

# AGRESIÓN SEXUAL Y ABUSO CON PREVALIMIENTO: ANÁLISIS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

María Gavilán Rubio  
*Jueza Sustituta Comunidad de Madrid*  
*Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal en el Real Centro Universitario María Cristina*

Fecha de recepción: 8 marzo de 2018  
Fecha de aceptación: 2 de abril de 2018

**RESUMEN:** El presente artículo parte de una breve reseña de la evolución legislativa de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, para posteriormente encuadrar el objeto de análisis: la agresión sexual mediante intimidación y el abuso sexual con prevalimiento. Sendas figuras delictivas, distinguidas por una delgada línea roja, son analizadas exhaustivamente desde un punto de vista jurisprudencial, aplicándolas a la reciente, y polémica, sentencia 38/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra, concluyendo la posible necesidad de revisar la legislación al efecto.

**ABSTRACT:** This article begins with a brief overview of the legislative evolution of crimes against sexual freedom and indemnity, then frame the subject for analysis: sexual assault by intimidation and sexual abuse with undue influence. Both offenses, distinguished by a thin red line, are thoroughly analyzed from a jurisprudential view, applying them to recent and controversial ruling 38/2018 of the Provincial Court of Navarra, concluding the possible need to revise legislation to that effect.

**PALABRAS CLAVE:** Abuso sexual, agresión sexual, intimidación, prevalimiento, libertad sexual, indemnidad sexual.

**KEYWORDS:** Sexual abuse, sexual assault, intimidation, undue influence, sexual freedom, sexual indemnity.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. III. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. IV. SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN CASOS DE REVERSIÓN DEL SERVICIO POR LA ADMINISTRACIÓN. V. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR. VI. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR. VII. DEPURACIÓN DE RESPONSABILIDADES.

## 1. INTRODUCCIÓN: BREVE RESEÑA DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DENOMINADOS DELITOS SEXUALES

Bajo la rúbrica de "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales" "estos delitos se ubican en el Título VIII de nuestro Código Penal. El término "libertad sexual" se introdujo en el Código Penal español mediante la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, superando así la expresión "honestidad". Con la Ley Orgánica 11/1999 de 11 de abril se añadió el término "indemnidad" de forma que se conforma la rúbrica actual "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales".

En nuestro código penal de 1848, bajo el Título "Delitos contra la honestidad", se agrupaban varios conjuntos de delitos relativos a ese orden de moralidad sexual. Primeramente, los delitos de adulterio y amancebamiento. Posteriormente, la violación, definida como "yacimiento" con mujer en alguno de estos tres supuestos: 1) usando violencia o intimidación; 2) cuando la víctima se hallara privada de razón o de sentido; 3) cuando la mujer fuera menor de 12 años. Son las tres modalidades que ostentaban la definición jurídica de la violación en el derecho penal español a lo largo de un siglo y medio. A continuación, en el capítulo tercero, se recogía el estupro de doncella menor de 23 años, y la prostitución o corrupción de menores, y por último el delito de raptor con miras deshonestas. Al igual que en la actualidad, en las disposiciones comunes se recogía la necesidad de denuncia de la agraviada o sus representantes, o del fiscal en caso de persona desvalida. Así mismo, también se establecía que "el ofensor se libra de la pena casándose con la ofendida".

Se trataron de forma unificada los supuestos considerados más graves, castigando con la misma pena el yacimiento por la fuerza ("violación propia") y al yacimiento consentido cuando la víctima fuera menor de 12 años o mujer privada de sentido ("violación impropia"). Este criterio unificador que atribuye la misma denominación y la misma pena al acceso carnal violento y a la "violación impropia", perdura hasta el nuevo código penal de 1995. Sólo con la reforma de 1989, se introdujo una novedad importante al ampliar la definición de la violación para incluir la penetración anal y bucal, y para incluir como sujeto pasivo del delito tanto a mujeres como a hombres.

Hasta dicha reforma, el ataque a la honestidad, conforma una jurisprudencia restrictiva respecto a lo que podía considerarse violación. La exigencia de "fuerza o intimidación" como requisito típico, lo que se convierte en la exigencia de oposición expresa de la víctima al acometimiento del autor. El acervo probatorio termina por producir una doble victimización en la mujer que no se hubiera resistido lo suficiente según podía constatarse por la ausencia de marcas plausibles de violencia. De hecho, la violación realizada bajo intimidación, podía desembocar en una sentencia absolutoria si la mujer se doblegó antes de verificar en su cuerpo que el agresor estaba dispuesto a utilizar la amenaza de herirla<sup>1</sup>.

En este contexto, las mujeres de "mal vivir", o sospechosas de costumbres licenciosas, no encajaban como posibles víctimas de una violación, supuesta su proclividad a aceptar el trato sexual<sup>2</sup>. La violación era considerada como la pérdida de la honestidad y ésta pérdida como una desgracia irreparable para la mujer.

Junto a la figura de la violación encontrábamos en este código los abusos deshonestos que consistían en la agresión violenta de una mujer sin intención de "yacer" con ella, se consideraba un "atentado al pudor".

Con la reforma de 1989 se produce un cambio en el enfoque de los delitos sexuales. La modificación del título del grupo de delitos como "delitos contra la libertad sexual" supuso la inclusión del hombre como posible sujeto pasivo de estas infracciones, y de la superación de la única posibilidad de "acceso carnal" vaginal, para equiparar en cuanto a gravedad la

<sup>1</sup> A. ASÚA, "Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso político" en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género* editado por Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998. PP 1-14

<sup>2</sup> A. ASÚA, "Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso político" en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, cit nota 1.

penetración vaginal, anal y bucal. El significado tradicional de la violación no se va a reducir a la invasión genital del cuerpo de las mujeres. El Título VIII, "*De los delitos contra la libertad sexual*" comienza con un capítulo I dedicado a las denominadas "*agresiones sexuales*" caracterizadas por la violencia o intimidación como forma de doblegar la voluntad opuesta del sujeto pasivo. Junto al tipo básico del art. 178, la figura agravada del art. 179 recoge las agresiones que comportan una mayor intensidad sexual basada en la invasión corporal de zonas de "mayor intimidad" como penetración vaginal o anal, bucal o mediante objetos. El art. 180 recoge agravaciones específicas. En el Capítulo II, se recogen los "*abusos sexuales*", como actos contra la libertad sexual realizados sin violencia ni intimidación, pero sin el consentimiento válido de la víctima (art. 181), donde se incluyen ataque por sorpresa, o utilización sexual de persona privada de sentido. Por otro lado, se recogían los actos de significación sexual realizados con menores de 12 años, supuestos que siempre se consideran "no consentidos"; y los realizados con personas que padezcan trastorno mental, en tanto se haya "abusado" de dicho trastorno para acceder al trato sexual. En capítulo separado, Capítulo III, se recoge la incriminación del "*acoso sexual*" como novedad del código; el Capítulo IV se dedica a los delitos de "*exhibicionismo y provocación sexual*" delimitados por razón de la minoría de edad o la incapacidad del sujeto pasivo; y por último el Capítulo V a los delitos "*relativos a la prostitución*".

Con el código penal de 1995 se introduce la nueva rúbrica, de "Delitos contra la libertad sexual", ampliada, como ya hemos dicho a "Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual". El Bien jurídico protegido es por tanto la libertad y la indemnidad sexual. La libertad sexual entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y a la disposición del propio cuerpo para ejercer la sexualidad en libertad. Esta libertad tiene dos dimensiones, una positiva y otra negativa; una dimensión positiva constituida por la capacidad del sujeto para disponer de su cuerpo a efectos sexuales; la dimensión negativa sería el derecho de una persona a no verse involucrado en comportamientos de naturaleza sexual no deseados. La indemnidad sexual, inicialmente era entendida como ausencia de daño, actualmente podemos concretarla en el bienestar psíquico y la consecución de un normal y adecuado progreso en la formación sexual de los menores o incapaces, evitando que los adultos decidan sobre sus comportamientos sexuales, o sean objetos sexuales, lo que puede causar daños traumáticos a la víctima<sup>3</sup>.

El núcleo de desvalor de la conducta tipificada ha de recaer en que no es la manifestación sexual en sí, sino la vulneración de la decisión autónoma de la víctima, asumiendo derecho igual de toda persona a la manifestación libre de sus decisiones en materia de sexualidad. Por ello, una relación sexual impuesta se convierta en un acto de violencia o de dominación. Tradicionalmente se exigía como elemento típico de esos delitos la concurrencia del "ánimo libidinoso" o "móvil lúbrico" en el agresor. Este requisito hoy debe superarse, debiendo centrarnos en que la situación típica se trata de una utilización degradante de la víctima, que afecte a aspectos íntimos corporales, debiendo ser indiferente que el autor se excite sexualmente o simplemente sea un sádico que pretende humillar y vejar a la víctima. Así las cosas, las agresiones y abusos sexuales podrían entenderse como una modalidad dentro del grupo de los delitos contra la libertad, constituyendo una agravante el ataque a la intimidad corporal que supone tener que soportar o que realizar actos que para el autor tienen significado sexual, pero para la víctima constituyen una lesión de la intimidad o de la integridad moral; incluso lo más adecuado posiblemente sea ubicar las agresiones sexuales violentas o intimidatorias en el ámbito de los delitos contra la integridad moral, pues el único significado sexual lo tiene para el autor, y no para la víctima.

La LO 1/2015 de 30 de marzo introdujo modificaciones en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituyó la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obligó a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil,

<sup>3</sup> M. GAVILÁN, "Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual" en M.GAVILÁN *Asesoría y proceso penal*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

## 2. AGRESIÓN SEXUAL Y ABUSOS SEXUAL CON PREVALIMIENTO: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

El tipo básico de agresión sexual se contiene en el art. 178 del código penal:

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

Para analizar los elementos que requiere el tipo tradicionalmente se distinguía

- 1.- Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual.
- 2.- Que ese elemento objetivo o contacto corporal se realice con violencia o intimidación. Es decir, la ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo para practicar la opción sexual que desee con la persona que elija.
- 3.- Elemento subjetivo que se expresa en el clásico ánimo libidinoso o propósito de obtener un satisfacción sexual.

Por otro lado, el art. 179 del código penal contiene el denominado delito de violación:

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

Como vemos, la agresión sexual es violación cuando existe el abuso carnal.

Por lo que se refiere al abuso sexual con la agravante de prevalimiento, debemos acudir en primer lugar al tipo básico de abuso sexual. El tipo básico lo encontramos en el art. 181.1CP:

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

El delito de abuso sexual, se diferencia de la agresión sexual, en que en esta última sólo tienen cabida los comportamientos acompañados de violencia o de intimidación, dado que en ambos la acción básica está constituida por la realización de actos no consentidos que atenten contra la libertad sexual de la persona y supone la concurrencia de los siguientes componentes:

- 1) Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico, siempre con significado sexual.
- 2) Un elemento subjetivo o tendencial que viene definido como “ánimo libidinoso” o propósito de obtener una satisfacción del apetito sexual del agente.

Por tanto, nos encontramos ante una figura de ataque a la libertad sexual en la que no se produce la imposición coactiva de la conducta, pero ésta se realiza sin mediar consentimiento. En los abusos sexuales existe una conducta determinante del comportamiento sexual, que en ausencia de violencia o intimidación, admite diversas modalidades, desde el simple actuar sin la voluntad de la víctima, hasta el obtener dicha

voluntad mediante el abuso de superioridad o el engaño; por esta razón se extraen del ámbito de las agresiones sexuales.

El art. 181.3 CP recoge la figura del abuso sexual con prevalimiento:

*“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.”*

El prevalimiento, según jurisprudencia, exige la concurrencia de tres elementos: 1º) Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta. 2º) Que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima. 3º) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (*STS 1518/2001, de 14 de septiembre*).

### **3. AGRESIÓN SEXUAL MEDIANTE INTIMIDACIÓN Y ABUSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO: DISTINCIÓN DE AMBAS FIGURAS DELICTIVAS EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA**

La STS 630/2016 de 14 de julio, analiza pormenorizadamente el concepto de prevalimiento, y considera que se ha aplicado indebidamente la agravante de abuso de confianza, por entender que se viola el principio *non bis in ídem* al valorarse las mismas circunstancias en el prevalimiento.

El tratamiento que se hace del prevalimiento es el siguiente: El prevalimiento, conforme a esta sentencia, que califica el delito, consiste precisamente en el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

Se refiere y cita expresamente las *SSTS. 480/2016, de 2 de junio*, *411/2014, de 26 de mayo*, *553/2014, de 30 de junio* y *355/2015, de 28 de mayo*, haciendo expresa mención a “la laberíntica regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el CP 95”, que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo, ordinariamente en el sentido de endurecer su tratamiento penal, aconseja analizar con extremada atención la posibilidad, no remota, de incurrir en “bis in ídem” para evitar sancionar doblemente una misma conducta o motivo de agravación.

Ello sucede si en los supuestos en los que la calificación del abuso se fundamenta exclusivamente en la concurrencia de prevalimiento, es decir en el abuso de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, se añade como agravante genérica el abuso de confianza, pues este abuso va ínsito ordinariamente en el propio concepto de prevalimiento. Así cabe deducirlo, por ejemplo, de la reforma operada por la *Ley 1/2015, de 30 de marzo, que al definir una modalidad de prevalimiento en la nueva redacción del artículo 182*, se refiere a una situación de “*abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima*”, vinculando de forma manifiesta el abuso de confianza con el abuso de superioridad.

El prevalimiento se configura como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de las partes, en la que una de ellas se encuentra en manifiesta posición de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta derivada de su relación laboral, docente, familiar, cuasifamiliar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su capacidad de decidir sobre la relación sexual requerida. Para el diccionario, prevalerse es valerse o servirse de una calidad que confiere una posición de privilegio o depara alguna ventaja. En consecuencia, en el caso actual la doble circunstancia de la diferencia de edad y la relación cuasifamiliar, es la que determina el prevalimiento, sin que esta última relación deba configurar una causa autónoma de agravación genérica.

La Sala II del Tribunal Supremo ha estimado la apreciación de la agravante de abuso de confianza en supuestos de abusos sexuales de menores, pero genéricamente referida a

abusos sobre menores de trece años, en los que la tipificación delictiva no exige abuso de una situación de superioridad, sino que se sanciona cualquier abuso por estimar que en estos casos el consentimiento siempre está viciado. En estos supuestos, en efecto, cuando además de la edad inferior a trece años concurre como circunstancia adicional el abuso de confianza, esta agravación puede sancionarse cumulativamente, como sucede también en los supuestos en que se condena por tipos diferentes al abuso con prevalimiento, como la agresión sexual ( *STS 844/2015, de 23 de diciembre*, *STS 1010/2011, de 30 de septiembre*, *STS núm. 161/2004, de 9 de febrero*, *STS núm. 768/2004, de 18 de junio* o *STS núm. 1918/2000, de 11 de diciembre* ). En cambio en otros supuestos en que se condena por abuso con prevalimiento de mayores de trece años no se aplica la agravante de abuso de confianza ( *STS 488/2014, de 11 de junio* o *STS núm. 785/2007 de 3 de Octubre* ).

El *artículo 67 CP*, dentro de las disposiciones generales de los delitos establece la denominada regla de inherencia de las circunstancias agravantes o atenuantes, cuyo fundamento está en el principio "*non bis in ídem*", que proscribire con carácter general la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico (ver *STS 1214/02* y las citadas en la misma), principio que, aunque no reconocido expresamente en la *Constitución, se ha considerado directamente emanado del de legalidad penal proclamado en el artículo 25.1* de la misma ( *STS 801/03* ).

De forma que a tenor de esta sentencia se entiende por prevalimiento el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, que no puede darse junto con el abuso de confianza por concurrirse en *non bis in ídem*, salvo abusos a menores de 13 años (actualmente con la reforma 16 años).

En *STS 834/2014* de 10 de diciembre, puesto que la defensa, recurrente, cuestiona la condena por agresión, la sala II argumenta el concepto de violencia o intimidación. Entiende la Sala que las alegaciones del recurrente mal no concilian con la jurisprudencia de esa Sala respecto del significado de la violencia como elemento del tipo previsto en el *art. 178 del CP*. Entiende la Sala que "... *la violencia típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación*" ( *STS 578/2004, 26 de abril* ) y 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*" ( *SSTS 70/2002, 25 de enero* y *578/2004, 26 de abril* ). También hemos estimado concurrente la violencia física, tratándose de menores víctimas de un delito contra la indemnidad sexual, en el hecho de "... *agarrar fuertemente del brazo a la niña*" ( *STS 919/2003, 19 de junio* ), en la sujeción de una menor de 13 años por los hombros ( *STS 914/2008, 22 de diciembre* ) y, en fin, en asir del brazo a una niña e introducirla en un ascensor donde se desarrollaron los hechos ( *STS 439/2004, 25 de marzo* ). En consecuencia afirma la correcta subsunción de los hechos en el tipo que sanciona la agresión sexual.

También esta Sentencia se pronuncia sobre el concepto de prevalimiento. *En relación a los delitos contra la libertad sexual, que constituyen un específico ámbito de actuación del prevalimiento, se describe el prevalimiento como el modus operandi a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente. b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima". En reiterados precedentes -cfr. por todos SSTS 1165/2003, 18 de septiembre y 785/2007, 3 de octubre -, hemos declarado 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". Y en la STS 935/2005, 15 de julio, dijimos que el prevalimiento "...se configura genéricamente como un supuesto de desnivel*

*notorio entre las posiciones de ambas partes, en el 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".*

Por tanto y en síntesis, esta sentencia entiende por violencia aplicable a estos delitos la violencia típica que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación. La violencia o intimidación deben vencer la voluntad contraria de la víctima, la conducta típica 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.

Por otra parte, si analizamos la STS 460/2017 de 21 de junio podemos encontrar la necesidad que se establece por la Jurisprudencia 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.

Lo que sí debe quedar claro, entiende el Supremo, es que la sentencia de instancia nada recoge en relación a la amenaza o la intimidación psíquica que podría explicar con mayor dosis de verosimilitud, la inacción y la actitud meramente pasiva de la mujer. Así pues, de suceder los hechos como se relatan en el factum, ni ha tenido lugar el acto intimidatorio o de contenido amenazante (no consta en el relato sentencial que el acusado intimidara, compeliere psíquicamente o amenazara a su ex pareja de manera alguna), ni a título de prevalimiento o abuso de circunstancias psíquicas. No se produjo, por tanto, al parecer del Tribunal Supremo, una auténtica agresión sexual en la que se anula con violencia e intimidación la capacidad autodeterminativa de la víctima. La sujeción con una mano de los brazos de la víctima por encima de su cabeza, no "creemos" (señala literalmente la sentencia) "que sea capaz de producir una inmovilización que garantice la penetración vaginal".

Sigue el Alto Tribunal señalando que la sentencia, en su página 25 (fundamento jurídico 3º) después de justificar la clara y rotunda voluntad de no mantener relaciones sexuales con su marido, viene a indicar que más allá de la voluntad contraria a realizar el acto sexual no se acreditó la existencia de violencia para conseguir sus propósitos lúbricos. La mujer dijo que "no gritó porque los niños estaban en la casa y no quería que se alarmasen o se enterasen de lo que pasaba". Añade que el acto sexual duró muy poco, "lo suficiente para eyacular e irse". La mujer no añade ningún acto más de oposición material, por lo que no fue preciso usar actos de violencia por el acusado para conseguir sus intenciones libidinosas.

Los hechos probados no describen actos inequívocos de violencia tendentes a doblegar la voluntad de la mujer, dado el contexto en que se producen, pues la víctima ha expuesto de forma clara que no quería alarmar a sus hijos, circunstancia que le llevó a adoptar una actitud de negarse a realizar el acto sexual pero sin gritar ni lógicamente oponer una resistencia que alertara a los menores. Ello dificulta considerar el hecho de que el acusado le sujetara con una mano las dos suyas como un acto calificable como violencia física.

Por todo ello, finalmente, se estima parcialmente el recurso y al acusado se le condena por abusos sexuales.

Por tanto observamos que puesto que no se describen en los hechos probados actos inequívocos de violencia que tengan por fin doblegar la voluntad de la mujer, dado que la víctima reconoce que no gritó para no alarmar a sus hijos, por tanto sin gritar ni oponer resistencia, el hecho de que el hombre sujetara con su mano las dos manos de la víctima no es un hecho que a este efecto se pueda calificar como violencia, entendiendo que lo que se da en este caso es un abuso sexual.

En la STS 132/2016 de 23 de febrero, encontramos trazada la distinción que nuestro Alto Tribunal hace entre prevalimiento e intimidación aplicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Destaca a este respecto la analizada resolución que prescindiendo de correcciones valorativas de lo acontecido o de adiciones fácticas al relato de hechos probados, en el resto del argumentario sustenta su motivo en que la sentencia no describe cuáles son los actos en los que se fundamenta la actitud dominante, es decir aquellos que transforman una relación sexual en un acto delictivo; negando (la sentencia de la Audiencia Provincial) que integren una situación de superioridad manifiesta:

- las expresiones proferidas de "forma autoritaria y dominante;
- su actitud verbal gestual agresiva;
- el lugar despoblado o más bien indica, descampado.

Además de indicar que para justificar su existencia, la Audiencia alude a fundamentación propia de mediar intimidación, cuando no ha sido acusado de agresión, sino de abuso sexual.

En cuanto a la diferenciación entre ambos supuestos ( intimidación y prevalimiento ), la jurisprudencia de la Sala se ha referido, como elemento relevante, a la ausencia de un comportamiento coactivo dirigido a la obtención del consentimiento, que no aparece en los casos de prevalimiento y sí en los de intimidación . Así como aquel 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, la intimidación supone, en un grado superior, la presentación de un mal, identificado y de posible realización, como elemento que suprime, o reduce muy significativamente, la capacidad de decisión de la víctima, que solo aparentemente consiente, dada una situación que no le deja elección aceptable. La amenaza de dos males sitúa, pues, a la víctima ante la necesidad racional de optar por lo que considera en esos momentos el mal menor, lo que no puede entenderse como su consentimiento al mismo. En este sentido se ha dicho, STS nº 542/2013, de 20 de mayo , que en los casos de intimidación el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual , de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En el prevalimiento , la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal , es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual .

Es decir, aunque efectivamente el prevalimiento no exige un comportamiento coactivo, nada impide que la situación de superioridad haya sido generada por el propio sujeto activo a través de actos intimidatorios sin entidad para determinar la existencia de una agresión, pero que unidos a otras circunstancias concurrentes configuran una evidente situación de superioridad de la que se aprovecha el autor con insistencia, pues recibe varias negativas previas, para lograr que la víctima acceda a mantener relaciones sexuales , como es el caso de autos:

- se desvió hacia un camino de tierra y paró en un punto despoblado;
- ante la negativa de la víctima a mantener relaciones sexuales el acusado de forma autoritaria y dominante manifestó que había venido a follar y follaría;
- que en caso contrario la dejaría allí en el camino "tirada ";
- anochecía en un camino de tierra sin tránsito;
- desconocía la víctima donde se encontraba;
- mantenía una actitud verbal y gestual agresiva;
- accedió a la exigencia de hacerle una felación

- exigió igualmente practicar coito con penetración vaginal

Concurren por tanto, entiende el Supremo, los tres elementos que integran el prevalimiento:

1. Situación de superioridad manifiesta.
2. Influye en la libertad de la víctima, coartándola.

3. El agente consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevale de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual.

En definitiva, como indica la STS núm. 305/2013, de 12 de abril, 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. ( STS nº 305/2013, de 12 de abril ). De no mediar el aprovechamiento de esas condiciones que le colocaban en una situación de superioridad frente a la víctima, es fácil inferir de los actos coetáneos e inmediatamente posteriores de la víctima, que las relaciones sexuales con la víctima no hubieran tenido lugar.

De modo que a tenor de la presente resolución, existirá intimidación si hay un comportamiento coactivo para obtener el consentimiento, que no se da en el prevalimiento, cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. Entiende por el contrario que hay prevalimiento si se da una situación de superioridad que basta que coarte la libertad de la víctima, sin requerir actos amenazantes de un mal futuro, que sitúa al autor en una situación privilegiada.

La STS 9/2016 de 21 de enero define la violencia y la intimidación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. En esta resolución se indica que la jurisprudencia ha entendido que la intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato ( STS nº 914/2008, de 22 de diciembre ), bastando que sea grave, futuro y verosímil, ( STS nº 355/2015, de 28 de mayo ). Mal, que 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 pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. También se ha exigido en esos delitos que la intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.

Por otro lado, no se exige que sea una intimidación de tal grado que resulte en todo caso irresistible para la víctima, sino que es suficiente que, dadas las circunstancias concurrentes, resulte bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia. Así, hemos dicho que "*... la violencia típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación*" ( STS 578/2004, 26 de abril ), criterio igualmente aplicable a los casos de intimidación. Para lo cual ha de atenderse a las características objetivas del hecho o conducta ejecutados y a las circunstancias personales de la víctima, por lo que se incluye, como supuestos de intimidación suficiente, aquellos en los que, desde perspectivas razonables para un observador neutral y en atención a las circunstancias del caso, la víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzosamente a las pretensiones de éste. Si el sujeto activo ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta ( STS 609/2013, de 10 de julio de 2013 ).

Por otra parte, es preciso, que, "*expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél*". ( STS nº 914/2008, de 22 de diciembre ).

Por tanto, la intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato bastando que sea grave, futuro y verosímil con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. Así mismo ha de ser seria, previa,

inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado. Dicha intimidación ha de resultar bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia. La víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzosamente a las pretensiones de éste. También se exige que la víctima haga patente su negativa.

Por último, la STS 953/2016 de 15 de diciembre, de nuevo y en torno al concepto de intimidación establece que la cuestión radica en determinar si las prácticas sexuales a las que fue sometido el menor objeto de autos ( abuelo que obligaba a su nieto a efectuarle actos sexuales bajo la amenaza de pegarle si no lo hacía) se realizaron venciendo su voluntad mediante una actuación intimidante, o simplemente con aprovechamiento de su minoría de edad y de la superioridad que proporcionaba al acusado su parentesco con la víctima. Se remite a la *STS 355/2015 de 28 de mayo*, que cita a su vez la *609/2013 de 10 de julio*, donde la jurisprudencia de la Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males. De tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta ( *STS 609/2013, de 10 de julio de 2013* ).

Pero también ha señalado la doctrina de esta Sala, continua la sentencia, 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.

Remitiéndose a la *STS 834/2014 de 10 de diciembre*, 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 ( *SSTS 70/2002 de 25 de enero y 578/2004 de 26 de abril* ).

Como recuerda *STS 667/2008 de 5 de noviembre*, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo ( *SSTS de 05 de abril de 2000 de 4 y 22 de septiembre de 2000; 9 de noviembre de 2000; 25 de enero de 2002; 1 de julio de 2002 y 23 de diciembre de 2002* ). La línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatar en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. Y añade que la voluntad de los niños es más fácil de someter y de ahí que amenazas que ante un adulto no tendrían eficacia intimidante sí las adquieren frente a la voluntad de un menor.

En el caso expuesto, el relato de hechos privados describe una intimidación idónea, entiende el Tribunal, para vencer la resistencia de la víctima, distinta de la que sustentó la agravación por aplicación del artículo 183. 4 d). La amenaza con pegarle " *si no lo hacía* ", es decir, si no se prestaba a masturbar a su abuelo, incluida la felación, o no permitió que éste se lo hiciera con él, supuso el anuncio de un mal posible e inminente, con entidad objetiva y suficiente gravedad para vencer la resistencia de un niño de 10 años, cuando procede precisamente de la persona encargada de su cuidado y con quien se encuentra a solas. Intimidación compatible con el abuso por parte del acusado de su parentesco, en cuanto que éste fue el que propició los

encuentros con el niño y las condiciones en que éstos se produjeron.

En esta resolución por tanto se hace expresa mención a que la intimidación ha de paralizar o inhibir la voluntad de resistencia de la víctima y actuar en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición que, si se da, podrían derivarse mayores males para la víctima. La intimidación vencería la libre decisión de la víctima, imponiéndole una conducta.

#### 4. LA SENTENCIA 38/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

En dicha sentencia cuyos hechos probados son públicos y notorios, tras una exhaustiva valoración de la prueba se llega a la siguiente conclusión: no se aprecia que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, como medio comisivo, que según se delimita en la constante doctrina jurisprudencial (reseñada en la resolución), que requiere que sea previa, inmediata grave y determinante del consentimiento forzado.

Por el contrario estiman que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la denunciante quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

Según hacen contar en los hechos probados de la resolución y la justificación que de valoración de la prueba, que realizan en los fundamentos, las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada, quien se vio así sometida a la actuación de aquellos - vid por todas STS 2a 761/2015 de 23 de noviembre -.

En definitiva y como a continuación desarrollan, los hechos que declaran probados, configuran una situación en la que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, abusando de la superioridad así constituida, para presionarle, e impedir que tomara una decisión libre en materia sexual.

Las prácticas sexuales a las que se vio sometida la denunciante, son consecuencia y están vinculadas -narra la sentencia- en relación causal con dicha situación de preeminencia conformada por los procesados, quienes abusaron de su superioridad así generada; actuación que se encuadra en el ámbito típico del abuso sexual de prevalimiento ex Art. 181.3 del Código Penal, siendo de apreciar el subtipo agravado del número 4.

Recuerdan que el Código Penal de 1995 configuró de modo diferente el abuso sexual con prevalimiento, respecto del Código Penal de 1973; en este su antecedente se contenía en el delito de agresión sexual equiparada al estupro de prevalimiento - Art. 436 en relación con el 434 CP/1973 - en el que la acción típica se delimitaba «prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación». El actual Art. 181.3, en la redacción conferida por la LO 11/1999 de 1 de mayo, no se conforma con que el atentado a la libertad sexual se produzca mediando una situación de superioridad manifiesta por parte del sujeto activo, el tipo requiere del prevalimiento, al tipificar la conducta: "... cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima."

Señala literalmente la sentencia: *"En concreto y adentrándonos con detalle en la valoración de las circunstancias que conforman esta situación, ponemos de relieve, el modo en que la denunciante entró en el portal de modo súbito y repentino, sin violencia; la forma en que le enderezaron hasta el habitáculo donde se desarrollaron los hechos, un lugar recóndito, angosto, estrecho, con una única salida coincidente con la zona por donde se realiza la entrada, y en el que le prepararon una encerrona, colocándola en ese lugar y rodeándole."*

*Tenemos por tanto una primera y fundamental base en la que apoyar nuestro juicio de valor, no meramente descriptivo, para afirmar que las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada.*

*Para ello consideramos:*

*(i) El escenario de opresión configurado por los procesados, en la forma que acabamos de señalar;*

*(ii) La asimetría derivada de la edad y las características físicas de denunciante - recién alcanzada su mayoría de edad - y procesados - con edades comprendidas entre los 24 y 27 años - , notoriamente apreciables ; es razonable considerar que estas circunstancias no pudieron pasar desapercibidas para los procesados, quien como hemos señalado, una vez que le había enderezando hasta el habitáculo que tiene una sola salida, la rodearon.*

*(iii) La radical desigualdad en cuanto a madurez y experiencia en actividades sexuales de la denunciante y procesados.*

*Según se hemos argumentado en el precedente fundamento, para valorar la personalidad de la denunciante, entre otros aspectos, consideramos que a la fecha de los hechos se encontraba en los albores de su vida sexual, nunca había tenido relaciones sexuales en grupo, ni con personas desconocidas y en ninguna circunstancia había sido penetrada por vía anal.*

*Esta esta vivencia de su sexualidad, no es parangonable con la de los procesados, quienes con excepción de Ángel Boza, reconocieron que anteriormente habían mantenido relaciones sexuales en grupo, que alguno de ellos gustaban de grabar. Pero igualmente aceptaron que en ninguna ocasión anterior, habían mantenido relaciones grupales, en la proporción personal, ni con la inmediatez que se define y de desequilibrio en cuanto a la edad y demás circunstancias que declaramos probadas.*

*Los procesados de este modo, crearon una “... atmósfera coactiva”, que no es incompatible con una puesta en escena en la que se deslicen afirmación falaces (vid STS. 2a 898/2012 de 15 de noviembre); en la que la presencia de cada uno de ellos, contribuyeron causalmente, para configurar una situación de abuso de superioridad de la que se prevalieron.*

*Por todo ello, declaramos probado y lo justificamos en el precedente fundamento que al encontrarse en esta situación, en el lugar 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 querido por estos, la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción.”*

Como se puede observar la referida sentencia acoge la doctrina jurisprudencial que anteriormente hemos expuesto, donde los juzgadores han juzgado – y valga la redundancia- bajo el sistema de fuentes establecido, lo que no significa, en mi opinión, que el concepto jurídico se aleje del sentir popular, como han demostrado las movilizaciones sociales que al respecto se han producido, y lo que tampoco significa que nuestra norma este dando soluciones para una convivencia pacífica y ordenada, lo cual es la finalidad del derecho en si mismo. A tal efecto, señalar que hemos reflejado una evolución legislativa a tal efecto en el inicio de este artículo, donde hemos observado que el bien jurídico del que inicialmente se hablaba era la honestidad, regulando el adulterio, o el amancebamiento, lo que nos pone de relieve, como no puede ser de otra manera, la evolución de las leyes, y la jurisprudencia, conforme a la evolución de la sociedad, y esto tiene su reflejo en lo que a los derechos de las mujeres se refiere. La violencia contra las mujeres no es exclusiva de ningún sistema político o económico; se da en todas las sociedades del mundo y sin distinción de posición económica, raza o cultura. Las estructuras de poder de la sociedad que la perpetúan se caracterizan por su profundo arraigo y su intransigencia. En todo el mundo, la violencia o las amenazas de violencia impiden a las mujeres ejercitar sus derechos humanos y disfrutar

de ellos. Evolucionamos, conquistamos derechos, y esto ha tenido su reflejo en la evolución legislativa, y tal vez sea el momento de abordar cambios al efecto.

## 5. CONCLUSIONES

En los delitos contra la libertad y contra la indemnidad sexual el desvalor de la conducta tipificada no es la manifestación sexual en sí, sino la vulneración de la decisión autónoma de la víctima, imponiéndose el derecho igual de toda persona a la manifestación libre de sus decisiones en materia de sexualidad.

Por ello, entiendo, que una relación sexual impuesta se convierta en un acto de violencia o de dominación en sí mismo. Tradicionalmente se exigía como elemento típico de esos delitos la concurrencia del "ánimo libidinoso" o "móvil lúbrico" en el agresor. Este requisito ha de ser superado, debiendo centrarnos en que la situación típica se trata de una utilización degradante de la víctima, que afecta a aspectos íntimos corporales, siendo indiferente que el autor se excite sexualmente o simplemente sea un sádico que pretende humillar y vejar a la víctima.

Así las cosas, las agresiones y abusos sexuales podrían entenderse como una modalidad dentro del grupo de los delitos contra la libertad, siendo una agravante el ataque a la intimidad corporal que supone tener que soportar o que realizar actos que para el autor tienen significado sexual, pero para la víctima no, y constituyen una lesión de la intimidad o de la integridad moral; incluso lo más adecuado posiblemente sea ubicar las agresiones sexuales violentas o intimidatorias en el ámbito de los delitos contra la integridad moral, pues el único significado sexual lo tiene para el autor, y no para la víctima.

Una delgada línea roja distingue el delito de abuso con prevalimiento del delito de agresión sexual con intimidación en la actual jurisprudencia. La intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato bastando que sea grave, futuro y verosímil con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. Así mismo ha de ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado. Dicha intimidación ha de resultar bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia. La víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzosamente a las pretensiones de éste. La intimidación ha de paralizar o inhibir la voluntad de resistencia de la víctima y actuar en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición que, si se da, podrían derivarse mayores males para la víctima. La intimidación vencería la libre decisión de la víctima, imponiéndole una conducta. Frente a esto, - o más bien, al lado de esto- 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.

No olvidemos la carga de la prueba en estos procedimientos, y que partimos de la presunción de inocencia, y el contexto de estos delitos, que se van a dar en lugares alejados de la mirada de terceros, lo que dificulta la prueba de los mismos.

¿Responde a la necesidad social nuestra regulación? ¿Tiene sentido distinguir que la víctima actúe coaccionada ante una amenaza expresa de un mal o una situación que otorgue al agresor una situación privilegiada? ¿En un supuesto de multiplicidad de agresores, sólo hay intimidación si se produce una amenaza expresa de causar un mal? ¿No cabe considerar intimidación el hecho de que cinco agresores te rodeen en un habitáculo queriendo practicar sexo contigo, y conscientes de tu alta ingesta alcohólica? Las normas se hacen para regular una convivencia pacífica y ordenada, y se han de hacer en abstracto y no a golpe de sucesos, si bien la sociedad cambia y las necesidades sociales también, de ahí que el derecho esté vivo y en permanente desarrollo. Sea bajo la coacción de una amenaza, sea bajo una situación

privilegiada, la víctima doblega su voluntad, se la impone una conducta que produce en ella un grave ataque, sea de una forma u otra: mismo desvalor de la acción, mismo desvalor del resultado. En los supuestos de multiplicidad de agresores, haya o no amenaza, conmina mentalmente a la víctima, que sea por la privilegiada situación de sus agresores o sea por la situación, van a suponer para ella una amenaza en sí misma. La última de las sentencias que he analizado en el apartado 3, la STS 953/2016 dice que la intimidación ha de paralizar o inhibir la voluntad de resistencia de la víctima y actuar en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición que, si se da, podrían derivarse mayores males para la víctima, situación en la que pudieran tener cabida los hechos declarados probados por la sentencia 38/2018; ésta es la única Sentencia de las que he referido cuya ponente es mujer, Ana María Ferrer García, la única Magistrada de la Sala II del Tribunal Supremo español.

## BIBLIOGRAFÍA

A.ASÚA, “ Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso político” en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género* editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998.

M. GAVILÁN, “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual” en M.GAVILÁN *Asesoría y proceso penal*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

STS 834/2014 de 10 de diciembre (Roj: STS 5194/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5194)

STS 9/2016 de 21 de enero (Roj: STS 12/2016 - ECLI:ES:TS:2016:12)

STS 132/2016 de 23 de febrero (Roj: STS 639/2016 - ECLI:ES:TS:2016:639)

STS 630/2016 de 14 de julio (Roj: STS 3590/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3590 )

STS 953/2016 de 15 de diciembre (Roj: STS 5460/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5460)

STS 460/2017 de 21 de junio (Roj: STS 2534/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2534)