consideración ha dado lugar a comprender dentro del delito de abuso sexual con prevalimiento situaciones de intimidación generadas tanto por la manifestación expresa o tácita del sujeto activo de causar un mal como por la recepción por parte de la víctima de dicha manifestación<sup>75</sup>, puesto que esta condiciona la actuación y el comportamiento de la misma.

Dicho esto, podemos configurar los elementos del prevalimiento como tres: "1) Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta. 2) Que esa situación influya, en la libertad de la víctima, coartándola. 3) Que el agente del hecho, siendo consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual<sup>76,77</sup>.

Dentro de esta figura entra en juego el abuso de confianza a modo de agravante genérica, basándose en que dicho abuso comprende el propio concepto de prevalimiento. Así, la reforma operada por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, define una modalidad de prevalimiento en la nueva redacción del artículo 182, estableciendo que el prevalimiento no sólo se refiere a la situación anteriormente descrita, sino que además se refiere a la situación de "abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima", asociando el abuso de confianza con el abuso de superioridad<sup>78</sup>.

La STS 801/03 entiende que el abuso de confianza va siempre implícito en los casos de abuso de menores de 16 años, pero que en el resto de situaciones entiende por prevalimiento el aprovechamiento de no puede darse junto con el abuso de confianza

---

<sup>74</sup> ASÚA BATARRITA, Adela.: "Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género", 1998, 26 ss.

<sup>75</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y PARRILLA VERGARA, Javier "Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde la perspectiva de género?" pág.311.

<sup>76</sup> GAVILÁN RUBIO, María; "Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia". *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; op..., cit., pág. 86.

<sup>77</sup> STS 1518/2001, de 14 de septiembre.

<sup>78</sup> GAVILÁN RUBIO, María; "Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia". *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág. 87.

por concurrirse en non bis in ídem<sup>79</sup> y al no proceder la valoración de dicha circunstancia junto con la figura del prevalimiento.

La definición del prevalimiento ha ido completándose en virtud de la jurisprudencia a través de los años, débito a que el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse al respecto en numerosas ocasiones. Así, el TS declara que "...el prevalimiento típico exige una relación de superioridad del sujeto activo con respecto al pasivo que debe ser aprovechada por el primero para la realización del acto atentatorio a la libertad sexual. En tanto que el primero puede ser constatado de forma objetiva, el segundo, el aprovechamiento de la situación ha de ser inferido de forma racional por el órgano jurisdiccional y debe expresarlo en la sentencia<sup>80</sup>".

Por otro lado, se hace mención al desnivel de la situación existente entre las partes como elemento integrante de esta figura. La STS 935/2005, 15 de julio, define la situación de desigualdad como aquella que viven las partes en la que "una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta<sup>81</sup>".

Es necesario matizar la distinción entre prevalimiento e intimidación, puesto que si bien ambos son conceptos integrantes de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual no están constituidos por los mismos elementos.

Por su parte, el prevalimiento se basa en la existencia de una situación de superioridad que basta que coarte la libertad de la víctima, sin requerir actos amenazantes de un mal futuro, mientras que la intimidación supone la presentación de un mal en un grado superior, identificado y de posible realización, siendo dicho mal el que suprime o reduce muy significativamente la capacidad de decisión de la víctima,

---

<sup>79</sup>GAVILÁN RUBIO, María; "Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia". *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág. 87.

<sup>80</sup>SSTS 1165/2003, 18 de septiembre en relación 785/2007, 3 de octubre.

<sup>81</sup>STS 935/2005, 15 de julio de 2005.

que dada una situación que no le deja elección aceptable aparentemente consiente y cede al agresor.<sup>82</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Supremo marca la diferencia entre ambas figuras basándose en un comportamiento coactivo dirigido a la obtención del consentimiento, que aparece en los casos de intimidación pero que está ausente en los de prevalimiento, y es dicha ausencia la que marca la línea diferencial entre ambos conceptos. En el prevalimiento, podemos decir que contamos con una especie de intimidación que emana de la situación que coarta la libertad de decisión, pero esta al ser de grado inferior no impide de forma total dicha libertad, sino que la disminuye de manera considerable, de manera que el art. 181.3 del Código Penal alude a una situación de superioridad manifiesta basada en la posición privilegiada del sujeto. Así, dicha posición es aprovechada por el mismo sobre la víctima, impidiéndole obrar libremente en la toma de sus decisiones en materia sexual<sup>83</sup>.

La línea divisoria entre intimidación y prevalimiento es especialmente difícil de apreciar en los casos límite en los que es clave para marcar la diferencia entre un delito de agresión o uno de abuso sexual. Estos casos se basan en la diferencia entre el consentimiento que se obtiene restringido y condicionado por la amenaza de un mal y el consentimiento viciado que se encuentra dentro del tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada<sup>84</sup>.

### 3.5. Violación

Como hemos visto anteriormente, la violación aparece tipificado en el artículo 179 del CP, como un tipo agravado dentro de las agresiones sexuales cuando éstas consistan en penetración anal, vaginal o bucal o la introducción de objetos en las dos primeras vías.

La modalidad del tipo referente al acceso carnal ha sido definido por la jurisprudencia en un sentido más amplio como *"relación sexual en la que intervienen los órganos*

---

<sup>82</sup>GAVILÁN RUBIO, María; "Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia". *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág. 89.

<sup>83</sup>GAVILÁN RUBIO, María; "Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia". *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág. 89.

<sup>84</sup>GAVILÁN RUBIO, María; "Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia". *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; pág.91.

*genitales, sin necesidad de que se dé penetración, bastando con la práctica fricativa*<sup>85</sup>. No obstante, hay que ser cauto con la interpretación de dicho término, puesto que una interpretación exacta de lo que se entiende por ‘*acceso carnal*’ o ‘*penetración sexual*’ no conlleva necesariamente por parte del sujeto activo la introducción del pene en la correspondiente cavidad. De esto deducimos que el concepto ‘*acceso carnal*’ que viene definido en el tipo penal comprende todos aquellos casos en los que el sujeto activo no sólo penetra sino consigue también ser penetrado<sup>86</sup>.

Parte de la doctrina ha criticado que la vía bucal tenga la misma consideración que la vía vaginal o anal, al considerar que la bucal consistiría una conducta constitutiva de un supuesto de masturbación. No obstante, la falta de consideración de la vía bucal supondría un trato discriminatorio y excluyente de las relaciones lésbicas femeninas con respecto a las masculinas, lo cual refleja una vez más el tratamiento desigual de la sexualidad femenina frente a la masculina<sup>87</sup>.

Otra modalidad comprendida dentro del tipo penal es o la introducción de miembros corporales u objetos por las cavidades vaginal o anal, comparando esta con los accesos carnales anteriormente descritos. A raíz de la reforma operada en el CP en 1999, se excluye del artículo 179 la introducción de objetos por la cavidad bucal, al considerar que al asimilar estos casos a los supuestos de acceso carnal conllevaría el consiguiente incremento de pena y carecería de fundamento valorativo con respecto a las cavidades vaginal y anal<sup>88</sup>.

La doctrina ha ido ampliando las conductas comprendidas dentro del concepto de violación, siendo lo relevante que en el acto del juicio el tribunal valore la acreditación de que el acceso carnal se produjo bien por una violencia o una intimidación tal que es capaz de someter la voluntad contraria de la víctima, además de concretar que no se puede exigir a la misma una actitud de resistencia heroica en el desarrollo de los hechos que haga peligrar su vida o su integridad física<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Véase MUÑOZ CONDE, Francisco; *“Derecho Penal. Parte Especial”*,..., op. cit., 15ª ed., pág. 217.

<sup>86</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luis, *Comentarios...*, op. cit., pág. 282.

<sup>87</sup> MONGE, FERNÁNDEZ, Antonia; *“Los delitos de agresiones sexuales violentas; Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre.”* pág. 185.

<sup>88</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luis; *Comentarios...*, op. cit., pág. 286, n 54.

<sup>89</sup> GAVILÁN RUBIO, María, *“Asesoría y proceso penal: Cap. 7: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: El delito de violación.”*, pág. 171.



Si bien la conducta consiste en la definida en el la Ley Penal, las manifestaciones de la misma están constituidas por detalles determinantes de la misma. La figura de la violación ha pasado de ser un delito cometido sin consentimiento de la víctima a uno cometido contra su voluntad<sup>90</sup>.

Un claro ejemplo lo encontramos en la STS 292/2019, del 31 de mayo de 2019, la cual condena al imputado como autor de un delito de violación, de un delito de detención ilegal y de un delito de lesiones. En lo referente al delito de violación, el Tribunal Supremo manifiesta que la conducta consistió en propiciar golpes a la víctima, haciéndola caer y golpearse la cabeza, para acto seguido penetrarla vaginalmente y eyacular<sup>91</sup>.

La valoración por el Tribunal de la declaración de la víctima adquiere aquí un papel dominante, puesto que de ella emana la posterior decisión de desestimar el recurso de casación interpuesto contra la dictada sentencia.

Aunque en este aspecto no estemos tratando expresamente el tipo penal, es necesario mencionar que el Tribunal establece que, dentro de la situación descrita y vivida por la víctima, no existen razones de índole subjetivo ni objetivo que permitan dudar de su testimonio, así como la falta de que la víctima tuviera algún tipo de razón para denunciar unos hechos que no fueran ciertos. Además, se constata la verosimilitud de las declaraciones prestadas por la víctima tanto en la fase de instrucción como en el acto del juicio oral. Añade el TS el dominio del miedo de la víctima como explicación de no haber podido evitar o tomar medidas respecto de la situación.<sup>92</sup>

Así, el Tribunal destaca que: "La práctica forense nos ha enseñado que una relación sexual no consentida no lleva necesariamente aparejadas lesiones en el introito vaginal, cuando la víctima es una mujer adulta y no se trata de su primera experiencia. En el caso que nos ocupa, la propia víctima admite que no ofreció resistencia, por lo que tampoco fue necesario ejercitar fuerza sobre sus muslos. Pero es evidente que, tras una paliza como la que acababa de recibir, de la que fue colofón un puñetazo en la cara que la hizo golpearse contra los azulejos, no tenía objeto resistirse."<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y PARRILLA VERGARA, Javier, "Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde la perspectiva de género?" pág. 274.

<sup>91</sup> STS 292/2019, 31-05-19

<sup>92</sup> STS 1728/2019, pág. 5.

<sup>93</sup> STS 1728/2019, pág. 8.

Por lo que de esto se desprende la premisa de dar prioridad a la declaración de la víctima en lo referente a los hechos acaecidos, en lugar de primar la manifestación física de dichos hechos, como sería primar la necesidad de lesiones en la zona vaginal de la misma para así poder apreciar la violación.

La violación no se limita a lo acaecido durante el acceso carnal, sino que deben analizarse y tenerse en cuenta todos los actos que hayan tenido lugar, ya sean anteriores, coetáneos o inmediatos a que haya tenido lugar dicho acceso, para así poder apreciar si ha tenido lugar esa violencia o intimidación que establece el precepto penal para apreciar esta conducta.

Así, la mencionada sentencia proclama que en los casos de violación no es necesaria una defensa invencible de la víctima pues “no puede exigirse a una víctima de violación una defensa invencible ante un acto de penetración por el agresor que ha venido precedido por golpes reiterados, que pueden producir en la víctima una dejación de oposición al no saber el alcance de los actos del agresor sexual, y si puede acabar con su vida.<sup>94</sup>”.

Otro caso de violación es el expuesto en la STS 591/2019, de 26 de febrero de 2019, la cual narra los hechos de la agresión sexual acaecidos entre dos personas ligadas previamente con una relación sentimental y convivencial. Esta sentencia adquiere especial relevancia al introducir la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de género.

Los hechos descritos consisten en, además de propiciar insultos y humillar a la víctima, le quitó el pijama y las bragas mientras esta le pedía que no lo hiciera, diciéndole el acusado que “haría lo que él quisiera, que para eso estaba y no servía para otra cosa”, y procedió así a situarse encima de ella y comenzó a penetrarla vaginal y analmente, mientras la víctima seguía manifestando su falta de consentimiento y le suplicaba que parase. Finalmente, el agresor finalizó eyaculando sobre la cara y el pecho de la víctima, añadiendo un carácter vejatorio a la situación<sup>95</sup>.

Como consecuencia de los hechos descritos, se condena al agresor como responsable de un delito de agresión sexual previsto como violación, y se introduce la

---

<sup>94</sup>STS 1728/2019, pág. 8.

<sup>95</sup>STS 591/2019, pág. 2.

apreciación de la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de género. En este aspecto, el TS establece que es decisivo para apreciar dicha circunstancia que se acredite la intención de cometer el delito contra la mujer por el hecho de ser mujer, siendo “la acción criminal un claro reflejo del ánimo gravemente discriminatorio hacia aquélla por el hecho de ser su esposa o su compañera sentimental<sup>96</sup>”.

La mencionada circunstancia agravante fue introducida por la Ley Orgánica 1/2015, que modificó el art. 22.4 del Código Penal, para añadir la posibilidad de cometer el delito por motivo de discriminación referente al sexo de la víctima y así actuar por razones de género.

En cualquier caso, es evidente que, si bien la jurisprudencia ha ido avanzando, concretando y ampliando las conducta contenidas dentro del delito de violación, este es un delito que precisa ya no de una concreción penal del tipo que lo integra, sino el asumir que es un delito que no puede definirse de forma cuadrículada. Las conductas constitutivas del delito de violación gozan de un margen de actuación muy amplio, y por consiguiente la interpretación de las mismas debería ser amplia a su vez, no limitándose la norma penal a englobar dentro de este delito unas únicas conductas con sus respectivas condiciones. Esto plantea el problema de que si la conducta se interpreta estrictamente de acuerdo a lo definido en la norma penal, haya casos en los que estando efectivamente ante una violación los hechos no se califiquen como tal, por lo que hay que asumir que este delito no es un delito definido sino en definición constante.

#### **4. Conclusiones**

La violencia de género es un término que ha ido adquiriendo protagonismo en virtud de cómo se ha ido exteriorizando la violencia hacia las mujeres. Si bien es cierto que nuestro sistema penal regula y condena los actos constitutivos de este tipo de violencia, dicha regulación, además de necesitar una ampliación y una concreción de los supuestos que la abarcan, muchas veces se desvía del que debería ser su principal objetivo: la cobertura y asistencia a las víctimas. Dicho esto, resulta contradictorio que la cobertura que el sistema penal otorga a las mujeres muchas

---

<sup>96</sup>STS 591/2019, pág.4.

veces acabe volviéndose en su contra y prive a las mismas de su capacidad de autodeterminación<sup>97</sup>.

En los conceptos anteriormente analizados podemos apreciar que estos, por mucho que se mencionan también en otros delitos, no pueden ser interpretados y aplicados de la misma forma. Es necesario adaptar los conceptos de violencia e intimidación dentro de las conductas constitutivas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, de forma tal que este tipo de violencia pase a reconocerse como una categoría independiente y propia de violencia.

La violencia de género requiere una interpretación propia porque está formada por conductas propias y específicamente comprendidas en ella misma. Es imprescindible marcar la diferencia de lo que suponen estos conceptos dentro de las agresiones y los abusos sexuales, puesto que el no hacerlo conlleva a asimilar esta violencia con la ejercida en otros tipos penales constitutivos de delitos totalmente diferentes, y por consiguiente a la impunidad de algunas conductas por considerar que no encajan dentro del tipo penal.

Dentro de este fenómeno de violencia es indudable el papel fundamental que adquiere el feminismo a la hora de impulsar, defender y velar por los derechos de las víctimas. La corriente feminista defiende que la violencia de género está marcada por una serie de factores presididos por la idea de la mujer como sujeto pasivo y servil, sin ser considerada individualmente en sí misma como persona sino como instrumento.

Aunque aparentemente el Código Penal defiende una postura neutral ante ambos sexos, dicha neutralidad se ve perjudicada por su redacción y consiguiente interpretación sexista. La norma penal regula los delitos sexuales dando protagonismo al autor frente a la víctima y desvirtuando la imagen de la misma a través de exigencias conductuales y ambientales.

Este gran problema está marcado por una figura: la discriminación. Resulta llamativo que al analizar las conductas anteriormente descritas resalte más la figura del sujeto activo del delito que la de la víctima en sí, hasta tal punto que incluso en algunos casos da la sensación de que estas tienen que demostrar el haber sido violadas, en lugar de que los agresores demuestren que no han violado. Al hablar de

---

<sup>97</sup>TURÉGANO MANSILLA, Isabel : "Derecho y violencia contra las mujeres: La perspectiva feminista: 1. Las raíces del problema de la violencia de género. La necesidad de una aproximación compleja ". pág. 5.

discriminación, esta no se refiere a la desigualdad de trato entendida como tener más o menos derechos que otros, sino que la violencia de género como forma de discriminación de las mujeres se basa en la propia estructura patriarcal que les ha sido impuesta y asumida a lo largo del tiempo. Por eso dicha estructura se ha basado en limitar y constreñir la libertad de las mujeres, sino incluso a delegarlas a un plano y a roles secundarios, siempre dependientes del hombre y sometidas a lo mismo, sin llegar a plasmar la imagen de la mujer como individuo propio y suficiente en sí mismo<sup>98</sup>.

Si bien es cierto que la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género aprobada en el 2004 introdujo dentro del Código Penal una serie de disposiciones con el objetivo específico de regular y tutelar este tipo de violencia respecto de las mujeres, hoy en día se requiere que esta violencia sea considerada como un tipo específico de violencia diferenciado del resto de modalidades. Hace falta llevar a cabo una definición de esta violencia, puesto que el no hacerlo supone mantener la existencia de un sistema social marcado por el dominio de los hombres y la desigualdad existente entre estos y las mujeres<sup>99</sup>.

Por todo esto, además de la necesidad de llevar a cabo una reforma en la norma penal para adaptarla a lo que realmente es la violencia de género, es vital que el aplicador del derecho adopte una perspectiva feminista a la hora de enjuiciar estas conductas, de forma tal que sin ceder a la discrecionalidad interprete las conductas anteponiendo a la víctima del delito.

Es necesario que la justicia luche por combatir la discriminación existente entre géneros y promueva un tratamiento igualitario, para lo cual la corriente feminista resalta la importancia de introducir la experiencia de las mujeres tanto en el análisis del problema como en su tratamiento, además de subrayar la naturaleza social y no individual de este problema.

La jurisprudencia juega un papel fundamental en la introducción de nuevos términos y en la ampliación de la regulación. Un claro ejemplo es el anteriormente visto relativo a la intimidación ambiental, que surge como resultado de que la jurisprudencia haya asumido que la intimidación en sí misma asume variantes, y que no se trata pues de un término cerrado que hay que interpretar restrictivamente según lo dispuesto en el

---

<sup>98</sup> BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles; "Género, discriminación y violencia contra las mujeres", en Laurenzo/ Maqueda/ Rubio, Género, violencia y Derecho, Valencia, 2008, págs. 33 y s.

<sup>99</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia; "La violencia de género en el derecho penal; El nuevo paso de la Ley Integral: hacer visible la violencia de género a través del derecho penal", págs. 344-345.

Código Penal. De este modo, a raíz de la creciente demanda jurisprudencial en materia de violencia de género, mediante la jurisprudencia se va llevando a cabo tímidamente una ampliación legislativa de la violencia de género.

Es necesario que las mujeres sean consideradas como individuos que gozan de su plenitud de derechos en la misma línea que los hombres, y es necesario que estas cuenten con un sistema penal que las proteja de forma efectiva, lo cual es inviable si se siguen entendiendo las agresiones y los abusos sexuales como delitos limitados a lo estrictamente descrito en la norma penal.

En definitiva, la violencia de género es un enemigo social a combatir entre todos, contra el cual necesitamos las armas penales suficientes para poder derrotarlo, y para ello es imprescindible asumir que los conceptos que abarcan la misma no pueden ni ser interpretados de la misma forma que respecto de otros delitos, ni ser aplicados única y exclusivamente en los casos en los que los hechos constituyan estrictamente la conducta tipificada. Hay que impulsar la concepción de la violencia de género como categoría de violencia diferenciada del resto, y que como tal los conceptos que la integran deben aplicarse e interpretarse de forma específica y separada.

## 5. Bibliografía

AMOR, Pedro., ECHEBURÚA, Enrique, CORRAL, Paz., SARASUA, Belén & ZUBIZARRETA, Irene, "Maltrato físico y maltrato psicológico en mujeres víctimas de violencia en el hogar: un estudio comparativo", *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica*, Vol. 6 núm. 3, 2001.

ASÚA BATARRITA, Adela: "Las Agresiones sexuales en el nuevo código penal: regulación jurídica e imágenes culturales. Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género"; *Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria 1998.*

CASTILLEJO, MANZANARES, Raquel y ALONSO SALGADO, Cristina; *Violencia de género y Justicia*; Universidad de Santiago de Compostela, 2013.

Consulta Policial: Delitos relacionados con la Violencia de Género <https://amarillo-policia.blogspot.com/2012/04/delitos-relacionados-con-la-violencia.html> , consultado el 5 de mayo de 2020.

DE LA TORRE LASO, Jesús “¿Por qué se Cometan Agresiones Sexuales en Grupo? Una Revisión de las Investigaciones y Propuestas Teóricas: Introducción.”, *Anuario de psicología jurídica*, ISSN 1133-0740, Nº. 30, 2020.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Madrid, 1997.

ECHEBURÚA, E. & CORRAL, P., “El homicidio en la relación de pareja”, *EGUZKILORE. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 23, 2009.

GAVILÁN RUBIO, María; “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la presente jurisprudencia”. *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*.

GAVILÁN RUBIO, María ; *Asesoría y proceso penal*; Dykinson, Madrid, 2015.

LARRAURI PIJOAN, Elena “Igualdad y violencia de género; Comentario a la STC 59/2008”; *InDret 1/2009, Revista para el análisis del derecho*; 2009.

LAURENZO COPELLO, Patricia; “La violencia de género en el derecho penal; modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la Violencia de Género”; *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-9670, Nº. 4, 2006.

MAQUEDA, ABREU, M<sup>a</sup> Luisa; “LA VIOLENCIA DE GÉNERO: Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194.

MÍNGUEZ LÓPEZ, Judith: *El fenómeno de la delincuencia sexual en España*, Editorial UOC S.L., Madrid, 19 de octubre de 2015.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y PARRILLA VERGARA, J. ; *Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde la perspectiva de género?*; J.M. BOSCH EDITOR; Edición 1, Barcelona, 22 de septiembre de 2019.

MONGE, FERNÁNDEZ, Antonia; “Los delitos de agresiones sexuales violentas; Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre.”., Tirant Lo Blanch, Madrid, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2019.

OJER, Pablo. «Sentencia de «La Manada»: Condenados los cinco acusados a 9 años de prisión por abuso sexual». *ABC*, 26 de abril de 2018.

PERAMATO MARTÍN, Teresa; 'Aspectos jurídicos de la Violencia de Género. Evolución.' *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, ISSN 1136-4645, Nº 51, 2015.

ROMÁN LLAMOSI, Sofía, "Los delitos de violencia de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: Introducción apartado b) identificación del problema", *Revista de derecho de vLex*, núm 179, Abril 2019.

RUIZ CALVO, Miguel; "La intimidación ambiental desde el conocimiento de los delitos sexuales" <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-intimidacion-ambiental-desde-el-conocimiento-de-los-delitos-sexuales#:~:text=En%20su%20origen%20y%20aun,de%20la%20acci%C3%B3n%20que%20se> , consultado el 5 de junio de 2020.

SÁNCHEZ, Cándido; *¿Qué es la agresión sexual?*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

TURÉGANO MANSILLA, Isabel : *Violencia contra las mujeres: Derecho y violencia contra las mujeres: La perspectiva feminista*, Septem Ediciones, Oviedo, 2011.