

EL CONCEPTO DE VIOLENCIA Y EL PROBLEMA DE LA “SUMISIÓN QUÍMICA” EN LOS DELITOS SEXUALES (A PROPÓSITO DE LA DISCUSIÓN EN ESPAÑA)

THE CONCEPT OF VIOLENCE AND THE PROBLEM OF “CHEMICAL SUBJUGATION” IN SEXUAL CRIMES (REGARDING THE DEBATE IN SPAIN)

Natalia Sánchez-Moraleda Vilches
Profesora Ayudante Doctora de Derecho penal
Universidad de Alicante (España)

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2019.

RESUMEN

El trabajo aborda los ataques a la libertad sexual cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas u otras sustancias similares. Esta práctica delictiva, conocida popularmente como “sumisión química”, se tipifica en el Código penal español como una clase de abusos sexuales. El objetivo que se pretende es estudiar si estas conductas, atendiendo a su gravedad y a la incapacidad provocada en el sujeto pasivo de expresar una voluntad y un consentimiento válido a través del empleo de sustancias que inciden en el sustrato físico de la persona, podrían de *lege ferenda* excluirse como modalidad de los abusos sexuales y contemplarse como supuestos de agresión sexual con violencia, o si más bien deberían introducirse en esta última infracción como una modalidad equiparada valorativamente.

ABSTRACT

This paper examines the attacks on sexual freedom committed by eliminating the victim's will through the use of medicines, drugs or similar substances. This criminal practice, popularly known as "chemical subjugation", is currently punished in the Spanish Criminal Code as a type of sexual abuse. Taking into account the gravity of this conduct and the victim's inability to express a valid will and consent caused by the use of substances that physically affect him, the aim of this paper is to establish whether they can be punished as cases of sexual assault committed with violence, rather than as a modality of sexual abuse, or if a specific provision should be envisaged to include this kind of cases.

PALABRAS CLAVE

Agresión sexual, abuso sexual, violencia, anulación de la voluntad, sumisión química

KEYWORDS

sexual assault, sexual abuse, violence, nullification of will, chemical subjugation

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO. 3. BREVE PANORÁMICA DE LA REGULACIÓN DE LAS AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ABUSOS COMETIDOS ANULANDO LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA MEDIANTE EL EMPLEO DE FÁRMACOS, DROGAS U OTRAS SUSTANCIAS. 3.1. Agresiones y abusos sexuales: tipologías y elementos distintivos. 3.2. Abusos sexuales cometidos anulando la voluntad de la víctima (“sumisión química”). 4. EL CONCEPTO DE “VIOLENCIA” COMO MEDIO COMISIVO EN LAS AGRESIONES SEXUALES. 5. POSIBILIDADES Y LÍMITES PARA UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA. 6. ARGUMENTOS DE *LEGE FERENDA* PARA UNA EQUIPARACIÓN VALORATIVA CON LAS AGRESIONES SEXUALES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. SEXUAL VIOLENCE IN EUROPEAN COMPARATIVE LAW. 3. OVERVIEW OF THE SPANISH REGULATION OF SEXUAL ASSAULTS AND ABUSES. SPECIAL REFERENCE TO ABUSES COMMITTED BY ELIMINATING THE VICTIM’S WILL THROUGH THE USE OF MEDICINES, DRUGS OR OTHER SUBSTANCES. 3.1. Sexual assault and abuse: typologies and distinctive elements. 3.2. Sexual abuse committed by eliminating the will of the victim ("chemical subjugation"). 4. THE CONCEPT OF "VIOLENCE" AS AN ACTIVE MEANS IN SEXUAL ASSAULTS. 5. POSSIBILITIES AND LIMITS FOR AN EXTENSIVE INTERPRETATION OF THE CONCEPT OF VIOLENCE. 6. ARGUMENTS *DE LEGE FERENDA* FOR AN EQUIVALENCE WITH SEXUAL AGGRESSIONS. 7. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

El Código penal español tipifica como agresión sexual la conducta consistente en atentar contra la libertad sexual de otra persona utilizando violencia o intimidación (art. 178 Cp). El término “violencia” en este ámbito se viene interpretando por la doctrina y la jurisprudencia como empleo de fuerza física sobre el cuerpo de la víctima, mientras que la “intimidación”, equiparada en desvalor a la anterior, se identifica con

el uso de una amenaza grave y compulsiva para obtener un consentimiento (viciado) del sujeto pasivo.

A su vez, el texto penal castiga con menor pena el delito de abuso sexual, que se diferencia del anterior en la no concurrencia de violencia o intimidación. En particular, el ilícito requiere que el comportamiento sexual tenga lugar sin consentimiento o sin consentimiento válido, y recoge específicamente como abusos sexuales los que se ejecuten sobre personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, 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 (art. 181.2 Cp); aquellos en los que el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (art. 181. 3 Cp); los que tengan lugar sobre menores de 16 años (art. 183.1 Cp); y los realizados sobre personas mayores de 16 años y menores de 18 utilizando engaño o abusando de una posición de confianza, autoridad o influencia (art. 182.1 Cp).

Este modelo, que sustenta la mayor o menor penalidad, además de en la clase de acción sexual realizada, en los medios comisivos, se encuentra hoy sometido a un intenso debate ante la posibilidad de una futura reforma de los delitos contra la libertad sexual.

En este contexto, resulta de interés reflexionar sobre una de las modalidades de abuso sexual que prevé la ley: la conocida popularmente como “sumisión química” a la que se refiere el art. 181.2. Se trata de aquellas situaciones en las que el sujeto activo coloca dolosamente a la víctima, mediante el suministro de fármacos, drogas u otras sustancias de efecto similar, en una situación de incapacidad para oponerse a sus pretensiones sexuales, anulando su voluntad. De modo que la víctima deviene vulnerable y queda a merced del autor, sometida a su control. La cuestión es que, aunque el número de casos es minoritario atendiendo a las sentencias condenatorias y a la información que proporciona el Instituto Nacional de Toxicología, se advierte un incremento de esta clase de ataques, puesto en evidencia desde los servicios sanitarios¹.

Así las cosas, parte de la doctrina científica es de la opinión de que estas conductas deberían ubicarse entre las agresiones sexuales, en el entendimiento de que merecen el mismo reproche penal. En particular, por un lado, se plantea como vía más idónea la equiparación valorativa con las agresiones con violencia o intimidación; mientras que, por otro lado, sobre la base de que la ley distingue la agresión sexual de los abusos atendiendo a la concurrencia de violencia para salvar la ausencia de consentimiento, o intimidación para obtenerlo, se sostiene que la anulación de la

¹ La Policía Nacional documenta 104 casos en 2017, el triple que hace ocho años, según señala el Instituto Nacional de Toxicología. Asimismo, el Hospital Carlos III de Madrid refiere que desde 2017 se ha pasado de algún registro excepcional a la detección de entre 3 y 4 casos al mes en los que se sospecha que el ataque sexual ha tenido lugar utilizando drogas y fármacos para anular la voluntad de la víctima. El repunte de los casos de agresión sexual por sumisión química se constata también desde el Hospital de La Paz. Puede consultarse esta información en diversos medios de comunicación: https://www.cope.es/actualidad/sociedad/noticias/violaciones-por-sumision-quimica-una-realidad-emergente-20190110_329648; https://www.abc.es/espana/madrid/abci-violacion-cada-dias-madrid-crecen-casos-sumision-quimica-hombres-y-mujeres-201812272153_noticia.html; <https://www.elmundo.es/papel/historias/2019/07/24/5d37330221efa0cd518b45dd.html> [última consulta: 30 de septiembre, 2019]

voluntad de la víctima actuando directamente sobre su cuerpo a través de drogas, fármacos o sustancias similares debería considerarse una modalidad de violencia.

Al estudio de estas posibilidades se dedica este trabajo. Partiendo del necesario respeto al principio de legalidad, se analiza si esta clase de abusos sexuales, a tenor de su gravedad y de la incapacidad provocada en el sujeto pasivo de expresar una voluntad y un consentimiento válido a través del empleo de sustancias que inciden en el sustrato físico de la persona, podrían de *lege ferenda* excluirse de los abusos sexuales y contemplarse como supuestos de agresión sexual con violencia, o si más bien deberían introducirse en esta última infracción como una modalidad equiparada.

2. LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO

Los modelos de protección penal de la libertad sexual en los países de nuestro entorno no se caracterizan por su homogeneidad², aunque presentan algunos elementos comunes. En este momento me referiré brevemente a los sistemas adoptados en Alemania, Italia, Suecia y Finlandia.

En Alemania, tras la aprobación en julio de 2016 del Proyecto de Ley conocido como “No es no”, el apartado primero del art. 177 Cp establece un tipo básico de agresión sexual que sanciona a quien contra la voluntad manifiesta de una persona realice actos sexuales sobre ella o la induzca a realizárselos al autor o a un tercero. En su apartado segundo equipara los supuestos en los que la víctima carezca de capacidad para formar o expresar su voluntad contraria; el agresor se aproveche de la condición física o mental de la víctima que disminuya su capacidad para formar o expresar su voluntad, salvo que se haya asegurado de que consiente; explote un elemento de sorpresa; o utilice la amenaza de violencia o la coacción. Por su parte, los apartados cuatro y cinco recogen una pena más severa ligada a la concurrencia de alguna de las agravaciones específicas que contempla: que el sujeto pasivo no pueda formar o expresar su negativa por razón de enfermedad o discapacidad; que se emplee la violencia o una amenaza para su vida o su integridad física; y que el autor se aproveche de una situación de indefensión de la víctima. Por último, el apartado sexto regula un tipo súperagravado para los casos de especial gravedad: cuando se realice el coito u otros actos sexuales similares que comporten la degradación de la víctima, particularmente si implican penetración (violación); y, cuando se trate de un ataque cometido conjuntamente por más de una persona.

Al margen de otras modificaciones que no se van a abordar en esta ocasión, la principal novedad que ha traído consigo la reforma es que para cometer una agresión sexual ya no se exige que medie violencia, intimidación o aprovechamiento de una situación de indefensión, como sucedía en la regulación anterior. De modo que, lo que singulariza ahora a las agresiones sexuales es la oposición del sujeto pasivo al acto sexual (en cualquier modo, con palabras o mostrando el desacuerdo por otros medios como el llanto o expresiones de dolor³). Con todo, como ya he indicado, se equiparan

² Ofrece un estudio de los delitos contra la libertad sexual en el ámbito europeo, incluyendo un análisis de la regulación en Alemania, Francia, Italia, Portugal, Suecia e Islandia, Vallejo Torres, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia afuera para reflexionar desde dentro”, *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 133, 2018, págs. 5-13.

³ Pone de relieve estas modalidades de oposición De Vicente Martínez, R., “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dirs.);

aquellas hipótesis en las que no sea evidente la voluntad contraria al comportamiento sexual; esto es, aquellas en las que se obtenga un consentimiento viciado y las de ausencia de consentimiento.

Distinto es el modelo italiano, que regula los delitos sexuales en los arts. 609 bis a decies del Código penal. Bajo la rúbrica “Violencia sexual”, el art. 609 bis castiga en su primer párrafo a quien obligue a otro a realizar o soportar actos sexuales con violencia, amenaza o abuso de autoridad. Seguidamente, equipara penológicamente las situaciones en las que el contacto sexual se haya obtenido abusando de las condiciones de inferioridad física o psíquica de la víctima en el momento del hecho, o empleando engaño sobre la identidad del sujeto activo (por ejemplo, fingiéndose médico). Por último, el precepto establece una pena atenuada para los casos de menor gravedad. Por lo que respecta a los subtipos agravados, el art. 609 ter enumera una serie de circunstancias que atienden a las características de la persona ofendida y a la modalidad de conducta, especialmente grave o insidiosa⁴, entre ellas la de que se utilicen armas, bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes, narcóticos u otros medios gravemente lesivos para la salud del ofendido. Asimismo, la pena se exaspera en función de la minoría de edad de la víctima (según sea menor de 14 o de 10 años).

Del examen de la normativa resulta que, con carácter general, y a diferencia del sistema alemán, la normativa italiana, por una parte, sustenta el delito de violencia sexual en cuatro medios comisivos: la violencia, la amenaza, el aprovechamiento de una situación de inferioridad física o psíquica de la víctima y el engaño. Y, por otra parte, omite referencia alguna a la clase de acto sexual, obviando la distinción que la legislación alemana establece entre conductas que impliquen penetración (violación) y otra clase de comportamientos de carácter sexual⁵.

Especial referencia merece la regulación de los delitos sexuales en los países nórdicos, Suecia e Islandia, que está siendo objeto de atención particular en las

Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 193. En particular, refiriéndose a la violación, la autora señala que son varios los países cuyas legislaciones definen la violación atendiendo a la falta o ausencia de consentimiento, descartando el requisito de la violencia, amenaza o aprovechamiento de la indefensión para que un acto sea considerado violación (entre ellos, Suecia, Alemania, Reino Unido y Bélgica)

⁴ Específicamente, recoge las siguientes: “Cuando el culpable sea ascendiente o progenitor, por naturaleza o adopción, o tutor de la víctima; cuando se utilicen armas, bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes, narcóticos u otros medios gravemente lesivos para la salud del ofendido; cuando el culpable simule ser autoridad o funcionario público; cuando la víctima se halle privada de libertad; cuando sea menor de 18 años; cuando los hechos se realicen en un centro educativo frecuentado por la víctima o en sus inmediaciones; cuando se trate de una mujer embarazada; cuando el culpable sea o haya sido cónyuge o pareja de la víctima, aún sin convivencia; cuando el delito se haya cometido por quien perteneciera a una asociación criminal dedicada a estas actividades; cuando el ilícito se cometa con violencia grave o si del hecho deriva un perjuicio grave para el menor a causa de la reiteración de la conducta”.

⁵ No obstante, como explica Vallejo Torres, en la práctica jurisprudencial se reserva la pena base del artículo 609 bis primer párrafo para los casos de acceso carnal, y la pena atenuada prevista para los supuestos de menor gravedad para los tocamientos, en “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia afuera para reflexionar desde dentro”, cit., pág. 7.

propuestas de reforma del Código penal español⁶. Ambas legislaciones se han modificado en 2018, y se caracterizan por situar el consentimiento como eje central.

Así, en Suecia, el espíritu de la ley gravita en torno a la voluntariedad de la participación en la conducta sexual, de modo que lo determinante será si ha existido consentimiento. Para valorar su concurrencia, dispone la ley que se tendrá en cuenta si la voluntad se expresó con palabras, hechos o de algún otro modo⁷. Se renuncia también a la exigencia de violencia o amenazas para conformar el delito de violación, equiparándose a la ausencia de consentimiento las situaciones de vulnerabilidad de la víctima: cuando se encuentre inconsciente, dormida, bajo un gran miedo, drogada, enferma, herida, ebria, u otro estado semejante. En cuanto a los subtipos agravados, se prevé un aumento de la pena cuando se empleen amenazas o violencia graves y si se comete una agresión grupal. Una particularidad digna de mención es la tipificación de la violación por imprudencia⁸.

En cuanto a Islandia, el reformado art. 194 Cp castiga cualquier acto sexual, incluido el coito, realizado sin el consentimiento del sujeto pasivo. El precepto especifica que se entiende que hay consentimiento cuando este haya sido libremente expresado, y dispone que no existirá consentimiento cuando se obtenga por medio de la violencia, la intimidación o cualquier otro acto de compulsión ilegítima. A efectos de excluir el consentimiento, establece que la violencia equivale a la anulación de la persona mediante el encierro, la medicación, o el uso de medios similares. Por consiguiente, la falta de consentimiento expreso determina la comisión del delito, cualquiera que sea la conducta sexual, si bien se otorga un amplio margen al juez para individualizar la pena (de 1 a 16 años de prisión).

3. BREVE PANORÁMICA DE LA REGULACIÓN DE LAS AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ABUSOS COMETIDOS ANULANDO LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA MEDIANTE EL EMPLEO DE FÁRMACOS, DROGAS U OTRAS SUSTANCIAS

3.1. Agresiones y abusos sexuales: tipologías y elementos distintivos

El Código penal vigente distingue en el Título VIII del Libro II entre los delitos de agresiones sexuales (Capítulo I) y los abusos sexuales (Capítulo II)⁹. Dentro de las agresiones sexuales se recoge, por un lado, un tipo básico en el art. 178, cuya descripción típica consiste en atentar contra la libertad sexual de otra persona

⁶ Así, la propuesta de reforma manejada por la Comisión de Codificación, como apunta Sevilla Merino en "Reacción", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 77, pág. 73. También mencionan la fórmula sueca como inspiradora de la propuesta de eliminar la diferencia entre abuso y agresión sexual en la legislación española Gil y Gil, A./Núñez Fernández, J., "A propósito de "La Manada": análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 77, pág. 11.

⁷ Lo que, según Sevilla Merino, y a diferencia de la normativa española, deja un margen mayor para interpretar si el consentimiento ha existido, en "Reacción", cit., pág. 73.

⁸ Esta modalidad se prevé para sancionar los supuestos en los que el culpable es consciente del riesgo de que la otra persona no esté participando de forma voluntaria y pese a ello continúe con su acción. Es secundada en la doctrina española, entre otros, por Lascraín Sánchez, J. A., "Las huellas de la Manada", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 77, pág. 18.

⁹ El Capítulo II bis se dedica a los abusos y agresiones a menores de dieciséis años, a los que no alcanza este trabajo.

utilizando violencia o intimidación (pena de prisión de 1 a 5 años). Por otro lado, el art. 179 tipifica la violación como tipo agravado, 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 (pena de 6 a 12 años de prisión). Los subtipos agravados se relacionan en el art. 180, y suponen un incremento de las penas previstas en los números anteriores que se vincula a la dinámica de la acción (particularmente denigrante o vejatoria), la utilización de medios peligrosos (armas u otros medios), el número de los sujetos activos (actuación conjunta de dos o más personas), la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o las relaciones existentes entre la víctima y el agresor (relación de superioridad o parentesco).

Los elementos que caracterizan a las agresiones sexuales son, pues, la violencia o la intimidación como medios comisivos que han de ser empleados para vencer la voluntad opuesta de la víctima al acto sexual pretendido por el sujeto activo.

Por lo que respecta a la violencia, cabe adelantar que se identifica con la *vis phisica*, con el empleo de fuerza física sobre el cuerpo del sujeto pasivo. De ella me ocuparé detenidamente más adelante. En cuanto a la intimidación, la jurisprudencia ha señalado que “se trata de un comportamiento, de palabra u obra, productor de un constreñimiento psicológico, que amenaza con causar a la víctima un daño injusto [...] que infunde miedo en el ánimo de la víctima, produciéndose una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor” (SSTS de 11 de febrero de 1994, 28 de marzo de 1995, 16 de mayo de 1995 y 19 de febrero de 1996). A diferencia de la violencia, “es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado” (STS 1583/2002, de 3 de octubre). La causa que genere la intimidación debe revestir las notas de seriedad, inmediatez¹⁰ y gravedad, de modo que las amenazas de males futuros alejados en el tiempo o de males de entidad insuficiente no bastan para considerar cumplido este requisito. En cualquier caso, “no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, pero ha de ser suficiente y eficaz para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal [...] de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si este 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 aquel, no la de esta” (STS 480/2016, de 2 de junio). Por lo demás, para apreciar intimidación no se exige que exista una amenaza expresa, de modo que es

¹⁰ En este sentido, Morales Prats y García Alberó, que consideran que la amenaza de males futuros alejados en el tiempo no basta para entender colmado el requisito, en Morales Prats, F./García Alberó, R., “Título VIII”. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, Quintero Olivares, G. (Dir.); Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios al Código penal español*, tomo I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 1282. Asimismo, Ramón Ribas, E., “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dirs.); Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 159-160. A título de ejemplo de esta corriente jurisprudencial mayoritaria, véase la STS 1469/2005, de 24 de noviembre. De otra opinión, Gómez Tomillo, M., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Tomo II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 480, y también la STS 355/2015, de 28 de mayo.

posible que la agresión sexual se produzca en un cuadro intimidatorio que comporte una amenaza implícita¹¹.

Junto a la violencia y la intimidación, constituye un elemento básico y de carácter negativo el que no se cuente con el consentimiento del sujeto pasivo, que se actúe contra su voluntad anulando su libertad¹². Aquí se niega la libertad ajena¹³ haciendo uso de la violencia o la intimidación para anular la libre voluntad, de manera que el sujeto no tiene capacidad de oponerse a las pretensiones del agresor¹⁴, siendo preciso que quede clara la negativa de la víctima y que el ejercicio de la violencia o de la intimidación ha sido necesario para vencer su voluntad (STS 344/2019, de 4 de julio)¹⁵. Con todo, en relación con la intimidación matiza el Tribunal Supremo que “la intimidación [...] suprime o reduce muy significativamente la capacidad de decisión de la víctima, que solo aparentemente consiente, dada una situación que no le permite una elección aceptable; es decir, donde la amenaza de dos males sitúa 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” (STS 9/2016, de 21 de enero)¹⁶.

¹¹ Lo que ocurre en los supuestos de “intimidación ambiental”, apreciada recientemente por el Tribunal Supremo en la STS 344/2019, de 4 de julio (caso “La Manada”). Cita la STS 744/2004, que resolvió un caso similar al de “La Manada”, Cuerda Arnau, M. L., “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”, en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dir.); Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 121. Esta autora cuestiona críticamente por qué los conceptos de violencia o intimidación se interpretan de un modo distinto en las agresiones sexuales y en el robo, donde se atiende a las particularidades que afectan al sujeto pasivo o al lugar o al modo de realizar la acción para apreciar la concurrencia de tales conceptos.

¹² Cuerda Arnau insiste en este argumento del TS para distinguir las agresiones sexuales de los abusos, reiterando que lo que singulariza al delito de agresión sexual frente a los abusos es el hecho de que se actúa contra la voluntad de la víctima, no simplemente con su consentimiento viciado o inválido o sin darle siquiera oportunidad de manifestarlo, modalidades que darían paso a los abusos sexuales, en “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”, cit., pág. 120; *id.*, “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010, pág. 13. Por su parte, González Rus resalta que lo decisivo para apreciar agresiones sexuales es que exista violencia o intimidación y que conste de cualquier modo la voluntad contraria del sujeto pasivo, en “¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”, en García Valdés, C. *et al.* (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, pág. 2029.

¹³ Gil y Gil, A./Núñez Fernández, J., “A propósito de “La Manada”: análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, cit., pág. 12.

¹⁴ Boix Reig, J., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (2): agresiones sexuales”, en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Vol. I, Iustel, Madrid, 2016, pág. 356.

¹⁵ También incide sobre ello Gómez Tomillo, M., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 480. Este autor insiste en que, tanto para la intimidación como para la violencia, debe constar la voluntad inequívoca de la víctima contraria al acto sexual, sin que sea preciso acreditar su resistencia, aunque sí la violencia o intimidación significativas y su conexión causal con el hecho sexual.

¹⁶ En este sentido, señala González Rus que la intimidación “actúa a distintos niveles que la fuerza, produciendo sus efectos antes de que el sujeto amenazado exteriorice su conducta”, y refiere que “sus consecuencias actúan directamente sobre la voluntad del sujeto pasivo, interfiriendo y condicionando el ciclo de formación de la decisión misma, para inclinarlo a someterse a los deseos del autor; lo que provoca, entre otros efectos, la nulidad plena del consentimiento que pueda prestarse, dado que el mismo no es la cristalización de la voluntad libre, sino el resultado de la conmoción psíquica creada por

Por su parte, los abusos sexuales se hallan regulados en los arts. 181 a 182 del Código penal. El comportamiento típico del delito básico se describe en el apartado primero de forma negativa, por exclusión del delito de agresión sexual. De modo que será responsable de abuso sexual el que, sin violencia o intimidación, y sin que medie consentimiento, atente contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona. Esencial, por tanto, es que no concorra el empleo de violencia o intimidación, pero, también, que no medie consentimiento. Del tenor literal de los restantes apartados del artículo resulta que este primer apartado se configura como un tipo de recogida que da cabida solo a aquellos hechos que no sean subsumibles en las otras modalidades que se regulan. Así, queda reducido a los ataques sexuales en los que, sin violencia o intimidación, la víctima manifiesta su rechazo, o en los que ni siquiera puede manifestar su negativa porque se trate de un ataque proditorio o sorpresivo¹⁷. Y es que los apartados segundo y tercero recogen dos hipótesis específicas de abusos sexuales: una primera que delimita supuestos de ausencia de consentimiento *ex lege*¹⁸, en los que el consentimiento no resulta válido y se tiene por no prestado (aquellos en los que la víctima se halle privada de sentido, padezca un trastorno mental del que se abuse, o cuando se cometan anulando su voluntad mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto (art. 181.12 Cp). Y, una segunda hipótesis que contempla los abusos sexuales en los que se obtenga el consentimiento (viciado) prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (art. 181.3 Cp). A ello hay que añadir otra modalidad de consentimiento viciado: cuando se emplee engaño, abuso de confianza, autoridad o influencia sobre un mayor de 16 años y menor de 18 años (art. 182 Cp). Todas estas situaciones quedan, por tanto, englobadas en la expresión “sin que medie consentimiento” que define al tipo penal. Común a todas ellas es la existencia de dos subtipos agravados: uno que atiende a la clase de conducta sexual realizada y que equivale a lo que en el ámbito de las agresiones sexuales se denomina violación (arts. 181.4 y 182.2 Cp); y, otro, que eleva la pena en su mitad superior cuando concurren las circunstancias 3ª o 4ª del art. 180 (edad, enfermedad, discapacidad o situación, y relación de superioridad o parentesco).

Caracteriza entonces a los abusos sexuales la inexistencia de violencia o intimidación y la falta de consentimiento por parte del sujeto pasivo. Esta última se identifica en la doctrina con escenarios en los que la libertad sexual se encuentra limitada o viciada, no anulada¹⁹, señalándose que “en los abusos existe un ámbito de libre decisión, aunque reducido, se conserva una mínima libertad, en las agresiones la

la amenaza”, en “¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”, cit., pág. 2030.

¹⁷ Morales Prats, F./García Albero, R., “Título VIII”. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1304; Gómez Tomillo, M., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 505; Pérez Alonso, E., “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, *Indret*, 3/2019, pág. 7; Díaz Morgado, C., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S.; Vera Sánchez, J. S. (Coord.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 678 (en referencia a los tocamientos sorpresivos y/o fugaces como supuesto prototípico del tipo básico de abuso sexual).

¹⁸ Morales Prats, F./García Albero, R., “Título VIII”. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., págs. 1304-1305.

¹⁹ Boix Reig, J., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (2): abusos sexuales”, *Derecho penal. Parte especial*, Vol. I, Iustel, Madrid, 2016, pág. 373.

libertad ha sido anulada”²⁰. Si bien esto es correcto, debe puntualizarse que no en todos los abusos sexuales existe una mínima libertad de decisión. Pensemos en los casos en los que el sujeto es atacado sorpresivamente o está inconsciente. Y, también, en que aquella puede permanecer intacta, pues puede cometerse un abuso sexual en contra de la voluntad expresa de la víctima, como ocurre cuando la víctima es una persona con tetraplejia. En cualquier caso, no hay que perder de vista que, de acuerdo con la regulación en vigor, lo que delimita claramente la frontera entre la agresión sexual y el abuso sexual es la presencia o la ausencia de violencia o intimidación²¹.

3.2. Abusos sexuales cometidos anulando la voluntad de la víctima (“sumisión química”)

La modalidad de abusos sexuales cometidos “anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto” se introdujo en el Código penal a través de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio. Se trata de una práctica delictiva que se está extendiendo²², no solo con fines sexuales, sino también en secuestros y robos, y que consiste en administrar drogas, fármacos u otras sustancias (que se ingieren ocultas en la bebida, o incluso se inhalan²³) que anulan la voluntad, producen desinhibición y amnesia, de modo que las víctimas luego no recuerdan nada o tienen, a lo sumo, episodios inconexos de memoria. El problema que presenta esta técnica es el de la detección de las sustancias, pues la mayor parte se elimina a través de la orina a las 12 horas, y se diluye en la sangre en un periodo de entre 2 a 6 horas, lo que comporta problemas de prueba en un eventual procedimiento judicial. Ello implica que en muchas ocasiones no se denuncie, bien porque la víctima piense que no tendrá credibilidad si no se detecta la sustancia, bien porque se halla confundida al no estar segura de lo que ha sucedido.

Volviendo a la reforma de 2010, hay que señalar que con la nueva formulación legal se venían a recoger expresamente supuestos que hasta entonces se ubicaban en la modalidad de privación de sentido. Esta última comprende con claridad situaciones de privación total de sentido (personas desmayadas, en coma, anestesiadas, etc.), estados de inconsciencia en los que el sujeto no está en condiciones de consentir por tener anuladas sus facultades intelectivas y volitivas. Pero también, de acuerdo con el Tribunal Supremo, aquellas otras en las que la pérdida de conciencia no es total, pero existe una disminución muy intensa de las facultades que incapacita para consentir, o no, y una anulación suficiente de los frenos inhibitorios, de manera que la víctima no

²⁰ Ramón Ribas, E., “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, cit., pág. 145.

²¹ González Rus, J. J., en “¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”, cit., pág. 2033.

²² Aunque prácticamente no existen datos oficiales, los expertos estiman que el 20-30% de las agresiones se deben a sumisión química. Puede consultarse la noticia en https://elpais.com/politica/2016/07/22/actualidad/1469205662_344804.html [última consulta: 30 de septiembre, 2019].

²³ Esta parece ser la técnica que se empleó en un caso en el que el autor, que se hacía pasar por chamán, entregó a la víctima un periódico indicándole unas páginas concretas, momento a partir del cual la víctima entró “en un estado de relajación y de pérdida de voluntad”, como relata la SAP Madrid núm. 596/2015, de 20 de julio.

se encuentra en situación de oponerse a las pretensiones libidinosas del autor (SSTS 833/2009, de 28 de julio, 267/1994 y STS de 28 de octubre de 1991).

Pues bien, aunque la jurisprudencia admitía como casos de privación de sentido tanto aquellos en los que el sujeto activo se aprovechaba de una situación preexistente (SSTS 833/2009, de 28 de julio y 861/2009, de 15 de julio), como aquellos en los que él mismo la provocaba²⁴, lo que anticipo que me parece una equiparación de comportamientos de distinto desvalor, lo cierto es que surgían escenarios que, como afirma Boix Reig²⁵, planteaban problemas desde la perspectiva del principio de legalidad, lo que es lógico en la medida en que su empleo no siempre priva totalmente de sentido al sujeto pasivo, sino que puede generar un estado de semiinconsciencia no subsumible en la citada modalidad. De ahí que el legislador quisiese acabar con estos problemas interpretativos y los regulase expresamente como abusos sexuales acompañando a los cometidos sobre personas privadas de sentido.

Aunque no son muchas las sentencias que han aplicado este tipo penal²⁶, los tribunales se han preocupado de concretar en cierta medida el contenido y el alcance del injusto. Con esta nueva modalidad, “se querría abarcar aquellas situaciones en las que, sin llegar a existir una pérdida de conciencia encuadrable en el supuesto ya previsto de víctimas que se hallen “privadas de sentido”, se anula la capacidad de decisión de éstas respecto del mantenimiento de relaciones sexuales” (SAN 15/2015). Con todo, hay que poner de relieve que en la práctica judicial también se aprecia esta modalidad en contextos de pérdida total de conciencia como consecuencia del consumo de la sustancia, por lo que se puede afirmar que el tipo se aplica indiferentemente de si la situación generada es de pérdida total o parcial de conciencia²⁷.

En particular, se sostiene que precisa la concurrencia de dos requisitos: el primero, que se utilice alguna de las sustancias determinadas legalmente; y, el segundo, que se anule la voluntad de la víctima. En relación con esta segunda exigencia, la doctrina entiende que supone que la víctima ha perdido su capacidad de determinarse de forma autónoma en el ámbito sexual y, por tanto, no se halla en disposición de oponerse a las pretensiones del sujeto activo²⁸. La cuestión, plantea la jurisprudencia, es delimitar cuál debe ser el grado o intensidad que ha de alcanzar la

²⁴ Díaz Morgado, C., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 181.

²⁵ Boix Reig, J., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (2): abusos sexuales”, cit., pág. 375.

²⁶ Lo aplican: SAP León 556/2017, de 13 de diciembre (benzodiazepina); SAP Madrid 596/2015, de 20 de julio (sustancia desconocida); SAP Alicante 129/2016, de 4 marzo (benzodiazepina). Por el contrario, descartan apreciar el tipo por considerar no acreditada la concurrencia de los elementos típicos: SAN 15/2015, de 2 de junio; SAP Granada 452/2016; SAP Castellón 123/2014, de 25 de marzo; y SAP Burgos 340/2018, de 2 de octubre.

²⁷ A título de ejemplo, puede consultarse la SAP Alicante 129/2016, de 4 de marzo, que aborda un caso en el que el sujeto vertió una sustancia en la bebida de la víctima cuando se encontraban tomando unas copas en un local, siendo que cuando esta fue al baño ya no fue consciente de sus actos, sin que pudiera recordar nada de lo sucedido. Del mismo modo, se aplicó el tipo en un supuesto similar por la SAP León 556/2017, de 13 de diciembre.

²⁸ Así lo refiere la SAN 15/2015. Por su parte, Boix Reig considera que la expresión típica “anular la voluntad de la víctima” debe entenderse en el sentido de que “lo relevante es que el sujeto pasivo no tiene voluntad suficiente que oponer a las pretensiones del sujeto activo”, concluyendo que esta incapacidad de oposición es la que fundamenta esta modalidad comisiva, en “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (2): abusos sexuales”, cit., págs. 375-376.

referida anulación. En este sentido, “cabe un amplio abanico que va desde entender el concepto “anulación” como una absoluta pérdida de voluntad y sus capacidades, generando en la víctima una total incapacidad de consentir sin que sea suficiente una mera limitación de la voluntad, como ocurrirá en el supuesto de que aquélla conserve cierta capacidad de comprensión del hecho y de control de sí misma, a aquellos casos en los que no se dé una anulación sino una influencia relevante en la capacidad de control de la víctima, que la ponga objetivamente en situación de inferioridad respecto al autor y éste abuse de ello, siendo de aplicación la modalidad de abuso sexual de prevalimiento recogida en el art. 181.3 Cp. Quizá la solución se encuentre en el término medio, entendiendo que es suficiente para aplicar esta modalidad de abuso sexual con que la víctima se encuentre en un estado de notable alteración de su capacidad para decidir libremente sobre la relación sexual, de tal manera que se encuentre en una situación de no poder oponerse a los deseos del asaltante” (SAN 15/2015). Conforme a este análisis de los distintos grados de anulación de la voluntad, resulta entonces que la modalidad en estudio sería aplicable tanto si el sujeto pierde absolutamente su voluntad y sus capacidades, quedando incapacitado para consentir, como si se produce una “notable alteración” de su capacidad de autodeterminación en el ámbito sexual. Las hipótesis de “influencia relevante en la capacidad de control de la víctima”, sin embargo, se reconducirían al abuso de prevalimiento del art. 181.3. En mi opinión, esta última conclusión podría ser discutible, pues, por una parte, no resulta fácil determinar cuál sea la diferencia entre la “notable alteración” y la “influencia relevante”; y, por otra parte, aunque se podría constatar una situación de superioridad de la que el sujeto activo abusa, no parece que sea esa superioridad la que coarte la libertad de la víctima, como exige el precepto, pues lo que “limitaría” su libertad es la reacción que en su organismo provoca la sustancia administrada. En todo caso, sería preciso que la víctima otorgase el consentimiento, como prescribe la norma.

Por lo demás, a los requisitos anteriores hay que añadir la necesaria relación de medio a fin entre el suministro de la sustancia y la anulación de voluntad²⁹; y que la mentada anulación haya sido provocada dolosamente por el sujeto activo del atentado sexual o, en todo caso, por un partícipe que actúe en connivencia con este. Esta es la interpretación más acorde a la dicción literal, en tanto que el precepto reclama que el abuso se cometa “anulando la voluntad de la víctima” con alguno de los medios que se señalan³⁰. Quedan fuera, en consecuencia, los casos en que la anulación de la voluntad la genere la propia víctima o un tercero sin conexión con el autor, que podrían reconducirse, en su caso, a la modalidad de privación de sentido.

4. EL CONCEPTO DE “VIOLENCIA” COMO MEDIO COMISIVO EN LAS AGRESIONES SEXUALES

Es una obviedad que cuando en la legislación internacional se utiliza la expresión “violencia sexual”, la noción de violencia que se maneja no es asimilable a la empleada por el legislador español para delimitar las agresiones de los abusos. Un

²⁹ Díaz Morgado, C., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 679.

³⁰ Sostienen esta interpretación la SAN 15/2015, la SAP León 556/2017 y la SAP Burgos 340/2018. Critica sin embargo esta conclusión, a la que aboca la “desafortunada redacción legal”, Gómez Tomillo, M., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 507.

repaso de los instrumentos internacionales que abordan la materia (significadamente el conocido como Convenio de Estambul de 2011)³¹ muestra que se usa una acepción muy amplia que comprende conductas sexuales y medios comisivos de toda índole.

Desde este punto de partida, interpretar el concepto del elemento “violencia” es primordial para fijar el contenido y el alcance del delito de agresiones sexuales. Hay que tener en cuenta que el tipo requiere, además del desvalor de resultado, un plus de antijuricidad que viene representado por el desvalor de acción que constituye la violencia (y también la intimidación)³². Por ello, es esencial perfilar con nitidez este elemento típico, sobre todo porque marca la frontera con los abusos sexuales.

Con todo, lo cierto es que el término “violencia”, presente también en la descripción típica de otros tipos penales, no se define en el Código penal, lo que sí ocurre, sin embargo, en el Código civil³³. Es necesario, por tanto, acudir a otras vías para integrar el concepto jurídico-penal de violencia en general y, específicamente, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual.

De acuerdo con el Diccionario del español jurídico, el concepto de violencia empleado en el ámbito del Derecho penal se identifica con “fuerza física que aplica una persona sobre otra y que constituye el medio de comisión propio de algunos delitos como el robo y los delitos contra la libertad sexual, entre otros”³⁴.

Esta acepción, como explicaré enseguida, es la que se mantiene por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria³⁵ a efectos de dotar de contenido al término

³¹ El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) dedica específicamente su artículo 36 a definir la violencia sexual, desglosando el abanico de conductas delictivas que conforman esta clase de violencia: “1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero. 2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes. 3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno”.

³² González Rus, J. J., “¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”, cit., pág. 2034.

³³ El art. 1267 del Código civil dispone: “Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona”.

³⁴ *Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial*, Muñoz Machado, S. (Dir.), Barcelona, 2016.

³⁵ Entre muchos otros, Boix Reig, J./Mira Benavent, J., “Reflexión sobre el concepto de violencia en Derecho penal”, *Revista Jurídica Catalana*, núm. 1, 2019, págs. 11-12; De Vicente Martínez, R., “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, cit., pág. 184; *id.*, “¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso “La Manada””, en Morales Prats., F./Tamarit Sumalla, J./García Albero, R. (Coords.), *Represión penal y estado de Derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 1102; Cuerda Arnau, M. L., “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas”, cit., pág. 11; Gómez Tomillo, M., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 479; González Rus, J. J., “¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”, cit., pág. 2031.

típico del art. 178 Cp. Pese a ello, no se puede ignorar que en la exégesis del vocablo los tribunales vienen actuando con poco rigor, pues en el marco de otros delitos como el de coacciones (art. 172 Cp) o, incluso, el de rebelión (art. 472 Cp), realizan interpretaciones extensivas que pueden ser contrarias al principio de legalidad³⁶.

Es preciso recordar que con anterioridad al Código penal de 1995 uno de los supuestos típicos que conformaban el delito de violación se refería a la utilización de “fuerza” o intimidación. Con el Código de la democracia, se sustituye la primera expresión por la de “violencia”, reservando el término para la *vis phisica* proyectada sobre el cuerpo de la víctima. La razón que está detrás de este cambio no es otra que concretar y delimitar el concepto, pues existían interpretaciones favorables a un entendimiento de la fuerza como la ejercida sobre las cosas³⁷.

En este sentido, el Tribunal Supremo declara que la violencia típica del delito del art. 178 “equivale, por tanto, a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima” (SSTS 1145/1998, de 7 de octubre, 1546/2002, de 23 de septiembre, y 409/2000, de 13 de marzo).

Al igual que la intimidación, ha de ser idónea para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, lo que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Por tanto, habrá agresión sexual violenta aunque la entidad de la violencia no sea relevante (por ejemplo, un “tirón de pelo”), siempre que sea suficiente para doblegar su voluntad y conseguir así realizar el acto sexual al que esta se opone³⁸.

Asimismo, es obligado que exista una relación causa efecto entre la violencia y el contacto sexual³⁹, lo que en modo alguno implica que aquella haya de ser

³⁶ Critica esta interpretación extensiva que ha supuesto la volatilización del concepto de violencia, Mira Benavent, J., “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 22, 1984. Sobre el concepto manejado por el Tribunal Supremo en el delito de rebelión, véase, Boix Reig, J./Mira Benavent, J., “Reflexión sobre el concepto de violencia en Derecho penal”, cit., págs.13-14.

³⁷ En este sentido, Morales Prats y García Albero, que citan la STS de 25 de febrero de 1986 como un ejemplo de jurisprudencia a favor de un entendimiento no personal de la fuerza, en “Título VIII”. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1281. También, De Vicente Martínez, R., “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, cit., pág. 184.

³⁸ Véase al respecto la STS 249/2019, de 14 de mayo, que casa la STSJ Asturias, de 13 de julio de 2018, que confirmaba la condena por un delito de abuso sexual con acceso carnal. El Tribunal Supremo condena finalmente por un delito de agresión sexual agravado del art. 179 (violación) al estimar que la acción de “tirar del pelo” a una persona entra claramente dentro del concepto de violencia, máxime cuando se hace sobre una persona que se está negando a tener una relación íntima con quien propina el tirón. Cuerda Arnau aborda también la cuestión de la entidad de la violencia en las agresiones sexuales y concluye que si se acredita la concurrencia de violencia, aunque sea de menor entidad, la calificación que procede es la de agresión sexual, sin perjuicio de tomar en consideración la menor entidad para individualizar la pena, en “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”, cit., págs. 123-124.

³⁹ Citando la STS de 29 de enero de 2009, Morales Prats, F./García Albero, R., “Título VIII”. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1282. También destacan la exigencia de una relación de medio a fin Díaz Morgado, C., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 669; Gómez Tomillo, M., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 480.

irresistible. Frente a posiciones doctrinales y jurisprudenciales que en el pasado juzgaban esencial que la falta de consentimiento fuese acompañada de una efectiva resistencia y reclamaban que esta fuera decidida, seria, continuada, prolongada o tenaz, hoy se insiste en que ya no debe ser retenida como un elemento típico, pues lo que determina el tipo es la actividad o actuación del agresor y no la resistencia de la víctima. Puede resultar útil para probar en el procedimiento la voluntad contraria de la víctima al acto sexual⁴⁰ o la idoneidad de la violencia, pero lo que califica la agresión sexual “no es la mayor o menor resistencia, sino la falta de consentimiento” (ST 604/2004, de 15 de diciembre)⁴¹. En definitiva, como afirma González Rus, “todo comportamiento violento, haya sido o no resistido, integrará unas agresiones sexuales, si se realizó sin el consentimiento del sujeto pasivo”⁴².

5. POSIBILIDADES Y LÍMITES PARA UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA

Una vez expuesto el concepto jurídico-penal de violencia que se sostiene en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, procede retomar uno de los propósitos de este trabajo: analizar si los abusos sexuales cometidos a través de la “sumisión química” de la víctima podrían excluirse como modalidad de abusos sexuales y pasar a considerarse agresiones sexuales bajo el paraguas del concepto de violencia⁴³.

Para ello es paso previo ineludible revisar hasta qué punto es dúctil la noción de violencia, ver si existe posibilidad de realizar una interpretación extensiva que no desborde el tenor literal posible de la ley.

Ciertamente, podría tratar de esgrimirse algún argumento a favor de sostener una exégesis amplia del término. Así, cabría aducir en primer lugar que, entendida en un sentido amplio, podría comprender la intimidación o violencia psíquica, y también

Este último pone de relieve que si la violencia o la intimidación es posterior no determinará la presencia del delito de agresiones sexuales, sino de abusos sexuales en concurso con coacciones, lesiones, etc.

⁴⁰ Morales Prats, F./García Alberó, R., “Título VIII”. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1282; Orejón Sánchez de las Heras, N., “Delitos sexuales: Derecho Penal y cultura de la violación con ocasión del caso de “La Manada””, en Lloria García, P. (Dir.); Cruz Ángeles, J. (Coord.), *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pág. 135.

⁴¹ Realiza un detenido análisis del papel que se le ha otorgado a lo largo del tiempo a la resistencia en la doctrina y la jurisprudencia, González Rus, J. J., “¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”, cit. En su opinión (págs. 2031-2032), la violencia no ha de ir acompañada de la resistencia inexorablemente, del mismo modo que en otros delitos en los que es un medio comisivo y en los que la modalidad delictiva se configura con la simple constatación de que se han utilizado procedimientos de coacción física, sin exigir la correlativa resistencia del sujeto pasivo (coacciones, robo, o realización arbitraria del propio derecho). Asimismo, Morales Prats y García Alberó manifiestan que la sustitución de la fuerza por la violencia en el Código penal tiene la virtud de relativizar el problema de la irresistibilidad de la violencia, así como el grado de resistencia exigible a la víctima. De modo que, señalan, bastará con probar la existencia de una violencia idónea, no para vencer la resistencia de la víctima, sino para doblegar su voluntad, en Morales Prats, F./García Alberó, R., “Título VIII”. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1281. González Rus, J. J., “¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”, cit., pág. 2033.

⁴³ En este sentido, Lascuráin Sánchez considera que sería preciso una reforma que considerase a esta modalidad de abusos sexuales como agresión sexual, en el entendimiento de que ha de ser tenida como una modalidad de violencia, en “Las huellas de la Manada”, cit., págs. 18-19.

la fuerza ejercida sobre las cosas. De hecho, un examen del empleo del vocablo en el Código penal muestra que en algunas ocasiones se utiliza para designar a aquellos medios comisivos. Por ejemplo, en el delito de violencia habitual (art. 173 Cp), en el que se alude a la “violencia física o psíquica”, y en el delito de desórdenes públicos (art. 553 Cp), que se refiere a la “violencia sobre las personas o sobre las cosas”. Desde esta perspectiva, afirma Ramón Ribas, “la violencia, en efecto, puede ser física o psíquica, y la primera proyectarse sobre personas o sobre cosas”⁴⁴.

En segundo lugar, cabría tomar en cuenta, como nos recuerda Mira Benavent, las teorías que se han propuesto por algunos autores que apoyan definir la violencia como “cualquier acción que, con independencia de sus propiedades específicas, impida al sujeto pasivo el ejercicio de su voluntad”. Desde esta perspectiva, y en relación con el delito de coacciones, concluye este autor, es indiferente que la acción posea o no caracteres violentos, que recaiga sobre el cuerpo de la víctima o un tercero, o sobre una cosa o, incluso, que el sujeto se comporte de cualquier otra forma⁴⁵.

En tercer lugar, no puede obviarse que el Tribunal Supremo ha realizado interpretaciones sumamente extensas del término violencia en relación con otros delitos, especialmente las coacciones del art. 172 Cp. En lo que respecta a esta infracción, de hecho, su carácter subsidiario o de recogida ha conducido a provocar una “volatilización” del concepto de violencia. Así, lo ha ido expandiendo progresivamente hasta llegar a admitir, además de la *vis corporis*, la intimidación o *vis compulsiva*, la fuerza en las cosas, y otros supuestos en los que se doblega la voluntad por medios completamente ajenos a aquellos elementos comisivos (por ejemplo, cortando el suministro de luz y agua para compeler al arrendatario a abandonar la vivienda)⁴⁶. Pero, además, como apuntaba, parece que esta tendencia puede repetirse respecto del delito de rebelión, en el que también está presente este elemento típico, pues recientemente el Tribunal Supremo ha señalado que el tipo básico no requiere un uso efectivo y material de la violencia, bastando que exista una ostentación de la fuerza⁴⁷.

Estos argumentos, a mi modo de ver, no son suficientes para sustentar una nueva definición de violencia en el marco de los delitos sexuales que la amplíe más allá del significado expuesto más arriba. Debe mantenerse, entiendo, el contenido que se le ha venido atribuyendo hasta ahora, como fuerza física ejercida sobre el cuerpo de la víctima dirigida a vencer su voluntad y así obtener el contacto sexual perseguido. No

⁴⁴ Ramón Ribas, E., “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, cit., págs. 143-144.

⁴⁵ Mira Benavent, J., “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, cit., págs. 166-167. En la nota 217 cita al sector de la doctrina alemana que ha propugnado esta tesis, y señala a Maqueda Abreu como una de las autoras que propugna un concepto espiritualizado de violencia en línea con esta acepción.

⁴⁶ Sobre la interpretación del elemento violencia en las coacciones y su progresiva ampliación, véase el completo trabajo de Mira Benavent citado más arriba. En el ámbito de las coacciones, aunque excluye expresamente la fuerza en las cosas del concepto de violencia por considerarlo sistemáticamente desacertado, Muñoz Conde admite la subsunción bajo esta figura de los casos en los que se priva de voluntad a un sujeto con el empleo de narcóticos, señalando que “aunque no se emplee materialmente la violencia, el efecto, la anulación de la voluntad, es el mismo”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 143.

⁴⁷ Boix Reig, J./Mira Benavent, J., “Reflexión sobre el concepto de violencia en Derecho penal”, cit., págs. 14-15.

cabe entonces, a mi juicio, la posibilidad de dilatar el concepto y reconducir a las agresiones sexuales violentas los casos de abusos sexuales cometidos mediante “sumisión química”. Y es que, de un lado, creo que la interpretación expansiva que la jurisprudencia ha proporcionado para otras figuras, además de no cumplir con las exigencias derivadas del principio de legalidad, merece una valoración negativa, pues lo que refleja es inconsistencia y volubilidad. En efecto, no parece muy congruente que la noción de violencia se dilate o se restrinja en función de cuál sea el ilícito penal. Desde luego, afecta a la seguridad jurídica, pero, además, trasluce una visión sesgada de cada fenómeno criminal que no justifica un trato diferente. Es más, puede afirmarse que esta línea seguida por los tribunales no cuenta con el refrendo del legislador. En varias ocasiones a lo largo de la historia de la codificación española ha tenido la posibilidad de modificar el tipo de coacciones y adaptarlo a la tendencia jurisprudencial y, sin embargo, no lo ha hecho, lo que cabe entender como un rechazo a una concepción expansiva⁴⁸.

De otro lado, el tratamiento que otorga el Código penal a la violencia y a otros medios comisivos permite sostener la negativa a ensanchar el significado del término violencia. Concretamente, se observa que cuando en la descripción de los tipos el legislador ha querido castigar el empleo de otros medios, lo ha hecho expresamente⁴⁹. Los ejemplos son muy numerosos, piénsese, entre otras muchas, en infracciones como el aborto doloso sin consentimiento (art. 144 Cp: “violencia, amenaza o engaño”); el matrimonio forzado (art. 172 bis: “intimidación grave o violencia”, aptdo.1; “violencia, intimidación grave o engaño”, aptdo. 2); el allanamiento de morada (art. 202 Cp: “violencia o intimidación”); o el robo (art. 237: “fuerza en las cosas, violencia o intimidación”)⁵⁰.

Y a ello hay que sumar otro dato indicativo, deducible de una interpretación sistemática del Código penal. Me refiero, en concreto, a la técnica legislativa consistente en utilizar expresiones amplias en aquellas figuras en las que no se desea establecer límites en cuanto a los medios de comisión del delito⁵¹. Ello sucede, por ejemplo, en el ámbito de los delitos de lesiones (arts. 147, 149 y 153 Cp) o del delito de acceso ilícito a un sistema de información (art. 197 bis Cp), en los que la formulación legal contempla la lesión del bien jurídico “por cualquier medio o procedimiento”; y, también, puede mencionarse la locución “por cualquier medio”, que aparece en la

⁴⁸ Mira Benavent refiere cómo el Código penal de 1944 modificó el delito de realización arbitraria del propio derecho incluyendo junto a la violencia a la intimidación y, sin embargo, dejó intacto el tipo de coacciones, en “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, cit., pág. 134.

⁴⁹ Este es un argumento constantemente repetido por los autores. Entre otros, Boix Reig, J./Mira Benavent, J., “Reflexión sobre el concepto de violencia en Derecho penal”, cit., pág. 12; Cuerda Arnau, M. L., “Delitos contra la libertad (y II): amenazas y coacciones”, en González Cussac, J. L. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 164; Jareño Leal, A., “Delitos contra la libertad (3): las coacciones”, en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Vol. I, Lustel, Madrid, 2016, págs. 270-271; Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., págs. 142-143; Ragués i Vallès, R., “Delitos contra la libertad”, en Silva Sánchez, J. M. (Dir.); Ragués i Vallès, R. (Coord.), *Lecciones de Derecho penal*, Atelier, Madrid, 2018, pág. 110.

⁵⁰ Ramón Ribas recoge una enumeración de todos los preceptos del Código penal en los que se distingue entre violencia e intimidación en “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, cit., pág. 143, nota 8.

⁵¹ Así, Boix Reig, J./Mira Benavent, J., “Reflexión sobre el concepto de violencia en Derecho penal”, cit., pág. 13.

descripción típica de injustos como el hurto (art. 234 Cp), el alzamiento de bienes (art. 257 Cp), los daños informáticos (art. 264 Cp), o el descubrimiento de secretos de empresa (art. 278 Cp).

En definitiva, a la vista de las reflexiones anteriores, estimo que no se debe propugnar una interpretación extensiva del concepto de violencia que dé cabida a otros medios distintos de la fuerza física proyectada contra el cuerpo de la víctima. Además de que con ello se pondría en serio riesgo el principio de legalidad, sería distorsionador y contraproducente, pues alteraría radicalmente el alcance de los tipos penales tal y como los ha concebido el legislador. Y esta afirmación vale, no solo para los delitos sexuales, sino para cualquier clase de ilícito.

En consecuencia, creo que los ataques a la libertad sexual anulando la voluntad de la víctima a través del suministro de drogas, fármacos u otras sustancias que actúan sobre su cuerpo no deben quedar subsumidos en las agresiones sexuales como una modalidad de violencia. No le falta razón a Lascuráin Sánchez cuando afirma que “no parece que haya diferencia esencial darle un porrazo en la cabeza a la víctima para hacerle perder el conocimiento para así manipularla sexualmente y que el porrazo sea un porrazo químico sobre su cerebro”⁵². Sin embargo, considero que la vía para sancionar adecuadamente esta clase de comportamiento lesivos, atendiendo a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, pasa, no por aquilatar el concepto de violencia, sino por una equiparación valorativa con los supuestos que constituyen agresiones sexuales en el actual Código penal. De ello me ocuparé a continuación.

6. ARGUMENTOS DE *LEGE FERENDA* PARA UNA EQUIPARACIÓN VALORATIVA CON LAS AGRESIONES SEXUALES

Si algo caracteriza a las últimas reformas penales es la irreflexión y el afán por satisfacer demandas populares motivadas, en muchas ocasiones, por la alarma social generada por algunos sucesos especialmente mediáticos. El resultado de “legislar en caliente”, no es otro que un Código penal punitivista que presenta serios defectos, no solo por la técnica legislativa utilizada, claramente mejorable, sino por la pérdida de respeto a principios básicos del Estado de Derecho⁵³. Sin duda, es necesario trabajar en la línea de revertir esta tendencia.

Por ello, la propuesta que aquí se recoge no es más que una aportación a la reflexión sobre el modelo de protección de la libertad sexual vigente que, en mi opinión, debería ser revisado y mejorado. Eso sí, siempre desde el estudio y el análisis sosegado, atendiendo a la entidad de la conducta sexual y a la incidencia en la libertad, y sin perder de vista los principios que inspiran a un Derecho penal ponderado y racional.

Desde estas premisas, estimo que es razonable proceder a una equiparación valorativa de los ataques a la libertad sexual que se cometen anulando la voluntad de

⁵² Lascuráin Sánchez, J. A., “Las huellas de la Manada”, cit., págs. 18-19. Este autor define la violencia como “la manipulación forzada sobre el cuerpo de la víctima” (pág. 19), concepto que, como él sostiene, acogería la anulación de la voluntad mediante fármacos, drogas u otras sustancias idóneas para ello como una modalidad de violencia.

⁵³ Boix Reig, J., Prólogo a la obra *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, Lloria García, P. (Dir.); Cruz Ángeles, J. (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pág. 16.

la víctima a través de drogas, fármacos o sustancias similares con las agresiones sexuales⁵⁴.

Como punto de partida, conviene señalar dos cosas: la primera, que en relación con la gradación de posibles supuestos que hacen los tribunales en función de la intensidad de la anulación de la voluntad, me estoy refiriendo a aquellos en los que se produce una absoluta pérdida de la misma, pero también a los casos en los que la sustancia provoque una notable alteración de la capacidad para autodeterminarse libremente en el ámbito sexual, de manera que el sujeto se encuentre en una situación en la que no pueda oponerse a las pretensiones del autor.

La segunda, que en cada caso será preciso estudiar si la víctima fue consciente y accedió a consumir la sustancia con conocimiento de sus efectos, y si hubo o no consentimiento previo, lo que requerirá un análisis de la clase de producto utilizado, las circunstancias de los sujetos, su relación y el contexto⁵⁵. Evidentemente, si la administración de la sustancia es subrepticia, habrá ausencia de consentimiento.

Sentado lo anterior, paso a exponer algunos argumentos que, a mi parecer, podrían sustentar la mencionada equiparación con las agresiones sexuales.

1.- De acuerdo con las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales expuestas, lo que justifica el mayor rigor punitivo en las agresiones sexuales es, por un lado, la mayor gravedad de los medios comisivos, violencia e intimidación; y, por otro lado, el efecto que tales medios tienen sobre la libertad del sujeto pasivo en cuanto que doblan o anulan su voluntad contraria al acto sexual⁵⁶. Comencemos por esta segunda razón.

En páginas anteriores he destacado que la jurisprudencia reclama que exista una negativa clara, que en el ámbito de la intimidación se traduce en un consentimiento forzado. Se parte, por tanto, del presupuesto de que la víctima se halla en plenas facultades y es por tanto capaz de formar su voluntad, de decidir y de obrar.

⁵⁴ Se pronuncian más o menos expresamente en la línea de que los abusos sexuales cometidos mediante fármacos, drogas u otras sustancias análogas se consideren agresiones sexuales: Acale Sánchez, M./Faraldo Cabana, P., "Presentación", en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dirs.); Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 26; De Vicente Martínez, R., "El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción", cit., pág. 205; Faraldo Cabana, P., "Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales", en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dirs.); Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 63-64; Faraldo Cabana, P. /Ramón Ribas, E., "La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España", en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dirs.); Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 255, nota 15; Lascurain Sánchez, J. A., "Las huellas de la Manada", cit., págs. 18-19; Muñoz Conde, "La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso "La Manada"", en *Revista Penal*, núm. 43, 2019, pág. 294.

⁵⁵ Expone diferentes casos de "autopuesta en peligro" la SAN 15/2015, de 2 de junio. Véanse, asimismo, las reflexiones de Muñoz Conde en *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., págs. 206-207.

⁵⁶ Así, Morales Prats y García Alberó resaltan la necesidad de modular la respuesta penal en función de la gravedad del ataque a la libertad, en "Título VIII". Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", cit., pág. 1302.

Asimismo, se acepta pacíficamente que el proceso de formación de la voluntad del individuo atraviesa por tres fases o momentos consecutivos⁵⁷: el primero se concreta en que la persona tenga capacidad para proyectar y querer un comportamiento cualquiera; en el segundo, el sujeto tras un proceso psicológico de análisis de motivos contrapuestos, opta y toma una decisión; por último, en el tercero, ejecuta la decisión anteriormente adoptada. Son, pues, tres las fases de la voluntad que pueden ser objeto de la acción delictiva: *capacidad, decisión y ejecución*.

Cuando se realiza el ataque sexual con violencia, la fase de la libertad que se anula es la tercera, la de actuación de la voluntad. El sujeto capaz ha tomado una decisión, pero se ve impedido de ejecutarla por el ejercicio de la violencia sobre su persona. Cuando el ataque se comete con intimidación, la fase afectada es la segunda, la de decisión⁵⁸. La víctima solo consiente aparentemente, pues se ve obligada a optar por el mal menor.

En los supuestos que nos ocupan, también se produce una anulación de la voluntad, si bien, según el caso, puede ocurrir que lo que se anule directamente sea la primera fase del proceso volitivo (situaciones de pérdida total de consciencia)⁵⁹, o que se anule la capacidad de decisión, porque el sujeto pasivo se encuentre intensamente afectado y no tome una decisión libre en un sentido o en otro (casos de pérdida parcial de consciencia, con lagunas de memoria que abarquen lapsos significativos)⁶⁰.

Desde este estado de cosas, entiendo que cuando el sujeto dirige dolosamente su comportamiento a suprimir la capacidad de formación de la voluntad para obtener el contacto sexual está lesionando la voluntad “en sus íntimas raíces”⁶¹, pues se le priva de la capacidad de proyectar y querer la conducta sexual, lo que significa que se elimina el estadio previo a la toma de decisiones y, consecuentemente, a la puesta en práctica de una decisión adoptada. Se ataca, en realidad, a todo el proceso de formación de la voluntad, en sus tres fases. Del mismo modo, opino que cuando el producto administrado no cercena totalmente la capacidad de consentir, pero la disminuye intensamente, de manera que la víctima no se opone por la limitación relevante que la sustancia produce en sus facultades, lo que se está afectando es la capacidad de decidir, la segunda etapa de la formación de la voluntad.

Pues bien, si atendemos en exclusiva a la fase lesionada con la conducta delictiva, podríamos valorar el ataque a la libertad de decidir a través de estas sustancias como equiparable a los supuestos de intimidación en cuanto que se limita sustancialmente dicha facultad. Asimismo, si consideramos la anulación de la capacidad de voluntad, capacidad imprescindible para formar la voluntad y ejecutar

⁵⁷ Mira Benavent, J., “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, cit., pág. 125.

⁵⁸ En este sentido, hay que recordar que la jurisprudencia ha precisado que la intimidación “suprime o reduce muy significativamente la capacidad de decisión de la víctima” (STS 9/2016, de 21 de enero).

⁵⁹ Por ejemplo, en el asunto resuelto por la SAP Madrid 596/2015, en el que la primera víctima perdió la consciencia tras dar la espalda al acusado, despertando a la mañana siguiente en su domicilio con resaca, un fuerte dolor de cabeza y con escozor y dolor en la zona genital.

⁶⁰ Este podría ser el caso de la segunda víctima del condenado por la SAN 15/2015. Tras leer la página de un periódico que este le indicó, entró en un estado de relajación y de pérdida de voluntad que le llevó a darle su dirección y su número de teléfono, obedeciéndole en todo momento, aunque también perdió la memoria de gran parte de lo sucedido, pues ni siquiera recordaba si el sujeto llegó a penetrarla, recuperando la consciencia de parte de lo que había sucedido al día siguiente.

⁶¹ Esta expresión la he tomado de Mira Benavent, J., “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, cit., pág. 125.

decisiones, la conclusión debería ser que el ataque a esta fase sería susceptible de ser calificado como más grave, pues destruye los cimientos del propio proceso volitivo. Sirva de apoyo a esta idea el hecho de que el legislador castiga más gravemente el delito de amenazas, en las que se tutela la libertad de decidir (no todas, pero sí las de un mal constitutivo de delito, que revisten la gravedad requerida por los tribunales para apreciar la intimidación en las agresiones sexuales) que el de coacciones, en el que el valor protegido es la libertad de obrar (hasta 5 años de prisión para las amenazas del art. 169 Cp, hasta 3 años para las coacciones del art. 172 Cp). En mi opinión, ello podría interpretarse, quizás, como el reconocimiento de un diferente valor a cada una de las fases sobre las que incide la conducta típica.

En este punto podría aducirse la segunda razón que justifica la mayor penalidad de las agresiones sexuales: la gravedad del medio empleado para anular la voluntad, violencia o intimidación. Estos medios comisivos constituyen el mayor desvalor de acción que el legislador exige para castigar más severamente la lesión del bien jurídico libertad sexual. Sin embargo, creo que este plus de antijuricidad que aportan a la conducta puede relativizarse⁶². Por una parte, porque la violencia ejercida puede ser muy menor (un “tirón de pelo” o sujetar con firmeza), y, también, porque, en cualquier caso, la violencia que queda absorbida por el tipo no posee gran significación como tal violencia, pues los excesos habrán de castigarse acudiendo al concurso de delitos. Y, por otra parte, porque la jurisprudencia ha establecido que la violencia o la intimidación no han de ser irresistibles o de gravedad inusitada, pues lo determinante es que sean suficientes y eficaces para alcanzar el fin propuesto.

A partir de las reflexiones anteriores, creo que no es descabellado admitir que los medios comisivos en la sumisión química podrían homologarse a la violencia o a la intimidación típicas. Son productos que operan rápidamente sobre el cerebro de la víctima, colapsando sus facultades y convirtiéndola en un ser absolutamente vulnerable, sometido al control del autor, a su merced. Estimar que la utilización dolosa de sustancias que, además, pueden ser nocivas para la salud, es menos grave que pegar un “tirón de pelo” o sujetar con firmeza me parece, cuando menos, una valoración superficial. El desvalor de acción no se encarnaría, entonces, en el carácter violento de la conducta, pero sí en el empleo de otros elementos igualmente lesivos y con incidencia corporal que anulan la voluntad⁶³. Y aún más, no puede desdeñarse el carácter aleroso del medio, pues se dirige a asegurar la ejecución del delito y a eliminar las posibilidades de defensa de la víctima.

En resumen, si se acepta que los medios comisivos son equiparables en gravedad, y que el ataque a la voluntad puede considerarse equivalente al que representa la intimidación o incluso más grave en el caso de que se suprima la

⁶² Faraldo Cabana y Ramón Ribas, en este sentido, se cuestionan si tanto desvalor añade al injusto sexual la violencia o la intimidación, y aportan argumentos para desvirtuar esta idea, en “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, cit., pág. 257.

⁶³ En esta línea, García Alberó y Morales Prats manifiestan que “el dato de que sea el mismo sujeto activo quien coloca a la víctima en esa situación, provocándola dolosamente, acaso añadirá gravedad material al abuso”, pero consideran que esta circunstancia se podría haber considerado como un factor agravatorio a la hora de individualizar la pena en los casos de abusos sobre persona privada de sentido o de cuyo trastorno se abusare, en “Título VIII”. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pág. 1306.

capacidad de voluntad, cabría apreciar ese mayor contenido de injusto que justificaría tipificar la sumisión química entre las agresiones sexuales⁶⁴.

2.- Asimismo, es preciso centrarse en la actuación del sujeto activo y compararla con los supuestos de abusos sexuales sobre persona privada de sentido en los que el autor no ha provocado la pérdida de capacidades, sino que se encuentra con una situación preexistente de la que se aprovecha. Por razones de espacio no voy a entrar a valorar ahora si estas hipótesis deberían reputarse agresiones o abusos. Pero si quiero destacar que quizás no sean equiparables a los casos en los que la anulación de la voluntad se produce intencionalmente a través de la conducta activa consistente en administrar las sustancias adecuadas para ello⁶⁵. En estas ocasiones, como en las que el sujeto provoca la privación de sentido, la intervención del sujeto parece de mayor gravedad, por la mayor perversidad del agente y, a su vez, por el hecho de que se despliega una mayor energía criminal, pues el autor desarrolla una conducta activa con la que persigue finalísticamente privar temporalmente a la persona de su conocimiento y su voluntad.

3.- Los elementos comisivos en los delitos sexuales comportan, como hemos visto, una respuesta punitiva distinta en función del medio concreto. Sin embargo, es llamativo que esta gradación que se produce en los injustos sexuales no tenga lugar en otros lugares del Código. Sin ir más lejos, el art. 187.1, incluido en el mismo título del Código penal que las agresiones y abusos sexuales, castiga con idéntica pena al que, “empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución...”. Y también cabe mencionar el ilícito de trata de seres humanos, que contempla “la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima” (art. 177 bis Cp). Como afirman Acale Sánchez y Faraldo Cabana⁶⁶, esta equiparación no ha generado dudas y, además, ha venido a suavizar los problemas de prueba, con el efecto añadido de contribuir a evitar la victimización secundaria en muchas ocasiones.

4.- Razones de tipo histórico podrían esgrimirse también a favor de la equiparación valorativa con las agresiones sexuales. La evolución de la legislación penal española en materia sexual así lo pone de manifiesto. Y es que, hasta el Código penal de 1995 la diferencia entre violación y abusos sexuales radicaba en la clase de conducta sexual realizada por el autor y no en el medio comisivo utilizado, igualándose situaciones en las que se actuaba contra la voluntad de la víctima o sin su consentimiento.

⁶⁴ No ignoro que a ello podría oponerse la idea de que cabe plantear que la víctima no sufre tanto la crudeza del ataque, no percibe el ataque en toda su entidad cuando está en ese estado, y que ello podría ser un factor para considerar que el injusto sería menor. No obstante, creo que el daño psicológico sufrido por la víctima de un abuso sexual no es diferente en gravedad del ocasionado por una agresión sexual. Además, considero que el argumento del menor daño psicológico no sería lo suficientemente fuerte para desvirtuar el plus de antijuricidad que aprecio en estos comportamientos.

⁶⁵ Como ya hacía la doctrina cuando la privación de sentido se incluía como violación, pues se consideraba que los casos de simple aprovechamiento denotaban menor perversidad. Refiere esta posición doctrinal, Faraldo Cabana, P., “Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales”, cit., pág. 43.

⁶⁶ Acale Sánchez, M./Faraldo Cabana, P., “Presentación”, cit., pág. 28.

Específicamente, la violación comprendía conductas consistentes en yacer (hasta el Código penal de 1944) o tener acceso carnal (a partir de la reforma operada por la LO 3/1989), bien con “fuerza” o intimidación, bien con persona privada de sentido o de razón (o “abusando de su enajenación”, expresión que incorporó la LO 3/1989 en sustitución de “persona privada de razón”), o con un menor de 12 años cumplidos. De manera que el cambio de criterio sistemático que establece la distinción básica entre las agresiones sexuales y los abusos sexuales en función de la cualidad de los medios a través de los que se anula la voluntad de la víctima es relativamente reciente⁶⁷.

5.- Por último, hay que considerar el tratamiento que se otorga a esta modalidad de conducta en el Derecho comparado europeo. Y es que, a la vista de la regulación en algunos países de nuestro entorno, resulta que los supuestos de sumisión química quedan englobados en el mismo tipo penal que aquellos ataques en los que concurra violencia o intimidación. Como se ha visto, la equiparación tiene lugar, bien porque se pone el acento en el consentimiento, de modo que el delito se comete tanto si la víctima manifiesta su oposición al acto sexual como si carece de capacidad para formar o expresar su voluntad contraria (Alemania, Suecia e Islandia), bien porque pese a requerirse la concurrencia de violencia o intimidación, se declaran expresamente equivalentes los casos en los que el contacto sexual se haya obtenido abusando de las condiciones de inferioridad física o psíquica de la víctima (Italia).

7. BIBLIOGRAFÍA

Acale Sánchez, M./Faraldo Cabana, P., “Presentación”, en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dir.); Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 11-29

Boix Reig, J., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (1): agresiones sexuales”, en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Vol. I, Iustel, Madrid, 2016, págs. 353-372

⁶⁷ Faraldo Cabana, P. /Ramón Ribas, E., “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, cit., pág. 289.

Boix Reig, J., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (2): abusos sexuales”, en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Vol. I, Iustel, Madrid, 2016, págs. 373-388

Boix Reig, J., Prólogo a la obra *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, Lloria García, P. (Dir.); Cruz Ángeles, J. (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 15-18

Boix Reig, J./Mira Benavent, J., “Reflexión sobre el concepto de violencia en Derecho penal”, *Revista Jurídica Catalana*, núm. 1, 2019, págs. 9-16

Cuerda Arnau, M. L., “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”, en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dir.); Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 103-132

Cuerda Arnau, M. L., “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010, págs. 1-44

Cuerda Arnau, M. L., “Delitos contra la libertad (y II): amenazas y coacciones”, en González Cussac, J. L. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 151-176

De Vicente Martínez, R., “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dir.); Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 171-215

De Vicente Martínez, R., “¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso “La Manada””, en Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J./García Alberó, R. (Coords.), *Represión penal y estado de Derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 1095-1109

Díaz Morgado, C., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S.; Vera Sánchez, J. S. (Coord.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 665-718

Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial, Muñoz Machado, S., (Dir.), Espasa, Barcelona, 2016

Faraldo Cabana, P., “Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales”, en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dir.); Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 31-69

Faraldo Cabana, P. /Ramón Ribas, E., “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dir.); Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada*.

Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 247-296

Gil y Gil, A./Núñez Fernández, J., “A propósito de “La Manada”: análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 77, págs. 4-15

Gómez Tomillo, M., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Tomo II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 471-620

González Rus, J. J., “¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”, en García Valdés, C. *et alt.* (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 2011-2036

Jareño Leal, A., “Delitos contra la libertad (3): las coacciones”, en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Vol. I, Iustel, Madrid, 2016, págs. 267-289

Lascurain Sánchez, J. A., “Las huellas de la Manada”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 77, págs. 16-21

Mira Benavent, J., “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 22, 1984, págs. 95-182

Morales Prats, F./García Alberó, R., “Título VIII”. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Quintero Olivares, G. (Dir.); Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios al Código penal español*, tomo I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 1269-1405

Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

Muñoz Conde, F., “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””, en *Revista Penal*, núm. 43, 2019, págs. 290-299

Orejón Sánchez de las Heras, N., “Delitos sexuales: Derecho Penal y cultura de la violación con ocasión del caso de “La Manada””, en Lloria García, P. (Dir.); Cruz Ángeles, J. (Coord.), *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 113-136

Pérez Alonso, E., “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, *Indret*, 3/2019, págs. 1-43

Ragués i Vallès, R., “Delitos contra la libertad”, en Silva Sánchez, J. M. (Dir.); Ragués i Vallès, R. (Coord.), *Lecciones de Derecho penal*, Atelier, Madrid, 2018, págs. 93-113

Ramón Ribas, E., “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, en Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (Dirs.); Rodríguez López, S./Fuentes Loureiro, M. A. (Coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 133-170



Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad

ISSN: 2531-1565

Sevilla Merino, J., “Reacción”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 77, págs. 70-73

Vallejo Torres, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia afuera para reflexionar desde dentro”, *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 133, 2018