

Prof. Susana Román Corbacho

Profesora asociada, Univ. de Barcelona. Socia de la FICP.

~Violencia o intimidación como elementos del tipo de agresión sexual: su incidencia en el principio de proporcionalidad~

I. INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra en fecha 20 de marzo de 2018, denominada de “la manada”, ha abierto un debate sobre la distinción que el Código Penal de 1995 realiza entre el delito de agresión sexual y el delito de abusos sexuales.

Dada la gran contestación social al ser condenados los acusados por un delito de abusos sexuales y no de agresión sexual ha dado lugar a una respuesta por parte del ejecutivo creando una comisión de expertos para el estudio de su posible modificación.

El tema ha sido largamente rebatido a nivel social, con resoluciones que han sido contestadas desde diferentes ámbitos en sentencias dictadas anteriormente a ésta. Así con fecha 4 de mayo de 2017 la agencia de noticias Europa Press publica una noticia en la que informa que por parte del colectivo Women's Link Woldwide se ha nominado en sus "Premios Género y Justicia al Descubierta", en la categoría "decisiones que hacen retroceder la equidad de género", a una sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria en la que se condenaba a un hombre por un delito de abusos sexuales continuados sobre menor de 13 años, por los tocamientos y actos lascivos realizados sobre una menor por no haberse probado la resistencia de ésta.

En el presente supuesto se pretende una reflexión sobre la dificultad que puede derivar de la exigencia de la concurrencia del tal elemento del tipo a través de su estudio doctrinal y a la vista de la propia sentencia de "La manada" y de otras sentencias dictadas sobre la misma materia.

II. ESTUDIO DEL TIPO DE AGRESIÓN SEXUAL Y SU DISTINCIÓN CON EL DE ABUSOS SEXUALES POR EL CÓDIGO PENAL DE 1995.

La legislación anterior a la existente en el momento presente introducida por el Código Penal de 1995 era la reforma introducida en el Código Penal de 1973 por la LO 3/89 de 21 de junio. Ésta viene a adecuar la legislación a la evolución social y política sufrida por la sociedad española tras varios años de democracia. Así se cambia la denominación existente de delitos contra la honestidad,

por la de delitos contra la libertad sexual. En la materia que nos interesa establece una distinción entre los abusos sexuales y la violación que ya venía recogida por el Código Penal de 1973.¹

La reforma introducida por la LO 3/89 supone la superación del concepto de honestidad y la introducción del de "libertad sexual" y la ampliación del sujeto pasivo, superando el anterior concepto de la violación cometida solamente contra la mujer.²

Mantiene, no obstante, el requisito de la "fuerza o intimidación", salvo en los supuestos de privación de sentido o menor de 12 años, manteniendo la distinción en base al tipo de acción que se realiza.

El Código Penal de 1995 establece una clara distinción entre los delitos de agresión sexual y abusos sexuales basando su distinción en la concurrencia de la "violencia o intimidación" que debe concurrir en el primero y no en el segundo.³

En cuanto al concepto violencia supone por una parte la superación del concepto hasta ese momento exigido por el Código Penal del 73 y que comportaba problemas de interpretación pues se vinculaba al concepto de "irresistibilidad". De esta forma la violencia puede ser física o psíquica y el Tribunal Supremo viene exigiendo: a) Que vaya dirigida a conseguir el contacto corporal. b) Que por su entidad y circunstancias sea suficiente para esa finalidad.

¹El Código Penal de 1973 en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 3/1989 de 21 de junio establecía en el Título IX relativo a los delitos contra la honestidad, Capítulo Primero relativo a la Violación y los abusos deshonestos establecía:

Artículo 429. La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor.

Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando se usare fuerza o intimidación.

2.º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.

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

430. El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualesquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor.

² La reforma introducida en el Código Penal de 1973 por la LO 3/89 establece que:

Artículo 429. La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando se usare fuerza o intimidación.

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

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

Artículo 430. Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.

Artículo 436. Se impondrá la pena de multa de 30.000 a 300.000 pesetas al que cometiere cualquier agresión sexual, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos últimos precedentes.

³QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. Tomo I y II. 7ª Ed. Abril de 2016. en cuanto a la exigencia de la violencia o intimidación manifiesta que "*Constituye éste, como se dijo, el criterio básico para deslindar las conductas de agresión de las de abuso, en coherencia con el bien jurídico tutelado, Lógico resulta que si de lo que se trata de proteger es la libertad, el criterio sistemático determinante radique en la mayor o menor lesividad del medio utilizado para doblegarla, y no en la concreta clase de conducta sexual realizada*"

Mayores problemas ofrece el concepto “intimidación”. La jurisprudencia lo ha definido como constreñimiento psicológico o amenaza de palabra u obra que infunda un temor en el sujeto pasivo.

Se ha venido exigiendo históricamente por el Tribunal Supremo que la intimidación ha de sumir a la víctima en una situación de perturbación profunda. Ello ha sido muy discutido por la doctrina, dado que entiende que dicha exigencia se encuentra fuera del tipo.

La interpretación de la intimidación dependerá de las circunstancias concurrentes en el caso y sobre todo de la prueba practicada en el acto de juicio, y en ocasiones su límite en relación a otras conductas como lo es la agravante de prevalimiento o aprovechamiento de situaciones de superioridad se hace difícil, y ello es lo que lleva a resoluciones judiciales muy dispares en función del Juzgador.

Los requisitos jurisprudenciales que han venido exigiéndose a la intimidación dentro del ámbito de los delitos contra la libertad sexual son:

- a) Amenaza de un mal presente o futuro, pero en todo caso verosímil.
- b) Que la anterior esté orientada directamente a que la víctima acceda a participar en determinada acción sexual.
- c) La intimidación debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.
- d) No es necesario que sea irresistible, es suficiente con que dadas las circunstancias concurrentes sea necesaria para someter la voluntad de la víctima. Esta circunstancia se valora desde el punto de vista del sujeto activo, pues se considera que si la intimidación es clara y suficiente la víctima puede alcanzar la convicción de que su resistencia es inútil o de ella podrían derivarse males mayores.
- e) La intimidación debe tener entidad suficiente para ser asimilada a la violencia, debiendo ser la causa que la genere seria, verosímil, inmediata y grave.

III. SENTENCIA DE "LA MANADA".(Audiencia Provincial de Navarra. Sección 2ª. 20.03.2018)

1. Hechos probados.

Los hechos probados de la sentencia recogen que una chica de 18 años de edad conoce a cinco chicos de entre 24 y 27 años, de compleción y edades muy superiores a la víctima en las fiestas de San Fermín en Pamplona. Que en un momento determinado de la madrugada se ofrecen a acompañarla al coche, y al llegar a una portería la introducen de forma súbita y repentina en ella, dirigiéndole posteriormente hacia un habitáculo reducido sin salida. Aprovechando la situación de

angustia y bloqueo de la víctima, los acusados la rodearon y penetraron bucalmente, vaginalmente por dos de ellos, y uno de ellos en dos ocasiones, que también la penetró analmente uno de ellos. Dos de ellos llegaron a eyacular sin utilizar preservativo. Dos de los autores llegan a grabar videos de los hechos y uno de éstos tomó fotografías.

Posteriormente los agresores fueron abandonando el lugar, dejando abandonada a su víctima y sustrayéndole previamente el teléfono móvil.

En el momento en que la víctima pudo reaccionar se vistió y abandonó el lugar, sentándose en un banco y comenzando a llorar, lugar donde fue hallada por una pareja que avisó al 112.

La denunciante sufrió lesiones consistentes en "lesión eritematosa en zona de horquilla posterior en la zona de las cinco horarias para cuya curación precisó de una primera asistencia facultativa".

La chica presentaba un índice de impregnación alcohólica de 0,91 g/l de alcohol en sangre.

2. Ausencia de violencia o intimidación versus prevalimiento.

La sentencia considera que no concurre violencia o intimidación, por lo que no califica los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual, sino de abusos sexuales con prevalimiento, ello determina que de la petición de 18 años de prisión que efectúa el Ministerio Fiscal por un delito continuado de agresión sexual, la condena sea a 9 años, es decir, la mitad.

La sentencia razona que entiende que no existe violencia pues no ha sido probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la víctima, entendida como "agresión real más o menos violenta, o por medio de empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual (...)" y para ello tienen en cuenta la levedad de las lesiones que se entienden acreditadas.

En cuanto a la intimidación acuden a la definición que la jurisprudencia ha ido configurando, entendiendo que deben concurrir los siguientes requisitos:

1º. Amenaza de un mal inmediato o futuro, grave y verosímil.⁴

2º. Ese mal, en los delitos contra la libertad sexual debe estar relacionado con la intención del autor de que la víctima acceda a participar en una acción sexual.

3º. La amenaza debe ser seria, previa, grave y determinante del consentimiento forzado.⁵

4º.- La intimidación debe ser bastante teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, no siendo exigible que resulte "irresistible", sino que se incluyen aquellos supuestos en los que para un

⁴STS 9/2016 de 21 de enero. STS 914/2008 de 22 de diciembre y STS 355/2015 de 28 de mayo.

⁵STS 578/2004 de 26 de abril

observador neutral y atendiendo a las circunstancias del caso, la víctima entienda que una oposición más prolongada podría conllevar males mayores. Ello se ha de valorar en atención a la conducta del sujeto activo, de forma que si su intimidación es clara y suficiente, la resistencia de la víctima es innecesaria.⁶

Partiendo de dichos requisitos la sentencia concluye que no existió intimidación y su razonamiento sobre la no concurrencia de dicho elemento del tipo se salda en un párrafo en el que se reitera que no concurren los requisitos de que exista una intimidación previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.⁷

Inmediatamente la sentencia estima que sí concurre el prevalimiento por la notoria superioridad con la que cometen los hechos los acusados.

Para ello parte de la conclusión de que la víctima prestó su consentimiento, pero que éste no fue libremente prestado, sino viciado, coaccionado o presionado por la situación de preeminencia que los acusados alcanzaron sobre la denunciante.

Entiende en su razonamiento que el Código Penal de 1995, en su redacción dada por la LO 11/1999 no se conforma con que exista una situación de superioridad, sino que entiende necesario que esa situación haya sido aprovechada para la comisión del delito, existiendo, por tanto, un prevalimiento.

Así entiende que los requisitos del prevalimiento son los siguientes ⁸:

1º. Situación de superioridad manifiesta. Siendo un requisito que debe valorarse en función de las circunstancias del caso concreto de forma global, y relacionando las circunstancias del hecho, de la víctima y de su autor.

2º Que esa situación influya sobre la libertad de la víctima coartándola. Este requisito se valora desde el punto de vista del sujeto pasivo y su libertad.

3º. El tercer requisito realiza su valoración desde el punto de vista del sujeto activo y en ese sentido exige:

⁶STS 355/2015 de 28 de mayo y STS 609/2013 de 10 de julio.

⁷Así la sentencia en su fundamento jurídico cuarto realiza la valoración concreta de la no concurrencia de la intimidación en el siguiente párrafo que se reproduce: "En las concretas circunstancias del caso, no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, como medio comisivo, que según se delimita en la constante doctrinal jurisprudencial que acabamos de reseñar, requiere que sea previa, inmediata y grave y determinante del consentimiento forzado".

⁸STS 305/2013 de 12 de abril. STS 855/2015 de 23 de noviembre y STS 132/2016 de 23 de febrero que declara que "... el prevalimiento exige el aprovechamiento de cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, de la que el primero es consciente que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación".

a) Que sea consciente de su situación de superioridad y de los efectos inhibidores que sobre la libertad de decisión de la víctima ésta tiene.

b) Que se prevalega de dicha situación para conseguir el consentimiento viciado a la relación sexual.

La sentencia, valorando que se produjo una "encerrona", introduciendo en el portal a la víctima de forma súbita y llevándola hasta un habitáculo angosto, estrecho y con una única salida, mientras que la rodeaban cinco individuos de unas edades y complexión física muy superior a la víctima, sintiéndose ésta "impresionada y sin capacidad de reacción", entiende que no concurrió intimidación sino prevalimiento.

La delimitación entre ambos elementos ofrece importantes dificultades, dando lugar a decisiones contradictorias en casos similares y dependiendo de un matiz tan leve como entender que existió consentimiento. Es obvio que la misma valoración de la prueba practicada podría dar lugar a la aplicación del tipo de agresión sexual, al entender que en la situación descrita no existió consentimiento alguno, y sí una situación de intimidación producida precisamente por los mismos elementos que dieron lugar al prevalimiento.

IV. CONCLUSIÓN.

La reacción social producida como consecuencia de la sentencia ha dado lugar nuevamente a la reacción del ejecutivo anunciando una Comisión de estudio sobre la posible reforma del Código Penal.

Nuevamente la presión social incide sobre la actuación del ejecutivo, debiendo reproducir reflexiones que se realizaron en otros ámbitos como el de la prisión permanente revisable. No obstante, los partidos políticos han utilizado la política criminal como moneda de cambio para ganar votos, iniciándose una voraz y continua petición en la que ante cualquier asesinato se solicitan medidas más graves. Las sucesivas y numerosas reformas introducidas en el Código Penal de 1995 han servido para agravar las penas.⁹

Esto se puso de relieve en su momento por el Informe del Consejo de Estado que entendió que una reforma de tal envergadura debería de ir acompañada de una justificación pormenorizada de las razones que llevan a ésta, entendiendo que el proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno remitiera a la Cortes Generales debían ir acompañados de una memoria pormenorizada que

⁹ Así lo pone de relieve el Grupo Parlamentario Socialista en su Proposición no de Ley presentada en "En mayo de 2015 el Código Penal, denominado de la democracia, habría cumplido veinte años y digo habría cumplido ya que después de la última reforma, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, el texto se parece bastante poco a aquel que se aprobó allá por 1995, por una mayoría amplia de esta Cámara. En tan solo veinte años ha sido modificado en aproximadamente treinta ocasiones y cuatro de ellas con reformas de gran envergadura. Todas ellas han tenido un denominador común: la constante elevación, directa o indirecta, de las penas privativas de libertad."

permitiera entender las razones de política criminal que llevaban a la adopción de tal medida.¹⁰

Lo cierto es que el elemento del tipo de agresión sexual consistente en la “intimidación” puede conducir a interpretaciones muy dispares, y si bien parece lógico que exista una distinción entre las agresiones sexuales y los abusos sexuales, considerando la primera de mayor gravedad, también es cierto que debería emplearse una mejor técnica legislativa que permitiera entender como agresión sexual todos aquellos supuestos en los que el consentimiento de la mujer se entienda que se ha obtenido por cualquier medio coactivo, incluido el prevalimiento.

Debe realizarse una profunda reflexión sobre éste tipo de delitos superando concepciones patriarcales trasnochadas, y, sobre todo, logrando una adaptación del Código Penal a las nuevas realidades sociales en las que el concepto de libertad sexual y las diferentes identidades sociales son asumidas con normalidad y como un derecho fundamental por los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

- DE VEGA RUIZ, José Augusto. Los delitos contra la libertad sexual en la LO 3/89, de 21 de junio, especial consideración de la violación. Revista del Poder Judicial. Númer especial XII: Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal.
- GALLEGO, Gemma. Abuso y agresión sexual: la violencia o intimidación según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Revista de Jurisprudencia. Mayo de 2018
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel y otros. Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Thomson Reuters (2015)
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Validación constitucional de la equiparación entre la acción de “acceder” y la de “hacerse acceder” a efectos de integrar el juicio de tipicidad del delito de violación del artículo 179 CP. Diario La Ley num. 7093. Editorial Wolters Kluwer (enero 2009).
- PAZ RODRÍGUEZ, Juan Ignacio. Los mecanismos de la violencia, sus consecuencias en las víctimas y sus implicaciones en la intervención profesional. Cuadernos Digitales de Formación. Volumen 9. Año 2012.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. La sentencia contra "la Manada": prevalimiento v. intimidación. Diario La Ley nº 9209. Sección Tribuna. 1 de junio de 2018.
- QUINTERO OLIVERES, Gonzalo y otros. Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I y II. Thomson Reuters (abril 2016).
- VELA MOURIZ, Ana. Las claves de la sentencia de “La manada”. Diario La Ley num. 9192. Editorial Wolters Kluwer (mayo 2018).

JURISPRUDENCIA

- Sentencia 380/2004. Sala segunda Tribunal Supremo. 19 de marzo de 2004.
- Sentencia 39/2009. Sala segunda Tribunal Supremo. 28 de enero de 2009.
- Sentencia 965/2013. Sala segunda Tribunal Supremo. 19 de diciembre de 2013.
- Sentencia 553/2014. Sala segunda del Tribunal Supremo. 30 de junio de 2014.
- Sentencia 661/2015. Sala segunda Tribunal Supremo. 28 de octubre de 2015.
- Sentencia 38/2018. Audiencia Provincial de Navarra. Sección 2ª. 20 de marzo de 2018.

¹⁰En su Dictámen 358/13, BOE 31 marzo de 2015, el Consejo de Estado concluyó que “ En último término, corresponderá en todo caso al legislador valorar la oportunidad de la medida, pero el Proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno remita a las Cortes Generales debería contener, en su exposición de motivos, una clara referencia a los referidos motivos o circunstancias, y habría de acompañarse de una Memoria justificativa que lo sea verdaderamente en lo que afecta, cuando menos, a este punto.”