
Tesis doctoral

*Análisis jurídico-criminológico del uso de sustancias psicoactivas
en los delitos sexuales: una perspectiva comparada*

María Neus Panyella Carbó



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la licència [Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 4.0 Internacional \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia [Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

This doctoral thesis is licensed under the [Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

**ANÁLISIS JURÍDICO-CRIMINOLÓGICO DEL
USO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS EN LOS
DELITOS SEXUALES: UNA PERSPECTIVA
COMPARADA**

Doctoranda:

Maria Neus Panyella Carbó

TESIS DOCTORAL

Directores:

Dr. José Ramón Agustina

Dr. Carles Martin-Fumadó

Programa de Doctorado: Economía y Derecho

Línea de investigación: Derecho y Sociedad

Universitat Internacional de Catalunya, 2020

Per la iaia.

∞

AGRADECIMIENTOS

Durante los años que he dedicado a la realización de esta tesis son muchas las personas que han estado presente y me han acompañado en este camino. Para mostrarles mi reconocimiento, escribo estas líneas en el idioma en el que me relaciono con ellas. Me tomo esta pequeña licencia como signo de agradecimiento sincero y afectuoso.

Als meus directors, el Dr. José Ramón Agustina i el Dr. Carles Martin Fumadó per haver cregut i confiat en mi. Sense ells aquesta tesi no hagués estat possible. Agrair tot el seu suport i dedicació, no només en l'aspecte professional, pels seus coneixements, orientacions, consells i correccions, que han portat moltes hores de feina, sinó, també, a nivell personal, sempre tenint paraules d'ànims, positivisme i comprensió.

A la meva família per tot el suport que m'han donat, no només amb la tesi sinó sempre. Per estar-hi en els bons i, sobretot, en els mals moments. Qui ens anava a dir que arribaríem fins aquí, oi?

A la Dra. i gran amiga Isabel Morales, ... Isa, sin ti mucha parte de todo esto no hubiera sido posible...

Als meus companys del Gabinet Jurídic de la Generalitat de Catalunya, amb els que comparteixo el dia a dia de la meva professió, els quals admiro i aprenc contínuament i, sobretot, als membres del grup de penal, tant els que l'integren com aquells que ja no hi formen part, però que continuo admirant i aprenent d'ells.

Als que heu posat un granet de sorra en aquesta tesi: Victòria i Paula.

També, voldria mostrar el meu agraïment per ser-hi i donar-me el seu suport a la família Gasa Valga, família Osés, així com a la Marga, l'Ainhoa, la Lluïsa, en David, la Gail,∞...

I a tots els que vau creure en mi abans que jo cregués en mi...

Moltes Gràcies!

RESUMEN

En esta tesis doctoral se analiza la fenomenología de los delitos sexuales mediante sumisión química. Al haberse optado por la modalidad de tesis mediante compendio de publicaciones, se compone de cuatro artículos, los cuales analizan este fenómeno en los delitos sexuales abordando un estudio transversal de esta tipología delictiva desde la vertiente criminológica, jurídico-penal y de la prevención.

En el primer artículo se lleva a cabo un análisis criminológico de la fenomenología de los delitos de abuso sexual cometidos mediante el uso de sustancias psicoactivas. Mediante un análisis descriptivo de una muestra de sentencias, como resultado de procedimientos penales seguidos en España entre 1999 y 2016, se examinan los diferentes factores ambientales de esta modalidad delictiva, *modus operandi*, características y perfil de agresor y víctima, así como las drogas más utilizadas. A partir del análisis de los factores más comunes encontrados y de la revisión de estudios previos, se proponen medidas para mejorar la prevención y detección de esta modalidad delictiva.

El segundo artículo muestra los resultados de una revisión bibliográfica de la literatura existente sobre la prevención de los delitos sexuales mediante sumisión química. Se llevó a cabo una búsqueda en PubMed, en noviembre de 2019, donde se incluyeron aquellos artículos que contenían información relevante sobre esta tipología delictiva y las medidas de prevención con la finalidad de mejorar las estrategias para evitar o reducir la comisión de esta tipología delictiva y la victimización sexual. A partir de la revisión, se establecieron recomendaciones para la elaboración y contenido de protocolos y campañas de prevención.

En el tercer artículo se analiza, en primer lugar, la configuración del tipo penal previsto en el artículo 181.2 del Código Penal español, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, enfatizando la interpretación que viene efectuando la jurisprudencia española en los distintos grupos de supuestos delictivos en que puede concurrir la sumisión química. En segundo lugar, se examinan algunos ejemplos especialmente significativos en Derecho Comparado, a fin de estudiar las diferencias existentes a la hora de tratar esta tipología delictiva. En concreto, se analizan las soluciones jurídicas (ya sea a nivel legislativo y jurisprudencial) en Italia, Francia, Reino Unido y Chile. Y todo ello se realiza con el objetivo de ahondar en las cuestiones dogmáticas que suscita el consentimiento sexual y, tras plantear una taxonomía de los delitos sexuales cometidos

en ausencia de consentimiento, apuntar las oportunas mejoras en la legislación (*de lege ferenda*), o en la interpretación y aplicación de dicho precepto.

Finalmente, el cuarto artículo presenta un análisis de la interpretación de la jurisprudencia española del consentimiento en los casos de abuso sexual en situaciones de vulnerabilidad química o víctimas privadas de sentido. La cuestión que debe resolver la jurisprudencia consiste en determinar a partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, y qué ocurre cuando se produce una “auto-puesta en peligro” de la víctima cuando ésta previamente accede a un consumo voluntario de sustancias siendo consciente de sus efectos.

La coherencia de cada uno de los artículos que componen la tesis doctoral se encuentra, pues, en que todo ellos forman parte de un trabajo de investigación bien definido y planificado, donde se analizan los delitos sexuales mediante sumisión química desde las tres perspectivas referidas: criminológica, jurídico-penal así como desde la vertiente de las estrategias de prevención.

ABSTRACT

In this thesis is analysed the phenomenology of sexual crimes by chemical submission. The thesis modality was chosen through a compendium of publications. Thus, it is composed of four articles that examine this phenomenon in sexual crimes, approaching a cross-sectional study of these crimes, from the criminality, legal, and prevention aspects.

The first article analyses the criminal phenomenology about Drug Facilitating Sexual Assault (DFSA). Through a descriptive analysis of a sample of court decisions, after criminal procedures followed in Spain between 1999 and 2016, several environmental factors of this criminal modality are examined (*modus operandi*), such as the victim and the offender, along with the most common drugs. Consequently, we proposed some measures to improve the prevention and detection of these crimes from the analysis of the most common factors, and the review of previous studies.

The second article shows the results of a bibliographic review of the literature on the prevention of sexual assault by chemical submission. A comprehensive literature search was performed in Pubmed, in November 2019, including articles containing relevant information about this typology of crime and prevention measures to improve strategies to avoid or reduce the commission of this criminal typology and sexual victimization.

The third article analyses the configuration of the penal type provided for in article 181.2 of the Spanish Penal Code, from the doctrinal and jurisprudential point of view, taking into consideration the interpretation that the Spanish jurisprudence has been making in the different groups of cases in which chemical submission can occur. It also examines examples in comparative law to study the differences when regulating this criminal typology; precisely, it analyses legal solutions (legislative or jurisprudential level) in Italy, France, The United Kingdom, and Chile. Hence, the study is carried out to delve into what raises the theoretical questions of sexual consent and, after proposing a taxonomy of sexual crimes committed in the absence of consent, point out the appropriate improvements in legislation (*lege ferenda*) or the interpretation and application of this doctrine.

Lastly, the fourth article presents an analysis of the jurisprudential interpretation of consent in cases of sexual abuse in situations of chemical vulnerability or victims deprived of sense. The question of the jurisprudence must resolve to determine from which moment the consent becomes useful, as it comes from a free decision, and what

happens when there is a “self-endangerment” of the victim when she, previously, agrees to use, voluntarily, a substance knowing of its effects.

Therefore, the coherence of every article that comprises the thesis is that all of them integrate a well-defined and planned research work to analyse the sexual crimes by chemical submission through three perspectives: criminological, legal-criminal as well as from the perspective of prevention strategies.

PRÓLOGO

La sumisión química, que consiste en el uso de drogas con la finalidad de manipular la voluntad de las personas, ha cobrado un nuevo protagonismo por su asociación con las agresiones sexuales, robos y otras prácticas delictivas. Es en el ámbito de los delitos sexuales donde, a pesar de que no es un fenómeno nuevo, se ha observado un incremento de casos desde la década de los noventa del siglo pasado.

Debido al aumento de este fenómeno delictivo, en los últimos años se ha producido un auge en las investigaciones en el ámbito médico-forense, realizándose estudios epidemiológicos sobre la incidencia y prevalencia de este tipo de agresión, así como de sus aspectos medicolegales. Pero se desconoce la existencia de revisiones específicas en relación a esta modalidad delictiva desde el punto de vista propiamente criminológico y, en parte también, desde el punto de vista jurídico-penal, en tanto que en los estudios realizados (hasta el inicio de la presente tesis doctoral) apenas se abordaba de forma integral, dogmática y comparada algunas cuestiones esenciales para una adecuada comprensión de los problemas que plantea esta modalidad delictiva. Por ello, mediante la presente tesis doctoral se pretende realizar un análisis criminológico y jurídico-penal de esta fenomenología delictiva, con la finalidad de, por un lado, determinar los factores de riesgo y los elementos que integran el *modus operandi*, para así poder proponer planes y estrategias de prevención para esta tipología delictiva y, por otro lado, analizar la tipificación delictiva de este delito en nuestro Código Penal, comparar cómo se regula en otras legislaciones, europeas y latinoamericanas, así como analizar el rol del consentimiento en estos delitos, todo ello con la finalidad de plantear posibles propuestas de *lege ferenda* en nuestra legislación.

Esta tesis es el resultado de una investigación que se inició durante el curso 2016-2017, mientras cursaba el máster de Psicopatología Legal, Forense y Criminológica, donde el Dr. Agustina y el Dr. Martín-Fumadó (director y coordinador del Máster, respectivamente) me propusieron iniciar un estudio sobre los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química, por la repercusión mediática de “la Manada” en verano de 2016.

En mi trabajo profesional, como abogada de la Generalitat de Catalunya, he podido constatar la importancia de saber cuándo debe darse y cómo debe ser el consentimiento para que una relación sexual no sea considerada delictiva, o determinar cuando la víctima

no puede emitir libremente su consentimiento por estar en situación de inconsciencia por el consumo voluntario, o involuntario, de sustancias psicoactivas. Existen muchas situaciones límites donde no es claro determinar si hubo o no consentimiento, a pesar de ello la jurisprudencia, cada vez más, está dando respuesta a estas situaciones que se encuentran dentro de la zona gris del consentimiento.

ABREVIATURAS

CP	Código Penal Español
DFA	Drug-Facilitated Assault
DFC	Drug Facilitated Crimes
DFSA	Drug Facilitated Sexual Assault
HED	Heavy Episodic Drinking
LO	Ley Orgánica
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SOA	Sexual Offences Act
SQ	Sumisión Química
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
VQ	Vulnerabilidad Química

ÍNDICE

I. MARCO TEÓRICO	15
1. Introducción	15
2. Concepto de Sumisión Química.....	15
3. Antecedentes	15
4. Tipos de Sumisión Química.	17
4.1. DFSA premeditado o proactivo versus DFSA oportunista.....	17
4.2. Ingestión involuntaria, ingestión voluntaria e involuntaria, e ingestión voluntaria	17
4.3. SQ probada, SQ probable, VQ.....	18
5. Sumisión química como fenómeno criminológico.....	18
6. Análisis jurídico de los delitos sexuales mediante sumisión química.....	20
6.1. Bien jurídico protegido.....	20
6.2. Los delitos sexuales en el Código Penal español.....	25
6.3. El delito de abuso sexual, aspectos generales.	27
6.4. La tipificación de la sumisión química con finalidad sexual en el Código Penal.	29
6.5. Excurso: la incoherente interpretación jurisprudencial de la sumisión química.	41
6.6. Perspectiva de futuro.....	43
7. La sumisión química con finalidad sexual en el Derecho Comparado.....	44
7.1. Introducción	44
7.2. Código Penal italiano.....	44
7.3. Código Penal francés.....	46
7.4. <i>Sexual Offences Act 2003</i> (Reino Unido).....	48
7.5. Código Penal chileno.....	52
8. Dogmática del consentimiento sexual.....	58
8.1. Introducción	58
8.2. El paradigma de la realidad social y política del consentimiento sexual: del consentimiento implícito al movimiento <i>affirmative consent</i>	60
8.3. Teoría General del consentimiento.....	62
8.4. Efectos del consentimiento.....	68
8.5. Requisitos para un consentimiento válido.....	69
8.6. Consentimiento en la legislación penal.....	71
8.7. Actio libera in causa, error de tipo y consentimiento presunto	73
II. HIPOTESIS – PROPUESTAS DE TRABAJO.....	85
1. Hipótesis generales.....	85
2. Hipótesis específicas	85

III. OBJETIVOS	87
1. Objetivos generales	87
2. Objetivos específicos de cada uno de los artículos	87
IV. RESULTADOS	89
Artículo 1	93
Artículo 2	115
Artículo 3	141
Artículo 4	193
V. DISCUSIÓN	205
1. Relativa al estudio criminológico de los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química.....	205
2. Respecto a los mecanismos de prevención de las víctimas de los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química.	206
3. En relación al análisis jurídico del delito.	210
VI. CONCLUSIONES	215
VII. BIBLIOGRAFIA.....	219
VIII. JURISPRUDENCIA CITADA	231

I. MARCO TEÓRICO

1. Introducción

El uso de sustancias psicoactivas para manipular la voluntad de las personas no es una cuestión reciente, pero sí que, en los últimos años, este fenómeno ha tenido un gran protagonismo en el ámbito delictivo, sobre todo en la comisión de los delitos sexuales.

El aumento de delitos sexuales cometidos mediante el uso de sustancias psicoactivas por parte del ofensor ha suscitado la aprobación de distintas respuestas legislativas y político-criminales en el ámbito comparado y ha despertado el interés de la investigación jurídica y criminológica.

2. Concepto de Sumisión Química.

Se conoce como sumisión química, la acción de administrar sustancias psicoactivas a una persona sin su consentimiento ni conocimiento, con fines delictivos¹. En el ámbito médico forense se define como la administración subrepticia de sustancia psicoactivas a una persona con propósito criminal², con la finalidad de manipular, o modificar su comportamiento³, y evitar que pueda prestar su consentimiento legal o de presentar resistencia a su atacante.

Se trata de una forma alevosa de doblegar la voluntad de la víctima para cometer un delito sin su oposición, al encontrarse ésta incapacitada para prestar su consentimiento libremente o presentar resistencia a su atacante.

3. Antecedentes

Las drogas han existido siempre en sentido tanto cultural como religioso, vinculado a ritos y ceremonias. Desde tiempos remotos, el hombre y la mujer han buscado sustancias que les permita incrementar su placer sexual, y han recurrido a diferentes sustancias, por lo que hay que destacar la asociación entre sexualidad y drogas⁴. Pero, en los últimos años el uso de drogas ha cobrado un nuevo protagonismo por su asociación las agresiones sexuales, robos y otras prácticas delictivas.

¹ BREGLIA (2017), p. 1.; GARCIA-REPETTO y SORIA (2014), p.5; GOMILA MUÑIZ (2016), p. 1.

² XIFRÓ et al (2015), p. 403; GARCIA-REPETTO y SORIA (2011), p.106.

³ GARCÍA-REPETTO y SORIA (2011), p. 105.

⁴ ISORNA y RIAL, (2015), p. 138.

El término Sumisión química deriva del francés “*Soumission Chimique*”, se utilizó por primera vez por Poyen, Rodor, Jouve, Galland, Lots y Jouglard (1982) en su comunicación en la 21st *journee du Groupement Français des Centres Antipoisons*, para referirse a la administración de un producto a una persona sin su consentimiento con el fin de provocar una modificación de su grado de vigilancia, de su estado consciencia y de su capacidad de juicio⁵.

En terminología anglosajona, para hacer referencia al uso fraudulento de sustancias para cometer delitos se viene utilizando, la expresión *drug-facilitated crime* (DFC) o *drug-facilitated assault* (DFA), que se podría traducir, literalmente como “delito facilitado por drogas o sustancias psicoactivas” (DFS).

Dentro de la tipología delictiva cometida bajo este constructo, encontramos tanto delitos de naturaleza económica (para atentar, por ejemplo, contra el patrimonio de la víctima por medio de una influencia indebida en ancianos⁶) como, sobre todo, en delitos de carácter sexual. En estos últimos, a pesar de no ser un fenómeno nuevo, se ha observado que desde finales de la década de los noventa del siglo pasado un incremento del número de casos de delitos sexuales en los que se constata una sospecha razonable de sumisión química.

Para referirse a este tipo de delitos de naturaleza sexual se empezó a utilizar el término más específico “*Drug Facilitated Sexual Assault*” (DFSA), de origen anglosajón, donde en 2007 el *Advisory Council on the Misuse of Drugs* (UK) lo definió como todo acto en el que se perpetra una actividad sexual sobre una persona que sufre los efectos de drogas de abuso o medicamentos, con independencia de la administración haya sido forzada o voluntaria, o que la víctima consumiera sustancias legales de manera controlada. La característica fundamental es que la víctima sufre una pérdida de poder y control por el efecto producido por las sustancias psicoactivas consumidas, factor que es aprovechado por el agresor.

Pero el término Sumisión Química es mucho más amplio que el término DFSA, e incluye, además de los casos DFSA anteriormente mencionados, otros como:

⁵ CRUZ-LANDEIRA, A., QUINTELA-JORGE, O., LÓPEZ-RIVADULLA, M. (2008), p. 783; ISORNA y RIAL, (2015), p. 138.

⁶ O para obtener de otra persona su tarjeta bancaria previo suministro de drogas y retirar fondos en cajeros automáticos sin que la víctima pueda recordar quién o cómo se accedió a su tarjeta.

- El uso de sustancias químicas para cometer robos y estafas mientras las víctimas están inconscientes o son manipulables.
- El uso de drogas y fármacos para conseguir la sedación de los niños y lograr así “un buen comportamiento”. También, se han descrito casos de abuso sexual a menores bajo el efecto de este tipo de sustancias.

4. Tipos de Sumisión Química.

4.1.DFSA premeditado o proactivo versus DFSA oportunista

La literatura científica⁷ diferencia dos tipos de DFSA:

- a) DFSA premeditado o proactivo, cuando el asaltante proporciona a la víctima una sustancia incapacitante y desinhibidora con el objetivo de someterla sexualmente (le administra la sustancia sin su conocimiento, sin que pueda consentir).
- b) DFSA oportunista, ocurre cuando el agresor se aprovecha de la víctima, hallándose ésta en estado de inconsciencia a causa de alguna sustancia que ha consumido voluntariamente. A esta segunda modalidad, también se le denomina vulnerabilidad química (VQ).

En relación a esta distinción, también encontramos la denominación y diferenciación entre “*date-rape*” o violación en citas (DFSA oportunista) y “*drug-rape*”, entendiéndose en este caso aquellas situaciones en que el ofensor droga a la víctima con la intención de violarla (DFSA premeditado).

4.2.Ingestión involuntaria, ingestión voluntaria e involuntaria, e ingestión voluntaria

Aunque el término Sumisión Química se aplica preferentemente a los casos en que la sustancia se administra sin el conocimiento de la víctima, el acrónimo DFSA se utiliza para aludir a las agresiones sexuales cometidas en tres tipos de circunstancias:

- a) Ingestión involuntaria de sustancias incapacitantes, es decir, sin conocimiento de la víctima.
- b) Ingestión voluntaria e involuntaria de sustancias incapacitantes: existe un consumo voluntario de alguna sustancia, como alcohol y/o drogas, pero a este

⁷ Entre otros, BUTLER (2009), p. 493, GÁLVEZ 2011), GARCIA-CABALLERO y CRUZ-LANDEIRA (2014), p.12, SHBAIR, (2010), p. 136.

consumo voluntario se suma el consumo involuntario de una sustancia añadida a la bebida o la comida por una tercera persona.

- c) Consumo voluntario de sustancias incapacitantes, que el agresor aprovecha para su beneficio. A diferencia de los dos casos anteriores, no hay administración maliciosa de ninguna sustancia de la víctima.

4.3.SQ probada, SQ probable, VQ

La Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria y Productos Sanitarios (AFSSAPS), establece tres categorías de SQ:

- (1) SQ probada: aquella en la que ha habido agresión o tentativa documentada, se detecta la presencia de una sustancia psicoactiva mediante método cromatográfico fiable, y la sintomatología y cronografía de los hechos son compatibles con la sustancia identificada
- (2) SQ probable: donde se sospecha que se produjo una agresión, pero no se dispone de suficiente información clínica o resultados analíticos, o no son éstos definitivos, o son negativos, o los análisis realizados son incompletos
- (3) VQ, en la que la víctima reconoce el consumo voluntario de medicamentos, sustancias psicoactivas o ambas simultáneamente⁸.

Sea como fuere, el nexo común de todas las modalidades es que dicho consumo produce en la víctima una incapacidad o inconsciencia que permite que el hecho criminal, en concreto, el delito sexual, tenga lugar, al posibilitar que la persona se encuentre bajo sus efectos, en un estado de vulnerabilidad total.

5. Sumisión química como fenómeno criminológico.

Para comprender la dinámica de los delitos sexuales cometidos mediante el uso de sustancias psicoactivas, desde el punto de vista de las teorías criminológicas, deben tenerse en cuenta las premisas fundamentales de la teoría de la elección racional de

⁸ En la misma línea autores como Welner (2001), p.41 en LeBeau y Mozayani identifican, también, tres circunstancias diferentes que son relevantes para entender las agresiones sexuales en estas circunstancias: a) consumo involuntario de sustancias incapacitantes por parte de la víctima, b) consumo voluntario e involuntario de dichas sustancias por parte de la víctima, y un tercer grupo, c) consumo voluntario de sustancias incapacitantes por parte de la víctima.

Cornish y Clarke⁹ (1979), centradas en la persona del autor del hecho delictivo, sus motivaciones, el análisis de costes y beneficios (siempre en relación con la comisión del hecho y el objetivo del delito), de la teoría de las actividades cotidianas de Cohen y Felson¹⁰ (1979) y de los patrones delictivos de Brantingham y Brantingham¹¹ (1995), donde ponen un mayor énfasis en aspectos relativos al lugar del delito, al delincuente y la víctima. Estas tres teorías criminológicas se complementan y se encuentran agrupadas bajo la denominación de las *teorías de la oportunidad*¹² en el marco de la criminología ambiental¹³. Estas teorías presuponen de forma similar que la racionalidad del delincuente como hipótesis explicativa debe tener lugar necesariamente en un contexto, en un escenario espacio-temporal determinado¹⁴. De este modo, la probabilidad de que suceda un hecho delictivo en un lugar y tiempo determinados se considera la función resultante de la convergencia de delincuentes motivados (y racionales) y objetivos adecuados (a esta motivación) ante la ausencia de *guardianes capaces*¹⁵.

Con ello, trata de explicar que el fenómeno delictivo en los espacios urbanos presenta patrones claramente identificables. Bajo la influencia de la teoría de las actividades rutinarias, estos autores plantearon que la distribución del delito se asocia a la distribución de las actividades de la comunidad, así como el vínculo que el infractor tiene con determinados espacios urbanos y no con otros. En consecuencia, el delito ocurrirá en unas áreas particulares las cuales un gran número de personas son atraídas por razones alienas a un nivel particular de motivación criminal que pueda tener o a un delito en concreto que puede acabar ejecutando¹⁶. Todo ello se encuentra determinado por la intersección entre las oportunidades para el delito que ofrecen las actividades rutinarias de los individuos y el conocimiento que el infractor tiene de esas localizaciones.

⁹ CORNISH, D. B. & CLARKE, R. V. (2017). The rational choice perspective. En: Wortley, R. & Townsley, M. (Eds). *Environmental Criminology and Crime Analysis* (2ªed) (pp. 29-61). New York: Routledge

¹⁰ COHEN, L. E. & FELSON, M. (1979). «Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach». *American Sociological Review*, 44, 588-608.

¹¹ BRANTINGHAM y BRANTINGHAM en “Criminality of Place: Crime Generators and Crime Attractors”. *European Journal on Criminal Policy and Research*, (1995)

¹² FELSON, M., CLARKE, R.V. (1998) Opportunity makes the thief: Practical theory for crime prevention. *Police Research Series Paper 98, Home Office, Policing and Reducing Crime Unit*. Recuperado de: <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/prgpdfs/fprs98.pdf>.

¹³ BOTTOMS y WILES (2002), p 629.

¹⁴ AGUSTINA, J.R. y REALES, F. (2013), p. 6.

¹⁵ COHEN y FELSON (1979), p. 590.

¹⁶ BRANTINGHAM y BRANTINGHAM (1995), p. 7.

Es, en los delitos de abuso sexual mediante sumisión química que, dentro del escenario espacio-temporal que llevaría a cabo su comisión, destacan factores como el tipo de ocio nocturno, tanto de las víctimas como de los agresores, las circunstancias facilitadoras de la agresión (como el fácil acceso a los tóxicos), la situación de inconsciencia o desinhibición de la víctima, con la y la tolerancia social frente a la promiscuidad, que explicaría que los “guardianes capaces” no actúen en defensa de situaciones de vulnerabilidad aparente de la víctima.

En este contexto, singular importancia merece el factor facilitador o precipitante del consumo del alcohol y drogas para la comisión de los delitos sexuales. Diversos estudios acreditan que el consumo de alcohol y drogas producen, en efecto, un incremento de la victimización sexual¹⁷, sin que por ello se deba culpabilizar a la mujer que consume alcohol o tóxicos, como causante de su victimización: Esta circunstancia no debe, en este sentido, generar duda alguna respecto a que es el agresor, casi siempre hombre, quien debe ser responsable criminal de toda agresión in consentida, y respecto a que es necesario que la prevención se dirija a la perpetración masculina¹⁸.

Además, en las últimas décadas con los efectos de la revolución sexual ha llevado a un incremento de las *oportunidades-para-el-delito*. Desde el punto de vista de la teoría de las actividades cotidianas¹⁹, se observa de manera evidente que el aumento y desinhibición de las interacciones sexuales y la relajación de los controles sociales formales e informales sobre patrones de comportamiento sexual, iban a conllevar la configuración de un espacio de riesgo mayor.

6. Análisis jurídico de los delitos sexuales mediante sumisión química

6.1. Bien jurídico protegido

La determinación del bien jurídico protegido en los delitos sexuales ha sido uno de los elementos más confusos y delicados para el legislador.

La libertad sexual, como bien jurídico protegido en los delitos sexuales, fue introducida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio de reforma del Código penal de 1973, donde

¹⁷ ABBEY (2002); TESTA & LIVINGSTONE (2009), p.1350.

¹⁸ TESTA & LIVINGSTONE (2009), p.1350.

¹⁹ Al respecto ver COHEN y FELSON (1979) “Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach”. *American Sociological Review*, 44, 1979, pp. 588-608.

la rúbrica del Capítulo II del Libro II “*Delitos contra la libertad sexual*” substituyó la rúbrica “*Delitos contra la honestidad*”.

Asúa Batarrita consideró que la tutela de la honestidad hacía referencia a la protección de un determinado orden social, donde la identidad de la mujer se encontraba determinada atendiendo a los hechos atribuidos por razón de su sexo, y su estatus social a causa de su pertenencia a un varón y, en consecuencia, de sus cometidos en el aseguramiento de la descendencia legítima a través del matrimonio. Por tanto, la identidad femenina quedaba asociada a su “estado civil”²⁰. Por este motivo, la dignidad de la mujer quedaba determinada en su sometimiento a las reglas que delimitaban su presencia social y su desarrollo personal a la esfera de esposa y madre a través del matrimonio. Fuera de este orden solo cabía “tomar estado” en la reclusión conventual. El resto de situaciones eran irregulares y peligrosas para su sexo, en el sentido estricto de peligro de ejercer la sexualidad fuera del ámbito de subordinación del marido; y por ello, las mujeres “solas” eran una amenaza a la moralidad. En consecuencia, la honestidad, como bien jurídico protegido, era un elemento que definía a la “dignidad” femenina, un característica que hacía referencia a su recato y reserva sexual en aras a garantizar a su legítimo poseedor, el marido, la exclusividad de su uso sexual y la descendencia²¹.

Con la LO 3/1989, de 21 de junio, la introducción de la libertad sexual como bien jurídico protegido en detrimento a la honestidad, ha sido uno de los avances más importantes dentro de la regulación de estos delitos. Asúa Batarrita expuso los siguientes motivos: (i) parte de la asunción del derecho igual de toda persona a la manifestación libre de sus decisiones en materia de sexualidad, e (ii) implica reconocer la sexualidad como una manifestación positiva del desarrollo persona en un ámbito vital de intimidad que requiere espontaneidad y autonomía²².

El Código Penal de 1995 parte de la libertad sexual como auténtico bien jurídico protegido. Así lo enuncia en su Exposición de Motivos al manifestar que “*se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido que, no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las*

²⁰ ASÚA BATARRITA (1998), p. 50.

²¹ *Ibidem*, p. 51.

²² *Ibidem*, p. 74.

técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”.

Así, el enfoque de los delitos sexuales, desde la perspectiva de la libertad, presupone la superación de aquella adjudicación de roles y expectativas sociales diferenciados por razón del género, ya no deriva de la alteración del orden familiar o del temor a la descendencia ilegítima, sino que en el orden social que conlleva el ataque sexual es el de la garantía de la igualdad de derechos y expectativas de todas las personas y su legítimo ejercicio de la sexualidad en libertad²³. Se protege tanto el aspecto positivo-dinámico de libertad sexual: poder llevar a cabo cualquier relación sexual voluntaria, en cualquier circunstancia; como el aspecto negativo-estático: impedir llevar a cabo relaciones sexuales. Pero penalmente, sólo se protege el atentado contra el positivo: obligar a llevar a cabo conducta con significado sexual sin consentimiento o consentimiento viciado²⁴.

Por su parte, Muñoz Conde entiende por libertad sexual como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y a la disposición del propio cuerpo. Se trata de un bien jurídico merecedor de protección y necesitado de tutela penal. Se atenta contra la libertad sexual cuando se impide al sujeto ejercer su autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual²⁵. En la misma línea, Díez Ripollés considera que la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídicos-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos. Y su tutela aspira a asegurar que los comportamientos sexuales en la sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad²⁶.

En resumen, la libertad sexual es el ejercicio de la libertad personal en el área de la sexualidad, entendiéndose por tal, en sentido dinámico, tanto la facultad de decidir llevar a cabo determinadas actividades sexuales, como la facultad de aceptar la que propone la otra persona²⁷.

Aunque la idea de “libertad sexual” como bien jurídico protegido encontró un gran respaldo en la doctrina española, si bien, haciendo una interpretación restricta del

²³ DE VICENTE MARTÍNEZ (2000), p. 86; ASÚA BATARRITA (1998), p.74.

²⁴ CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG (2015), p 427.

²⁵ MUÑOZ CONDE (2017), p. 171.

²⁶ DIEZ RIPOLLES (2000), p. 69.

²⁷ BOIX REIG, et al (2016), p. 354.

concepto de libertad, plantearon la posibilidad de incluir “integridad”, “indemnidad” o “intangibilidad” sexual como bien jurídico protegido complementario de la libertad dentro del Derecho Penal sexual²⁸, al considerar que el termino libertad sexual no podía limitarse a la mera libertad o autodeterminación sexual; como los menores de edad o los declarados incapaces en el supuesto que prestasen consentimiento a realizar actos de naturaleza sexual con el autor, y donde la legislación les niega el derecho a su autodeterminación sexual y por tanto es totalmente irrelevante su voluntad y libertad. En este sentido, resulta clara la posición González Rus, para quien hubiese sido necesario incluir en la rúbrica correspondiente en el Código Penal de 1995 la referencia a la “*indemnidad sexual*”²⁹.

Torres Fernández sintetiza la cuestión aseverando que el bien jurídico de los delitos sexuales ha quedado fijado como la libertad sexual individual pero con las debidas matizaciones de ese objeto en relación con determinados grupos de personas: menores, incapaces y personas privadas de conocimiento, respecto de quienes no puede decirse con propiedad que se protege su libertad sexual, por no encontrarse en condiciones de ejercerla, prefiriéndose hablar en esos casos de indemnidad o intangibilidad sexual o, en particular, en el supuesto de los menores, su proceso de formación en orden a su libertad sexual futura o libertad sexual “*in fieri*”³⁰.

Con la Ley 11/1999 de reforma del Código Penal de 1995, se solventó dicha cuestión incluyendo, junto con la libertad sexual, la “*indemnidad sexual*”. Y así lo argumenta la Exposición de Motivos: “... *que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de una conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos...*”.

Por indemnidad, tal y como prevé el CP, alude a la intangibilidad o integridad sexual de los menores de edad y las personas discapacitadas necesitadas de especial protección, ya que ambos carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual,

²⁸ GONZÁLEZ GUERRA (2011), p. 95.

²⁹ GONZALEZ RUS (1996) en GONZÁLEZ GUERRA (2011), p. 96.

³⁰ TORRES FERNÁNDEZ (1999) http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-12.html.

bien porque no tienen capacidad de decidir libremente o porque no tienen plena libertad de decisión³¹. La singularización de un bien jurídico específico cuando se trata de tipificar y aplicar el ordenamiento a las conductas sexuales que afecten a los menores de forma separada de la regulación propia para los adultos se justificaría por la mayor vulnerabilidad de los menores de edad para ser víctimas de comportamientos delictivos y las mayores dificultades que encuentran los niños para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos, además de los daños que para la formación y evolución psíquica del menor genera esta clase de delito; igualmente porque el bien jurídico adquiere una dimensión especial, por lo que, además de proteger el derecho a no soportar de otro una coacción física o psíquica dirigida a la ejecución de actos de naturaleza sexual, se protege también una libertad futura, procurando salvaguardar la normal evolución y el desarrollo de la personalidad para que el menor, cuando sea adulto, pueda ser capaz de decidir en libertad su comportamiento sexual³².

Con la incorporación de la indemnidad sexual en el Código Penal, pasan a ser objeto de interés del derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad.

No obstante, existen disidencias doctrinales importantes que consideran que no es necesario separar el bien jurídico protegido, siendo la libertad sexual omnicompreensiva³³. Para Díez Ripollés, la libertad sexual debe ser el único bien jurídico, pues en realidad comprende también la indemnidad de los menores. Para este autor el concepto de libertad sexual resulta también suficiente en el caso de menores o incapaces por cuanto comprendería la de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla³⁴.

Por su parte, Mañalich considera a este respecto que la distinción sistemáticamente capital sería aquella entre delitos que lesionan la libertad (o autonomía) sexual de la víctima en cuestión, por un lado, y delitos que lesionan su indemnidad (o intangibilidad) sexual, por otro; y que, por tanto, existe una duplicidad de objetos de protección, enfatizando que

³¹ ROMERO CASABONA, et al. (2016), p. 193.

³² DE LA ROSA CORTINA (2013), p. 18.

³³ *Ídem*.

³⁴ DÍEZ RIPOLLES (2000), p. 69.

estamos ante un “esquema dualista”³⁵: la libertad e indemnidad sexuales constituyen los dos ejes de estos delitos³⁶.

6.2.Los delitos sexuales en el Código Penal español.

En el Código Penal español, las conductas atentatorias contra la libertad sexual se incardinan en el Título VIII del Libro II (“*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”).

La clasificación de los delitos prevista en este título atiende, como primer criterio definitorio, al *grado de lesión de la libertad* de la víctima; y, como segundo criterio, a la *intensidad del contacto sexual*, que se conjuga como elemento que conduce a una pena agravada cuando concurre “acceso carnal”. Así, en los capítulos primero y segundo se distinguen los delitos de agresiones sexuales y los delitos de abusos sexuales. La distinción entre ambos delitos radica en el grado de lesión de la libertad de la víctima: mientras que en los delitos de agresión sexual debe concurrir violencia o la intimidación, en los delitos de abusos sexuales, en cambio, se castigan aquellas conductas no consentidas pero realizadas sin el recurso a violencia o intimidación. La existencia de violencia o intimidación o, para usar un concepto abarcador de ambos, el mayor *grado de doblegamiento de la voluntad* de la víctima constituye el elemento diferenciador entre las conductas de agresión sexual y abuso sexual, que justifica marcos penológicos muy diversos³⁷ (prisión de 1 a 5 años en las agresiones frente a 1 a 3 años o multa en los abusos sexuales). Esa distinción se complementa en función de circunstancias agravantes con base en la diferente intensidad lesiva entre acceso carnal (y hechos equiparados) y, por exclusión, actos de contenido sexual sin acceso carnal³⁸.

Esta forma de catalogación de los delitos contra la libertad sexual ha producido cierta confusión, como ha reconocido en varias sentencias el Tribunal Supremo. Entre ellas, cabe destacar la STS núm. 334/2019, de 4 de julio, en la que se afirma lo siguiente.

“El error procede de la confusión de identificar la agresión sexual con el antiguo delito de violación, es decir con la concurrencia de penetración, y no

³⁵ MAÑALICH (2014), p. 25.

³⁶ ORTS BERENGUER (2016), p. 200.

³⁷ Véase, al respecto, GONZÁLEZ GUERRA (2015), p. 104.

³⁸ GARCÍA ALBERO y MORALES PRATS (2016) valoran positivamente la clasificación en función de los medios empleados. Para un análisis doctrinal en profundidad, véase, TORRES HERNANDEZ (2019); CUERDA ARNAU (2018); RAGUÈS y VALLÉS (2019); ASÚA BATARRITA (1998), BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2004), GÓMEZ TOMILLO (2005), GONEAGA OLAIZOLA (1997).

como sucede en el modelo de tipificación actual, con la concurrencia de violencia o intimidación. Por ello es procedente recalcar, para evitar la reiteración de estos errores, que en el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación”³⁹.

Dentro de los delitos de agresiones sexuales, se tipifica el tipo básico (art. 178 CP) que comprende un ataque a la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, sin que haya acceso carnal (o introducción de miembros corporales u objetos). La violencia debe estar destinada a doblegar la resistencia de la víctima a fin de someterla a la actividad sexual, aunque hoy en día ya no es exigible una resistencia razonable ante el agresor, bastando con la constatación de la voluntad contraria de la víctima. Por lo que respecta a la intimidación debe tener entidad suficiente⁴⁰, dada la gravísima pena prevista, que puede llegar hasta los doce años de privación de libertad. Por su parte, el tipo agravado del delito de agresión sexual (denominado *violación*)⁴¹, viene dado por el segundo criterio de diferenciación, y solo se producirá cuando haya acceso carnal, sea por vía vaginal, anal o bucal, o mediante introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (art. 179 CP).

Adicionalmente, se prevén los correspondientes subtipos agravados en el artículo 180 CP, de manera que las penas se incrementan por la dinámica de la acción (particularmente denigrante o vejatoria), la utilización de medios peligrosos (armas u otros medios), el incremento personal de los sujetos activos (actuación conjunta de dos o más personas), la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y agresor (relación de superioridad o parentesco)⁴².

³⁹ SSTS núm. 344/2019, de 4 de julio y 255/2015, de 6 de mayo.

⁴⁰ CUERDA ARNAU (2018), p. 112, entiende que debe ser suficiente en el contexto de las circunstancias concurrentes de modo que resulte bastante para someter o suprimir la voluntad de la víctima.

⁴¹ Como señala TORRES HERNÁNDEZ (2019), p. 673, no siempre ha recibido ese nombre: por ejemplo, en la redacción originaria del Código penal de 1995 desapareció ese *nomen iuris*, lo que tuvo una acogida dispar entre la doctrina. Sobre la evolución histórica del delito de violación en el Derecho penal español, véase FARALDO CABANA, P.; “Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales”. *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales* (Dir. Acale Sánchez, Faraldo Cabana), Valencia, 2018, pp. 31-70.

⁴² Véase, a este respecto, STS núm. 344/2019, de 4 de julio.

6.3.El delito de abuso sexual, aspectos generales.

El legislador define abuso sexual como aquel atentado a la libertad o indemnidad sexual de una persona realizados sin violencia o intimidación, y sin que medie consentimiento. Estas conductas delictivas se caracterizan tanto por la ausencia de violencia o intimidación para realizar la acción sexual como por la falta de consentimiento del sujeto pasivo para la misma (*sin que medie consentimiento*), bien sea porque no concurre (la víctima se opone, no presta consentimiento o no puede prestarlo), bien porque es inválido o viciado⁴³. La no utilización de tales medios se traduce en un marco penológico sensiblemente inferior⁴⁴.

El artículo 181 establece el tipo básico de los abusos sexuales:

“El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atente 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”.

De acuerdo con este precepto, la tipología conductual debe realizarse sin violencia ni intimidación y sin que medie el consentimiento de la víctima. En este primer apartado entrarían las conductas sorpresivas, es decir, aquellas acciones lúbricas practicadas sin dar tiempo a la víctima a reaccionar⁴⁵, como por ejemplo los supuestos de “incapacidad para resistir” por parte de la víctima y los denominados “abusos por sorpresa” (besos fugaces, tocamientos sorpresivos aprovechando lugares y situaciones de aglomeración, etc.⁴⁶). Las conductas reconducibles en este tipo básico de abusos sexuales son

⁴³ ROMERO CASABONA, et al. (2016), p. 199.

⁴⁴ El tipo básico de agresiones sexuales tiene un marco penológico de 1 a 5 años de prisión; mientras que los abusos sexuales de 1 a 3 años de prisión o multa. Valora de forma positiva esta diferenciación CANCIO MELIÁ (1996), p. 8, pues considera que “no merece el mismo tratamiento jurídico penal el comportamiento de quien mantiene un contacto sexual con una persona incapaz de autodeterminarse en el ámbito sexual (sea porque de hecho está privada de sentido o porque no tiene la madurez necesaria para hacerlo) que el de quien coarta la libertad de otro obligándolo por violencia o intimidación a soportar actos sexuales”. Con todo, esta cuestión nos parece discutible, como veremos más adelante.

⁴⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, et al. (2011), p. 166.

⁴⁶ Véase, al respecto, STS núm. 1793/2002, de 31 de octubre: “unos tocamientos sorpresivos y fugaces como los descritos en el *factum*, sin consentimiento de la víctima, constituyen indudablemente abuso sexual punible...”; o la STS núm. 1431/2002, de 13 de septiembre de 2002: “en tal tipo regulado en el apartado 1 del artículo 181, serán subsumibles aquellos actos lúbricos cometidos por sorpresa, sin previo aviso de que se iban a llevar a efecto y sin aceptación previa por parte de la víctima, como fueron los ejecutados... en la ocasión de autos, ya que sorprendió a la alumna... cuando él se ofreció a practicarle unos ejercicios de relajación para reducirle las agujetas que ella sufría, y lo que hizo fue tocar las distintas zonas erógenas, que se describen en el relato fáctico...”.

amplísimas⁴⁷, por ello es relevante la cautela con que se deben enjuiciar este tipo de conductas, atendiendo al riesgo de llegar a calificar como delictivos determinados comportamientos que, por su nimiedad, no deben pasar de la consideración de meros actos burdos o groseros.

La jurisprudencia ha señalado las características definitorias del tipo penal descrito en el art. 181.1 del Código Penal mediante los siguientes elementos: a) la concurrencia de un elemento objetivo, un acto libidinoso consistente en un tocamiento impúdico o contacto corporal que puede ofrecer múltiples modalidades (salvo, lógicamente, las previstas en tipos penales distintos); b) que el tocamiento o contacto corporal puede ser realizado tanto por el sujeto activo del delito sobre el pasivo, o por éste sobre el cuerpo de aquél; y, c) un elemento subjetivo, el “ánimo libidinoso”, o propósito de obtener una satisfacción sexual⁴⁸.

Entre las distintas modalidades de abuso sexual se encuentran ciertos supuestos que, por disposición legal, tienen la categoría de *abusos no consentidos*: (i) los cometidos sobre personas privadas de sentido; (ii) sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare, y (iii) los supuestos de anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de sustancias idóneas a tal efecto. En grupo separado se recogerían (iv) los abusos sexuales cometidos *con consentimiento viciado*, por obtenerse éste con prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

De la misma manera que en los delitos de agresiones sexuales, el Código Penal prevé en los delitos de abusos sexuales unos subtipos agravados como, entre otros, los casos de víctimas especialmente vulnerables (por edad, enfermedad, discapacidad o situación), o en los que concurra una relación (de superioridad o parentesco) entre víctima y agresor.

Por último, siguiendo los mismos criterios tipológicos, el legislador ha considerado agresiones o abusos sexuales agravados los supuestos en que la víctima sea menor de edad, dada su falta de madurez para consentir en el ámbito de su sexualidad, distinguiendo el Código Penal entre (1) las acciones sobre mayores de 16 años y menores de 18 años, siempre y cuando el autor del delito se haya aprovechado del engaño que haya desplegado o abuse de una posición reconocida de confianza (art. 182); y (2) las acciones de carácter

⁴⁷ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2016), p. 245.

⁴⁸ SSTs núm. 275/2006, de 6 de marzo y 1097/2007, de 18 diciembre.

sexual con menores de 16 años, en las diversas variedades que se tipifican (art. 183)⁴⁹. En el caso de menores de dieciséis años rige desde la reforma de 2015 una presunción *iuris tantum* de falta de consentimiento no exenta de polémica doctrinal⁵⁰.

6.4. La tipificación de la sumisión química con finalidad sexual en el Código Penal.

6.4.1. Antecedentes

En la vieja regulación de los delitos sexuales, el artículo 429 del antiguo Código Penal aprobado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, consideraba violación “*tener acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes: 1) Cuando se usare violencia o intimidación, 2) cuando la persona se hallare privada de sentido o se aprovechara de su enajenación, 3) cuando fuere menor de doce años cumplidos aunque no concurrieren ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores,* y el artículo 430 establecía que era agresión sexual cualquier acto sexual que no hubiera acceso carnal, pero concurrieran alguna de las circunstancias previstas en el artículo 429, las hipótesis del delito de violación. Por tanto, había una equiparación valorativa, entre los actos que quedaban dentro del término fuerza o intimidación, de los actos que se cometieron sobre una persona privada de sentido.

En 1995, en el nuevo Código Penal, el legislador decidió modificar la clasificación de las conductas. Esta nueva clasificación atiende al grado de lesión de la libertad de la víctima como primer criterio definitorio del delito; como segundo criterio, la intensidad del contacto sexual se conjuga como elemento que conduce a una pena agravada cuando concurre “penetración”⁵¹. Así, el principal criterio deja de ser el concreto comportamiento sexual verificado para ser el grado de doblegamiento de la voluntad de la víctima; la

⁴⁹ STS núm. 344/2019, de 4 de julio.

⁵⁰ Desde 2015, el nuevo art. 183 quáter acabó con la presunción *iuris et de iure* y según la cual un menor de 13 años no gozaba en ningún caso de autonomía sexual para consentir. Dicho precepto abre la puerta (a nuestro juicio en exceso: sin límite inferior alguno), a supuestos de consentimiento libre del menor (desde 2015: de 16) que anteriormente estaban excluidos: “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”. Véase, la interpretación que da de ella la Circular 1/2017, de 6 de junio, de la Fiscalía General del Estado, así como las críticas de la doctrina, por ejemplo, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M.A. (2016), pp. 872-893; DE LA MATA BARRANCO (2019) o RAMOS VÁZQUEZ (2016).

⁵¹ ASÚA BATARRITA (1998), p. 79.

consiguiente separación de las conductas entre las que se realizan con violencia o intimidación y las que se llevan a cabo sin la presencia de estos elementos, pero, faltando el consentimiento válido de la víctima⁵².

Entrando ya a los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química, propiamente dicha, el Código Penal español (1995) incorporó dicha conducta con una regulación específica a partir de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio que incluyó la mención entre los abusos sexuales no consentidos aquellos cometidos “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).

6.4.2. Origen legislativo: entre la confusión y la crítica

Este precepto fue introducido mediante la enmienda número 350 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso⁵³, como consecuencia de la aparición de casos de esta índole en los medios de comunicación⁵⁴. La reforma pretendió así 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 anulara la capacidad de decisión de éstas respecto del mantenimiento de relaciones sexuales⁵⁵.

Esta reforma intentó poner fin a los problemas interpretativos en torno a si la sumisión química, como manifestación de “violencia impropia”, se incluía o no en la violencia típica del artículo 178 del Código Penal. Existía una importante división de opiniones: por un lado, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias entendían que los abusos sexuales cometidos mediante sumisión química se podían incluir en los supuestos de abusos ejecutados sobre personas privadas de sentido⁵⁶; mientras que otro sector doctrinal y

⁵² CARUSO FONTÁN (2013), p. 4.

⁵³ Boletín oficial de la Cortes Generales: Congreso de los Diputados (IX Legislatura). Serie A: Proyectos de Ley. 18/03/2010. Núm. 52-9.

⁵⁴ MOLINA FERNANDEZ et al. (2017), p. 996.

⁵⁵ SAN núm. 15/2015, de 2 de junio.

⁵⁶ En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 833/2009, de 28 de julio interpretó que la privación de sentido “no es un proceso de ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañe a los impulsos sexuales trascendentes”; la STS 267/1994 planteó asimismo que “la correcta interpretación del término privación de sentido, exige contemplar también aquellos supuestos en los que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad”; y la STS de 28 de octubre, de 1991 declaraba que “no se quiere decir con ello que la víctima se encuentra totalmente inconsciente, sino que la realidad es que, en interpretación lógica de la norma, esa idea de lo absoluto o total en el estado anímico de la agraviada no es realmente aceptable, pues basta la existencia de una disminución psíquica que la haga realmente inerte a los requerimientos sexuales ajenos, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios tanto en el saber cómo en el querer”.

jurisprudencial minoritario creía que estos hechos podían tener más encaje en los delitos de agresión sexual⁵⁷.

La reforma zanjó la cuestión dando la razón al sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario y descartando que, en ningún caso, se podía equiparar como “violencia impropia” los casos de sumisión química, que debían resolverse aplicando la figura de abusos sexuales.

No obstante, conviene resaltar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había reconocido de forma expresa no solo que los supuestos de sumisión química eran subsumibles en los casos de pérdida de sentido, sino que había ido mucho más allá, considerando, en el ámbito de los delitos patrimoniales, que sí existía equivalencia valorativa o funcional entre sumisión química y violencia, calificando tales ataques como violentos y constitutivos de robo y no de simple hurto. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2395/1993, de 30 de octubre, había declarado de manera contundente:

*“El tema impugnativo no es otro que el de determinar si la pérdida de consciencia de la víctima tras la administración de un fármaco hipnótico administrado por el sujeto activo **puede o no identificarse con la violencia** a que se refiere, sin definirla, el citado art. 500 del Código sustantivo; tesis que inadmite la sentencia sometida a recurso mediante la escueta frase referida a la violencia: “concepto éste que remite a la idea de fuerza o imposición física de una conducta”. El recurso debe ser estimado. No sólo porque la doctrina científica española de carácter mayoritario encuadra la administración de sustancia hipnótica de manera subrepticia dentro de la violencia, pues estima que lo decisivo es el resultado de anulación de consciencia y derivadamente de la voluntad de la víctima y no el modo de administración, sino también porque así se ha pronunciado esta Sala en la reciente data de 16-11-1992 (RJ 1992/9639), cuya Sentencia señala: “a) El uso de un narcótico es, sin duda alguna, una acción material ejercida sobre el cuerpo del paciente para privarle del uso de sus facultades físicas y psíquicas, a la vez de conciencia y voluntad y de movimientos. **Es puramente accidental que se use un medio químico (narcótico, gas) en vez de***

⁵⁷ BRAGE CENDAN (2013), p. 3.

mecánico; el fin perseguido y el resultado alcanzado son los mismos: *anular tanto su defensa como su huida y su petición de socorro; toda la acción de la víctima renuente a ser despojada.* b) **La administración de un narcótico que la inmoviliza (tanto o más que si se le atara) es una agresión lesiva no inferior al forcejeo, ligaduras, empujones, etc.**”, *culminando tal doctrina: “c) Así no se ve razón alguna para equiparar tal procedimiento a la sustracción clandestina, hábil incluso a veces, nunca violenta del ratero o descuidero en el hurto y si la hay para incluirla entre las formas de violencia”.*

La jurisprudencia menor también se había pronunciado, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares núm. 47/2006, de 7 de junio, en la que se condenó por agresiones sexuales a quien “*drogaba a los menores, haciéndoles ingerir el fármaco llamado dormidina oculto en el zumo que les ofrecía y una vez anulada su voluntad por dicho medio, movido por el deseo de satisfacer sus infames deseos lúbricos, aprovechaba su estado de inconsciencia para practicar los actos que se han descrito en cada caso*”; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 529/2009, de 1 de diciembre, que afirmaba que “*conforme con la doctrina científica española de carácter mayoritario, la administración de sustancia hipnótica de manera subrepticia es un supuesto de violencia, pues se estima que lo decisivo es el resultado de anulación de consciencia y derivadamente de voluntad de la víctima y no el modo de administración. (...) Por lo tanto el suministro de un narcótico o sustancia semejante para doblegar la voluntad de la mujer y posteriormente mantener una relación sexual con ella, constituye agresión sexual*”.

Pues bien, el legislador penal, a través de la mencionada reforma operada por la LO 5/2010, solventó las disputas interpretativas, inclinándose por calificar la conducta como abuso sexual, entrando en contradicción con una línea jurisprudencial clara e inequívoca que sí equiparaba la sumisión química a la violencia.

Con todo, en la enmienda 350 se había propuesto modificar el referido Artículo 181 añadiendo un nuevo párrafo, ante la necesidad de contemplar «*un tipo agravado de la pena para aquellos casos en los que existe un dolo específico en la comisión delictiva del*

abuso sexual»⁵⁸, manifestando una voluntad inicial por parte del Grupo proponente de establecer un tipo cualificado de abuso sexual frente al tipo básico previsto en el artículo 181.1. Dicha enmienda fue rechazada por el Informe de la Ponencia para, así, posteriormente ser objeto de enmienda transaccional en el marco del debate del Dictamen emitido por la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de reforma. En el transcurso de los debates de la Comisión de Justicia se anunció la retirada de la enmienda respecto a “*un tipo agravado de la pena para aquellos casos tan habituales últimamente que para cometer el abuso sexual utilizan fármacos, drogas que anulen o disminuyan la voluntad de la víctima*”⁵⁹. El motivo de la retirada de la enmienda fue que se alcanzó un acuerdo de enmienda transaccional entre el Grupo Popular y el Grupo Socialista donde se afirmaba la inclusión en el art. 181 del Código Penal Español del uso de fármacos y drogas para anular o disminuir la voluntad de la víctima y abusar sexualmente de ella, destacando que no se puede olvidar que “*la jurisprudencia ya contemplaba tal uso como supuesto de privación de sentido*”⁶⁰. De esta forma, el legislador optó por la forma más benigna, la de abuso sexual, atendiendo a la falta de capacidad para consentir al tiempo de la relación sexual, en lugar de calificarlo como agresión sexual, como podría considerarse en caso de equiparar el empleo de sustancias al recurso a la violencia como método de doblegar la voluntad ajena.

Sin embargo, la ubicación de los delitos sexuales mediante sumisión química no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina. Un sector doctrinal⁶¹ cuestionó si esta clase de conducta no encaja mejor en las agresiones que en los abusos sexuales, pues no parece más grave la acción de atar a una persona dormida o sujetarla enérgicamente o dejarla sin sentido de un golpe para tener un contacto sexual con ella, como drogarla con el mismo fin⁶². En la misma línea, Lamarca Pérez considera que deberían calificarse como agresiones sexuales y no de abusos sexuales los casos de privación de sentido procedente de la actuación violenta del propio autor del delito (por ejemplo, golpear a la víctima hasta dejarla sin sentido), pues no debe resultar irrelevante que el sujeto activo elija entre el uso

⁵⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 52-9, de 18/03/2010, p. 156.

⁵⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, IX Legislatura, núm. 522, Año 2010, Comisión de Justicia, sesión núm., 26, 21 de abril de 2010, p. 31.

⁶⁰ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, IX Legislatura, núm. 522, Año 2010, Comisión de Justicia, sesión núm., 26, 21 de abril de 2010, p. 33

⁶¹ ORTS BERENGUER (2016), p. 200.

⁶² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ et al. (2011), p. 168.

de medios que suponen o no un mayor riesgo lesivo⁶³. En la misma línea, Sancho de Salas considera que, con dicha reforma, no solo no se establece agravación alguna, sino que se equipara expresamente la provocación de la sumisión química al abuso de una situación previa de privación de sentido ajena a la acción del autor, vedándose de esta forma toda posible interpretación jurisprudencial que permitiese considerar al autor responsable de un delito de agresión sexual⁶⁴.

Conviene asimismo destacar que, antes de la reforma operada por la LO 5/2010, esta conducta (anular la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química para atentarla sexualmente) ya se incardinaba en parte en el supuesto de personas privadas de sentido⁶⁵, puesto que el precepto no distinguía entre la privación de sentido provocada por el autor para llevar a cabo su propósito sexual, y la que, previa y ajena a su actuación, aprovechaba con igual fin. El problema de tipicidad se planteaba en los casos en que la sumisión química no produjera dicha privación en sentido estricto o pleno.

Así, el Código Penal pasa a distinguir aquellos casos en que no hay consentimiento por falta de conciencia (privación de sentido) de aquellos otros en que, pese estar consciente la víctima, ha perdido la capacidad de autodeterminarse en el ámbito sexual (anulación de la voluntad).

Esta nueva modalidad de abuso exige una anulación de la voluntad de la víctima que debe interpretarse en el sentido de que la sustancia ingerida genere en la víctima una incapacidad de consentir, sin que baste una mera limitación de la voluntad si ésta conserva cierta capacidad de comprensión del hecho y del control de sí misma. Así se desprende también de la asimilación de este nuevo supuesto típico a los de privación de sentido⁶⁶.

Finalmente, más allá de haberse impedido con la reforma que pueda haber supuestos valorativamente equiparables entre agresión sexual y DFSA, en todo caso, sorprende todavía más que no se previera como circunstancia agravante del delito de abuso sexual, y ello pese a la recomendación de la Resolución 53/7, de la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas sobre “Cooperación internacional para combatir la administración

⁶³ LAMARCA PÉREZ et al. (2015), p. 197.

⁶⁴ SANCHO DE SALAS (2012), p. 41.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE (2017), p. 204.

⁶⁶ TAMARIT SUMALLA (2010), p. 3.

subrepticia de sustancias psicoactivas relacionadas con la agresión sexual y otros actos delictivos”, cuando en su punto sexto *llama la atención de los Estados “hacia la posibilidad de que en su legislación nacional o sus directrices pertinentes se prevean circunstancias agravantes en los casos en que administre subrepticamente sustancias psicoactivas para cometer una agresión sexual”*⁶⁷. Con todo, podría acudirse a la circunstancia agravante de alevosía (art. 22.1 CP), aunque desde el punto de vista del principio *non bis in ídem* se podría alegar en su contra que el componente alevoso es inherente a la conducta objeto de agravación. Dicha alegación, no obstante, no podría sustentarse si se considera que la pena prevista es la misma a otros supuestos de abuso sexual en los que la alevosía no sería aplicable: a diferencia de la administración activa de una sustancia incapacitante (factor externo), otras modalidades de abuso se apoyan en factores internos a la víctima de los que el sujeto activo no puede sustraerse⁶⁸.

6.4.3. Análisis del artículo 181.2 del Código Penal

El artículo 181.2 del Código Penal dispone:

“A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

En el apartado segundo del art. 181, se recogen determinados supuestos donde el legislador presume *ope legis* que no ha habido consentimiento válido de la víctima. Estos supuestos son, en concreto, (1) cuando la víctima se hallare privada de sentido, (2) padezca un trastorno mental, o (3) cuando se haya anulado su voluntad mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia, natural o química, idónea a tal efecto.

De acuerdo con la jurisprudencia, para que estos supuestos produzcan efecto deben estar acreditados, de tal suerte que, si estas previas situaciones no están demostradas, no pueden dar lugar a la aplicación del tipo penal⁶⁹. Se trata en todo caso de un listado *ex lege* que no debe interpretarse como *numerus clausus*: una norma interpretativa (pero no

⁶⁷ Informe sobre el 53º período de sesiones (2 de diciembre de 2009 y 8 a 12 de marzo de 2010).

⁶⁸ En efecto, el art. 22.1 exige que la alevosía se concrete de forma activa por parte del autor, “empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla”.

⁶⁹ SAP de Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre.

excluyente) acerca de los supuestos en que se consideran abusos sexuales no consentidos⁷⁰.

En este precepto, dejando de lado los supuestos de falta de consentimiento por trastorno mental⁷¹, se distingue entre aquellos casos en que no existe consentimiento de la víctima por falta de conciencia (privada de sentido), de aquellos otros en los que, a pesar de hallarse consciente, la víctima ha perdido su capacidad de decidir, de autodeterminarse en el ámbito sexual (anulación de la voluntad)⁷². En ambos casos queda comprometida la libertad sexual del sujeto pasivo⁷³, tratándose de situaciones en que el autor se aprovecha para realizar unos abusos sexuales en los que no se produce una aceptación por la otra parte o ésta no se encuentra en situación de prestar el consentimiento⁷⁴. Pero entre ambas modalidades existen importantes diferencias.

6.4.3.1. Víctima privada de sentido

En la primera modalidad de ausencia de consentimiento *ex lege*, relativa a la *privación de sentido*, se comprenden aquellos supuestos en que una persona se encuentra en estado de inconsciencia a consecuencia de la ingesta de alcohol, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, tras haberse desmayado o sufrir hipnosis, etc. En todo caso, el autor debe conocer el estado de la víctima y, siendo esta circunstancia abarcada por el dolo, aprovecharse de dicho estado para la ejecución de actos de contenido libidinoso. En tal circunstancia es obvio que la persona no está en condiciones de decidir libremente, aunque para ello no es necesario que la inconsciencia sea plena. El Tribunal Supremo, de hecho, se ha referido a esta circunstancia considerando en estos casos *que el sujeto pasivo se encuentra en un estado total o parcial de inconsciencia*⁷⁵.

Como señala Torres Hernández⁷⁶, en el texto del Código Penal aprobado en el año 1995 no se incluyó la mención expresa de la administración de fármacos o drogas a fin de

⁷⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, (2011), p. 166.

⁷¹ En efecto, el tipo recoge también los abusos de personas “de cuyo trastorno mental se abusare”. Tiene por tanto que existir un abuso porque de otro modo se les negaría de plano un derecho fundamental a estas personas. La cuestión de los derechos sexuales de las personas discapacitadas es compleja: véase, al respecto, las interesantes reflexiones de GREEN (2020). En todo caso, TORRES HERNÁNDEZ (2019), p. 680, señala que al ser necesario que el autor conozca esa anomalía y la aproveche para acceder al contacto sexual, se está admitiendo la existencia de un margen legal en el que es posible la práctica sexual de personas discapacitadas, cuando no hay un aprovechamiento de su discapacidad.

⁷² BARRUTIA SOLIVERDI (2015), p. 14.

⁷³ ROMERO CASABONA, et al. (2016), p. 199.

⁷⁴ STS núm. 344/2019, de 4 de julio.

⁷⁵ STS núm. 197/2005, de 15 de febrero.

⁷⁶ TORRES HERNÁNDEZ (2019), p. 667.

materializar un contacto sexual sin oposición de la víctima. En ausencia de una regulación expresa, la jurisprudencia que trató ese tipo de hechos en unos casos optó por situarlo dentro de las agresiones sexuales, particularmente la violación⁷⁷, y en otros, entre los abusos sexuales sobre víctima privada de sentido. Otros autores apuntan a que en defecto de regulación expresa podría encontrarse implícita en la modalidad de abuso de prevalimiento⁷⁸.

El fundamento de la presunción de ausencia de consentimiento se halla, pues, en que la víctima se encuentra en una patente situación de pérdida de capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual, por padecer una profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos. Respecto a esta pérdida de capacidad de autodeterminación, la jurisprudencia considera que no debe exigirse una pérdida total de la conciencia, especificando que basta con que el sujeto tenga anulados los frenos inhibitorios y no se encuentre en condiciones de oponerse al acceso sexual⁷⁹; o que tal circunstancia deje a la víctima en un estado de indefensión que afecte a su capacidad de reacción para evitar dicho atentado frente a un actor que se aprovecha de su estado de debilidad⁸⁰.

Entrando más en profundidad en la cuestión del dolo concreto en el sujeto activo, debe acreditarse conocimiento del estado de privación de sentido o de profunda limitación de las capacidades volitivas o intelectivas de la víctima *en el momento* de realizar los actos

⁷⁷ Como señala Torres Hernández, durante la vigencia del Código Penal texto refundido de 1973, posterior a la reforma por L.O. 3/1989, tal supuesto de víctima privada de sentido se encuadraba en la violación, citando la STS de 28 de octubre de 1991 y STS de 15 de febrero de 1994; y, con posterioridad, también aplican el delito de violación, la STS 22 de mayo de 2006, SAP Islas Baleares de 7 de junio de 2006 y la STAP de la Coruña de 16 de mayo de 2011. No obstante, en este último caso, por ejemplo, en realidad la apreciación de la violencia como medio comisivo no se basa en la pretensión de equiparar el uso de drogas a la violencia, ni cumple ésta una función instrumental. Simplemente se agravó la calificación jurídica al acreditarse signos de notoria violencia en el cuerpo de la víctima (afectada en ese momento por una anulación de su voluntad).

⁷⁸ MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO (2016), p. 17.

⁷⁹ QUINTERO OLIVARES et al. (2005), p. 970.

⁸⁰ STS núm. 267/1994, 15 de febrero; SAP de Bilbao núm. 34/2019, de 27 mayo. En igual sentido, la STS núm. 680/2008, de 22 de octubre, precisó que la jurisprudencia ha considerado reiteradamente incluíble en el art. 181.2 CP el caso en el que la víctima se encuentra en una situación de pérdida de la capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual por padecer una situación de profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos, cabiendo encuadrar en tal situación a personas desmayadas, anestesiadas o narcotizadas, o, en suma, sometidas a los efectos de una droga o del alcohol, aun no exigiéndose una pérdida total de conciencia, bastando con que el sujeto tenga anulados de forma suficiente sus frenos inhibitorios, resultando no estar en situación de oponerse al acceso sexual, o no expresar una resistencia clara y precisa al mismo.

de contenido sexual o, cuando menos, en un momento anterior abarcado por la doctrina de la *actio libera in causa*. A este respecto, no puede soslayarse que, en algunos casos puede suceder que el sujeto activo estuviera altamente influido por un consumo tóxico que pudiera tener consecuencias respecto a su imputabilidad o, incluso, respecto a su grado de representación del estado de la víctima. En la jurisprudencia se ha señalado, en todo caso, que si media conocimiento de la profunda afectación de la víctima, ante la hipótesis de penetración producida estando inconsciente o semiinconsciente, no es concebible que se pueda albergar algún tipo de duda sobre lo que el sujeto activo estaba haciendo (la víctima no podía presentar una apariencia de normalidad, pues ello abonaría la tesis del error de tipo) o sobre la ilicitud de tal conducta (error de prohibición)⁸¹.

De acuerdo con la doctrina, esta situación de inconsciencia que refiere el precepto, puede tener origen tanto en causas naturales, como por la actuación de la propia víctima (teniendo encaje los casos de “*vulnerabilidad química*”) o un tercero⁸², si bien en este caso podría aplicarse también el supuesto que se analiza a continuación.

6.4.3.2. Uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima. Sumisión química.

Por su parte, el último inciso del artículo 181.2 refiere a aquellos actos que son constitutivos de delito de abuso sexual y se acometen anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea al efecto. En este supuesto lo decisivo es, qué mediante el empleo de alguna sustancia química, sea natural o artificial, el sujeto activo logre producir un efecto anulatorio de la voluntad de la víctima, lo que no exige una total inconsciencia, pero sí su capacidad para oponer una resistencia eficaz⁸³.

La inclusión de este supuesto, como se ha comentado anteriormente, vino a salvar, en opinión de la doctrina mayoritaria⁸⁴, la laguna que podía plantearse ante supuestos en los que el atentado a la libertad sexual se produce no forzando u obligando al sujeto pasivo a

⁸¹ SAP de Santiago de Compostela núm. 19/2019, de 22 febrero.

⁸² LAMARCA PÉREZ et al. (2016), p. 197.

⁸³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ et al. (2011), p. 167.

⁸⁴ Así, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES et al. (2005), p. 970. consideran positiva su inclusión, porque no está ni mucho menos claro que siempre y en todo caso una anulación de la voluntad equivalga, incluso lato sensu, a una privación de sentido.

consentir o soportar la conducta, sino precisamente anulando, *in totum*, su capacidad de decisión y con ello su libertad⁸⁵.

Con esta nueva previsión se llegan así a abarcar aquellas situaciones en las que, sin llegar a existir una pérdida de consciencia encuadrable en el supuesto de privación de sentido, se anula la voluntad de la víctima para decidir acerca del mantenimiento de relaciones sexuales. Sin embargo, el precepto parece exigir que el origen de la situación anulación de la voluntad de la víctima por medio de las sustancias mencionadas debe haber sido provocada por el propio sujeto activo o, en todo caso, por un partícipe que actúe en connivencia con este. Como apunta Raguès i Vallés (2019), si se parte de esta interpretación —que parece la más fiel al tenor literal— quedan fuera del tipo aquellas situaciones en que la anulación de la voluntad ha sido ocasionada por la propia víctima (o por un tercero no vinculado con el autor) y éste se aprovecha *a posteriori*: “una regulación difícilmente justificable si se tiene en cuenta que en los casos de abuso por aprovechamiento de privación de sentido no tiene ninguna relevancia cómo la víctima haya llegado a tal estado”⁸⁶. *Prima facie* da la impresión de que, al tratarse de una ingesta voluntaria, se haya querido responsabilizar a la propia víctima por la asunción indebida de un riesgo o el descuido de un deber de autoprotegerse, y que esa negligencia conlleve la desaparición completa del desvalor de la acción de quien comete el abuso.

La jurisprudencia ha establecido los requisitos de este tipo: a) la utilización de aquellas sustancias determinadas por el precepto (si bien, a partir del tenor literal debe observarse que se trata de un *numerus apertus*), y b) la anulación de la voluntad de la víctima⁸⁷.

Respecto al grado o intensidad que debe alcanzar la referida anulación, existe un amplio abanico que va desde entender el concepto de 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 voluntad⁸⁸ (tesis de un sector doctrinal minoritario), 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. Algunos autores

⁸⁵ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2016), p. 247.

⁸⁶ RAGUÈS i VALLÉS (2019), pp. 138-139.

⁸⁷ SAP de Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre.

⁸⁸ TAMARIT SUMALLA (2010), p. 169.

consideran preferible incluir este supuesto en el abuso sexual por prevalimiento previsto en el artículo 181.3 del Código Penal⁸⁹.

No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria, se inclinan por entender la anulación en un término medio: bastaría con que la víctima se encuentre en un estado notable de 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 asaltante⁹⁰.

En todo caso, como ya se apuntó, resulta del todo imprescindible que sea el sujeto activo el que “*anule*” la voluntad de la víctima mediante las sustancias mencionadas⁹¹. Así lo ha interpretado tanto la doctrina como la jurisprudencia, señalando que esta anulación de la voluntad de la víctima debe haber sido provocada por el propio sujeto activo o, en todo caso, por un partícipe que actúe en connivencia con éste, y no simplemente que el sujeto activo se aproveche de la situación de inconsciencia o grave alteración provocada por la propia víctima o por un tercero en connivencia con el sujeto activo, ya que entonces sería aplicable la modalidad de privación de sentido (que exige una mayor afectación: no solo de la voluntad sino de la misma consciencia)⁹².

Además, la ingesta de sustancias tóxicas no debe ser conocida por la víctima, ya que en la medida en que ésta sea consciente (de que la ingestión de la droga o producto que se le ofrece es para facilitar la libido y favorecer el acto sexual, asumiendo que puede llegar a producirse), no podrá entenderse que existe abuso, salvo que el acto sexual que se realice haya sido expresamente rechazado antes de tomar la sustancia⁹³.

Se trata de una modalidad delictiva de medios legalmente determinados, en la que el legislador los menciona expresamente: fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima. No obstante, como se ha dicho anteriormente, la última categoría de medios se configura mediante una cláusula de cierre abierta (“cualquier otra sustancia”), comprensiva de todas aquellas sustancias que por su origen puedan calificarse de naturales, semi-sintéticas o sintéticas, siempre, eso sí,

⁸⁹ BRAGE CENDÁN (2013), p 5.

⁹⁰ SAP de Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre. Véase, ORTS BERENGUER (2010), pp. 616-617.

⁹¹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2016), p 247.

⁹² SSTS núm. 293/2012, de 17 abril; SAP Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre. Véase sobre este punto, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2016), p 248.

⁹³ MUÑOZ CONDE (2017), p 207.

que tengan idoneidad para producir el efecto de anulación de la voluntad de la víctima. Por tanto, ante este nuevo tipo penal, encajan los casos de “sumisión química” propiamente dicha, de carácter “premeditado” (frente a la de tipo “oportunista”, o también denominada “vulnerabilidad química”).

6.5.Excurso: la incoherente interpretación jurisprudencial de la sumisión química.

Una vez analizado el tipo penal en que se subsumen los abusos sexuales mediante sumisión química, conviene volver sobre la lógica jurisprudencial anteriormente señalada en esta materia y la interpretación dispar que se ha realizado respecto de un mismo medio comisivo en los delitos patrimoniales y los delitos sexuales.

Respecto a los delitos patrimoniales, la diferencia entre los delitos de robo con violencia y de hurto radica precisamente en que en el primero la sustracción se lleva a cabo con empleo de violencia sobre las personas, mientras que en el segundo no es así. Pues bien, la sumisión química se interpreta como una forma de «violencia» cuando la administración de sustancias tóxicas se produce para llevar a cabo la sustracción de efectos propiedad del afectado⁹⁴, calificándose los hechos como robo con violencia. Así, lo ha considerado la jurisprudencia de forma unánime: la utilización de drogas debía ser considerada una forma de violencia suficiente para satisfacer las exigencias típicas del delito de robo con violencia o intimidación.

En líneas anteriores se ha referenciado a la doctrina jurisprudencial que entiende como *“puramente accidental que se use un medio químico (narcótico, gas) en vez de mecánico; el fin perseguido y el resultado alcanzado son los mismos, anular tanto su defensa como su huida y su petición de socorro, toda acción recurrente de la víctima a ser despojado”*. La razón de esta equiparación valorativa es incontestable: *“propinar un narcótico que la inmoviliza (tanto o más que si se le atara) y ejercer efectos en todo su organismo, más o menos graves según dosis, edad, contraindicaciones etc. es una agresión lesiva no inferior al forcejeo, ligaduras, empujones, etc. y, por supuesto, se le suministra notoriamente contra su voluntad, traicioneramente”*⁹⁵.

Además, el Tribunal Supremo da un paso más allá equiparando los supuestos en los que la víctima se encuentra inhabilitada para darse cuenta de lo que sucede a su alrededor,

⁹⁴ SANCHO DE SALAS (2012), p. 41.

⁹⁵ Al respecto, STS núm. 577/2005, de 4 de mayo.

pero no pierde totalmente la consciencia, con los supuestos de privación total del conocimiento, entendiendo, en todo caso, que se trata de conductas constitutivas de robo y no de hurto⁹⁶. Así lo establece en la sentencia 1332/2004, de 11 de noviembre, que dispone que

“En éste nos hallamos ante un caso de obnubilación o disminución importante de las facultades mentales, pero sin pérdida plena: conservó las necesarias para poder firmar los citados documentos de disposición de su cuenta. Estimamos que, pese a estas diferencias, cabe aplicar aquí la misma doctrina jurisprudencial antes referida, pues quien se halla inhabilitado para darse cuenta del alcance de sus actos, como ocurrió en el caso presente, es un caso equiparable al de la privación total del conocimiento. Aquí se encontraba violentado el sujeto pasivo por el deliberado suministro de una sustancia narcótica. La equiparación de tal conducta con la de la del uso de violencia física es aplicable a los hechos aquí examinados. Hubo, pues, delito de robo: hubo apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando violencia en las personas (art. 237 CP)”.

Sin embargo, si una persona comete la sustracción, por ejemplo, sobre quien se encuentra bajo la influencia de sustancias tóxicas que hubiese consumido previamente de forma voluntaria, los tribunales no consideran que exista «violencia», por lo que el hecho sería en todo caso constitutivo de un delito de hurto, cuya pena resulta notablemente inferior a la del robo con violencia⁹⁷.

Por lo que refiere a los delitos sexuales, si bien se planteó inicialmente dicha discusión al afectar plenamente a la distinción entre las agresiones y abusos sexuales, la misma se desvaneció con la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, donde el legislador agregó un inciso en el artículo 181.2 que considera abusos sexuales no consentidos *“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”*. Carece de toda lógica que el suministro sustancias tóxicas a una persona para atender sexualmente contra ella no se considere violencia dentro de esta tipología delictiva y no se distinga si la privación es ajena a la actuación del autor o si ha sido provocada por

⁹⁶ Véase, al respecto, CARUSO FONTÁN (2013). p. 4, en referencia a la STS núm. 1332/2004, de 11 de noviembre.

⁹⁷ SANCHO DE SALAS (2012), p 41.

él para lograr su objetivo. La distinción es de gran relevancia si se tiene en cuenta que éste es el elemento que legalmente distingue el abuso sexual de la agresión sexual, la concurrencia de violencia o intimidación⁹⁸. En términos lógico-sistemáticos se debería haber mantenido en el ámbito de los abusos sexuales los supuestos de privación de sentido en los que el sujeto activo se aprovecha de una situación que no ha provocado y, por exclusión, ubicar en el ámbito de las agresiones sexuales los ataques en los que el medio comisivo ha sido escogido de forma premeditada y en plena equivalencia valorativa al uso de violencia o intimidación.

6.6. Perspectiva de futuro.

Tras los efectos sociales y la resonancia mediática de la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 38/2018, de 20 de marzo (caso “La Manada”), se anunció por parte del gobierno español la necesidad de estudiar una reforma del Código Penal para revisar las penas y modificar la redacción de los delitos contra la libertad sexual.

En solo unos meses se llegó a publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales una Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de delitos contra la libertad sexual⁹⁹. En la Exposición de Motivos de dicha proposición de ley se disponía que los delitos contra la libertad sexual realizados a través de la llamada “*sumisión química*” (donde se anula la capacidad de respuesta de la víctima, y se elimina cualquier posibilidad u oposición) debían considerarse un supuesto en el que no solo no existe el consentimiento, sino que en ellos se empleaban medios para doblegar a la víctima a través de procedimientos brutales, equiparables a la violencia física.

Dicha reforma pretendía salir al paso de la configuración y los efectos del consentimiento en algunos tipos penales que habían generado una gravísima alarma social ante la calificación de determinadas conductas como abuso sexual. Sin duda, las bases sobre las que se asentaba ese rechazo social mayoritario incidían sobre una interpretación del consentimiento muy diferente de la mantenida en la sociedad actual, de modo particular tras la eclosión de un nuevo movimiento feminista que pretendía poner fin a situaciones

⁹⁸ CARUSO FONTÁN (2013), p. 5.

⁹⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley, número 357-1 (21 de diciembre 2018).

de acoso y abuso sexual en los que el consentimiento de la víctima se halla fuertemente condicionado.

Para ello, se proponía incluir en los tipos de agresión sexual de los artículos 178 y 183.2 del Código Penal, junto a la violencia o la intimidación, otros dos supuestos que consistían en la conducta deliberada y directa de anular la voluntad de la víctima, bien sea por la actuación conjunta de dos o más personas o bien por la utilización de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, dejando su catalogación de abuso sexual. Con todo, dicha reforma no llegó a completar su trámite parlamentario y ha sido objeto de sucesivas revisiones, quedando a la espera de su impulso final con motivo de la inestable coyuntura política que atraviesa el país.

7. La sumisión química con finalidad sexual en el Derecho Comparado.

7.1. Introducción

La doctrina penal actual de los distintos países de nuestro entorno tiende a realizar las mismas interpretaciones de los conceptos legales; existen patrones comunes en la definición de los criterios de análisis de los distintos elementos del tipo objetivo de los delitos de cada legislación en particular. Pero también existen de ciertas particularidades o criterios en la tipificación e interpretación de las conductas penales en distintos países, que hacen interesante el análisis de sus legislaciones como de sus criterios interpretativos realizados por la jurisprudencia.

Desde una perspectiva comparada, esta cuestión ha recibido una respuesta desigual, existiendo notorias diferencias tanto en los criterios de clasificación de las distintas modalidades de ataque a la libertad o indemnidad sexuales, como en la específica solución prevista para los casos de sumisión química.

7.2. Código Penal italiano.

En el derecho italiano, los delitos sexuales se encuentran tipificados en el Código Penal¹⁰⁰ en su Libro Segundo que se titula “*Dei delitti in particolare*”, ubicados en la Sección Segunda “*Dei delitti contro la libertà personale*”¹⁰¹ e incardinados en el Capítulo Tercero

¹⁰⁰ R.D. ottobre 1930, n. 1398

¹⁰¹ Fue la ley del 15 de febrero de 1996, núm. 66 la que incorporó al Código Penal italiano los artículos 609 bis a 609 decies. Además, trasladó los delitos sexuales del Título IX que lleva por rúbrica “*Dei delitti contro*

que lleva por rúbrica “*Dei delitti contro la libertà individuale*” dentro del Título XII “*delitti contro la persona*”. En concreto, el artículo 609-bis sanciona la violencia sexual en los siguientes términos:

“Cualquier persona que, con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad, obligue a alguien a realizar o someterse a actos sexuales será castigada con prisión de cinco a diez años. A la misma pena se somete a quienes inducen a alguien a realizar o someterse a actos sexuales:

- 1. Abusando de las condiciones físicas o psicológicas de inferioridad de la persona lesionada en el momento del acto.*
- 2. Llevando al engaño a la persona ofendida por haber reemplazado al culpable por otra persona.*

En casos de gravedad menor, la pena se reducirá en no más de dos tercios”.

Se regulan de manera unitaria dos conductas que antes se penaban de forma separada: el acceso carnal y los actos libidinosos. Ello responde a un intento de evitar una concepción casuística y descriptiva que obligue a la investigación y someta a la víctima al trance de tener que precisar las concretas prácticas que le fueron realizadas, con el fin de determinar el encaje de la conducta en un tipo u otro¹⁰².

De acuerdo con la jurisprudencia, la conducta prohibida incluye cualquier forma de conjunción carnal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, o cualquier acto que ofenda de manera directa la libertad sexual de la víctima a través de la excitación del agente y el eventual cumplimiento de su instinto sexual. En consecuencia, el delito de violencia sexual es configurable en los casos en que exista un contacto físico directo entre sujeto activo y sujeto pasivo, pero también en el caso que el sujeto activo, con el fin de satisfacer el placer sexual, constriña a dos sujetos diferentes, considerados ambos sujetos pasivos, para realizar o experimentar actos sexuales solo entre ellos¹⁰³.

La sumisión química se encuentra regulada en el artículo 609-ter como una circunstancia agravante, disponiendo que “*la pena será de seis a doce años de prisión si se cometen los hechos mencionados en el artículo 609-bis: [...] 2. con el uso de armas o sustancias*

la moralità pubblica e il buon costume” al Título XII “*Dei delitti contro la persona*” y más concretamente a la sección de “*Dei delitti contro la libertà personale*”.

¹⁰² VALLEJO TORRES (2018), p. 7.

¹⁰³ Sección III, Casación penal de 22 de abril de 2003 número 18847.

alcohólicas, narcóticas u otros instrumentos o sustancias que sean gravemente perjudiciales para la salud de la persona ofendida”.

Dicha agravante se centra exclusivamente en el carácter objetivo de los medios para ofender a la víctima, aunque tenga por finalidad proteger la libertad de autodeterminación de la víctima. Ese carácter objetivo del medio empleado se hace evidente en tanto que la circunstancia opera también si el sujeto pasivo no había visto debilitado demasiado sus defensas, siempre que el medio o sustancia usada sea peligrosa¹⁰⁴.

La jurisprudencia se ha pronunciado en referencia a esta circunstancia agravante estableciendo que, en términos de violencia sexual, el factor agravante especial puede concurrir solo cuando el estado de inconsciencia de la víctima ha sido causado por la administración de fármacos anestésicos para permitir que el agente ponga en práctica la conducta prohibida¹⁰⁵. En cambio, la jurisprudencia ha excluido dicha agravante cuando el estado de intoxicación ha sido provocado por la propia víctima: *“debe tenerse en cuenta que el supuesto consumo voluntario del alcohol excluye el factor agravante, ya que la norma prevé el uso de armas o sustancias alcohólicas o narcóticas (u otro delito). Por tanto, el uso de sustancias alcohólicas debe ser necesariamente instrumental a la violencia sexual: debe ser el sujeto activo del delito el que las utilice con el fin de ejercer dicha violencia sexual, administrándolas a la víctima. Así las cosas, el consumo voluntario afecta a la evaluación del consentimiento válido, pero no puede dar lugar a la circunstancia agravante”*¹⁰⁶.

7.3. Código Penal francés.

En el Derecho Penal francés, el Código Penal¹⁰⁷ distingue dos tipos de delitos sexuales: abuso sexual y agresión sexual. El abuso sexual se produce solo cuando la víctima es menor de edad, mientras que para la agresión sexual la víctima puede ser mayor o menor de edad, concurriendo además determinados elementos objetivos. Dentro de los delitos de agresión sexual, se distingue la agresión sexual, propiamente dicha, de la violación atendiendo a si concurre o no penetración. En la agresión sexual, el artículo 222-22 establece que *“constituye una agresión sexual cualquier asalto sexual cometido con*

¹⁰⁴ MARANI y FRANCESCHETTI (1998), p. 55.

¹⁰⁵ Sección III, Corte Apelación de Roma. Sentencia 18360 de 5 de marzo de 2008.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Casación, Sección Tercera, sentencia 13462 de 19 enero 2018.

¹⁰⁷ El nuevo Código Penal fue promulgado el 22 de julio de 1992 y entró en vigor el 1 de marzo de 1994, sustituyendo al Código Penal Napoleónico de 1810.

violencia, coerción, amenaza o sorpresa". Por otro lado, será violación de conformidad con el artículo 222-23 "*cualquier acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza, cometido en la persona de otros o en la persona del perpetrador por violencia, coerción, amenaza o sorpresa*". Responde, así, a una regulación en la que son los medios coercitivos y no la falta de consentimiento los que definen la comisión del delito.

En ambos delitos (agresión sexual y violación), se requiere la concurrencia de determinados elementos objetivos, como son la violencia, coerción, amenaza o sorpresa, ya que todos ellos producen la anulación del consentimiento por parte de la víctima. No obstante, y teniendo en cuenta además la diversidad de las cuatro formas de ataque recogidas, en el propio Código Penal no prevé una definición, ni referencia alguna, al consentimiento, dando lugar a situaciones donde la frontera entre relaciones sexuales consentidas y violación es difícil de determinar, siendo decisiva la interpretación del mismo que efectúe la jurisprudencia. En este sentido, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones Criminales de Montpellier, en 2009, falló a favor de una joven que había denunciado después de haber sido violada por cuatro personas en una habitación de una casa durante una fiesta y, previamente, había tomado cocaína y consumido alcohol voluntariamente, pero en ningún momento dijo de manera clara o expresa que no quisiera mantener relaciones sexuales. En este caso, el tribunal determinó que la investigación había demostrado que estaba "*fuera del estado para mostrar cualquier consentimiento*", confirmando así la sentencia ya dictada para los autores de la violación.

En una sentencia del Corte de Casación Criminal de 2012¹⁰⁸ se pronuncia en los siguientes términos al enjuiciar el caso de una chica que había bebido y se despertó, después de una fiesta, porque uno de los participantes la acarició: "*Una persona que da su consentimiento es una persona consciente y lúcida que puede parar, otorgar, revocar o rechazar el consentimiento a lo largo de la relación sexual solicitada, desde los preliminares hasta el último acto realizado. Esto requiere que no esté inconsciente ni bajo la influencia del consumo excesivo de alcohol o drogas o un estado de fatiga que debilite o aniquile su capacidad para analizar y reaccionar*". Se considera, de este modo, que una persona que consume alcohol, por ejemplo, no está en situación de capacidad para consentir.

La ley deja así una gran libertad de interpretación y decisión a jueces y magistrados, quienes tendrán que evaluar si una persona determinada, en una situación dada, pudo o

¹⁰⁸ Cour de Cassation Criminelle 11-85933, de 23 de mai de 2012.

no consentir la relación sexual. Y siempre, así lo ha recalcado la jurisprudencia, la evaluación del consentimiento o su ausencia debe determinarse en el momento de producirse el hecho presuntamente delictivo y no con anterioridad al mismo.

A continuación, en el artículo 222-24 del Código Penal francés se establece un aumento de pena, tanto para el delito de violación como de agresión sexual, cuando concurre alguna de las circunstancias que dispone dicho artículo, y entre ellas destaca la 15ª: “cuando una sustancia ha sido administrada a la víctima, sin su conocimiento, para alterar su juicio o el control de sus actos”.

Éste último apartado ha sido introducido por la ley LOI núm. 2018-703, de 3 de agosto, aprobada para reforzar la lucha contra la violencia sexual y de género, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte de Casación francesa. Mediante dicha reforma, se consideró así el hecho de introducir algún tipo de sustancia en la bebida o administrar una sustancia a una persona sin su consentimiento para mantener un contacto sexual con ella, una forma agravada de anular su voluntad y de producirse un ataque a la libertad sexual¹⁰⁹.

De forma adicional, el solo hecho de administrar a la víctima, sin su conocimiento, una sustancia con el propósito de cometer una violación o agresión sexual se establece como un delito independiente, que se castiga con cinco años de prisión (C. Pen., Art. 222-30-1). Por tanto, es punible el simple hecho de drogar a una persona con la intención de agredir sexualmente o violarla, aunque no se lleve a cabo el delito sexual proyectado.

7.4. *Sexual Offences Act 2003 (Reino Unido).*

Los delitos sexuales se encuentran tipificados en el Reino Unido en la *Sexual Offences Act 2003* (en adelante, SOA). A diferencia de la regulación anterior en esta materia, en la SOA se establecieron importantes novedades en relación a la intoxicación y la capacidad para consentir en la actividad sexual¹¹⁰.

La SOA distingue, entre otros delitos sexuales, la violación (Section 1), la agresión sexual con penetración (Section 2) y la agresión sexual (Section 3). La diferencia entre estos tres tipos de delitos radica en que en el delito de violación la conducta delictiva consiste en una penetración, que puede ser vaginal, anal o bucal con el pene; en el delito de agresión

¹⁰⁹ Cour de Cassation Criminelle 13-85149, 26 novembre de 2014; 18-80714, 10 avril 2018; 14-82193, 11 juin 2014; 06-89230 7 mars 2007

¹¹⁰ HARVEY et al. (2014), p. 9.

sexual con penetración la conducta delictiva consiste en una penetración (vaginal o anal), pero a diferencia del delito de violación, la penetración se debe efectuar con cualquier otra parte del cuerpo que no sea el pene; y en los casos de agresión sexual, la conducta consiste en realizar tocamientos sexuales a la víctima. En todas estas conductas debe concurrir ausencia de consentimiento en la víctima, y también una falta de motivación de la creencia del ofensor sobre el consentimiento efectuado por la víctima.

Los supuestos de sumisión química se regulan en el contexto de las presunciones *iuris tantum* de falta de consentimiento de la víctima en todas las tipologías delictivas anteriormente descritas. En efecto, a diferencia de la regulación anteriormente vigente, la SOA establece una completa regulación del consentimiento en la Section 74, 75 y 76. En S. 74 establece un concepto general de consentimiento estableciendo que “*una persona consiente si acepta por libre elección y tiene la libertad y capacidad para tomar esa decisión*”, eliminando la posibilidad de que el consentimiento sea emitir solamente *sí o no*, sino que se requiere tener libertad y capacidad para emitirlo. En S. 76 se establecen dos circunstancias en las que se presume de manera concluyente (*conclusive presumptions of non-consent*¹¹¹), es decir, en las que no se puede alegar prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*), sobre la no concurrencia de consentimiento por parte de la víctima. Se trata de supuestos claros de falta de consentimiento: cuando el ofensor engaña intencionadamente a la víctima respecto a la naturaleza del acto sexual; y cuando el ofensor induce a la víctima a consentir el acto sexual al hacerse pasar por una persona conocida por la víctima. Y en S. 75 se incluyen determinadas presunciones *iuris tantum* sobre la falta de consentimiento de la víctima, que pueden ser destruidas mediante prueba en contrario (*evidential presumptions against consent*¹¹²); es decir, en este caso se presume que A no emitió su consentimiento y que B tenía conocimiento de ello, a no ser que B pruebe suficientemente que A emitió un consentimiento de forma libre y capaz. Entre estas presunciones se encuentran los casos de sumisión química. En el apartado d) se hace referencia a los supuestos de somnolencia o inconsciencia de la víctima (“B estaba dormido o inconsciente en ese momento”) y en el apartado f), al supuesto en que “*cualquier persona ha administrado a B, o ha causado que B tomara, sin su consentimiento, una sustancia que, teniendo en cuenta cuando se administró o se tomó,*

¹¹¹ FIRTH (2011), p. 102.

¹¹² FIRTH (2011), p. 102.

fue capaz de causar o hacer que B se quede estupefacto o abrumado en ese momento”.

Son los casos aplicables a las denominadas “drink spiking” o “drugs rape”.

Sin embargo, la SOA no regula los supuestos en que concurre un breve estado de intoxicación de la víctima, sin llegar a la inconsciencia, o aquellos en que la víctima habría consumido voluntariamente determinadas sustancias (vulnerabilidad química) y se habría situado en dicho estado de intoxicación, o ebriedad, sin llegar a estar inconsciente del todo¹¹³. En estos supuestos la prueba resulta más difícil y el legislador británico no ha dado una respuesta expresa a los mismos. Ha sido la jurisprudencia quien se ha encargado de responder a la cuestión sobre la concurrencia del consentimiento en los supuestos de intoxicación voluntaria.

En 2005, Amnistía Internacional publicó un estudio donde se puso de manifiesto que las dos terceras partes de las personas encuestadas en el Reino Unido (ciudadanos, agentes de policía, fiscales, jueces) creían que un individuo que había estado bebiendo era en parte responsable de lo que le había sucedido. La jurisprudencia ha tenido en consideración esta opinión de la sociedad, muestra de ello son las sentencias R v Dougal (2005) y R v Bree (2007) donde se analizaron exhaustivamente la relación entre intoxicación y consentimiento. En ellas se admitió que *“el consentimiento del ebrio/borracho se consideraba consentimiento”* (*drunken consent was still considered to be consent*)¹¹⁴, sin referirse no obstante a la capacidad de consentimiento. El caso R v Bree es particularmente remarcable: en el mismo se dio la circunstancia que tanto agresor como víctima estuvieron consumiendo alcohol juntos hasta llegar a un alto estado de embriaguez, y pasaron la noche juntos. Al día siguiente la víctima alegó que no había consentido las relaciones sexuales, aunque el acusado la ayudó a bañarse y la acostó en la cama. En este caso se dieron dos situaciones distintas: por un lado, la de no querer (la víctima) de forma expresa mantener sexo; y, por otro, la de no poder mostrar su renuncia debido a la intoxicación alcohólica que sufría. En este caso, los Tribunales presumieron que la víctima tenía capacidad de consentir, salvo que la intoxicación hubiera sido involuntaria¹¹⁵. Consideraron que la víctima había consumido voluntariamente cantidades

¹¹³ COWAN (2009), p. 907.

¹¹⁴ R v Dougal (2005), R v Bree (2007).

¹¹⁵ CLOUGH (2019), p. 4.

de alcohol, si bien aun así era capaz de consentir o no tener relaciones sexuales, pero estando bebida acepta mantenerlas, y en este caso no es considerado violación¹¹⁶.

La doctrina ha criticado la postura de la jurisprudencia. Por un lado, consideran que en el caso *Bree* ante la situación que se deba determinar cuál es el nivel de intoxicación para determinar si hay o no consentimiento, significa que ya no hay un consentimiento real¹¹⁷. Wallerstein¹¹⁸ (2009) consideró que la interpretación efectuada en esos casos es errónea, y requiere una reinterpretación, ya que la investigación¹¹⁹ sobre los efectos del alcohol en el comportamiento sexual y la violación, indican que un número significativo de víctimas de violación estaban intoxicadas/ebrias en el momento de las relaciones sexuales, lo que lleva a la conclusión que el uso del alcohol es una herramienta dominante conocida en la violación¹²⁰. Además, considera que esta línea jurisprudencial no se adecua al concepto de consentimiento definido en S.74 y, en consecuencia, se debería de considerar que el consentimiento del intoxicado/borracho no es consentimiento cuando el individuo se encuentra en un alto estado de embriaguez o intoxicación.

Por otra parte, el hecho de administrar una sustancia a una persona, sin su consentimiento ni conocimiento, también en regulado por la SOA como un acto preparatorio ("*Preparatory offences*", Section 61). En dicha disposición establece que se comete un delito cuando el agresor de manera intencionada administra una sustancia a otra persona, o hace que esta persona tome dicha sustancia, sin su consentimiento y con intención de drogarla o situarse en una situación de inferioridad, para permitir involucrarla en cualquier actividad de índole sexual. Además, dicha actuación se encuentra castigada con pena máxima de seis meses de prisión o pena de multa, en los casos que son juicios menores ("*summary conviction*", aquellos en que no interviene el tribunal del jurado y es el propio juez quien decide sobre la culpabilidad del agresor) y con pena de prisión hasta 10 años en los denominados "*conviction on indictment*" (aquellos procedimientos que interviene tanto el jurado como el juez, a la hora de juzgar al agresor).

¹¹⁶ FIRTH (2011), p. 108.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 110.

¹¹⁸ WALLERSTEIN (2009), p. 343.

¹¹⁹ Véase al respecto las investigaciones realizadas por HMCPSI, *Report on the Joint Inspectorate into the Investigation and Prosecution of Cases involving Allegations of Rape* (2002); y STURMAN, *Report on Drug Assisted Sexual Assault* (2000), citados en FIRTH (2011), p. 115.

¹²⁰ *Ídem.*

7.5. Código Penal chileno.

El Código Penal Chileno¹²¹ sanciona los delitos sexuales en el Título VII del Libro Segundo, que lleva por rúbrica “*Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual*”¹²².

Dentro de los delitos sexuales, la división radica, en primer lugar, en el tipo de acción sexual que emplea el autor distinguiendo, entre otros, el delito de violación (art. 361) y el delito de abuso sexual (art. 366). El elemento diferenciador es la concurrencia o no de acceso carnal; habiendo violación cuando hay penetración y, en caso contrario, cuando “*el que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal*”, calificando los hechos como delito de abuso sexual.

Seguidamente, se emplea otro factor de sistematización complementario, que viene dado por los medidos y circunstancias comisivas, distinguiéndose unos más graves que otros; los primeros se asocian a la violación y los menos graves al estupro¹²³. De este modo, la sumisión química, puede subsumirse al mismo tiempo como violación y como abuso sexual.

El artículo 361 dispone: “*Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:*

1. *Cuando se usa fuerza o intimidación.*
2. *Cuando la víctima se halla privada de sentido, o se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.*
3. *Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.”*

En el artículo 366, refiriéndose al delito de abuso sexual, dispone que “*el que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal, con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas del artículo 361*”.

¹²¹ Publicado el 12 de noviembre de 1874, ley núm. 2561.

¹²² MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 156, señalan que esta clase de delitos no se limitan a proteger la libertad sexual, esto es, la facultad de la persona para autodeterminarse en esta materia, sin ser compelido ni abusado por otro, concepto que puede vincularse de alguna manera al derecho a la autodeterminación en materia reproductiva reconocido en los Cons. 37° y 38° de la STC 28.8.2017 (Rol 3729-2017).

¹²³ COX (2019), p. 317.

En ambos delitos (violación y abuso sexual), la ausencia de voluntad es un requisito principal que deriva del uso de fuerza o intimidación y, por tanto, para que sea tipificado como tal, deben concurrir una de las tres hipótesis del artículo 361.2: 1) violencia o intimidación, 2) *víctima privada de sentido, o aprovechamiento de su incapacidad para oponer resistencia* o, 3) abuso de la enajenación o trastorno mental transitorio. Por tanto, existe en este sentido una equiparación plena de los supuestos para que concurra violación o abuso sexual.

La violación se concibe como un delito de acceso carnal no consentido¹²⁴ en sentido amplio, que puede perpetrarse por vía vaginal, anal o bucal, por parte de una persona a otra sin su consentimiento. Además, se requiere la concurrencia de alguna de los supuestos del apartado segundo, encontrándose, entre ellos, cuando la víctima se halle privada de sentido o se aproveche el autor de su incapacidad para oponer resistencia, haciendo referencia a la sumisión química. El desvalor más intenso de la violación se funda, también, en que el agresor actúa prescindiendo de la voluntad de la víctima, en una actitud de claro menosprecio hacia su condición de persona; y en una consideración del carácter especialmente violento de los medios utilizados para conseguir el acceso carnal¹²⁵ (si bien no todos los medios son violentos *stricto sensu*). Así, la falta de consentimiento es una condición necesaria de la tipicidad, pero no suficiente: es imprescindible que esa falta de anuencia se canalice en alguno de los específicos medios y circunstancias comisivas contemplados en cualquiera de los tres numerales del artículo 361 del Código Penal¹²⁶.

A diferencia del abuso sexual, en el delito de violación el sujeto activo se encuentra limitado al hombre, de acuerdo a una línea de interpretación que resulta ser mayoritaria¹²⁷, ya que la norma señala “*el que accediere carnalmente*”. Por ende, solo podría acceder el varón mediante la intervención del órgano reproductor masculino, quedando así fuera aquellas conductas en que el sujeto activo es una mujer. En cambio, el sujeto pasivo puede ser tanto hombre como mujer (siempre mayor de catorce años, ya que si fuera menor de

¹²⁴ COX (2019), p. 322.

¹²⁵ RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 135.

¹²⁶ COX (2019), p. 322.

¹²⁷ RAMÍREZ (2007), p. 4, entiende que “*en materia de violación, el delito está limitado a un sujeto pasivo varón, de acuerdo a una línea de interpretación que resulta ser mayoritaria entre nosotros, quedando fuera de este tipo penal aquellas conductas cuyo sujeto activo es una mujer, por lo que constituirían abuso sexual*”. En el mismo sentido GUZMÁN DALBORA (2000) (2016).

esta edad no es necesario que concurren las hipótesis referidas para cometer el delito de violación: solo bastaría el acceso carnal, denominándose “violación impropia”¹²⁸).

Por otro lado, el delito de abuso sexual se define como aquel delito donde el sujeto activo realiza actos de connotación sexual hacia el sujeto pasivo sin su consentimiento, debiendo concurrir uno de los dos supuestos del artículo 361.2 del Código Penal. Aquí, puede ser sujeto activo tanto hombre como mujer, y el sujeto pasivo, al igual que en el delito de violación, debe ser mayor de catorce años, concurriendo abuso sexual *impropio* si la víctima es menor de catorce años, y se realizan sobre ella actos de connotación sexual sin que concurren los supuestos del artículo 361.2. En las dos modalidades delictivas del artículo 361.2, se actúa, según la doctrina, no en contra de la voluntad de la víctima, sino que dicha voluntad no existe¹²⁹.

Respecto a los supuestos de falta de consentimiento que establece el artículo 361.2, éste se refiere a la sumisión química al preverse el supuesto “*víctima privada de sentido o abuso de la incapacidad para oponer resistencia*”. Se trata de aquellos casos en que la víctima no está en situación de conocer el sentido y alcance real del acto al cual se hace objeto, y el sujeto activo conoce el especial estado de la víctima y se aprovecha de él. En este caso, a diferencia del numeral 1, no interviene fuerza ni intimidación, pero la víctima no consiente al acto sexual. De este precepto se pueden distinguir dos tipos de supuestos; primero, aquellos casos en que existe un estado de inconsciencia o disminución de los sentidos y, por consiguiente, de las barreras de oposición por parte de la víctima, producto de la ingesta previa de alcohol, drogas o medicamentos, así como también los casos en que (producto de dicha situación o no), la víctima se encuentra profundamente dormida; y segundo, aquellos supuestos en que existe una paralización por parte de la víctima por encontrarse ésta en una situación de vulnerabilidad, ya sea por estar en una posición de poder desfavorable, enfrentada a una pluralidad de agresores, o bien, porque se trata de casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, situaciones en las que por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse¹³⁰.

¹²⁸ GUZMÁN DALBORA (2000), p. 6.

¹²⁹ POLITOFF et al. (2005), p. 249, entienden que la violación no es punible por la actividad sexual en sí, “sino porque esta se lleva a cabo contra la voluntad de otro o fuera de los moldes de consentimiento actualmente dominantes. Lo que se castiga es el uso de la fuerza, la intimidación o el hecho de prevalerse el agente de una determinada circunstancia en que se encuentra la víctima reprobable socialmente”.

¹³⁰ Al respecto el informe de Camilla Guerrero Martínez en su artículo “Boletín 11714-07: Consideraciones sobre la ‘no oposición’ de la víctima en del delito de violación en Chile”.

Cuando el artículo 361.2 se refiere a “*privación de sentido*”, alude a una perturbación de las facultades cognitivas y volitivas del sujeto, que no obedezca a una causa de orden patológico. Se trata, en efecto, de un estado en que la víctima se halla en la imposibilidad de consentir válidamente, como resultado de una falta de conciencia acerca de la realidad. Si bien la falta de conciencia ha de ser lo suficientemente intensa como para privar a quien la padece del pleno uso de las facultades volitivas (y, concretamente, en relación con el ejercicio de la actividad sexual), no es necesario que llegue al extremo de una pérdida total de sentido¹³¹.

Al discutirse en el Parlamento chileno sobre la circunstancia de que la víctima se encontrara privada de razón o sentido, se acabó configurando como una situación de incapacidad absoluta de resistencia y, por tanto, de incapacidad para consentir. El origen de la privación de sentido es, por consiguiente, irrelevante y puede corresponder a causas dependientes o independientes de la voluntad de la víctima o del violador¹³². Pero es distinta la situación en que la víctima se coloca voluntariamente en un estado de privación de sentido (por ejemplo, en el contexto de una situación lúdica), sabiendo que en tales circunstancias será objeto de un acceso carnal, porque en este caso faltaría la ausencia de voluntad exigida como elemento objetivo del tipo en todas las hipótesis del delito de violación¹³³. Por tanto, en tal circunstancia el hecho no sería punible porque entraríamos en el campo de la *actio libera in causa*.

Asimismo, la doctrina entiende que no es necesario que el sujeto activo *abuse* de esa privación de sentido, sino que basta con que se dé dicha privación en el momento del acceso carnal o la actividad sexual, ya que elemento que hace delictivo el acceso carnal o la actividad sexual es la falta de consentimiento¹³⁴.

No obstante, la consecuencia práctica de todo lo anterior es que, salvo en casos extremos, las interacciones intimidatorias y aquellas con hombres o mujeres situados en contextos que les impiden oponerse al autor, quedando a su merced, son por regla general impunes¹³⁵.

¹³¹ RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 153.

¹³² MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 162.

¹³³ RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 154.

¹³⁴ MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 162.

¹³⁵ COX (2019), p. 322.

Los tribunales chilenos son reticentes a otorgar valor a la ausencia de consentimiento producto de la ingesta masiva de alcohol o drogas, de manera voluntaria. El criterio dominante en la jurisprudencia es el de la no apreciación de incapacidad para oponerse en estos casos¹³⁶. Así, en supuestos de violación se ha considerado que se trata de un supuesto no abarcado por el tipo legal, en la medida que la intoxicación por ingesta de alcohol no alcanza a la privación total de sentido¹³⁷. También se ha considerado insuficiente para poder acreditar una violación, la situación de una mujer que alegaba haber estado borracha y drogada, y que en tales circunstancias se “paralizó”, por lo que no pudo hacer nada frente a los requerimientos de realización de acciones sexuales por parte de sus ofensores. En efecto, la alcoholización parece ser solo gravitante cuando redundante en una privación de sentido radical, pero no cuando bloquea las opciones de oposición. La turbación alcohólica sería jurídico-penalmente relevante en este estadio solo cuando es total, donde podrá reconocerse una falta de consentimiento, pero no cuando es parcial e impide a la víctima oponerse, pero no la deja inconsciente. En tal caso no tendría ninguna relevancia jurídico-penal accederla carnalmente, ya que ese impedimento debe ser físico y los efectos del alcohol no lo serían¹³⁸. A este respecto, la doctrina considera que esta forma de argumentar está motivada en condicionamientos socioculturales conforme a los cuales no es posible dar lugar a la alegación de ausencia de consentimiento, porque el alcohol es una sustancia aceptada (*adecuación social*) que está presente en la mayoría de las relaciones sexuales esporádicas, o se producen después de fiestas de fin de semana que, precisamente, son los supuestos en que con mayor regularidad se dan en estos casos¹³⁹. Por ello, en palabras de Cox, los tribunales de justicia son reacios a afirmar la presencia de los medios y circunstancias de los numerales 2 y 3 del artículo 361, en el entendido de que deben dar cuenta de eventos de una entidad lesiva equivalente a la producida por medio del ejercicio de fuerza física sobre la víctima, recogido en el numeral 1¹⁴⁰.

¹³⁶ En este sentido, confirmando la absolución por atipicidad y falta de prueba de algún medio de comisión legal, véase la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 06.10.2014, rol n° 275-2014, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 12.09.2014, rol n° 234-2014 y la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 02.02.2018, rol n°4257-17.

¹³⁷ OXMAN (2015), p. 107.

¹³⁸ COX (2019), p. 324.

¹³⁹ OXMAN (2015), p. 108.

¹⁴⁰ COX (2019), p.317.

Dicho lo anterior, el 3 de mayo de 2018 tuvo entrada un Proyecto de Modificación del delito de violación en el Código Penal, en parte debido a la gran repercusión internacional que tuvo la sentencia del caso de “La Manada”. En dicha modificación se proponía agregar una nueva hipótesis para que concurra violación y que acaece cuando hay participación de más de una persona en la perpetración de los hechos. Además, recogía la ausencia de consentimiento como elemento esencial para tipificar el delito de violación, estableciéndose, respecto de este delito, que la mera inacción o falta de resistencia de la víctima no constituye manifestación de consentimiento. En trámite constitucional, la Cámara de los Diputados alegó que *“en los casos de violencia o intimidación y de privación de razón o sentido de la víctima, hay un punto crucial en la tradición dogmática penalista, y es que se pone en manos de la víctima la aptitud de repeler la agresión, y sólo una vez constatada la imposibilidad de resistir se plantea la existencia de la violación. Pareciera que, para el derecho penal, las mujeres son violadas por su incapacidad de resistirse y no porque alguien decidió vulnerar su autonomía personal y libertad sexual prescindiendo de su consentimiento”*¹⁴¹. Dicho Proyecto fue aprobado el 4 de julio de 2019 por unanimidad de la Cámara de Diputados de Chile.

En efecto, la Cámara de Diputados, haciendo crítica de la regulación contenida en esta materia en el Código Penal (calificándola de arcaica y conservadora), destacó el poco rigor con el que se trata la ausencia de consentimiento en aquellos casos en que las víctimas *“son forzadas, manipuladas o amenazadas de manera tal que terminan accediendo a ser objeto de acceso carnal”*. En este sentido, consideró que la regulación vigente hasta la fecha lleva a que la falta de oposición o la inexistencia de resistencia de la víctima frente a la agresión del victimario, genere un principio de consentimiento que sería suficiente para la exclusión de la antijuridicidad. El informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana sobre el proyecto pone de manifiesto todas estas carencias al afirmar que se *“observa que hay muchos casos en que la mujer queda paralizada, no opone resistencia física ni es capaz de decir nada, pero no consiente. Aun así se dice o se entiende el argumento de que consiente”*¹⁴².

¹⁴¹ Boletín N° 11714-07 relativo a la modificación del Código Penal en materia de tipificación del delito de violación.

¹⁴² Primer informe de Comisión de Seguridad Ciudadana de 30 de abril de 2019, en referencia al Boletín N° 11714-07.

Para Cox, la justificación material de la propuesta legislativa descansa en la necesidad de reconocer distintos niveles de afectación de la autonomía sexual y, consiguientemente, distintos niveles de reproche al autor. La falta de distinción que caracteriza esta legislación vigente ha permitido, por una parte, banalizar los ataques a las mujeres y, por otra, mantenerlos en una impunidad inaceptable¹⁴³.

Lo que se pretendió fue romper con el carácter tradicionalista y conservador que llevaba a considerar que las mujeres deben estar siempre disponibles y dispuestas a tener relaciones sexuales, salvo que manifiestamente expresen lo contrario. Con todo, la propuesta no planteó ningún aumento de las penas: solo una ampliación de las presunciones de no concurrencia de consentimiento, proponiendo una modificación de la redacción de la segunda hipótesis del artículo 361.2 en los siguientes términos: “*cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad para oponer resistencia*”.

8. Dogmática del consentimiento sexual.

8.1. Introducción

El Derecho penal sexual ha sufrido en las últimas décadas una fuerte e intensa sacudida fruto de los cambios socio-culturales vividos desde la revolución sexual de los años sesenta del siglo pasado. Y, en el vértice de dichos cambios, la dogmática del consentimiento se ha visto profundamente afectada por el movimiento feminista y la perspectiva victimológica¹⁴⁴ que, junto a la liberalización sexual de las costumbres, han venido generando un cambio de paradigma de consecuencias previsibles en la política criminal¹⁴⁵.

¹⁴³ COX (2019), pp. 326-327.

¹⁴⁴ BERGELSON (2009). Bergelson pone de manifiesto cómo, en virtud del principio victimo-dogmático debería, el consentimiento de la víctima puede modular el juicio de reproche sobre la conducta del autor. Si bien, conviene distinguir dos planos: en términos estrictamente criminológicos podría aconsejarse a la víctima que no adopte conductas de riesgo (como podría ser, acudir a una fiesta con un vestido provocativo y beber alcohol sin medida). No obstante, desde el punto de vista del juicio de atribución de responsabilidad jurídico-penal esa conducta de riesgo no podría justificar que se aminorara la responsabilidad del autor salvo para distinguir, como veremos, los casos de SQ oportunista y SQ premeditada.

¹⁴⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo hace referencia a esta evolución de los delitos sexuales: “desde la instauración del régimen democrático constitucional, hasta la actualidad, han tenido lugar, se ha venido ejecutando paulatinamente la idea de la tutela de la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo a la luz de los valores de la Constitución, y ello con el consiguiente abandono del concepto de moral sexual dominante y de la protección de intereses familiares o matrimoniales” (STS núm. 334/2019, de 4 de julio).

En este sentido, a lo largo del pasado siglo la emergencia de las reivindicaciones de las mujeres en favor de la emancipación y la igualdad de oportunidades, supuso el inicio de la quiebra de aquel orden sustentado sobre la diferencia *natural* de capacidades y expectativas, y sobre la limitación de posibilidades de presencia social de las mujeres¹⁴⁶. La despenalización de los delitos de incesto o sodomía reflejó ese cambio en el eje sobre el que había girado la discusión y, de este modo, la cuestión sobre la limitación del derecho a decidir¹⁴⁷ pasó a centrarse en la víctima, y no en el sujeto activo.

No obstante, esa proliferación de conductas de riesgo (asociadas a una mayor precocidad y promiscuidad sexual) se iba a compensar por un giro significativo en el rol del consentimiento y en los estándares de respeto a la oposición de la mujer en contextos de naturaleza sexual.

Toda esta evolución conduce a tener que replantearse qué significa *consentir* en los delitos de naturaleza sexual. La ausencia de consentimiento en el ámbito de la delincuencia sexual no es solo un elemento negativo del tipo: es el auténtico criterio rector que debería permear el contexto y sentido en que se relacionan autor y víctima. Las condiciones normativas en que opera la ausencia de consentimiento se convierten así en clave interpretativa que requiere una adaptación socio-cultural en una era, la actual, bien distinta. Y es que en el momento presente la exigencia de ausencia de factores que puedan restar espontaneidad o autenticidad a la conducta deliberada de los dos (o más) intervinientes resulta mucho más elevada.

El consentimiento es, pues, el núcleo del problema y lo cambia *todo*. Se ha llegado a afirmar que el consentimiento transforma una violación en (un simple) *hacer el amor*.

Más allá de la ausencia de factores negativos, para explicar en profundidad la cuestión del consentimiento sexual es necesario referirse, en primer lugar, al ámbito de la realidad social y política.

¹⁴⁶ ASÚA BATARRITA (1998), p. 50.

¹⁴⁷ Sobre esta cuestión, véase OXMAN (2015), p. 93.

8.2.El paradigma de la realidad social y política del consentimiento sexual: del consentimiento implícito al movimiento *affirmative consent*.

El consentimiento se ha convertido en un bastión de denuncia para reivindicar el derecho efectivo a ejercer la libertad y la autonomía sexual.

Su presencia se exige como elemento necesario para asegurar relaciones sexuales sanas, satisfactorias y libres de violencia¹⁴⁸, y por ello, en el ámbito sexual, el verbo consentir aparece como un verbo “femenino”, inscrito en una lógica social en la cual las mujeres se exigen y son exigidas socialmente para resistir o conceder; mientras que los hombres, para buscar activamente el consentimiento femenino¹⁴⁹.

En el último tiempo, la reivindicación acerca el consentimiento sexual ha evolucionado a grandes pasos, empezando desde la revolución sexual de los años sesenta¹⁵⁰. Antes, el consentimiento se podía presumir a menos que la mujer lo retirase¹⁵¹ y, en todo caso, correspondía a la víctima acreditar que hizo saber a su agresor que no consintió en tener relaciones sexuales.

Con la rápida evolución socio-cultural y también jurídica acerca del consentimiento sexual, se ha ido abandonando la aceptación de un consentimiento implícito o presunto a favor de lo que se denomina “*affirmative consent*”¹⁵². De acuerdo con este movimiento, se requiere que el consentimiento en el ámbito de las relaciones sexuales sea emitido expresamente por la mujer de manera anticipada a cualquier contacto sexual¹⁵³, reduciendo así la tasa de agresiones sexuales o violaciones¹⁵⁴.

Cuando se habla de “*affirmative consent*”, el consentimiento tiene que ser expresado previamente, pero a la hora de manifestarlo no hay un criterio uniforme; puede realizarse mediante prescripciones comunicativas (manifestar verbalmente *si*), hasta cualquier comportamiento o señal que convenga un acuerdo interno (como un juego previo o aquiescencia)¹⁵⁵. Por otro lado, Jozkowski considera que existen diferencias en el

¹⁴⁸ PÉREZ HERNÁNDEZ (2017), p. 115.

¹⁴⁹ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 742.

¹⁵⁰ *Íbid.*, p. 746.

¹⁵¹ LITTLE (2005), p. 1374.

¹⁵² HALLEY (2016), p. 265.

¹⁵³ LITTLE (2005), p. 1345.

¹⁵⁴ JOZKOWSKI (2015), p. 21.

¹⁵⁵ GRUBER (2016), p. 430.

consentimiento sexual entre géneros: mientras que los hombres utilizan señales no verbales para comunicar su consentimiento, las mujeres manifiestan su consentimiento a través de elementos verbales¹⁵⁶. Con ello se muestra que el consentimiento sexual debe ser conceptualizado como un *continuo proceso de negociación* entre hombre y mujer¹⁵⁷.

Dentro del marco del movimiento relativo al “*affirmative consent*”, se han desarrollado en etapas con distintas tendencias; En primer lugar, se impuso, en sentido negativo, el lema “*no means no*” resumiendo su significación señalando que “*the standard means that, in an individual verbally rejects sexual advances, that person must be seen as withdrawing consent to sexual contact*”¹⁵⁸, por tanto una negativa es definitiva independientemente de la vestimenta, ocupación o estado físico de la mujer; si una mujer dice “no” debería significar, en todos los casos, “no”. Pero desde una visión masculina, una negativa puede ser, en realidad, una oportunidad, una invitación a seguir insistiendo¹⁵⁹, ya que, según el estudio realizado por Muelenhard y Hollabough (1998)¹⁶⁰, algunas mujeres manifiestan que *no* quieren mantener relaciones sexuales cuando en realidad es que *sí*. Y, en este sentido, se proponen criterios acerca de cómo se debe interpretar el silencio de la mujer.

En una segunda etapa, el movimiento “*affirmative consent*” se dirigió hacia un modelo de relaciones sexuales donde interactúen los dos participantes, asumiendo, ambos, las responsabilidades de sus decisiones y actos¹⁶¹. Por ello, se pasó del “*no means no*” al “*yes means yes*”, donde se requiere para que exista consentimiento sexual una manifestación verbal con la palabra *si*, y el silencio es interpretado como *no*¹⁶², empezándose así a reivindicar la (verdadera) autonomía sexual¹⁶³, porque el consentimiento afirmativo y libre es más efectivo¹⁶⁴. A pesar de que este modelo cambia

¹⁵⁶ JOZKOWSKI (2015), p. 19.

¹⁵⁷ ARCHARD (2007), p. 210.

¹⁵⁸ LITTLE (2005), p. 1374.

¹⁵⁹ PEREZ HERNÁNDEZ (2017), p. 122.

¹⁶⁰ MUELENHARD y Hollabough realizaron una encuesta en 1988 en la Texas A&M University en la que el 93.3% de las mujeres UNIVERSITARIAS encuestadas afirmó que algunas veces dijeron *no*, aunque “tenían toda la intención y estaban deseando tener relaciones sexuales completas” (CHARLENE L. MUEHLENHARD & LISA L. HOLLABAUGH, Do Women Sometimes Say No When They Mean Yes?, 54 J Personality & Soc. Psychol. 872 (1988). No obstante, LITTLE señala que, aunque éste y otros estudios muestran como la mayoría muestran como la mayoría de las mujeres cuando dicen *no*, es *no*, algunos han interpretado y citado estos resultados como prueba de que un no confunde a los hombres

¹⁶¹ LITTLE (2005), p. 1348.

¹⁶² JOZKOWSKI (2015), p.21.

¹⁶³ GRUBER (2016), p. 458.

¹⁶⁴ LITTLE (2005), p. 151.

el comportamiento sexual de hombres y mujeres, donde se impone una actitud más racional, ha sido objeto de críticas por parte de algunos autores como, por ejemplo, Little critica este modelo alegando que un consentimiento afirmativo y expreso ataca a la intimidad de la pareja¹⁶⁵.

8.3. Teoría General del consentimiento

El término consentimiento proviene del latín (del verbo *consentire*, procedente del prefijo *cum* y *sentire*) y hace referencia a la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión¹⁶⁶. La Real Academia de la Lengua Española lo define como una “*manifestación de la voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente*”.

En el ámbito del derecho Penal, el consentimiento de la víctima del hecho en su realización puede determinar la exclusión de la responsabilidad penal¹⁶⁷. Consentir es un acto por el cual la persona expresa su voluntad y ejerce su libertad para aceptar algo que se le plantea o propone¹⁶⁸; el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento¹⁶⁹. Hay que atenerse a una clara voluntad de permiso o aceptación, de beneplácito o anuencia¹⁷⁰ por parte de quien consiente. El consentimiento es, pues, una potestad del titular del bien jurídico protegido de considerar lesiva o no una determinada conducta.

En cuanto a los antecedentes del consentimiento del titular del bien jurídico protegido, el mismo se remonta a la época de los romanos, donde el gran jurista romano Ulpiano, transmite en el Libro 47 del Digesto (D. 47. 10. 1. 5) la frase "*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*" (“*no existe injusto para el que ha consentido*”)¹⁷¹, debiéndose entender por injusto cualquier lesión de los derechos de la personalidad, incluidas la libertad y la vida¹⁷². Se trata de un elemento esencial para la existencia del delito. Como señalara Welzel el consentimiento es, por parte del sujeto llamado a verse perjudicado, el titular

¹⁶⁵ LITTLE (2005), p. 162.

¹⁶⁶ MACHADO (2012), p. 31.

¹⁶⁷ MIR-PUIG (2008), p. 509.

¹⁶⁸ CARRASCO GÓMEZ y MAZA MARTÍN (2010), p. 1936.

¹⁶⁹ MIR-PUIG (2008), p. 509.

¹⁷⁰ RÍOS (2006), p. 5.

¹⁷¹ ULPIANO, Digesto, Libro XLVIII, tit. X, 1. Ulpianus 5.

¹⁷² RÍOS (2006), p. 5.

del bien jurídico, “un acuerdo con el hecho, que no se satisface con un mero dejar hacer, y que conlleva la renuncia a la protección que brinda el derecho”¹⁷³.

El *objeto* del consentimiento, al ser éste una aceptación de un acto punible y una renuncia a la protección que confiere el derecho, es el resultado, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, lo que no obsta a que el interesado pueda delimitar fácticamente su consentimiento restringiendo así al destinatario a la realización de determinados comportamientos¹⁷⁴. Sin embargo, la cuestión radica en discernir si ese objeto también puede venir delimitado (ampliado o restringido) por el contexto cultural o social y los actos propios del titular del bien jurídico¹⁷⁵.

La teoría del consentimiento en materia penal busca dar solución a las grades controversias que se han suscitado, sobre todo, las relacionadas con su misma eficacia (es decir, sobre qué bienes jurídicos tiene relevancia jurídica) y las que se refieren a los supuestos necesarios de dicho consentimiento para que sea válido¹⁷⁶.

8.3.1. El consentimiento en la teoría del delito

La ubicación del consentimiento en la teoría del delito no es una cuestión pacífica en la doctrina, entendiéndose su ausencia, dependiendo del tipo de delito, como causa de atipicidad o como causa de justificación¹⁷⁷. En función de la posición que se adopte se da lugar a consecuencias no solo sistemáticos, sino también prácticas¹⁷⁸.

¹⁷³ WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General (traducido por Dr. Carlos FONTÁN BALESTRA). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 99.

¹⁷⁴ Véase, RÍOS (2006), p. 6, citando a MAURACH, Reinhart. Derecho Penal: Parte General (actualizada por ZIPF, Heinz). 7ª edición alemana (traducida por Jorge BOFILL GENZSCH y Enrique AIMONE GIBSON). Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, vol. 1, pp. 295-296.

¹⁷⁵ *Mutatis mutandis*, el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece un criterio interesante: “La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”.

¹⁷⁶ MACHADO (2012), p. 32.

¹⁷⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2004), p. 308.

¹⁷⁸ MIR PUIG (2016), p. 503.

La doctrina alemana¹⁷⁹, distingue entre acuerdo (*Einverständnis*) y consentimiento (*Einwilligung*). El acuerdo excluye la tipicidad de la acción típica¹⁸⁰, ya que elimina la lesión del bien jurídico protegido por el tipo.

En cambio, el consentimiento en sentido estricto, sólo tendrá efecto de justificación¹⁸¹ pero no excluye la realización del tipo; excluye la antijuridicidad, ya que el consentimiento consiste en una renuncia del bien jurídico que tendría fuerza justificante¹⁸². La lesión al bien jurídico no desaparece así haya mediado el consentimiento del titular del derecho¹⁸³.

En lo que refiere a la ubicación sistemática del consentimiento en la dogmática penal, a partir de la distinción de estos conceptos (acuerdo y consentimiento), se pueden distinguir las siguientes líneas doctrinales: la teoría unitaria, donde se entiende que, en todos los casos, el consentimiento como acuerdo y, por tanto, como una causa de atipicidad; la teoría diferenciadora, donde el consentimiento puede conformar una causa de atipicidad o de justificación; y por último, y más reciente, la teoría tripartita formulada por Luzón-Peña.

8.3.1.1. Teoría unitaria

En la teoría unitaria no se distingue entre el consentimiento como causa de atipicidad (acuerdo, asentimiento o conformidad) y el consentimiento como causa de justificación (consentimiento en sentido estricto), sino que considera que, en el caso de bienes jurídicos individuales disponibles, siempre debe excluirse la tipicidad de la conducta¹⁸⁴. En un primer momento la doctrina tradicional de la teoría unitaria consideraba el consentimiento eficaz del afectado siempre como causa de justificación¹⁸⁵; había una conducta típica, ya que produce una lesión en el bien jurídico, pero la justificación de esta lesión se basaba

¹⁷⁹ GEERDS (1954), p. 262; ROXIN (1997), p. 512; JESCHECK (2002), p. 400. JAKOBS distingue incluso entre acuerdo excluyente del tipo, consentimiento excluyente del tipo y consentimiento Jakobs consideran que existen: acuerdo excluyente del tipo, consentimiento excluyente del tipo y consentimiento justificante. Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 1995, pp. 522 y ss. En España, la doctrina no maneja esta distinción, sino que solamente se utiliza el término consentimiento, pero si que se distingue entre los casos en que la ley condiciona expresamente la tipicidad a la ausencia de conformidad de la víctima y aquellos supuestos en que la ausencia de dicha conformidad se deduce implícitamente del objeto de protección de la ley. Al respecto, MIR-PUIG (1997), p.511 nota; RODRÍGUEZ-DEVESA p. 487; ANTÓN-ONECA, p. 257 y ss.

¹⁸⁰ ROXÍN (1997), p. 512; MIR-PUIG (2008), p. 510; MACHADO (2012), p. 32

¹⁸¹ *Ídem.*

¹⁸² MACHADO (2012), p. 32

¹⁸³ *Íbid.*, p. 33

¹⁸⁴ CHANG KCOMNT (2017), p. 270.

¹⁸⁵ LUZÓN-PEÑA (2012), p. 7.

en una ausencia de interés, o la existencia de un interés preponderante. Posteriormente, dentro de la teoría unitaria surge una contraposición, que ha ido ganando importancia, donde sostiene que el consentimiento es siempre causa de atipicidad o exclusión de la tipicidad¹⁸⁶. En esta línea, uno de los máximos exponentes de esta corriente es Roxín que manifiesta que con un consentimiento eficaz no tiene lugar el desvalor del resultado y con él el desvalor de acción y el tipo delictivo¹⁸⁷, afirma que en todos los supuestos que se refieren a ataques a bienes jurídicos individuales la concurrencia de la voluntad del titular del bien jurídico siempre excluye la tipicidad por ausencia de lesividad del hecho¹⁸⁸. En consecuencia, no puede existir ninguna lesión del bien jurídico (siempre que dicho bien sea disponible) cuando el titular de ese bien consiente, pues es facultad del titular disponer del bien, y esa acción perjudicial consentida es una manifestación de la facultad de disponer del bien y no un menoscabo del mismo, es decir, la propia acción perjudicial es parte de la facultad de disposición, el titular tiene derecho a disponer sobre su bien y menoscabarlo¹⁸⁹.

8.3.1.2. Teoría dualista o diferenciadora

La tesis dualista del consentimiento, creada por Geerds¹⁹⁰ en 1954, distingue una doble función del consentimiento: como causa de atipicidad (en donde le denominan “acuerdo, asentimiento o conformidad”) y como causa de justificación (en donde le denominan “consentimiento en sentido estricto”). Ello puede suceder en dos grupos de casos que distingue la doctrina alemana: por una parte, ciertos delitos se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio, y en un segundo grupo de casos se contemplan los supuestos en que el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento¹⁹¹.

Para quienes siguen esta postura, esta doble naturaleza del consentimiento, como causa de exclusión de la tipicidad o de exclusión de la antijuridicidad, todo dependerá del caso concreto y del bien jurídico disponible del que se trate; en el consentimiento como causa de atipicidad el bien jurídico es la libertad de disposición que ostenta la persona, es decir,

¹⁸⁶ LUZÓN-PEÑA (2012), p. 8.

¹⁸⁷ ROXÍN (1997), p. 519.

¹⁸⁸ DOMÍNGUEZ CORREA (2014). p. 112

¹⁸⁹ ROXIN (1997), p. 517 y ss.

¹⁹⁰ GEERDS (1954), p. 262

¹⁹¹ DOMÍNGUEZ-CORREA (2011), p. 117.

en los que el fundamento de la ilicitud del hecho se basa en que éste se dirige directamente contra la voluntad del lesionado (la ausencia del acuerdo es un elemento típico)¹⁹². Aquí la doctrina incluye aquellos delitos que se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio¹⁹³, como son los delitos de coacción; cuando una mujer consiente el acto sexual la conducta del hombre ya no se considera una violación, ya que el consentimiento del sujeto pasivo hace desaparecer la propia acción definida por la ley. Por tanto, a partir de la falta de oposición del sujeto pasivo, desaparece toda lesividad de la conducta al no existir lesión del bien jurídico protegido¹⁹⁴.

Para Luzón-Peña, el acuerdo o asentimiento opera en aquellos tipos que, expresamente o de manera implícita según su sentido, describen una actuación contra la voluntad del afectado, por lo que acuerdo o conformidad de éste excluye ya la tipicidad porque no hay lesión del bien jurídico o, en todo caso, la acción es un proceso socialmente normal¹⁹⁵. No sólo resultaría excluida la antijurídica (justificación), sino que ni si quiera llegaría a concurrir los elementos que fundamentan positivamente su tipicidad¹⁹⁶.

Mientras que, en el caso de consentimiento como exclusión de la antijuridicidad, siendo el consentimiento en sentido estricto una causa de justificación que excluye el injusto, no evita que se configure el tipo penal (que se afecte el bien jurídico protegido). La dogmática alemana establece como ejemplos fundamentales los delitos de daños y lesiones¹⁹⁷, ya que, si se consiente la realización de un daño o una lesión, el menoscabo del bien jurídico a pesar de consentimiento de su titular se producirá, pero el delito se excluye por tratarse de bienes jurídicos disponibles¹⁹⁸. El actuar con la conformidad del afectado si bien no constituye un proceso normal de la vida social, sino que conduce a un daño que puede ser extremadamente doloroso que, sin embargo, el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportar por las razones que sea¹⁹⁹.

¹⁹² CHANG KCOMNT (2017), p. 256.

¹⁹³ MIR-PUIG (2008), p. 510.

¹⁹⁴ CHANG KCOMNT (2017), p. 254.

¹⁹⁵ LUZÓN-PENÑA (2012), p. 9.

¹⁹⁶ MIR-PUIG (2008), p. 511.

¹⁹⁷ ROXÍN (1997), p. 512.

¹⁹⁸ La disponibilidad se aprecia en los bienes jurídicos individuales y se excluye o son indisponibles los bienes supraindividuales, cuyo titular puede ser tanto el Estado como la sociedad.

¹⁹⁹ DOMÍNGUEZ-CORREA (2011), p. 117.

Pero, para autores como Roxín no es posible delimitar claramente entre casos de acuerdo y de consentimiento en sentido estricto, por lo que es inviable lo planteado por la teoría dualista²⁰⁰.

8.3.1.3. Teoría Tripartita de Luzón-Peña

Para Luzón Peña²⁰¹ las teorías explicadas hasta ahora resultan insatisfactorias, y para ello formula la denominada teoría, o tesis, tripartita que defiende una triple naturaleza en la exigencia del consentimiento porque en el consentimiento como causa de atipicidad se plantea un doble significado, añadiendo una división más que las anteriores teorías dualistas²⁰². Parte de la contraposición entre consentimiento jurídicamente válido y consentimiento meramente fáctico (consentimiento en sentido estricto y acuerdo, respectivamente), sin embargo, el consentimiento jurídicamente válido puede ser a su vez de dos clases: excluyente de entrada de la tipicidad o simplemente justificante²⁰³.

Cuando el consentimiento excluye el tipo, la conducta pasa a ser atípica desde el inicio, a pesar que la conducta, formalmente, encaja en el tipo penal. Esta exclusión del tipo puede deberse a que no se produzca una lesión del bien jurídico (como sería en el supuesto de las relaciones sexuales consentidas), hay un menoscabo, pero éste es atípico debido a que es consentido²⁰⁴.

En cambio, cuando el consentimiento es considerado como una causa de justificación, para Luzón-Peña en estos casos el consentimiento es válido y permite la conducta, que sí que lesiona o menoscabo el bien jurídico (la conducta será típica), pero el hecho no es delictivo, porque el consentimiento del sujeto pasivo actuará como una causa de justificación, ya que en este caso se trata de bienes jurídicos individuales y disponibles y, por tanto, resulta prioritario o preferente el reconocimiento de la facultad dispositiva por su titular frente a la protección jurídica del bien jurídico²⁰⁵.

Por último, en lo que refiere al consentimiento fáctico, no se excluye la antijuridicidad (el consentimiento no es jurídicamente válido), pero sí se excluye la relevancia penal de la

²⁰⁰ ROXIN (1997), p. 522.

²⁰¹ LUZÓN PEÑA, en: H-Suárez Montes 2013, 384-397; RDP 38 (2013), 3 ss.; Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª, 2016, 356 ss.

²⁰² DEVESA-PÉREZ (2018), p. 31.

²⁰³ LUZÓN-PEÑA (2012), p. 13.

²⁰⁴ LUZÓN PEÑA, en: Suárez Montes (2013), p. 388 y 389. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., (2016), p. 359 y 360.

²⁰⁵ DEVESA-PÉREZ (2018), p. 33.

conducta. Aquí, el consentimiento tiene un efecto muy limitado, pues solo excluye la responsabilidad penal y criminal, quedando intacta la responsabilidad extrapenal, en particular, la responsabilidad civil²⁰⁶.

8.4.Efectos del consentimiento.

Los efectos que opera el consentimiento con respecto al hecho típico, en todo caso, derivan de la tradición liberal del sistema jurídico, en la que se concedía a la autonomía de la voluntad un papel decisivo para califica como daño un determinado resultado *prima facie* lesivo²⁰⁷.

La ubicación del consentimiento en la teoría del delito, ya sea como causa de atipicidad o como causa de justificación, tiene grandes consecuencias no solo sistemáticas, sino también prácticas²⁰⁸.

Mir-Puig manifiesta que, en nuestro Derecho, se admite la eficacia del consentimiento cuando el *tipo* exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima, como sucede en los casos de acuerdo. Pero más difícil es admitir que la conformidad del afectado pueda operar en España como *causa de justificación* (el consentimiento en sentido estricto)²⁰⁹.

8.4.1. Consentimiento como causa de atipicidad

Cuando el consentimiento es eficaz resulta excluida la tipicidad de la conducta: no sólo resultaría excluida la antijuridicidad (justificación), sino que ni siquiera llegarían a concurrir los elementos que establecen positivamente su tipicidad²¹⁰, se fundamentan unas veces en la ausencia de lesión del jurídico por estarse ejercitando facultades del correspondiente derecho, otras veces es la adecuación social (y jurídica) de la lesión consentida del bien jurídico lo que fundamenta la permisión obvia y por ello la atipicidad de una conducta²¹¹.

²⁰⁶ DEVESA-PÉREZ (2018), p. 33.

²⁰⁷ De esa procedencia liberal se ubican autores como John STUART MILL (*On Liberty*, 1859), H.L.A. Hart (*Law, Liberty and Morality*, 1963), Joseph Raz (*The Morality of Freedom*, 1986) Joel Feinberg (*Harm to Others*, 1985). Al respeto, véase también ROXIN (1997), p. 517, donde señala: “Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo (...), no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión”.

²⁰⁸ MACHADO (2012), p. 33.

²⁰⁹ MIR-PUIG (2008), p. 513.

²¹⁰ *Íbid*, p. 511.

²¹¹ LUZÓN-PEÑA (2012), p. 11.

Para Roxín, el argumento decisivo para la aceptación de que todo consentimiento eficaz excluye el tipo “*radica en la teoría liberal del bien jurídico referido al individuo. Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión*”²¹². En la misma línea Bacigalupo, para él, dicho consentimiento es eficaz en aquellos bienes disponibles, es decir, respecto de los cuales el ordenamiento jurídico le otorga poder de decisión al titular del mismo sobre su mantenimiento, desde este ángulo el consentimiento si tiene relevancia y, por ende, excluirá en todos los casos el tipo penal²¹³.

No se puede aceptar la mayoría de los casos de acuerdo o consentimiento como excluyentes ya de la tipicidad (estricta) por no afectación del bien jurídico, pues pese al consentimiento subsiste un menoscabo del bien jurídico²¹⁴.

8.5. Requisitos para un consentimiento válido

En la actualidad se exige que el consentimiento debe ser manifestado externamente de un modo inequívocamente reconocible, sin que sean aplicables las reglas del Derecho civil relativas a la declaración de voluntad. Y, más importante aún, en Derecho Penal el consentimiento es revocable libremente en cualquier momento y no se requiere una impugnación del mismo en el sentido jurídico-civil²¹⁵. Obviamente, la revocación no posee efectos retroactivos, pero sí inmediatos respecto a lo que venga a continuación. En este sentido en Derecho Civil el consentimiento rige por un criterio formalista basado en la declaración de voluntad, mientras que en Derecho Penal se impone un criterio fáctico, basado en la secuencia temporal de los sucesivos hechos.

Respecto a los requisitos *generales* del consentimiento para considerarlo válido la doctrina penal coincide en indicar los siguientes²¹⁶:

²¹² ROXIN (1997), p. 517.

²¹³ BACIGALUPO, E. (1987), pp. 238-239.

²¹⁴ LUZÓN-PEÑA (1996), p. 560.

²¹⁵ JESCHECK/WEIGEND (2002), pp. 409-411.

²¹⁶ Para una revisión de las distintas posturas doctrinales en Chile, donde existen grandes coincidencias en la totalidad de requisitos que debe reunir el consentimiento para ser eficaz (aunque no necesariamente en cuanto al contenido de aquellos), véase RÍOS (2006), pp. 6 y ss.

- (1) *Titularidad del bien jurídico*, es decir, el consentimiento debe ser prestado por el titular del bien en cuestión, llamado a ser afectado por la conducta punible²¹⁷.
- (2) *Capacidad para consentir*. Se requiere que el titular del bien jurídico tenga capacidad para prestarlo. Jeschek dispone que el titular del bien jurídico debe, sobre todo, poseer una capacidad de razonamiento y juicio natural²¹⁸. En la misma línea, Mir Puig se refiere a una *capacidad natural* de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento²¹⁹. Como veremos, los delitos sexuales es un terreno abonado para que se puedan dar situaciones en las que se anula o restringe la capacidad de consentir del titular del bien (en caso de menores de edad o discapacitados, por ejemplo). Green distingue cuatro niveles de capacidad: (1) capacidad para comprender los hechos que se ven implicados por la decisión; (2) capacidad para apreciar la naturaleza y significado (sexual) de tales hechos; (3) capacidad para razonar, es decir, evaluar riesgos y beneficios, así como sus posibles consecuencias; y (4) capacidad para expresar o comunicar la decisión tomada²²⁰.
- (3) *Libertad y conciencia*. El consentimiento debe prestarse libremente, sin coacción o engaño y correspondiendo a la verdadera voluntad del acto. En todo caso, no es aplicable la teoría jurídico-civil de los vicios de la voluntad²²¹.
- (4) *Exteriorización*. Se discute si es preciso o no que el consentimiento se manifieste externamente. Anteriormente se contraponían la *teoría de la declaración de voluntad*, que exigía la manifestación externa como en un negocio jurídico, y la *teoría de la dirección de voluntad*, que se contentaba con la conformidad interna del afectado. En la actualidad se ha impuesto una dirección intermedia, que exige (sólo) que el consentimiento sea reconocible externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el Derecho civil²²². Desde la perspectiva de

²¹⁷ LUZÓN-PEÑA (2012), p. 20.

²¹⁸ JESCHECK (2002), p. 410.

²¹⁹ MIR PUIG (2016), p. 531.

²²⁰ GREEN, Chapter 8, II.

²²¹ “La coacción excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero el error y el engaño sólo lo hacen cuando afectan a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida. No hace ineficaz el consentimiento el error en los motivos, el error sobre la identidad de la persona a la que se consiente intervenir, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración. Existe error en los motivos cuando afecta sólo a la razón o motivo por el cual se consiente” (MIR PUIG (2016), p. 532).

²²² MIR PUIG (2016), pp. 531 y ss.; LUZÓN-PEÑA (2012), p. 41; JESCHECK (2002), pp. 409 y ss. Al respecto, ROXÍN (2008) considera que la teoría intermedia está más próxima a la teoría de la dirección de

género apuntada, el consentimiento requiere una manifestación expresa (“Yes means Yes”), sin otorgar en principio validez al consentimiento presunto. Y debe haber sido otorgado con anterioridad o concomitante al hecho. Si se consiente con posterioridad, se convierte en otorgamiento del perdón²²³.

Así, mientras en el Derecho Civil se apoya en un consentimiento formal y estático, en el Derecho Penal sexual, se opera con un *consentimiento fáctico y dinámico o por fases*, en el que todo parece revocable, requiriéndose que sea además *expreso e inequívoco*.

8.6. Consentimiento en la legislación penal

En el Código Penal español no se contempla el consentimiento como un supuesto de exclusión de responsabilidad penal, lo que no impide que el mismo pueda ser considerado por la doctrina como una causa de exclusión del tipo o como una causa de justificación. En efecto, el artículo 20 CP no incluye en ninguno de sus apartados esa circunstancia. Sin embargo, la propia teoría del bien jurídico y el carácter disponible que tiene alguno de ellos permite incluirla si dificultad al lado de las restantes causas de justificación²²⁴.

Todo ello no es óbice para que se regulen expresamente los requisitos del consentimiento en ámbitos determinados. Así, en el Código Penal español, dentro del capítulo que se refiere al delito de lesiones se contemplan expresamente dichos requisitos. En efecto, el art. 155 establece (una circunstancia atenuante que se traduce en una rebaja considerable del marco penológico al disponer) que *“en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”*.

En el ámbito de los delitos sexuales, el consentimiento se configura como un elemento negativo del tipo, siendo una condición necesaria, esencial, para que la conducta sexual sea permisible y, por tanto, se considera antijurídico involucrar a una persona que no consiente en un acto de naturaleza sexual, y en concreto si hay penetración. El contacto sexual sin consentimiento se considera incorrecto tanto desde el plano moral, como en

la voluntad que a la del negocio jurídico, el consentimiento no necesita ser expreso, sino que basta un consentimiento mediante una acción concluyente.

²²³ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 749.

²²⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2004), p. 38.

sentido legal, significando las relaciones sexuales con una persona inconsciente un comportamiento deshonesto²²⁵. La eventual falta de consentimiento o de consentimiento ineficaz (por ser éste inválido) al no verificarse dicho elemento negativo del tipo no puede apreciarse una *causa de atipicidad expresa*²²⁶.

Pero el Código Penal, no obstante, guarda silencio en relación a las condiciones circundantes del consentimiento en los delitos sexuales. Por su parte, en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (denominado Convenio de Estambul), donde en su artículo 36, bajo el epígrafe “*violencia sexual*” se establece una definición de consentimiento disponiendo que “*el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes*”. Esta referencia del consentimiento deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad. Ésta debería manifestarse, por tanto, de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho²²⁷.

Es la jurisprudencia la que aborda las condiciones de cómo debe manifestarse este consentimiento. En el análisis de la interacción sexual como sucesión de actos continuados en el tiempo, se establece expresamente que la mujer tiene que prestar su consentimiento en cada uno de los actos sexuales en que se pueda dividir su intervención, Así lo prevé, a modo de ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la sentencia 4/2018, de 13 de julio:

“No basta con que el sujeto pasivo de tales actos de naturaleza sexual hubiere manifestado, con anterioridad, un deseo o manifestación vaga de que únicamente una persona pudiere <<tocarle>> con exclusión de los demás, sino que el consentimiento ha de ser continuado y aparecer y/o seguir apareciendo en el momento inmediatamente anterior a la realización de dichos actos pues, si los mismos tuvieron lugar tras consumir la víctima abundantes bebida alcohólicas, no autorizaba la situación a los acusados a disponer de ella a su antojo, una vez que se encontraba esta con su conciencia afectada,

²²⁵ HÖRNLE (2018), p. 2

²²⁶ En el artículo 181 se prevé de manera expresa como elemento negativo del tipo al disponer “*sin que medie consentimiento*”; en los tipos de agresión sexual y violación se sobrentiende. Al respecto, véase la STS núm. 275/2006, de 6 de marzo.

²²⁷ VALLEJO TORRES (2018), p. 4.

ya que debe el sujeto pasivo tener la posibilidad de negar, abstenerse o desistir de la realización del acto carnal que tuvo lugar”.

En la misma línea, el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 318/2016, de 28 de enero, en un caso de víctima privada de sentido que antes había mantenido una relación sexual con el acusado establece: *“no es aceptable plantear, como hace el recurrente, que el consentimiento dado por la víctima en las primeras relaciones sexuales mantenidas, pueda conservar su eficacia en un momento posterior en el que la mujer ya no puede decidir ni consentir”.*

Ese concreto deber de recabar el consentimiento en cada momento, se proyectaría sobre las distintas secuencias temporales en que se fragmenta la interacción sexual y guardaría relación la posible incapacidad para consentir en cada fase por parte del sujeto pasivo. Por tanto, el consentimiento debe prestarse en el momento inmediatamente anterior de tener las relaciones sexuales, de esta manera se entenderá su concurrencia.

Por otro lado, la jurisprudencia descarta que exista consentimiento *“cuando la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado un verdadero y auténtico consentimiento valorable como tal, porque su patología excluya la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de autodeterminación sexual”*²²⁸.

8.7. Actio libera in causa, error de tipo y consentimiento presunto

Tras el análisis jurídico relativo al consentimiento sexual, ante una víctima que no puede consentir por el estado psico-físico que presenta se pueden abrir tres escenarios de respuesta: (i) considerar que la víctima consintió en un momento anterior (consentimiento antecedente); (ii) entender que se produjo un error de tipo debido a una apariencia que podía inducirlo (consentimiento aparente); o (iii) justificar la concurrencia de algo equivalente a lo que la doctrina denomina consentimiento presunto (riesgo permitido).

²²⁸ STS núm. 1308/2005, de 30 de octubre. Sin perjuicio de que la víctima presente algún tipo de trastorno mental, lo decisivo es la capacidad para entender la naturaleza del acto cuya realización se consiente. Véase, al respecto, RAGUÉS i VALLÉS (2019), pp. 137-138 y STS núm. 542/2007, de 11 de junio, donde se niega la existencia de abusos cuando el sujeto pasivo tiene un conocimiento básico, aunque rudimentario, de la sexualidad. En esta misma resolución, se acepta la posible concurrencia de un error de tipo vencible si el retraso mental de la víctima no es especialmente evidente para el autor.

8.7.1. Consentimiento antecedente: Actio libera in causa de la víctima

Esta cuestión se encuentra relacionada con el consentimiento expreso (“solo sí es sí”). Para Roxín, el consentimiento debe ser prestado antes del hecho²²⁹. Anteriormente, se han enumerado cuáles son los requisitos para que el consentimiento sea válido y la conducta sea atípica.

En este apartado se plantea el escenario en que la víctima se coloca voluntariamente en un estado de privación de sentido (por ejemplo, en el contexto de una situación lúdica), sabiendo que en tales circunstancias podrían llegar a causarle una victimización sexual (sea agresión sexual, abuso sexual o violación), porque en este caso faltaría la ausencia de voluntad exigida como elemento objetivo del tipo en todas las hipótesis del delito de violación²³⁰. Por este motivo, Cox indica que, salvo en casos extremos, las interacciones entre hombres o mujeres situados (voluntariamente) en contextos que les impiden oponerse al autor, quedando a su merced, son por regla general impunes²³¹. No obstante, es difícil afirmar que la víctima pueda consentir *ipso facto* al ingerir alcohol o sustancias tóxicas a cualquier actividad de carácter sexual salvo en contextos muy determinados y donde no se pueda albergar ninguna duda al respecto.

El objeto y límites del consentimiento de quien va a una fiesta y se incapacita a sí mismo no pueden difuminarse: existe voluntariedad en la asunción de un riesgo, pero no puede sostenerse un consentimiento precedente en materia sexual salvo que sea expreso. Y así, lo ha previsto en la jurisprudencia, a modo de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 813/2019, de 31 de octubre, en el caso denominado “la Manada de Manresa”, donde según el relato fáctico de los hechos, en la medianoche del 29 de octubre de 2016 se unió un grupo de personas para hacer un “botellón” en una fábrica abandonada en la localidad de Manresa. Allí se encontraban los condenados y la víctima. La víctima era una persona con baja tolerancia al alcohol, bebió bebidas alcohólicas y fumó algún *porro* de marihuana, llegando a perder la conciencia de lo que sucedía y de lo que hacía. Los procesados aprovecharon dicha circunstancia para mantener relaciones sexuales con la víctima penetrándola vaginalmente, y alguno de ellos

²²⁹ ROXÍN (1997), p. 535.

²³⁰ RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 154.

²³¹ COX (2019), p. 322.

también lo hizo bucalmente. Estos hechos se han acabado calificando como abuso sexual con víctima privada de sentido, por los siguientes motivos:

“De la prueba practicada, [...] queda acreditado que la víctima, mientras se producían los hechos, y desde momentos antes hasta horas posteriores a los hechos sucedidos, se encontraba en un estado de inconsciencia, sin saber qué hacía y qué no hacía y, consecuentemente, sin poder determinarse y aceptar u oponerse a las relaciones sexuales que mantuvieron con ella la mayor parte de los procesados, los cuales pudieron realizar los actos sexuales sin utilizar ningún tipo de violencia o intimidación para vencer una oposición que no existió u obtener un consentimiento que la mujer no estaba en condiciones de poder dar. Es decir, que se está delante de la hipótesis que prevé el artículo 181.2 CP”.

Por tanto, en ningún momento se considera que la víctima hubiera consentido previamente al acto sexual con el consumo voluntario de alcohol y de sustancias tóxicas.

Algo distinto es que se pueda construir supuestos de error o justificar determinadas costumbres sociales.

8.7.2. Consentimiento aparente - error de tipo

¿Qué sucede cuando el autor de un delito sexual realiza su acción sobre la víctima creyendo que ésta sí consiente y, sin embargo, no es así? En este escenario se podría alegar un posible error de tipo²³² por parte del agresor, ya que no hay una exteriorización concluyente del consentimiento por parte de la víctima y eso lo situaría, no en una zona blancos y negros en materia de consentimiento, sino en una zona gris.

En estos casos de error de tipo, la doctrina recurre al patrón del hombre medio en las circunstancias del autor para determinar el grado de vencibilidad²³³, ya que el autor puede tener motivos para dudar, con independencia de la actitud desinhibida de la víctima. Si objetivamente son poco relevantes, el error debería ser considerado como un comportamiento imprudente. Incluso, por la propia situación psico-física del autor en ocasiones es posible que no tenga a su alcance la opción de cerciorarse del nivel de consciencia o madurez del consentimiento de la víctima antes de pasar a la acción. No

²³² Error sobre los elementos que integran el tipo penal.

²³³ El art. 14.1 CP refiere “*las circunstancias del hecho y las personales del autor*”

obstante, en circunstancias de notable afectación por consumo de sustancias la pasividad del autor en este aspecto seguida por la ejecución de la acción no debería ser valorada como un error de tipo, ya que con su acción puede de relieve que le es indiferente el requisito de consentimiento libre de la víctima, y se entraría en el ámbito del dolo eventual.

En los delitos sexuales, en caso de tratarse de un error vencible el autor quedará impune al no existir un tipo de violación imprudente. No es de extrañar que se argumente que una correcta caracterización jurídica del error de tipo debiera producir, en caso de error vencible, la posibilidad de la rebaja en un grado de la pena, lo mismo que ocurre en el error de prohibición, sin tal distinción de trato penológico, que no tiene una clara justificación dogmática²³⁴.

También, en el contexto social actual, y sobre todo en los espacios de ocio nocturno, la cuestión del posible error es compleja. En términos de imputación objetiva podría considerarse si las condiciones actuales pueden admitir un espacio de riesgo permitido (o adecuación social) que excluiría la tipicidad del hecho o permitiría ciertos márgenes de error tolerables²³⁵, y llevaría a pensar que debería concurrir una causa de justificación basada en un espacio de riesgo permitido: el consentimiento presunto.

8.7.3. Consentimiento presunto

A diferencia del consentimiento, que excluye el tipo, el consentimiento presunto es una causa de justificación²³⁶, y es en la doctrina alemana donde se ha analizado con amplitud la estructura del *consentimiento presunto* como causa de justificación²³⁷. La construcción de la figura del «consentimiento presunto» tuvo su origen en Alemania para solucionar los casos en los que, no siendo posible recabar el consentimiento del titular del bien

²³⁴ Así lo expresa en la STS núm. 542/2007, de 11 de junio

²³⁵ Si A entiende que B ha consentido en acudir a una fiesta en la que todo el mundo sabe que se bebe hasta niveles de vulnerabilidad muy elevados y se fomentan las interacciones sexuales espontáneas, es difícil afirmar que A que inició un riesgo jurídicamente desaprobado al tener relaciones sexuales con B, estando ambos en una clara situación de ausencia de autonomía consentida. Desde el punto de vista de un posible error, se podría decir que B asumiendo un cierto riesgo de equivocación actuó sobre la base de un consentimiento presunto.

²³⁶ ROXIN (2008), p. 765.

²³⁷ ROXIN (1997), p. 563 y ss., donde destaca ya *ab initio* la dificultad de encuadre del riesgo permitido como causa de atipicidad o de justificación. También podría plantearse en algunos casos la aplicación de criterios de adecuación social, entendiéndose que se ha llegado a aceptar que dos personas sin tener la capacidad para consentir necesaria mantengan relaciones sexuales. JESCHECK y WEIGEND (2002), pp. 413 y ss.; JAKOBS (1997), pp.541-545. Véase también MIR PUIG (2016), pp. 533-534, quien se limita a analizar el consentimiento presunto en el ámbito médico, señalando que lo decisivo para la eficacia exigente del consentimiento presunto es la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría.

jurídico en peligro, se entendía que existían buenas razones para tomar una decisión a favor de la salvación del bien, considerando objetivamente *ex ante* todos los intereses en juego²³⁸. Quien actúa contando con el consentimiento presunto de la víctima interpreta que ésta, en caso de haber podido expresar su voluntad, habría consentido. Se trata de una *construcción normativa*, a diferencia del consentimiento efectivo, que es una manifestación de voluntad. Mezger lo entiende como “una interpretación de la... dirección de la voluntad del afectado por la acción”²³⁹. Para Luzón-Peña el consentimiento presunto implica una creencia racionalmente fundada *ex ante* en el consentimiento real del sujeto pasivo: en que realmente lo da, aunque no lo pueda manifestar por estar ausente, inconsciente, etc. o en que lo daría si tuviera conocimiento de las circunstancias²⁴⁰, se trata de una suposición de que el titular del bien jurídico, de conocer las circunstancias específicas, lo hubiese prestado²⁴¹.

En estos supuestos la acción se ejecuta por el autor, en principio sin consentimiento del titular; se trata de los supuestos en los que la no existencia de consentimiento (real) por parte del titular del bien jurídico se debe a que éste se encuentra en una situación en la que no le es posible emitirlo o en la que no es posible recabárselo. De esta forma, la acción es ejecutada por el autor bajo la presunción de que, de haber conocido el titular la situación y haber podido prestar el consentimiento, éste hubiera consentido en su realización²⁴². El consentimiento presunto sólo pretende sustituir la falta de un consentimiento real, y sólo se podrá plantear cuando dicho consentimiento real sea imposible de obtener²⁴³.

Roxín defiende que el consentimiento presunto es una causa de justificación basada en el riesgo permitido, mientras que el consentimiento real es una causa ya de atipicidad, de exclusión de la tipicidad²⁴⁴. Se considera, más que una construcción normativa, una presunción judicial, pero no una manifestación real de la voluntad, no excluye la lesión del bien jurídico y por tanto la tipicidad, sino sólo la antijuridicidad²⁴⁵.

²³⁸ MOLINA FERNÁNDEZ y GUÉREZ TRICARICO (2019), n. 1931.

²³⁹ MEZGER (1949), p. 220.

²⁴⁰ LUZÓN-PEÑA (2008), p.1.

²⁴¹ CHANG- KCOMT (2017), p. 417.

²⁴² DOMÍNGUEZ CORREA (2014), p. 119

²⁴³ ROXIN (2008), p. 769.

²⁴⁴ ROXIN (2006) en LUZON-PEÑA (2008), p. 24.

²⁴⁵ LUZÓN-PEÑA (2008), p. 25.

El consentimiento presunto requiere: que el titular del bien jurídico determinado no pueda manifestar su consentimiento, pero resulta seguro ex ante que lo prestaría si pudiera²⁴⁶; lo decisivo para la eficacia eximente del consentimiento presunto es la probabilidad ex ante de que el titular consentiría ²⁴⁷. Además, no dejará de eximir la responsabilidad penal, aunque luego ex post resulte que contra todo pronóstico el titular no aprueba la intervención²⁴⁸. Concurriendo la suficiente probabilidad ex ante conocida por el autor, los delitos en que puede eximir, así como los requisitos que exige, son *servata distantia*²⁴⁹ los mismos que para el consentimiento efectivamente formulado²⁵⁰.

Aunque la doctrina esté pensando en grupos de casos en contextos muy diferentes²⁵¹, nada impediría que se pudieran dar las condiciones para que esta causa de justificación de origen consuetudinario se llegara a aplicar en otros ámbitos. Pero, en todo caso, solo se plantea cuando sea imposible obtener un consentimiento real (subsidiariedad): el médico que opera a una persona inconsciente no puede ampararse en un consentimiento presunto si es posible (no urgente) aguardar a que el paciente recupere la conciencia.

8.7.3.1. Consentimiento presunto en los delitos sexuales

Respecto al consentimiento presunto en los delitos sexuales, solo sería posible su aplicación en los casos de vulnerabilidad química, y plantearse de manera restrictiva: (i) en casos en que la víctima hubiera expresado con claridad en un momento anterior su consentimiento a mantener relaciones sexuales (casos reconducibles a la *actio libera in causa*); (ii) o cuando del contexto sea inevitable para el autor deducir esa presunción sin que desde el criterio del hombre medio existieran dudas razonables. Así, en el caso de marido y mujer que mantienen relaciones sexuales estando él o ella en estado de plena intoxicación o sonambulismo.

²⁴⁶ DOMÍNGUEZ-CORREA (2012), p. 120.

²⁴⁷ MIR-PUIG (2008), p. 521.

²⁴⁸ MIR PUIG (2016), p. 534.

²⁴⁹ MIR-PUIG (2008), p. 521.

²⁵⁰ DOMÍNGUEZ-CORREA (2012), p. 120.

²⁵¹ Roxin acude como modelo a la institución civil de la gestión de negocios sin mandato (en los que el acusado interpreta la voluntad presunta cometiendo un hecho aparentemente típico). Distingue los casos de *actuación en interés propio e interés ajeno, decisiones existenciales* y otros supuestos. Así, si alguien quiere entrar en vivienda ajena porque se ha roto una cañería para cortar el paso del agua, podría ampararse en un consentimiento presunto del propietario. Lo mismo podría decirse de quien recoge en el jardín del vecino la fruta caída que, si no, se iba a corromper; o de quien utiliza la bicicleta de un amigo ausente para no perder un tren importante para él (ROXIN (1997), pp. 769-771. Jescheck, por su parte, se refiere al caso de la esposa que abre una carta enviada por Hacienda a su marido ausente durante mucho tiempo, para evitar que expire un plazo importante (p. 415).

No cabría pues interpretar la simple y manifiesta desinhibición de la mujer²⁵² como consentimiento presunto, ni tampoco tácito, si bien debería valorarse un posible error de tipo, siempre con carácter restrictivo.

El problema radica en que esas *circunstancias anormales* de vulnerabilidad manifiesta son aceptadas muchas veces por potenciales víctimas. Y esas circunstancias son propicias no solo para el abuso malintencionado, sino también para el error. Como signo de progreso se pretende legítimamente que la mujer pueda disfrutar del ocio nocturno de forma segura. Con esa pretensión, no es que se desee desafiar un importante factor predictivo de victimización²⁵³ y exigir respeto: lo que se quiere garantizar es que las mujeres puedan *divertirse* sin culpabilizarlas por los delitos que puedan sufrir como víctimas. El problema surge en los casos reales de error (nunca en los de sumisión química ni de un manifiesto aprovechamiento). Y, al parecer, queremos vivir en una sociedad donde existan *espacios de riesgo permitido en el alambre*.

Así las cosas, desde una perspectiva de género (otros la denominarían perspectiva *paternalista*), se podría partir de la presunción de no consentimiento salvo indicios conclusivos y modular el *deber de discernimiento*, de forma que se tratara de una suerte de *deber* de examen previo en el que, a causa de la gravedad del bien jurídico afectado y de la desigualdad estructural de la víctima-mujer, los estándares de representación en términos de dolo eventual se configuraran como una *presunción fuerte*, incluso cercana a los supuestos de *strict liability* o, cuando menos, de ceguera voluntaria: al autor se le debe presumir que conoce la ausencia de capacidad para consentir en la víctima o, mejor dicho, que pesa sobre él la obligación de informarse o verificar esta cuestión (si la víctima está en condiciones de consentir) antes de pasar a la acción (o de avanzar en cada fase de la misma). Con ello, se limitaría obviamente ese espacio nocturno de riesgo permitido y se prohibiría a cualquiera mantener relaciones sexuales con personas que no puedan consentir con cierta rotundidad. A las *fiestas duras* se les acabaría el componente sexual, a riesgo de verse en una posición procesal muy compleja.

²⁵² LUNA MALDONADO, MARTÍNEZ, OSUNA y GARCÍA FERRER (1988) consideran que, junto a los efectos farmacológicos del alcohol, la distorsión en la percepción sexual y en la realidad de una situación, existe un significado simbólico en nuestra sociedad de que su consumo, incluso el simple hecho de “aceptar una copa”, se interpreta en muchos casos como un consentimiento tácito para mantener relaciones sexuales. En el mismo sentido, SORIA VERDE y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ (1994) entienden que este tipo de relación, surgida en un ambiente lúdico, crea unas expectativas falsas; y su frustración puede provocar reacciones violentas ante la negativa.

²⁵³ TESTA y LIVINGSTON (2009), véase nota al pie núm. 13.

En este complicado contexto social y jurídico-penal, deberían distinguirse claramente no solo entre los casos de sumisión química (causación intencional) y vulnerabilidad química (aprovechamiento), sino que dentro de estos últimos sería conveniente separar aquellos supuestos menos problemáticos. Los casos no son siempre simples y unidireccionales: *un extraño, ebrio y sin escrúpulos se aprovecha de mujer embriagada e ingenua*²⁵⁴. La forma de interacción social en entornos de ocio nocturno es muy compleja y plantea muchas situaciones confusas en las que sujeto activo y sujeto pasivo presentan ambos un grado de intoxicación considerable y es difícil (especialmente en términos probatorios, pero no solo) saber con certeza si el grado de vulnerabilidad era notorio y si la víctima pudo consentir (en el momento o con anterioridad: *actio libera in causa*). En tales contextos, los actos propios de la víctima y su participación más o menos activa pueden, ante una apariencia de consentimiento, aumentar el espacio de duda razonable, de modo particular si no se obtuvieron evidencias sobre el grado de consumo de sustancias tóxicas y su potencial incapacitante mediante pruebas analíticas que acrediten, de forma objetiva, la intensidad de la intoxicación alcohólica que padecía la víctima en el momento de suceder los hechos.

A partir del análisis de un supuesto (que dio lugar a la SAP de Barcelona núm. 34/2014, de 13 de enero), se pueden identificar algunas cuestiones relevantes en este tipo de situaciones de vulnerabilidad química.

“La noche del 17 al 18 de septiembre de 2011, el procesado José Enrique, mayor de edad y sin antecedentes penales, acudió a una fiesta privada [...], a la que también fueron diversos jóvenes, entre ellos Eugenia, de 15 años de edad. En dicha fiesta los presentes estuvieron hablando y bebiendo, y en un momento dado el procesado José Enrique y la menor Eugenia mantuvieron relaciones sexuales completas encima de un billar ubicado en el celler de la casa; sin que haya quedado fehacientemente acreditado que, en ese concreto momento, la menor Eugenia tuviera gravemente afectada su capacidad de entendimiento, voluntad y consciencia por causa de la ingesta de alcohol, ni que por esta circunstancia hubiera perdido la posibilidad de no prestar su consentimiento a dicha relación”.

²⁵⁴ Véase, al respecto, el interesante “Experimento social: chica borracha en la ciudad”, del Centro Europeo Neurosalus: <https://www.youtube.com/watch?v=eMHac2U8-SQ> (último acceso: 18.02.2020).

El Tribunal sentenciador absolvió al acusado porque no consideró suficientemente acreditada la incapacidad para consentir de la víctima. Para ello, se apoya en (i) la prueba testifical: “por la coincidencia de lo relatado en cuanto a los aspectos concretos en que fue vista la realización del acto sexual por los asistentes a la fiesta, como por la espontaneidad de sus manifestaciones”; (ii) el testimonio de la propia víctima: una menor de 15 años que afirmó, a preguntas de la defensa, que “no se sentía culpable” pero que “se sentía frustrada por no haber controlado sus actos”, y ello a pesar de que afirmó que solo recordaba “que después se encontró en el Hospital y cuando se despertó estaban su padre y su hermano y que le dieron el alta, yéndose a casa y tras ducharse se puso a dormir” y que a la mañana siguiente “se despertó porque María Rosa (una amiga que también estuvo en la fiesta) vino a contarle lo sucedido”; (iii) la prueba documental y pericial, diversa y contradictoria, porque sorprendió al Tribunal que se le diera de alta con tanta prontitud y no se objetivó mediante prueba analítica el consumo realizado, a pesar de que en el informe de urgencias se diagnosticó una intoxicación etílica aguda y en la exploración neurológica, se observó obnubilación con tendencia a la somnolencia pero reactiva a los estímulos dolorosos/verbales. Y a pesar de otros indicios, como que uno de los forenses sostuviera que “ello es compatible con una presunta agresión sexual en la que la paciente se hallaba, probablemente, bajo los efectos del alcohol y con sus capacidades disminuidas” y de constatar que “en la exploración ginecológica se le observó a Eugenia, en el fondo vaginal, un cuerpo extraño que resultó ser un tampón que estaba comprimido, refiriendo la paciente que recordaba que lo llevaba, pero que una vez recobrada la conciencia, pensaba que lo había perdido o que se lo habían quitado”.

Todo ello conduce al Tribunal a afirmar que *“más allá de la abundante literatura científica que existe sobre las consecuencias que produce de la ingesta de alcohol en la consciencia de las personas, la forma, los estadios y tiempos en que el autocontrol se llega a perder, de todos es sabido la curva, ascendente primero, descendente después, en que se produce dicha afectación por la influencia del alcohol. Y sobre ello también se ha practicado una pericial a la que más adelante haremos referencia. Por eso, en modo alguno se pone en duda lo que refleja parte de la documental y se concluye en alguna pericial, pero ello es compatible con el hecho de que, con anterioridad a que se produjera esa afectación que reflejan dichos informes, en el concreto momento de producirse la relación sexual entre José Enrique y Eugenia, no consta fehacientemente esa falta de consciencia, es decir que Eugenia estuviera privada de sentido y no pudiera prestar su*

consentimiento al mantenimiento de dicha relación". En definitiva, se absuelve porque el órgano sentenciador *"alberga muy serias dudas sobre la realidad de los hechos objeto de imputación por lo que procede tener en cuenta el principio in dubio pro reo"*.

En la misma línea, la Sentencia 253/2013, 10 de junio de la Audiencia Provincial de Cantabria, absuelve al acusado alegando que la víctima mantuvo con él relaciones sexuales consentidas, a pesar de no manifestarlo expresamente, a través de los hechos anteriores al acto sexual, que dan lugar a un consentimiento presunto:

"Pese a lo anterior no alcanzamos la convicción de que este fuera el estado en que se encontraba Frida, persona que entabló relación con el procesado de forma libre y voluntaria en el interior del Pub Harlem de Solares, que igualmente se quedó con él libremente rechazando el requerimiento de sus amigos y amigas para abandonar el local, y que había realizado actos definidos por sus amigos como de "coqueteo" con Narciso, afirmado su amiga Clemencia que Frida estaba "calentita".

En efecto para llegar a la anterior conclusión debemos tener en cuenta distintos factores. El primero es el ya citado de que Frida decidió libre y voluntariamente quedarse en el Pub Harlem en compañía del aquí procesado pese a que sus amigas y amigos la requirieron para que lo abandonara a altas horas de la madrugada. Y evidentemente Frida sabía que no podría regresar por sus propios medios a la localidad de Entrambasaguas porque la distancia que separa la misma de Solares no permitía cubrir la misma a pie. De que Frida se quedó voluntariamente no hay duda porque así lo afirman Virginia -quien también dice que su amiga estaba "bien" físicamente- y Clemencia, que refirió en juicio como Frida le dijo "me quedo con Sordo". También Bernabé declaró que su amiga Frida "hacía lo posible por quedarse" en el local, que estaba "alegre y que permaneció más con el grupo de Sordo y sus amigos que con ellos". Indicó igualmente que tuvo la sensación de que entre Frida y el aquí procesado se produjo un "coqueteo".

De acuerdo con la jurisprudencia, la víctima, de conformidad con sus actos, da su consentimiento (presunto) de realizar actos sexuales *"debemos en definitiva reiterar nuestra convicción de que Frida fue libre para decidir quedarse en el Pub Harlem en compañía del aquí procesado, también de que conocía -porque ella misma lo declara-*

que Narciso frecuentaba el Harlem y siempre se situaba en el mismo lugar dentro del mismo, e incluso de que realizó actos propios del “coqueteo” en el sentido a dicho término atribuye en su acepción tercera del diccionario de la Real Academia Española, es decir “en el juego amoroso, dar señales sin comprometerse”. Y el destinatario de tales actos era -según los propios amigos de Frida- Narciso (el acusado)”.

II. HIPOTESIS – PROPUESTAS DE TRABAJO

1. Hipótesis generales

La hipótesis general de esta investigación consiste en que la sumisión química fundamenta en la administración de sustancias psicoactivas a una persona, sin su consentimiento ni conocimiento, para fines delictivos, y es en los delitos sexuales donde hay un gran aumento de esta forma de atacar a la víctima mediante la administración subrepticia de sustancias. Se trata de un fenómeno relativamente nuevo, poco estudiado, y por ello se requiere un abordaje tanto en el ámbito jurídico, criminológico y de prevención.

Dentro del término sumisión química, se incluyen también los supuestos de delitos sexuales con víctima privada de sentido, es decir, cuando es la víctima quien de forma consciente consume determinadas sustancias y se pone en situación de incapacidad para manifestar su consentimiento u oposición en las relaciones sexuales.

2. Hipótesis específicas

2.1. Hipótesis relativas al estudio criminológico relativo a los delitos sexuales mediante sumisión química

Las hipótesis específicas relativas al primer artículo donde se efectúa el estudio criminológico son las siguientes:

- a. La vulnerabilidad química se presenta en la mayoría de casos con respecto a las situaciones de sumisión química propiamente dicha, y ello es debido a la alta concurrencia de alcohol, que es consumido por la propia víctima.
- b. Los hechos se producen durante fin de semana y en horas nocturnas, normalmente en situaciones de ocio.
- c. La víctima es una mujer, joven, de nacionalidad española y el agresor es un varón. Y que existe una relación previa entre víctima y agresor; bien es un amigo, expareja, vecino o conocido reciente, y sólo en un número reducido de casos el agresor es un completo desconocido.

2.2. Hipótesis relativas a los mecanismos de prevención de las víctimas de los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química.

Las hipótesis relativas a los mecanismos de protección y prevención, tema central del segundo artículo, son las siguientes:

- a. Existe escasa bibliografía sobre medidas, métodos y estrategias de prevención sobre sumisión química.
- b. El factor de riesgo habilitante de estos delitos es el consumo de alcohol, bien de manera individual, o bien en concurrencia con otras drogas o fármacos.
- c. La mayoría de los artículos revisados las estrategias de prevención van dirigidas a las mujeres, que son la mayoría de víctimas potenciales de estos delitos, y que deben educarse específicamente sobre la relación entre las decisiones arriesgadas inducidas por las drogas, la reducción de la inhibición y la capacidad reducida de resistencia.

2.3. Hipótesis relativas al análisis jurídico del delito.

Las hipótesis específicas derivadas del análisis jurídico de los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química, son las siguientes:

- a. Los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química se encuentran tipificados en el Código Penal Español como abuso sexual.
- b. En el Derecho Comparado existe una regulación diferenciada de estos delitos tipificándolos, en la mayoría de las legislaciones, como agresión sexual o violación, o considerando el hecho de drogar a una persona para atentarla sexualmente como una circunstancia agravante.
- c. En cambio, en los supuestos en que la víctima, voluntariamente consume determinadas sustancias, se sitúa en situación de incapacidad para manifestar su consentimiento sexual (Vulnerabilidad Química), no se encuentra regulada en algunas legislaciones y son los tribunales quienes deben resolver estos escenarios, que en muchos casos consideran impune las conductas sexuales atentatorias a una persona que se encuentra ebria o drogada, por el consumo voluntario de dichas sustancias.
- d. El Código Penal Español, tipifica los supuestos de vulnerabilidad química como delito de abuso sexual con víctima “privada de sentido”. Y es la jurisprudencia la encargada de establecer cuando una persona se encuentra incapacitada para consentir, en estos supuestos.

III. OBJETIVOS

1. Objetivos generales

De lo anteriormente expuesto surgen, por tanto, los siguientes objetivos: en primer lugar, realizar un análisis exhaustivo y multidisciplinar (legal, jurisprudencial, criminológico y preventivo) de los delitos sexuales mediante el uso de sustancias psicoactivas; determinando los factores de riesgo (temporales, situacionales, circunstanciales) idóneos para que concurra esta tipología delictiva, el *modus operandi*, o dinámica delictiva, y estableciendo un perfil criminológico de víctima y de agresor, con la finalidad de establecer planes de prevención o recomendaciones dirigidas a la prevención o autoprotección de la víctima.

Y, en segundo lugar, efectuar un análisis de derecho comparado de esta tipología delictiva, con especial consideración la legislación, doctrina y jurisprudencia de otros Estados, y un estudio dogmático del consentimiento sexual centrado en la taxonomía de ausencia del consentimiento, con el fin de formular y establecer estrategias de prevención ante este fenómeno, como propuestas o recomendaciones de *lege ferenda* en nuestro Código Penal, si fuera conveniente.

2. Objetivos específicos de cada uno de los artículos

2.1. Objetivos específicos relacionados con el artículo 1.

El estudio presenta este artículo se dirige tiene por finalidad realizar un análisis descriptivo, de carácter criminológico, de la concurrencia de distintos factores o categorías en la muestra de sentencias obtenida. Concretamente se examinará distintos elementos que integran el *modus operandi*, así como aquéllos que pueden contribuir a configurar un perfil de agresor y de víctima.

2.2. Objetivos específicos relacionados con el artículo 2.

En este segundo artículo, se establecen recomendaciones para la elaboración y el contenido de protocolos y campañas de prevención para evitar la comisión delitos sexuales mediante sumisión química.

A partir de una revisión bibliográfica sobre medidas y estrategias de prevención, se analizan, por un lado, los factores de riesgo que dan lugar a la comisión de estos delitos, y por otro, los métodos, recomendaciones, medidas y estrategias de

prevención que establece la literatura para evitar la comisión de esta tipología delictiva.

2.3. Objetivos específicos relacionados con el artículo 3.

En este tercer artículo, de carácter jurídico, se pretende analizar críticamente, en primer lugar, la configuración del tipo penal previsto en el artículo 181.2 del Código Penal español desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, atendiendo a la interpretación que viene efectuando la jurisprudencia española en los distintos grupos de casos en que puede concurrir la sumisión química; en segundo lugar, examinar algunos ejemplos especialmente significativos en Derecho Comparado, a fin de estudiar las diferencias existentes a la hora de tratar esta tipología delictiva. En concreto, se analizarán las soluciones jurídicas (ya sea a nivel legislativo o jurisprudencial) en Italia, Francia, Reino Unido y Chile. Y todo ello se realizará, con el objetivo de ahondar en las cuestiones dogmáticas que suscita el consentimiento sexual y, tras plantear una taxonomía de los delitos sexuales cometidos en ausencia de consentimiento, apuntar las oportunas mejoras en la legislación (*de lege ferenda*), o en la aplicación e interpretación de dicho precepto.

2.4. Objetivos específicos relacionados con el artículo 4.

En el cuarto artículo, se presenta un análisis de la interpretación jurisprudencial del consentimiento en los casos de abuso sexual con víctima privada de sentido (vulnerabilidad química). Se pretende determinar, por parte de la jurisprudencia, que ocurre cuando se produce una “auto puesta en peligro” cuando ésta previamente ha accedido a un consumo consentido de las sustancias siendo consciente de los efectos que produce, y determinar si existe consentimiento válido y cuándo se produce.

IV. RESULTADOS

La presente tesis se ha formulado en torno al fenómeno de la sumisión química en los delitos sexuales, mediante un estudio transversal desde el plano jurídico-penal, criminológico, y de la prevención, para así tener una visión global de este delito, puesto que en los últimos años se ha producido, en el ámbito español, un auge en las investigaciones en el ámbito médico-forense, pero existen pocos estudios jurídicos y se desconocen estudios de carácter criminológico.

Como resultado de esta investigación se han publicado cuatro artículos, que componen esta tesis doctoral, y se muestran en las páginas siguientes. Estos artículos han sido publicados en revistas que se encuentran dentro de la clasificación de los índices Carhus+ y Scopus.

1. PANYELLA-CARBÓ, Maria Neus, AGUSTINA, José Ramón, y MARTIN-FUMADÓ, Carles. (2019) Sumisión química versus vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias, Revista Española de Investigación Criminológica, 17, pp. 1-23. Disponible en: <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/247>. Revista indexada en Nivel "B" en Carhus+.
2. PANYELLA-CARBÓ, Maria Neus, MARTIN-FUMADÓ, Carles, GÓMEZ-DURÁN, Esperanza L. (2020). Prevención de los delitos sexuales mediante sumisión química. Revista Española Medicina Legal. In press. Junio 2020. DOI: 10.1016/j.reml.2020.04.001 Revista indexada en Scopus.
3. AGUSTINA, José Ramón y PANYELLA-CARBÓ, Maria Neus. (2020) Redefiniendo los delitos sexuales mediante el uso de sustancias psicoactivas. Aceptado en la Revista Política Criminal, Universidad de Talca, Chile. Revista indexada en Nivel "A" en Carhus+.
4. PANYELLA-CARBÓ, Maria Neus (2020). Análisis jurisprudencial de los casos de abuso sexual en situaciones de vulnerabilidad química. Revista General de Derecho Penal. Iustel, Comentarios de jurisprudencia, núm. 33. Mayo 2020, pp. 1-15. Revista indexada en Nivel "B" en Carhus+.

Se referirá a cada uno de los artículos como Artículo 1, 2, 3 y 4.

La coherencia de cada uno de los artículos que componen la tesis doctoral se encuentran alineados en un trabajo de investigación bien definido y planificado, donde se analizan los delitos sexuales mediante “*sumisión química*” en la vertiente judicial, legal, criminológica, y de la prevención.

En el artículo 1, a partir de la muestra de sentencias obtenida, se ha realizado un análisis descriptivo-prospectivo de la concurrencia de distintos factores o elementos que integran el *modus operandi* como son: el tipo de abuso (sumisión química o vulnerabilidad química), el tipo de sustancia empleada, el elemento temporal (integrado por la época del año, día de la semana o momento del día), el elemento espacial (lugar donde ocurren los hechos), así como aquellos que pueden contribuir a configurar un perfil de agresor y de víctima (edad, sexo, y en el caso de agresor, antecedentes penales). Este análisis criminológico sienta las bases para establecer planes y medidas preventivas, y es en el artículo 2, en que se hace una revisión bibliográfica de la literatura sobre la prevención de los delitos sexuales mediante sumisión química, donde se establece un listado de recomendaciones para la elaboración y el contenido que deben tener los protocolos y las campañas de prevención. En ambos artículos se aprecia una identidad en los factores de riesgo para la comisión de este delito como son las situaciones de ocio nocturno, el alto consumo de alcohol (bien de manera individual o junto con sustancias psicoactivas) y, por ello, las recomendaciones preventivas planteadas se dirigen a atenuar y neutralizar estos factores de riesgo con la finalidad de evitar o prevenir la comisión de estos delitos.

Por otro lado, para completar este estudio transversal, en los artículos 3 y 4 se efectúa un análisis jurídico-dogmático, y jurisprudencial de esta tipología delictiva; por un lado, se analiza su tipificación en el Código Penal español, se compara con la regulación que ofrece el Derecho Comparado, ya que la misma conducta puede ser tipificada como abuso sexual o como violación o agresión sexual. También, en ambos artículos se examina el consentimiento sexual, elemento esencial del tipo, tanto desde una vertiente dogmática (dentro de la teoría del delito y sus efectos), legal (ya que es un elemento esencial en el artículo 181.2 CP), así como analizar cuándo la jurisprudencia considera no concurre el consentimiento de la víctima, siendo la conducta delictiva, y en que supuestos hay consentimiento de la víctima, haciendo que la conducta cometida por el agresor sea impune (sobre todo en los casos de vulnerabilidad química o de víctima privada de sentido).

Con todo ello, se observa como los cuatro artículos dan una visión completa del fenómeno de sumisión química, y se demuestra la coherencia y la complementariedad entre ellos para conformar este análisis exhaustivo de los delitos sexuales mediante sumisión química, desde todos los aspectos que lo integran; criminológico y de la prevención, legal y jurisprudencial.

Artículo 1

PANYELLA-CARBÓ, Maria Neus, AGUSTINA, José Ramón, y MARTIN-FUMADÓ, Carles. (2019) Sumisión química versus vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 17, pp. 1-23. Disponible en: <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/247>. Revista indexada en Nivel "B" en Carhus+.

En el artículo 1 se efectúa un estudio criminológico de los delitos sexuales cometidos mediante la fenomenología de la sumisión química. A partir de la muestra de sentencias obtenida, se ha realizado un análisis descriptivo de la concurrencia de distintos factores o elementos que integran el *modus operandi* como son: el tipo de abuso (sumisión química o vulnerabilidad química), el tipo de sustancia empleada, el elemento temporal (integrado por la época del año, día de la semana o momento del día), el elemento espacial (lugar donde ocurren los hechos), así como aquellos que pueden contribuir a configurar un perfil de agresor y de víctima (edad, sexo, y en el caso de agresor, antecedentes penales).

En este artículo, la doctoranda aparece como primera autora y su contribución ha consistido, en primer lugar, en la búsqueda en las bases de datos jurisprudenciales CENDOJ (Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial) y Aranzadi Instituciones, utilizando determinadas palabras clave, la selección, clasificación y discriminación de las mismas recopilación y análisis de las sentencias (consistiendo en su selección y clasificación), la extracción de los datos obtenidos en las mismas, y su tratamiento mediante el programa Microsoft Excel (Microsoft Office Profesional Plus 2016, versión 1701) y, posteriormente, mediante estadístico con el software SPSS 21.0. Posteriormente, la doctoranda asumió la redacción inicial del artículo, intercambiando puntos de vista sobre la discusión y el marco teórico con los directores de la tesis.

**Sumisión química *versus* vulnerabilidad química: análisis
criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el
uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de
sentencias**

**Proactive *versus* opportunistic Drug-Facilitated Sexual
Assault: criminological analysis of sexual crimes facilitated by
the use of psychoactive substances from a sample of court
decisions**

Maria Neus Panyella-Carbó y José R. Agustina²⁵⁵

Universitat Internacional de Catalunya

Carles Martin-Fumadó

Universitat Internacional de Catalunya

*Cátedra de Responsabilidad Profesional Médica y Medicina Legal,
Departamento de Psiquiatría y Medicina Legal, Universitat Autònoma de
Barcelona*

RESUMEN

El presente artículo analiza la fenomenología delictiva de los delitos de abuso sexual cometidos mediante el uso de sustancias psicoactivas. Se llevó a cabo un análisis descriptivo de una muestra de sentencias, como resultado de procedimientos penales seguidos en España entre 1999 y 2016, examinándose distintas variables disponibles sobre el hecho delictivo, la víctima y el agresor. De la muestra analizada se observa que en la mayoría de casos (76%) el agresor se aprovechó de una situación de “vulnerabilidad química”, siendo la propia víctima la que había consumido voluntariamente sustancias psicoactivas. Solo en el 24% de casos pudo acreditarse una verdadera “sumisión química” a través de la administración encubierta de sustancias por terceros que causó a la víctima una situación incapacitante. A partir del análisis de los factores más comunes encontrados, y de la revisión de estudios previos, se proponen algunas medidas para mejorar la prevención y detección de esta modalidad delictiva.

Palabras clave: abuso sexual, delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas, sumisión química, vulnerabilidad química, victimización sexual.

²⁵⁵ La correspondencia debe dirigirse a Maria Neus Panyella-Carbó (mnpnyella@uic.es). Facultat de Dret, Universitat Internacional de Catalunya, C/ Immaculada, 22 – 08017 Barcelona, España.

ABSTRACT

This article analyses the criminal phenomenology about Drug-Facilitated Sexual Assault (DFSA). Through a descriptive analysis of a sample of court decisions after criminal procedures followed in Spain between 1999 and 2016, we examine different variables available on the crime, the victim and the offender. From the sample analyzed, it was observed that in most cases (76%), the aggressor took advantage of a situation of “chemical vulnerability” (DFSA opportunistic), where the victim herself consumed voluntarily toxic substances. Only in 24% of cases could a true “chemical submission” (DFSA proactive) be proved through the covert administration of substances by the offender or other person, causing the victim a disabling situation. From the analysis of the most common factors, and the review of previous studies, we proposed some measures to improve the prevention and detection of these crimes.

Keywords: sexual abuse, Drug-Facilitated Sexual Assault (DFSA), proactive DFSA, opportunistic DFSA, sexual victimization.

1. Introducción

El concepto Sumisión Química (SQ) puede definirse como la administración de sustancias psicoactivas a una persona, sin su consentimiento, con fines delictivos (Xifró et al. 2015), de forma que se pueda manipular su voluntad o modificar su comportamiento. En estas circunstancias, los efectos de la sustancia administrada pueden evitar que la víctima se encuentre en condiciones de prestar su consentimiento libremente, de acuerdo con la ley, o presentar resistencia a su atacante.

La denominación SQ procede de la expresión francesa *soumission chimique*. Para algunos autores, como Sánchez Pérez y Fombellida Velasco (2013), esta denominación presenta el inconveniente de utilizar el término “*sumisión*”, en tanto que sugiere unas connotaciones sexuales que obligan a replantear su uso general por impropio. En inglés, para referirse al uso fraudulento de sustancias para cometer delitos la literatura especializada utiliza distintas denominaciones: *drug-facilitated crime (DFC)*, o *drug-facilitated assault (DFA)*, que podrían traducirse de forma más fidedigna como “*delito facilitado por sustancias*” (*DFS*).

Se utiliza la SQ para facilitar la comisión de delitos tanto de naturaleza económica (sustracciones o delitos patrimoniales perpetrados mediante la influencia indebida, por ejemplo, en ancianos) como de carácter sexual, modalidad que tiene lugar en mayor proporción. En estos últimos, a pesar de que no es un fenómeno nuevo, desde finales de la década de los noventa del siglo pasado se ha observado en el contexto español un incremento del número de casos (García-Repetto & Soria, 2011).

En el ámbito de los delitos sexuales y, en concreto, en los delitos de abuso sexual, se viene utilizando la denominación más específica “*Drug-Facilitated Sexual Assault*” (DFSA), refiriéndose a las relaciones sexuales no consentidas llevadas a cabo mientras la víctima se encuentra incapacitada o inconsciente, bajo los efectos de sustancias psicoactivas como alcohol, drogas ilícitas o psicofármacos (Shbair, 2010). La característica fundamental que distingue estos delitos de abuso sexual por uso de sustancias psicoactivas del resto de delitos de agresiones o abusos sexuales, es que la víctima sufre una pérdida de poder y control por el efecto producido por las sustancias psicoactivas consumidas, factor que es aprovechado por el agresor.

La literatura científica diferencia dos tipos de DFSA: (a) DFSA premeditado o proactivo, que tiene lugar cuando el asaltante proporciona a la víctima una sustancia incapacitante y desinhibidora con el objetivo de someterla sexualmente (le administra la sustancia sin su conocimiento, sin que pueda consentir); y (b) DFSA oportunista, que ocurre cuando el agresor se aprovecha de la víctima, hallándose ésta en estado de inconsciencia a causa de alguna sustancia que ha consumido voluntariamente. A esta segunda modalidad, también se le denomina vulnerabilidad química (VQ). En relación a esta distinción, también encontramos la denominación y diferenciación entre “*date-rape*” o violación en citas (DSFA oportunista) y “*drug-rape*”, entendiéndose en este caso aquellas situaciones en que el ofensor droga a la víctima con la intención de violarla (DSFA premeditado) (Butler & Welch, 2009, Gálvez, González & Consuegra 2011).

Por otro lado, el *Advisory Council on the Misuse of Drugs (UK)* definió en 2007 la DFSA como todo acto en el que se realice una actividad sexual con una persona que sufre los efectos de drogas de abuso o medicamentos, y ello con independencia de que la administración haya sido forzada o voluntaria, o de que si la víctima hubiera consumido de forma voluntaria sustancias legales controladas. Esta definición incluye los dos tipos de DFSA, destacando que lo relevante es la afectación de la capacidad de consentimiento de la persona, sin diferenciar la voluntariedad o no del consumo o el tipo de sustancia consumida.

De manera análoga, la Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria y Productos Sanitarios (AFSSAPS), establece tres categorías de SQ: (1) SQ probada: aquella en la que ha habido agresión o tentativa documentada, se detecta la presencia de una sustancia psicoactiva mediante método cromatográfico fiable, y la sintomatología y cronografía de los hechos son compatibles con la sustancia identificada; (2) SQ probable: donde se sospecha que hubo agresión, pero no se dispone de suficiente información clínica o

resultados analíticos, o no son éstos definitivos, o son negativos, o los análisis realizados son incompletos; y, (3) VQ, en la que la víctima reconoce el consumo voluntario de medicamentos, sustancias psicoactivas o ambas simultáneamente.

De las sustancias empleadas para dejar a la víctima en estado de inconsciencia o semi-inconsciencia, la más preponderante y utilizada es el alcohol, sobre todo en los supuestos de VQ (DFSA oportunista) pero no es la única. En los casos de SQ propiamente (DFSA premeditado), las sustancias psicoactivas utilizadas reúnen una serie de características que las hacen adecuadas para el fin que persigue el agresor (Cruz Landeira, 2008): (i) son sustancias de acción rápida y de corta duración para, por un lado, facilitar el control sobre la víctima y, por otro lado, para no levantar sospechas; (ii) producen efectos que pueden llevar a confundir al clínico y retrasar el diagnóstico mientras la sustancia se elimina del organismo; (iii) son sustancias fáciles de obtener; (iv) la administración a la víctima debe ser discreta, habitualmente oral y añadidas en bebidas alcohólicas, siendo éstas el mejor vehículo para disimular el color y el sabor, así como potenciar sus efectos; (v) deben ser de difícil detección por la víctima; (vi) han de ser activas a dosis bajas; y (vii) deben producir los efectos buscados por el agresor: amnesia anterógrada, sedación, efectos alucinógenos y desinhibición. Como ha sido expuesto, aunque la más preponderante y utilizada ha sido el alcohol, no ha sido la única. En los últimos años se vienen utilizando otras sustancias psicoactivas como drogas ilegales o psicofármacos (por ejemplo, cocaína, ketamina, metanfetaminas, gammahidroxibutirato (GHB), benzodiazepinas o, algunos inhalantes volátiles) (Slaughter, 2000).

2. Estado de la cuestión

A pesar de que no es un fenómeno nuevo, se ha observado un incremento de casos en la década de los noventa (McGregor et al., 2004), lo que ha propiciado estudios en diversos países: por ejemplo, en Canadá (McGregor et al., 2004), Estados Unidos (Juhascik et al., 2007), Polonia (Tomaszewska & Krahé, 2015), Reino Unido (Gee et al., 2006). En España, en el ámbito médico-forense, aunque se ha destacado la necesidad de conocer la magnitud de la SQ y las tendencias del fenómeno, existen pocos estudios epidemiológicos sobre la incidencia y prevalencia de este tipo de agresión (Navarro & Vega, 2013; García-Caballero, Cruz-Landeira & Quintela-Jorge, 2014; García-Repetto & Soria, 2013 Xifró et al., 2014). De acuerdo con estos estudios, en los 179 casos de agresión sexual valorados por el Instituto de Medicina Legal de Alicante durante los años 2009-2012, en 19 casos

(10.6%) existió sospecha de SQ. En Barcelona, el estudio realizado por Arroyo et al., en 2011, de los 114 casos, 35 (30.70%) cumplieron los criterios de SQ, En el estudio de García-Caballero, Cruz-Landeira y Quintela-Jorge (2014) realizado entre 2009 a 2012, de los 306 casos de agresión sexual que examinaron, el 35% (107) fueron sospechosos de SQ.

Los estudios muestran que en casi la totalidad de los supuestos de SQ, las víctimas son mujeres (96.1%) (Navarro & Vega (2013), 97%; García-Caballero, Cruz-Landeira, Quintela-Jorge (2014), 100%; García-Repetto y Soria (2011), 98.4%, 2013; Xifró et al. (2015), 91.4%) y de una media de edad de 25.3 años (Navarro & Vega (2013): 23 años; García-Caballero, Cruz-Landeira, Quintela-Jorge (2014): 25.9 años; Xifró et al. (2015): 27 años).

Respecto al agresor, los estudios refieren que en la mayoría de casos es de sexo varón, que actúa solo y que, en el momento de la agresión, acababa de conocer a la víctima.

Coinciden los estudios en que, en la mayoría de casos los hechos ocurren en horas nocturnas, con prevalencia en los días de fin de semana, siempre en situaciones de ocio o actividades sociales, y con presencia de alcohol y consumo efectivo del mismo, solo o junto a otras sustancias. En el estudio de Xifró et al. (2015), en el 100% de los casos se acreditó un consumo voluntario de alcohol por parte de la víctima durante o con antelación al concreto hecho delictivo. En el estudio de Navarro y Vega (2013), el 68% de las víctimas refirieron un consumo previo de alcohol y en el de García Caballero, Cruz-Landeira, Quintela-Jorge (2014) en el 71% de los casos se llegó a constatar dicho consumo.

Asimismo, en el estudio de Xifró et al. (2015) se determinaron cuatro factores idóneos para la concurrencia de esta tipología delictiva: (1) existencia de una actividad social previa con presencia de alcohol; (2) que dentro de esta actividad haya un consumo efectivo de alcohol por parte de la víctima; (3) que los presuntos hechos se comentan durante la noche; (4) y que el agresor sea una persona recién conocida para la víctima.

Desde el punto de vista de las teorías criminológicas, para comprender la dinámica de los delitos sexuales cometidos mediante el uso de sustancias psicoactivas deben tenerse en cuenta las premisas fundamentales de la teoría de la elección racional (Cornish & Clarke, 2003), de las actividades cotidianas (Cohen & Felson, 1979) y de los patrones delictivos (Brantingham & Brantingham, 1995), todas ellas agrupadas bajo la denominación de las *teorías de la oportunidad* en el marco de la criminología ambiental.

Dicho de otro modo, tales teorías presuponen de forma similar que la racionalidad del delincuente como hipótesis explicativa debe tener lugar necesariamente en un contexto, en un escenario espacio-temporal determinado (Agustina & Reales, 2013). Así en la teoría del delito como elección racional (Cornish & Clarke, 2003), el delito es producto de una elección racional tomada sobre la base de los costes y beneficios que una conducta puede proporcionarle al ofensor. De este modo, un individuo tenderá a decidir cometer un delito cuando, en un balance subjetivo global, los beneficios excedan a los costes. A este respecto, las 25 técnicas desarrolladas por Cornish y Clarke (2003) podrían ayudar en la motivación de potenciales agresores teniendo en cuenta: el fácil acceso a sustancias tóxicas, la situación de indefensión en que se encuentra la víctima por su consumo, así como los efectos amnésicos (amnesia anterógrada) que producen estas sustancias y que hacen que el ofensor no pueda ser descubierto.

Estas teorías presuponen que la motivación del delincuente para cometer los delitos debe tener lugar necesariamente en un contexto, en un escenario espacio-temporal determinado. En estos casos, la probabilidad de que ocurra un hecho delictivo en un lugar y tiempo determinado se considera la función resultante de la convergencia de delincuentes racionales y motivados, objetivos adecuados y la ausencia de guardianes capaces (Cohen & Felson, 1979). Es, en los delitos de abuso sexual mediante SQ, dentro del escenario espacio-temporal que llevaría a su comisión destacan factores como el estilo de ocio nocturno, tanto de las víctimas como de los agresores, las circunstancias facilitadoras de la agresión (como el fácil acceso a los tóxicos), la situación de inconsciencia o desinhibición de la víctima, y la tolerancia social frente a la promiscuidad, que explicaría que los “guardianes capaces” no actúen en defensa de situaciones de vulnerabilidad aparente de la víctima.

En este contexto, singular importancia merece el factor facilitador o precipitante del consumo del alcohol y drogas para la comisión de los delitos sexuales. Diversos estudios acreditan que el consumo de alcohol y drogas producen, en efecto, un incremento de la victimización sexual (Abbey et al., 2002; Testa & Livingston, 2009), sin que por ello se deba culpabilizar a la mujer que consume alcohol o tóxicos, como causante de su victimización: Esta circunstancia no debe, en este sentido, generar duda alguna respecto a que es el agresor, casi siempre hombre, quien debe ser responsable criminal de toda agresión inconsciente, y respecto a que es necesario que la prevención se dirija a la perpetración masculina (Testa & Livingston, 2009) (Redondo & Martínez Catena, 2012). Un claro ejemplo es el programa de prevención “*No means no to yes means yes*”

establecido en los campus universitarios norteamericanos (New Jersey, California, New York, Connecticut, entre otros), con la finalidad de establecer un nuevo concepto de consentimiento en las relaciones sexuales ya que, en el año 2014, 55 universidades norteamericanas fueron investigadas por la policía federal por supuestos de agresión sexual a mujeres universitarias (Frazer, 2014).

Obviamente la propia víctima, como estrategia de prevención, puede reducir las probabilidades de victimización cambiando aquellos comportamientos que hacen aumentar su vulnerabilidad, sin que ello implique responsabilidad en caso de sufrir una victimización (Igareda & Boledón, 2014).

En relación a las estrategias de prevención dirigidas a las víctimas, debe señalarse que algunos estudios realizados en campus universitarios de Estados Unidos (Abbey et al, 2002; Ullman & Brecklin, 2003) han constatado la correlación que existe entre el consumo voluntario en exceso de bebidas alcohólicas, denominado *Heavy Episodic Drinking* (HED), en las mujeres universitarias, y la situación de riesgo a ser víctimas de una agresión sexual. Desde esta perspectiva, la agresión sexual es considerada una de las consecuencias negativas atribuibles al HED. Y, por ello, en numerosos campus universitarios de Estados Unidos se realizan programas de intervención y prevención para reducir el alto consumo de alcohol de las estudiantes universitarias para reducir las tasas de victimización sexual (Testa & Livingston, 2009).

Por otro lado, estudios como el de Igareda & Boledón (2014) se plantea el establecimiento de protocolos de actuación en las universidades para los casos de violencia sexual, que incluirían no sólo orientación y asesoramiento, sino también derivación a recursos especializados para las posibles víctimas.

Debido al aumento de este fenómeno delictivo, en los últimos años se está produciendo en el ámbito español un auge en las investigaciones en el ámbito médico-forense. Pero se desconocen la existencia de revisiones específicas en curso en relación a esta modalidad delictiva desde el punto de vista propiamente criminológico. Por ello, mediante el presente estudio se pretende realizar un primer análisis criminológico, de carácter descriptivo-prospectivo, basado en una muestra de sentencias, sobre los diferentes factores ambientales de esta modalidad delictiva las características y perfil del agresor y de la víctima, y las drogas más utilizadas con este fin.

3. Objetivos e hipótesis

El estudio que se presenta tiene como objetivo realizar un análisis descriptivo de la concurrencia de distintos factores o categorías en la muestra de sentencias obtenida. Concretamente se examinará distintos elementos que integran el *modus operandi*, así como aquellos que pueden contribuir a configurar un perfil de agresor y de víctima.

En base a todo ello, se formularon las siguientes hipótesis:

- d. La vulnerabilidad química se presenta en la mayoría de casos con respecto a las situaciones de sumisión química propiamente dicha, y ello es debido a la alta concurrencia de alcohol, que es consumido por la propia víctima, coincidiendo con los estudios realizados por Cruz-Landeira, et al. (2008) o Isorna y Rial (2015).
- e. Los hechos se producen durante fin de semana y en horas nocturnas, normalmente en situaciones de ocio, de acuerdo con los estudios de Xifró et al. (2015), Navarro y Vega (2013), o el realizado por García-Caballero, Cruz-Landeira y Quintela-Jorge (2014).
- f. La víctima es una mujer, joven, de acuerdo con los estudios de Mc Gregor et al. (2004); Testa & Livingston, (2009); Navarro y Vega, (2013), García Caballero, Cruz-Landeira y Quintela-Jorge, (2014); García – Repetto y Soria, (2013); Xifró et al., (2015); Isorna y Rial, (2015) de nacionalidad española y el agresor es un varón, de acuerdo con el estudio realizado por Cruz-Landeira et al. (2008). Y que existe una relación previa entre víctima y agresor; bien es un amigo, expareja, vecino o conocido reciente, y sólo en un número reducido de casos el agresor es un completo desconocido (Cruz Landeira, et al., 2008).

4. Metodología

Para lograr los fines que se proponía la presente investigación, se llevó a cabo una búsqueda en las bases de datos jurisprudenciales CENDOJ (Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial) y Aranzadi Instituciones, utilizando determinadas palabras clave, obteniendo 102 sentencias que enjuiciaban hechos delictivos cometidos entre 1999 y 2016²⁵⁶.

²⁵⁶ Las palabras clave utilizadas han sido: *“abuso sexual anulando la voluntad de la víctima por consumo de drogas”*; *“abuso sexual y alterar la voluntad de la víctima mediante sustancias”*; *“abuso sexual y benzodiazepina”*; *“abuso sexual y burundanga”*; *“abuso sexual y escopolamina”*; *“abuso sexual y sustancias químicas”*; *“art. 181.2 CP y anulando la voluntad de la víctima mediante sustancias tóxicas”*; *“sumisión química”*.

De las sentencias obtenidas, se hizo una primera clasificación entre sentencias donde el abuso sexual se había cometido de forma oportunista (DFSA oportunista) y aquellas en que el hecho se cometió de forma premeditada (DFSA premeditada). Dentro de cada grupo de sentencias se hizo una discriminación entre sentencias absolutorias y condenatorias, descartando las sentencias absolutorias, y centrando el análisis solo en las condenatorias, en las que queda demostrada la concurrencia del delito de abuso sexual mediante el uso de sustancias psicoactivas. Con ello se pretendió eliminar los posibles falsos positivos que podría haber. Pero, en todo caso, se debe tener en cuenta que existe una importante “*cifra negra*” (diferencia entre la criminalidad aparente y la real) en estos delitos: por un lado, existe la posibilidad de que muchas sentencias sean absolutorias porque no se ha llegado a demostrar en el proceso penal, por falta de pruebas, la existencia del delito y, por otro lado, como es sabido no todos los hechos son denunciados por las víctimas (Garrido, Stangeland & Redondo, 2006). Realmente existe una distancia significativa entre la gran magnitud de los episodios de abuso y agresiones sexuales que realmente suceden y aquellos que llegan a conocerse y denunciarse formalmente (Martínez Catena & Redondo, 2016).

Respecto a las sentencias condenatorias se realizó un análisis de las mismas recogiendo las siguientes variables:

- 1.- Tipo de sustancia utilizada.
- 2.- Tipo de prueba para la detección de tóxicos (solo en el abuso sexual cometido de manera premeditada).
- 3.- Lugar donde ocurrieron los hechos.
- 4.- Día de la semana en que tuvieron lugar los hechos.
- 5.- Estación del año.
- 6.- Momento del día en que sucedieron los hechos.
- 7.- Número de agresores en los hechos.
- 8.- Sexo de los agresores.
- 9.- Edad.
- 10.- Nacionalidad.
- 11.- Antecedentes Penales.
- 12.- Número de víctimas en cada hecho.
- 13.- Sexo de la víctima.
- 14.- Edad.
- 15.- Nacionalidad.
- 16.- Relación entre víctima y agresor.

Los datos fueron tratados con Microsoft Excel (Microsoft Office Profesional Plus 2016, versión 1701), para su posterior tratamiento estadístico con el software SPSS 21.0. Para determinar las características de la muestra se empleó un análisis descriptivo (distribución de frecuencias absolutas y porcentajes válidos, media y desviación estándar). Asimismo, se llevó a cabo un análisis comparativo utilizando la prueba chi-cuadrado (χ^2) para variables cualitativas, con la finalidad de analizar la posible relación entre algunas de las variables y el comportamiento delictivo. Sin embargo, debido al relativamente pequeño tamaño muestral del estudio, el análisis comparativo no ha arrojado resultados estadísticamente significativos.

5. Resultados

Se obtuvo una muestra de 102 sentencias, en las que se recogían los supuestos de DFSA premeditado (SQ) o DFSA oportunista (VQ) cometidos entre 1999 y 2016. De éstas, 95 fueron dictadas por Audiencias Provinciales, 1 por la Audiencia Nacional, y 6 por el Tribunal Supremo.

De estas 102 sentencias se hizo una primera discriminación entre sentencias absolutorias y condenatorias, obteniendo 27 sentencias absolutorias y 75 condenatorias. Para el estudio, se han descartado las sentencias absolutorias y solo se han analizado las condenatorias, en tanto que, como se ha señalado, son aquellas en las que queda acreditada la existencia de abuso sexual mediante SQ o VQ.

Tipo de abuso y sustancia

En la Tabla 1 se muestra la prevalencia de casos de vulnerabilidad química (VQ) sobre aquellos en los que concurrieron situaciones de sumisión química (SQ): de las 75 sentencias condenatorias, 54 fueron casos de VQ y 21 de SQ. Esta prevalencia de la VQ, que es aquella donde la propia víctima se sitúa en situación de inconsciencia, es debida a la alta concurrencia de alcohol, como se puede observar en la tabla. En el 94.5% de los casos de vulnerabilidad química se constata consumo de bebidas alcohólicas, ya sea de manera individual o junto a otro tóxico como drogas o fármacos. En cambio, en los casos de SQ también se observa la prevalencia del alcohol, pero, en este caso, no de forma individual sino junto a fármacos o drogas, siendo su conjunción el porcentaje más elevado (alcohol con fármacos el 47.6% (n=10), y alcohol con drogas el 38.1% (n=8)).

Tabla 1.

Tipo de abuso (VQ y SQ) y sustancias

	VQ		SQ	
	Frecuencia Absoluta	% Válido	Frecuencia Absoluta	% Válido
Tipo de abuso	54	72%	21	28%
Sustancia				
Alcohol	36	66.7%	0	0.0%
Alcohol + Fármacos	2	3.7%	10	47.6%
Alcohol + Drogas	13	24.1%	8	38.1%
Fármacos	2	3.7%	2	9.5%
Drogas	1	1.9%	1	4.8%

En relación a las sustancias tóxicas, se ha comprobado en las sentencias si en ellas queda plasmada la práctica de alguna prueba de detección de tóxicos. Hay que destacar que en el 80% de los casos (n=60) no hay constancia de que se practicara ningún tipo de prueba para la detección del tóxico. En el resto de casos, la más practicada es la prueba conjunta de sangre y orina, representado en el 8% (n=6) de los casos; seguidamente consta en un 5% (n=4) de sentencias que se practicó de manera individualizada prueba de sangre o prueba de orina; y, finalmente, solo en un caso consta que se le hiciera a la víctima la prueba de detección de tóxicos mediante una muestra de su cabello.

Respecto al hecho delictivo, el 76% (n=57) de los abusos mediante SQ/VQ terminan en penetración, mientras que en el 24% de casos (n=18) los abusos consisten en tocamientos del agresor a la víctima.

La exposición de los siguientes resultados no se hace de manera diferenciada en función de VQ/SQ, sino que se presentan de manera conjunta dado que los dos grupos no presentan diferencias en los resultados obtenidos.

Elemento temporal

En cuanto al elemento temporal, se observa que en el 30.7% (n=23) de los casos ocurren en primavera, seguido de la época de verano (28% (n=21)) e invierno (26.7%). Respecto al día de la semana en que acontecen los hechos, se observa que la mayoría de ellos se comenten en fin de semana (de viernes a domingo), destacando sábado en el 28% de los casos (n=21). Y en cuanto al momento del día,²⁵⁷ en la mayoría de los casos los hechos ocurren en horas nocturnas, llegando hasta el 65.3% de los casos analizados.

Tabla 2.

Elemento temporal

	Frecuencia Absoluta (n)	% Válido
Época del año		
Primavera	23	30.7%
Verano	21	28.0%
Otoño	8	10.7%
Invierno	20	26.7%
No consta	3	4.0%
Día de la semana		
Lunes	4	5.3%
Martes	9	12.0%
Miércoles	5	6.7%

²⁵⁷ En referencia a la distribución del momento del día: mañana, de las 6 h a las 14h; tarde, de las 14h a las 22h; noche de las 22h a las 6h.

Jueves	5	6.7%
Viernes	11	14.7%
Sábado	21	28.0%
Domingo	15	20.0%
No especificado	5	6.7%
Momento del día		
Mañana	2	2.7%
Tarde	18	24.0%
Noche-madrugada	49	65.3%
No consta	5	6.7%
Continuado	1	1.3%

Elemento espacial

En cuanto al lugar donde se comete el hecho delictivo, hay una prevalencia de lugares privados (64%) frente a espacios públicos (33.3%); destacando en primer lugar el domicilio del ofensor (en un 33.3% de los casos), seguido del domicilio de la víctima (12%), del de un amigo (6.7%) o en un coche (12%). Respecto a los delitos cometidos en espacios públicos destaca que el 26.7% de los mismos se cometieron en la vía pública (calles o parques).

Tabla 3.

Lugar donde ocurren los hechos

	Frecuencia (n)	Porcentaje (%)
Domicilio Agresor	25	33.3%
Domicilio Víctima	9	12.0%
Vía pública	20	26.7%
Bar - discoteca	4	5.3%
Coche	9	12.0%
Domicilio amigo	5	6.7%
Cajero automático	1	1.3%
No consta	2	2.7%

Concurrencia de agresores y de víctimas

En cuanto al número de agresores, de los 75 casos analizados, en el 86.7% (n=65) son cometidos por un solo agresor, mientras que en el 12% de los casos (n=9) intervienen dos agresores y solo en un caso (1.3%) concurren tres ofensores.

Respecto al número de víctimas, de las 75 sentencias analizadas, en el 82% de ellas (n=69) el delito se cometió sobre una sola víctima, mientras que, en un porcentaje menor, en el 8% (n=6) el número de víctimas fueron dos.

En cuanto a la relación previa con la víctima, en un 72% de casos (n=54) el acusado era una persona conocida por la víctima, mientras que en un 28% (n=21) se trataba de un completo desconocido. Dentro de los casos en que existía un previo

conocimiento entre víctima y agresor, en un 40.7% de los casos son conocidos, mientras que en un 38.8% de casos existía una relación de amistad; y en un 14.8% de casos (n=8) había una relación de parentesco entre agresor y víctima.

5.1 Perfil del agresor

De las sentencias analizadas se han podido extraer algunas variables que pueden conformar un perfil de agresor. El análisis se realiza con una muestra de 85 agresores cuyos resultados se pueden observar en la tabla 4.

La media de edad del ofensor es de 32.7 años, siendo la edad mínima de 15 años, la máxima de 57 años, y la moda de 19. En el 98.8% de los casos el ofensor es de sexo masculino: solamente existe un caso en que es mujer, actuando en el mismo no como autora directa sino como cooperadora necesaria.

En referencia a la nacionalidad, en el 44% de los casos (n=38) el agresor es de nacionalidad española, mientras que el 35.3% es de nacionalidad extranjera. No obstante, debe tenerse en cuenta que en 17 casos (20% de la muestra), donde no se indica en la sentencia la nacionalidad del agresor.

Tabla 4.

Perfil del agresor

	Frecuencia (n)	Porcentaje (%)
Sexo		
Hombre	84	98.8%
Mujer	1	1.2%
Nacionalidad		
Española	38	44.7%
Extranjera	30	35.3%
No consta	17	20.0%
Antecedentes Penales		
No	69	81.2%
Si	7	8.2%
No consta	9	10.6%

5.2 Perfil de la víctima

De las sentencias analizadas se han podido obtener las siguientes variables que permiten conformar un perfil de víctima. El análisis se realiza con una muestra de 81 víctimas, cuyos resultados se muestran en la Tabla 5.

La media de edad de la víctima es de 19.2 años, siendo la mínima de 10 años y la máxima de 47. Aunque este dato no es del todo preciso ya que, de las 81 víctimas, de solo 34 de ellas se determina su edad, habiendo 47 casos perdidos.

En referencia al sexo de la víctima, en el 96.3% de los casos, se trata una mujer, mientras que en el 3.7% (n=3) es un hombre. Y en cuanto a la nacionalidad, solo está determinada en 49 víctimas, (60.4%), habiendo 32 casos donde no consta su nacionalidad. En los casos en que sí se determina, se observa que en la mayoría de los mismos es de nacionalidad extranjera.

Tabla 5.

Perfil de la víctima

	Frecuencia (n)	Porcentaje (%)
Sexo		
Mujer	78	96.3%
Hombre	3	3.7%
Nacionalidad		
Española	13	16.0%
Extranjera	36	44.4%
No consta	32	39.5%

6. Discusión

Con el presente estudio se ha realizado una aproximación a los elementos descriptivos de los denominados DFSA. Tras el análisis empírico realizado a partir de una muestra de sentencias condenatorias (N=75), se ha podido observar que existe una prevalencia de casos de DFSA oportunista (VQ) frente a la victimización derivada de DSFA premeditada (SQ). El motivo de esta diferencia cuantitativa es debido a que la detección de los casos de DFSA de tipo premeditado se ve dificultada por varios factores: por un lado, el retraso en solicitar ayuda por parte de la víctima facilita la rápida eliminación del tóxico; también la baja dosis del mismo, así como la fácil confusión de este cuadro clínico con el de una intoxicación etílica voluntaria, ya que, por el momento, la toxicología no puede discernir el consumo voluntario del involuntario, sobre todo cuando la sustancia causante del cuadro es asiduamente consumida por la propia víctima (Cruz-Landeira et al., 2008; Isorna y Rial, 2015). Además, la amnesia anterógrada es uno de los efectos secundarios de estas sustancias utilizadas para cometer estos delitos que, junto al estado de

aturdimiento en que se encuentra la víctima en ese momento, hace que ésta no pueda recordar nada sobre los hechos (solo puede recordar escenas) ni tampoco identificar a su agresor. Por ello, muchos delitos no llegan a ser denunciados, resultando difícil evaluar la incidencia real del delito de abuso sexual mediante DFSA premeditada (Saint-Martin, Bouyssy & O'Byrne, 2007; Elliot, 2008, Isorna y Rial, 2015).

La sustancia tóxica que prevalece en esta modalidad delictiva es el alcohol, bien de manera individual, como es en la mayoría de casos de VQ, bien en concurrencia con drogas o fármacos, más común en los casos de SQ.

Los resultados obtenidos sugieren que, con carácter general, se trata de delitos que suelen ocurrir mayoritariamente en las horas nocturnas, con prevalencia en los días de fin de semana (desde el viernes hasta el domingo), coincidiendo así con los estudios realizados por Xifró et al. (2015), Navarro y Vega (2013), García-Caballero, Cruz-Landeira y Quintela-Jorge (2014). En todos ellos se apunta que se trata de hechos cometidos en situaciones de ocio nocturno y con prevalencia en los fines de semana. Respecto a la época del año en que ocurren los hechos, la mayoría de ellos se cometen en primavera, si bien también hay una alta prevalencia de delitos cometidos en verano e invierno.

Es destacable, así mismo, las pocas pruebas que se les practican a las víctimas para la detección de tóxicos. De los casos en que se deja constancia de esta circunstancia, en la mayoría de ellos se hace una prueba de sangre y orina conjuntamente, aunque muchas veces resulta ser insuficiente debido al transcurso de tiempo que pasa entre los hechos ocurridos y la toma de muestras: según algunos estudios científicos el tiempo transcurrido es de 18.26 horas (Escayola & Vega, 2013), lapso temporal en el que el tóxico ya ha podido ser eliminado del cuerpo de la víctima. Por eso, sería conveniente que el personal de los servicios de urgencias que atienden a las víctimas de este tipo de delitos pueda conocer un protocolo de actuación en estos casos, ya que es importante observar un cuidadoso examen físico, así como practicar la toma y conservación de las muestras biológicas obtenidas. A este respecto, la literatura médico-forense recomienda obtener muestras tanto de sangre como de orina dentro de las primeras 48 horas desde los hechos: entre las 48 y las 168 horas (7 días) se recomienda obtener solo muestra de orina. Pasados los 7 días tras los hechos se recomienda realizar un análisis del cabello (Xifró, et al., 2015 Isorna y Rial, 2015).

Respecto al perfil de víctima, en la mayoría de los casos hay una prevalencia del sexo femenino, coincidiendo con otros autores (McGregor et al. 2004, Testa &

Livingston, 2009; Navarro y Vega, 2013, García Caballero, Cruz-Landeira & Quintela-Jorge, 2014; García – Repetto & Soria, 2013; Xifró et al., 2015 Isorna y Rial, 2015). Con el análisis jurisprudencial realizado no se pueden determinar otros factores de suficiente entidad, debido a que en la mayoría de las sentencias se omite mucha información relativa a las víctimas, como la edad o la nacionalidad, variables que hemos tratado de recoger y analizar en este estudio. Para futuras investigaciones se recomienda elaborar un protocolo de recogida de información con vistas a construir de forma más completa un perfil de víctima.

En referencia al perfil del agresor, en la mayoría de los casos estos delitos son cometidos por varones, con independencia de que la víctima sea mujer u hombre. Solo se ha observado un único caso donde uno de los agresores es de sexo femenino, si bien actuando éste como cooperador necesario. Existe una prevalencia de la nacionalidad española del agresor y de ausencia de antecedentes penales.

En gran parte de los casos, existe algún tipo de vínculo previo entre víctima y agresor (ya sea un simple conocido, o medie una relación amistad, sentimental, e incluso familiar). En pocas ocasiones es un completo desconocido, tal y como se señala por otros autores (Cruz-Landeira, Quintela-Jorge & López Rivadulla, 2008; Navarro y Vega, 2013; Xifró et al., 2015).

Atendiendo a los resultados obtenidos, se observa que en muchos casos no es el agresor el que administra a la víctima alguna sustancia tóxica sin su conocimiento, sino que es la propia víctima la que conscientemente se pone en situación de vulnerabilidad, por el consumo voluntario de alcohol, drogas, fármacos, o la mezcla de ellos aprovechándose el ofensor de esta situación para agredirla sexualmente. Nos encontramos, por un lado, ante un problema social donde existe una desigualdad de género, en la que la mujer es objeto de deseo sexual responsabilizando muchas veces a la propia víctima de haber generado la situación. Por otro lado, también puede enfocarse la prevención de esta modalidad de victimización como un problema de salud pública, por el consumo, voluntario o no, de sustancias.

Como aportación relevante, las conclusiones expuestas permiten un análisis preliminar del perfil criminológico de los agresores, las víctimas y el *modus operandi* del hecho delictivo en relación al fenómeno de la SQ/VQ. Ante el reto planteado, el conocimiento de dicho perfil sienta las bases para establecer medidas preventivas ante esta situación. Varios estudios, como el de McGregor et al. (2004) y Elliot (2008), reflejan la necesidad de trabajar en prevención e información de potenciales víctimas, como son

las chicas jóvenes menores de 20 años, las cuales son las más vulnerables a esta forma de delincuencia sexual, por lo que es importante crear programas de prevención específicos dirigido a este grupo de población.

7. Limitaciones

Desde un punto de vista metodológico, las conclusiones de este estudio deberían ser consideradas con cautela atendiendo a que la muestra de sentencias es relativamente pequeña, y a que se han excluido las sentencias absolutorias, por su menor interés en relación al objetivo planteado en este trabajo. Con todo, debe recordarse que, de acuerdo con la literatura criminológica (Martínez Catena & Redondo, 2016), la mayoría de los casos de asalto sexual no se denuncian.

8. Referencias

- Abbey, A., Zawacki, T., Buck, P. O., Clinton, A. M., & McAuslan, P. (2001). Alcohol and sexual assault. *Alcohol Research & Health*, 25(1), pp 43-51
- Agustina, J. R., & Reales, F. (2013). En la mente de un asaltante de viviendas: Estudio cualitativo de una muestra de autores de robo en casa habitada. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 11, 1-30.
- Arroyo A, Barbería E, Bertomeu A, Montero F, Pujol A, Xifró A. (2011) Incidència i característiques de la submissió química en els delictes d'agressió sexual. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada: Barcelona. Disponible en: <http://www20.gencat.cat/portal/site/Justicia>
- Brantingham P. & Brantingham P. (1995). Criminality of place: Crime generators and crime attractors. *European Journal on Criminal Policy and Research* (3), pp. 5-26.
- Butler, B. & Welch, J. (2009). Drug-facilitated sexual assault. *CMAJ* , 5, pp.493-494. doi: [10.1503/cmaj.090006](https://doi.org/10.1503/cmaj.090006)
- Cohen, L. E. & Felson, M. (1979). Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach. *American Sociological Review* 44 (4), pp. 588-608. doi: 10.2307/2094589

- Cornish, D.B. & Clarke, R.V. (2003). Opportunities, precipitators and criminal decisions: A reply to Wortley's critique of situational crime prevention. In Smith, M. and Cornish, D. B. (eds) *Theory for Situational Crime Prevention*, Crime Prevention Studies, 16, pp. 41-96.
- Cruz-Landeira, A., Quintela-Jorge, O., López-Rivadulla, M. (2008). Sumisión química: epidemiología y claves para su diagnóstico. *Medicina Clínica*, 131(20), pp. 783-789.
- Elliott, S. (2008). Drug-facilitated sexual assault: educating women about the risks. *Nurs Womens Health*, 12, pp.30-37. doi: 10.1111/j.1751-486X.2007.00273.x
- Escayola, E., Vega, C. (2013). Agresiones sexuales facilitadas por sustancias psicoactivas, detectadas en el Instituto de Medicina Legal de Alicante en el cuatrienio 2009-2012. *Gaceta Internacional Ciencias Forense*, 8, pp. 8-15. Recuperado de: https://www.uv.es/GICF/4A1_Navarro_GICF_08.pdf
- Frazer, L. (october 8, 2014). *From "no means no" to "yes means yes"*. 2017, de Berkely Political Rewiew Sitio web: <https://bpr.berkeley.edu/2014/10/08/from-no-means-no-to-yes-means-yes-why-sb-967-challenges-rape-culture/>
- Gálvez, E., González, Y.A., y Consuegra, E. (2011). Sexualidad y drogas: aspectos medicolegales de interés para el médico general integral. *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, 10(4), pp. 492-495. Recuperado de: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-519X2011000400011&lng=es&tlng=es
- García-Caballero, C., Cruz-Landeira, A. & Quintela-Jorge, O. (2014). Sumisión química en casos de presuntos delitos contra la libertad sexual analizados en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (Departamento de Madrid) durante los años 2010, 2011 y 2012. *Rev Esp Med Legal*, 40, pp.11-18. doi: 10.1016/j.reml.2013.07.003
- García-Repetto, R. & Soria, M.L. (2011). Sumisión química: reto para el toxicólogo forense. *Revista Española de Medicina Legal*, 37, pp. 105-112. Doi: 10.1016/S0377-4732(11)70072-4
- García-Repetto, R. & Soria, M.L. (2013). Consideraciones toxicológicas sobre supuestos casos de sumisión química en delitos de índole sexual en el sur de España entre los años 2010-2012. *Revista Española de Medicina Legal*, 40 (1), pp. 4-10.
- Garrido, V., Stangeland, P. & Redondo, S. (2006). *Principios de Criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gee D, Owen P, McLean I, Brentha, K., Thundercloud, C. (2006). Operation MATISSE: investigating drug facilitated sexual assault. London (UK): The Association of Chief Police Officers (ACPO); disponible en: www.acpo.police.uk/asp/policies/Data/Operatin%20Matisse%20report%20-%20press%20rel.%2084.doc
- Igareda, N., Boledón, E. (2014). Las violencias sexuales en las universidades: cuando lo que no se denuncia no existe. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 12 (1), pp. 1-27.
- Isorna-Folgar, M., Fariña-Rivera, F., Sierra, J.C., Vallejo-Medina, C. (2015, Enero-Junio). Binge drinking: conductas sexuales de riesgo y drogas facilitadoras del

- asalto sexual en jóvenes españoles. *Sum Psic*, 22, pp. 1-8. Recuperado de doi: 10.1016/j.sumpsi.2015.05.001
- Isorna-Folgar, M. & Rial, A. (2015). Drogas facilitadoras de asalto sexual y sumisión química. *Health and Addictions*, 15 (2), pp.137-150. Disponible en: <http://www.haaj.org/index.php/haaj/article/view/246/254>
- Juhascik, MP., Negrusz, A., Faugno, D., Ledray, L. (2007) An estimate of the proportion of the drug-facilitation of sexual assault in four U.S. localities. *J Forensic Sci.*, 52, pp. 1396-1400. Recuperado de doi: 10.1111/j.1556-4029.2007.00583.x
- Martínez-Catena, A. & Redondo, S. (2016) Etiología, prevención y tratamiento de la delincuencia sexual. *Anuario de Psicología Jurídica*, 26, pp. 19-29. Recuperado de doi: 10.1016/j.apj.2016.04.003
- McGregor, M.J., Janssen, P., Ericksen, J., van Vliet, A., Ronald, L. & Schulzer, M. (2004). Rising incidence of hospital-reported drug-facilitated sexual assault in a large urban community in Canada: Retrospective population-based study. *Can J Public Health*, 95, pp. 441-445. DOI: <http://dx.doi.org/10.17269/cjph.95.557>
- Navarro, E., Vega, C. (2013). Agresiones sexuales facilitadas por sustancias psicoactivas detectadas en el Instituto de Medicina Legal de Alicante en el cuatrienio 2009-2012. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, 8, pp 8-15.
- Redondo, S. & Martínez Catena, A. (2011). Tratamiento y cambio terapéutico en agresores sexuales. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 9 (8), pp. 1-25.
- Shbair, M.K., Lhermitte, M. (2010). Drug-facilitated crimes: Definitions, prevalence, difficulties and recommendations. A review. *Annales Pharmaceutiques Francaises*, 68 (3), pp. 136-147. doi: 10.1016/j.pharma.2010.03.005.
- Saint-Martin, P. Bouyssy, M. & O'Byrne, P. (2007). Analysis of 756 cases of sexual assault in Tours (France): medico-legal findings and judicial outcomes. *Medicine, Science and the Law*, 47, pp. 315-324. DOI: 10.1258/rsmmsl.47.4.315
- Sánchez-Perez, J.D. & Fombellida-Velasco, L. (2013). Consideraciones sobre el delito sexual facilitado por sustancias. *Diario La Ley*, 8054, pp. 1-4.
- Testa, M. & Livingston, J. (2009). Alcohol consumption and women's vulnerability to sexual victimization: can reducing women's drinking prevent rape? *Subst Use Misuse*, 44, pp.1349-1376. DOI: 10.1080/10826080902961468
- Tomaszewska, P. & Krahé, B. (2015, October). Sexual Aggression victimization and perpetration among female and male university students in Poland. *Journal Interpersonal Violence*, 33, pp.571-594. Recuperado de doi: <https://doi.org/10.1177/0886260515609583>.
- Ullman, S.E. & Brecklin, L.R. (2003). Sexual Assault History and Health-Related Outcomes in a National Sample of Women. *Psychology of Women Quarterly* 27(1), pp. 46-57. doi: 10.1111/1471-6402.t01-2-00006
- Xifró-Collsamata, A. (2008, Enero). Drug facilitated sexual assault. *Revista Española de Medicina Legal*, 34, p.52. Recuperado de doi: 10.1016/S0377-4732(08)70028-2
- Xifró-Collsamata, A., Pujol-Robinat, A., Barbería-Marcalain, E., Arroyo-Fernández, A., Bertomeu-Ruiz, A, Montero-Núñez, F. & Medallo-Muñiz, J. (2015). Estudio

prospectivo de la sumisión química con finalidad sexual en Barcelona. *Revista Española de Medicina Legal*, 144, pp. 403-409. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.medcli.2014.11.026>

Agradecimientos

Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación en el que participa como miembro investigador el Dr. Agustina, y que lleva por título "Criminología, evidencias empíricas y política criminal. Sobre la incorporación de datos científicos para la toma de decisiones en relación con la criminalización de conductas" (Ref. DER2017-86204-R), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Maria Neus Panyella-Carbó, Letrada de la Generalitat de Catalunya. Licenciada en Derecho por la Universitat de Barcelona y Máster en Psicopatología Legal, Forense y Criminológica por la Universidad Internacional de Catalunya. Actualmente se halla realizando su tesis doctoral que versa sobre el análisis jurídico-criminológico del uso de sustancia psicoactivas en los delitos sexuales.

José R. Agustina, Catedrático acreditado de Derecho penal en la Universitat Internacional de Catalunya y codirector del Máster de Psicopatología Legal, Forense y Criminológica de la Universitat Internacional de Catalunya.

Carles Martin-Fumadó, Doctor en Medicina. Médico forense en excedencia. Docente del Máster de Psicopatología Legal, Forense y Criminológica y del Grado en Medicina de la Universitat Internacional de Catalunya. Colabora en la Cátedra de Responsabilidad Profesional Médica y Medicina Legal del Departamento de Psiquiatría y Medicina Legal de la Universitat Autònoma de Barcelona.

Artículo 2

PANYELLA-CARBÓ, Maria Neus, MARTIN-FUMADÓ, Carles, GÓMEZ-DURÁN, Esperanza L. (2020). Prevención de los delitos sexuales mediante sumisión química. *Revista Española Medicina Legal*. In press. Junio 2020. DOI: 10.1016/j.reml.2020.04.001

Revista indexada en Scopus, con CiteScore 2018 de 0.24

Este segundo artículo, se encuentra relacionado con el artículo 1 que, con el análisis criminológico, ayuda a sentar las bases para establecer planes y medidas preventivas. Es en este artículo 2, en que se hace una revisión bibliográfica de la literatura sobre la prevención de los delitos sexuales mediante sumisión química, donde se establece un listado de recomendaciones para la elaboración y el contenido que deben tener los protocolos y las campañas de prevención. En ambos artículos (artículo 1 y 2) se aprecia una identidad en los factores de riesgo para la comisión de este delito como son las situaciones de ocio nocturno, el alto consumo de alcohol (bien de manera individual o junto con sustancias psicoactivas), y por ello las recomendaciones preventivas planteadas se dirigen a atenuar y neutralizar estos factores de riesgo y, así evitar o prevenir la comisión de estos delitos.

En este segundo artículo, la doctoranda aparece como primera autora. Su contribución en este artículo ha consistido en la búsqueda bibliográfica en la base de datos Pubmed, utilizando determinadas palabras clave mediante operadores booleanos combinados, la revisión de los artículos (título, resumen y texto completo), teniendo en cuenta los criterios de inclusión y exclusión, la clasificación de los artículos según su tipología (artículos editoriales, artículos originales y artículos de revisión), extraer los elementos relevantes sobre prevención de cada uno de ellos, analizarlos mediante una discusión científica, para así poder establecer unas recomendaciones para la elaboración y el contenido de futuros protocolos y campañas de prevención.

Revista Española de Medicina Legal

Revisión

Prevención de los delitos sexuales mediante sumisión química.

Prevention of drug facilitated sexual assault.

Maria Neus Panyella-Carbó^{1,2,*}, Carles Martin-Fumadó^{3,4,5}, Esperanza L. Gómez-Durán^{5,6}.

1. Gabinet Jurídic de la Generalitat de Catalunya, Departament de la Presidència, Generalitat de Catalunya, Barcelona, España.
2. Facultad de Derecho, Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, España.
3. Servicio de Responsabilidad Profesional. Área de Praxis. Colegio de Médicos de Barcelona. Consejo de Colegios de Médicos de Catalunya, Barcelona, España.
4. Cátedra de Responsabilidad Profesional Médica y Medicina Legal, Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), Barcelona, España.
5. Departamento de Medicina, Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, España.
6. Clínica Galatea, Fundación Galatea, Barcelona, España.

*Autor para correspondencia:

Maria Neus Panyella-Carbó

Facultad de Derecho

Universitat Internacional de Catalunya

C/ de la Immaculada, 22

08017 Barcelona (España)

mnpnyella@uic.es

Los autores declaran que no existen conflictos de intereses ni ha existido ninguna fuente de financiación para la realización del presente trabajo.

El presente manuscrito forma parte de la tesis doctoral de Maria Neus Panyella Carbó.

Resumen

El objetivo de este trabajo es realizar una revisión bibliográfica de la literatura sobre la prevención de los delitos sexuales mediante sumisión química. Se llevó a cabo una búsqueda en PubMed y se incluyó aquellos artículos que contenían información relevante sobre esta tipología delictiva y las medidas de prevención. De los resultados obtenidos se desprende que estos delitos se cometen principalmente en situaciones de ocio nocturno y durante los fines de semana, coincidiendo los autores que el factor de riesgo habilitante es el consumo de alcohol. Por otro lado, existe escasa bibliografía sobre medidas, métodos y estrategias de prevención siendo, además, ineficaces, en atención al incremento de su frecuencia en los últimos años. Se estima indispensable y apremiante el diseño de campañas de prevención de los delitos sexuales mediante sumisión química de carácter transversal y estrategia multidisciplinar, sugiriéndose un liderazgo por parte del ámbito forense.

Palabras clave: sumisión química; vulnerabilidad química; prevención; educación; delitos sexuales; DFSA.

Abstract

The aim of this work is to perform a bibliographic review of the literature on prevention about sexual assault by chemical submission. A comprehensive literature search was performed in PubMed, including articles containing relevant information about this typology of crime and prevention measures. The results obtained show that these crimes are committed mainly in nightlife situations and during weekends; the authors agree that the enabling risk factor is alcohol consumption. On the other hand, there is limited literature on prevention measures, methods and strategies, being, in addition ineffective, in view of the increase of these kind of crimes in recent years. The design of transversal and multidisciplinary strategy campaigns to prevent sexual assaults by chemical submission is considered indispensable and urgent, suggesting a forensic leadership.

Keywords: Chemical submission; chemical vulnerability; prevention; education; sexual assault; drug facilitated sexual assault.

INTRODUCCIÓN

El concepto Sumisión Química (SQ) puede definirse como la administración de sustancias psicoactivas a una persona, sin su consentimiento, con fines delictivos¹, de forma que se pueda manipular la voluntad de las personas o modificar su comportamiento. En estas circunstancias,

los efectos de la sustancia administrada pueden evitar que la víctima se encuentre en condiciones de prestar su consentimiento libremente, de acuerdo con la ley, o presentar resistencia a su atacante².

A pesar de que no es un fenómeno nuevo, se ha observado un incremento de casos desde la década de los noventa³, donde, el uso de drogas ha cobrado un nuevo protagonismo por su asociación con las agresiones sexuales, robos y otras prácticas delictivas, ya que en ocasiones son utilizadas con el fin de manipular la voluntad de las personas⁴.

Entre los delitos sexuales, el término específico DFSA (*“Drug Facilitated Sexual Assault”*), acrónimo de origen anglosajón, se refiere a las relaciones sexuales no consentidas llevadas a cabo mientras la víctima se encuentra incapacitada o inconsciente, bajo los efectos de sustancias psicoactivas como alcohol, drogas ilícitas o psicofármacos⁵. La característica fundamental que distingue estos delitos sexuales cometidos por uso de sustancias psicoactivas, tipificados en el Código Penal español como abuso sexual (artículo 181.2 CP), del resto de delitos de agresiones o abusos sexuales, es que la víctima sufre una pérdida de poder y control por el efecto producido por las sustancias psicoactivas consumidas, factor que es aprovechado por el agresor.

En el contexto de los delitos sexuales cometidos mediante el uso de sustancias (DFSA) se han venido distinguiendo en la literatura científica⁶⁻⁹ dos tipos de DFSA: (a) DFSA premeditado o proactivo, que tiene lugar cuando el ofensor proporciona a la víctima una sustancia incapacitante y desinhibidora con el objetivo de someterla sexualmente (le administra la sustancia sin su conocimiento ni consentimiento), siendo éste el supuesto de SQ propiamente dicha; y (b) DFSA oportunista, que ocurre cuando el agresor se aprovecha de la víctima, hallándose ésta en estado de inconsciencia a causa de alguna sustancia que ha consumido voluntariamente. A esta segunda modalidad, también se le denomina vulnerabilidad química (VQ). También algunos autores describen un tercer tipo de SQ de carácter mixto¹⁰: cuando la víctima está consumiendo una sustancia que puede alterar su capacidad volitiva (por ejemplo, alcohol), en la que el agresor introduce subrepticamente algún producto que acelera o asegura el efecto de sumisión pretendido.

Otros términos relacionados y con características diferenciales entre ellos son *“date-rape”* o violación en citas (DSFA oportunista) y *“drug-rape”*, correspondiente a aquellas situaciones en que el ofensor droga a la víctima con la intención de violarla (DSFA premeditado)¹¹.

Sea como fuere, el nexo común de todas las modalidades es que dicho consumo produce en la víctima una inconsciencia o incapacidad de resistencia brindan al delincuente una mayor oportunidad para atentarla sexualmente, ya que el uso de la fuerza no es necesario porque la

víctima está intoxicada y es incapaz de resistir a su atacante¹². Debido al aumento de este fenómeno delictivo, en los últimos años se está produciendo un auge en las investigaciones⁹ en el ámbito médico-forense¹³⁻¹⁵, realizando estudios epidemiológicos sobre la incidencia y prevalencia de este tipo de agresión^{6, 7, 16, 17}, así como de sus aspectos medicolegales¹⁸⁻²¹. Sin embargo, se desconocen revisiones específicas sobre la prevención de dicho fenómeno. Cuando hablamos de prevención (del latín *praeventio*) nos referimos a la preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo²². En lo que respecta a la delincuencia sexual, se trata de aquellas acciones encaminadas a reducir o disminuir los factores de riesgo, desarrollando algunas campañas divulgativas para informar sobre los riesgos de la sumisión química, con el objetivo de combatir los abusos sexuales en ambientes nocturnos o de ocio²³, y fortaleciendo los factores de protección. Actualmente, y sobre todo a raíz del caso acontecido en las fiestas de San Fermín de 2016 han empezado a proliferar campañas divulgativas para informar sobre los riesgos de la SQ, con el objetivo de combatir los delitos sexuales en ambientes nocturnos o de ocio. Por parte de los entes públicos (tanto de ámbito estatal, pero sobre todo en ámbito local) se han realizado campañas preventivas y de sensibilización, enfocando sobre la responsabilidad de los diferentes actores que intervienen y se encuentran presentes en la noche y en espacios donde se lleva a cabo con mayor frecuencia dicho fenómeno, incidiendo en la responsabilidad colectiva para erradicar estas violencias. Las campañas son de diversa índole, como la campaña del Área de la Juventud del Ayuntamiento de Málaga, en 2018, de sensibilización contra la SQ durante la feria de Málaga, con el lema “¿Para ti es diversión? Para nosotras es violación”; o la del Instituto Valenciano de la Juventud, para las fiestas navideñas del año 2016, que presentó la campaña “Vivir la vida y divertirnos”; o del Ayuntamiento de Pamplona que durante la fiesta de San Fermín ha presentado, en los últimos años, campañas para evitar las agresiones sexuales, y en concreto las cometidas mediante SQ; “por unas fiestas libres de agresiones sexistas” (2014), “Pamplona libre de agresiones sexistas” (2019). Todas estas campañas abordan una parte reducida del ocio nocturno, como son las fiestas populares de cada localidad que tienen lugar en determinados días del año, olvidando el ocio nocturno de carácter privado que tiene lugar durante los fines de semana^{24,25}. Aunque dichas campañas se dirigen al conjunto de la población y tiene como mensaje principal “No es no”, han visibilizado el fenómeno de la sumisión química, concienciando a la sociedad y, como consecuencia ha habido un incremento del número de denuncias de delitos sexuales mediante sumisión química. A pesar de ello, podría plantearse la duda sobre la efectividad de dichas campañas preventivas.

Por todo lo expuesto, entendemos que es clave disponer de una revisión bibliográfica sobre medidas y estrategias de prevención para evitar la comisión de esta tipología delictiva y la victimización sexual.

METODOLOGÍA

Se llevó a cabo una búsqueda bibliográfica en la base de datos PubMed en noviembre de 2019, sin limitación temporal, de artículos en español e inglés utilizando las siguientes palabras clave: sumisión química, prevención, Drug Facilitated Sexual Assault, prevention, education, chemical submission, drugs rape. La estrategia de búsqueda mediante operadores booleanos combinados se exponen en la tabla 1. Aplicando dicha estrategia de búsqueda en la base de datos PubMed, se seleccionaron los artículos tras ser revisado el título, resumen y texto completo teniendo en cuenta los criterios de inclusión y exclusión expuestos en la Tabla 2. La Figura 1 muestra la estrategia de depuración de la muestra.

RESULTADOS

Inicialmente se obtuvieron 210 trabajos, que tras la depuración de la muestra reportó una muestra final total de 12 artículos sobre la prevención de la sumisión química (Figura 1). A pesar de que no se encontró ningún trabajo dedicado exclusivamente a la prevención de los delitos sexuales mediante SQ, fueron incluidos en la revisión todos aquellos que hacían mención o dedicaban algún apartado de su trabajo a establecer métodos o formas de prevención respecto a esta tipología delictiva, así como la determinación de los factores de riesgo.

Las tablas 3, 4 y 5 exponen los trabajos incluidos en la muestra, que han sido clasificados de manera separada según el tipo de artículo atendiendo a la distinta evidencia científica de cada uno de ellos.

DISCUSIÓN

La mayoría de los artículos revisados apuntan que se trata de delitos que suelen ocurrir mayoritariamente en situaciones de ocio nocturno, con prevalencia en los días de fin de semana (desde el viernes hasta el domingo)². Además, todos los autores coinciden en que uno de los factores de riesgo más importante para la comisión de estos delitos es el consumo de alcohol, bien de manera individual, como es en la mayoría de casos de VQ, bien en concurrencia con otras drogas o con fármacos, más común en los casos de SQ². Asimismo, el consumo de alcohol crea una percepción positiva del comportamiento del agresor, casi siempre hombre²⁷, donde realiza comportamientos que demuestran que ve a la víctima (casi siempre mujer) como un individuo reactivo en lugar de un objeto sexual, y cualquier acto de naturaleza sexual puede ser tolerado en la sociedad.

Los estudios sobre esta correlación existente entre el consumo voluntario en exceso de bebidas alcohólicas, denominado *Heavy Episodic Drinking* (HED), han incidido en las mujeres universitarias, y en su situación de riesgo de ser víctimas de una agresión sexual. Desde esta perspectiva, la agresión sexual es considerada una de las consecuencias negativas atribuibles al HED; y la contribución del alcohol y otras drogas a la agresión sexual se ha incrementado durante los últimos 15-20 años¹¹.

Otros autores sugieren que la presencia o ausencia del uso lúdico de alcohol y/o drogas en la violación no es un factor distintivo útil, sino que es importante considerar quién consume alcohol y/o drogas. Y concluyen que el estado de la víctima es potencialmente más crítico que el estado del delincuente¹².

Prevención

Partiendo de la base de que el principal factor de riesgo de la SQ es el consumo de alcohol, bien de manera individual o conjuntamente con sustancias psicoactivas, las medidas de prevención van dirigidas mayoritariamente a evitar o reducir dicho consumo. El hecho de que el alcohol sea un producto económico, asequible y fácil de obtener, obliga a que dicho consumo deba abordarse de manera específica, aumentando la conciencia y la educación entre los jóvenes¹¹.

Para reducir la violencia sexual mediante SQ es esencial evaluar el uso y consumo de drogas y/o alcohol, así como también el abuso físico y sexual del ofensor hacia la víctima. Hay que realizar

esfuerzos para cambiar aquellas actitudes que promueven este tipo de delitos y tratar cuestiones acerca del sexo seguro, la autogestión, el apoyo del grupo social y la reducción del consumo de drogas y alcohol²⁹.

Los delitos sexuales facilitados por drogas se han convertido en un método cada vez más común de violencia sexual³⁰ y es por ello que los diversos estudios sugieren que todos los esfuerzos deben dirigirse en educar y prevenir, y centrarse en la aceptación del mito de la violación mediante SQ y la conciencia sobre el DFSA, destacando la necesidad de controlar el consumo de bebidas alcohólicas³².

Por otro lado, algunos autores consideran que un historial previo de victimización sexual influye en el comportamiento de las víctimas ante situaciones potencialmente amenazantes, y ello produce que aquellos programas de prevención tradicionales sean prácticamente ineficaces³². Los estudios sugieren que, en estos casos, debería establecerse un programa educativo dirigido a cómo responder de manera eficaz a los riesgos personales ante un posible asalto sexual mediante SQ, y prevenir, así, otra futura victimización³². Este hallazgo sugiere que la experiencia no supone un factor protector y subraya la necesidad de intervenciones sobre quienes ya han sido víctimas de DFSA para evitar eventos futuros.

La literatura científica coincide en que para implementar un programa de prevención hay que mostrar la existencia del vínculo entre el uso de sustancias y la victimización sexual. Además, tales programas deberían instruir a las víctimas a usar diversas estrategias cognitivas, conductuales y sociales para controlar la cantidad de alcohol y/o drogas que consumen y reconocer cuándo ellas, o sus compañeras tienen problemas cognitivos y físicos por dicho consumo. Así mismo, consideran que es importante promover el mensaje de limitar la ingesta de alcohol, y no tomar drogas como estrategias importantes de autoprotección contra la agresión sexual³³.

Obviamente, también la propia víctima, puede reducir las probabilidades de victimización cambiando aquellos comportamientos que hacen aumentar su vulnerabilidad, sin que ello implique responsabilidad en caso de sufrir una victimización.

En relación a las estrategias de prevención dirigidas a las víctimas, debe señalarse que algunos estudios realizados en campus universitarios de Estados Unidos han constatado la correlación que existe entre el consumo voluntario en exceso de bebidas alcohólicas. Desde esta perspectiva, la agresión sexual es considerada una de las consecuencias negativas atribuibles al HED. Y es por ello que la mayoría de los artículos revisados se han realizado en campus universitarios de Estados Unidos con programas de intervención y prevención para reducir el

alto consumo de alcohol de las estudiantes universitarias y así reducir las tasas de victimización sexual²⁷.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en la mayoría de los artículos revisados las estrategias de prevención van dirigidas a las mujeres, que son la mayoría de víctimas potenciales de estos delitos y que deben educarse específicamente sobre la relación entre las decisiones arriesgadas inducidas por las drogas, la reducción de la inhibición y la capacidad reducida de resistencia²⁶. Es necesario preparar a las mujeres para reconocer el riesgo de agresión sexual y responder de manera efectiva a dicho riesgo³². Frente a esto, hay autores que proponen que debe haber un cambio en los métodos de prevención para dejar de centrar toda la responsabilidad en que las mujeres se protejan y poner más énfasis en cambiar las actitudes masculinas que apoyan la visión de que las mujeres intoxicadas son una oportunidad para tener relaciones sexuales¹², así como educar sobre la realidad de que una mujer que está intoxicada puede ser incapaz de consentir el contacto sexual y que el uso de alcohol o drogas (o ambos) para incapacitar a una mujer con fines de sexo representa una agresión sexual³⁵.

Solo en los artículos de Schwartz³⁰ y de Payne-James²⁷ se establecen determinadas actuaciones preventivas de SQ. Estas estrategias de prevención generalmente se relacionan con formas de evitar la adicción subrepticia de DFSA en las bebidas alcohólicas; y por eso se aconseja a los jóvenes:

- No dejar las bebidas alcohólicas sin supervisión.
- Limitar las bebidas alcohólicas a un máximo de una o dos por hora.
- Beber con moderación, no tragar las bebidas alcohólicas.
- Prestar atención a las bebidas alcohólicas abiertas u ofrecidas por extraños.
- Dejar que tu cita sea la primera que beba una bebida en un bar o club.
- Evitar el consumo de alcohol en grupo y en concreto evitar participar en juegos donde esté implicada la bebida.
- Consultar con la policía local, que son una buena fuente de información, sobre la ubicación de bares, clubs y áreas donde se sabe que ha ocurrido una agresión sexual facilitada por drogas.
- Cuando te encuentres en un bar desconocido, observar directamente cómo el camarero te sirve la bebida.
- Sólo aceptar las bebidas que te sirve el camarero.
- Si la bebida abierta tiene un sabor, aspecto u olor extraño, no tomarla.

- Cuando regreses a la mesa, después de bailar, ir al baño o hacer una llamada telefónica, pedir una nueva bebida.
- En caso que te encuentres mareada o aturdida en un bar, club o fiesta, pedir ayuda.
- Si llegaste a un bar o a una fiesta con amigos, debes concretar un plan acordado con ellos para verificar tanto visual como verbalmente antes de salir por separado del lugar.
- Estar atento al comportamiento de los amigos; si uno de ellos se encuentra intoxicado o ebrio puede estar en peligro.

Tras lo expuesto hasta aquí, puede afirmarse que existe escasa bibliografía sobre medidas, métodos y estrategias de prevención sobre SQ. Además, se ha observado como gran parte de las medidas preventivas van dirigidas, normalmente, hacia las mujeres, para dotarles de herramientas de protección y para que asuman responsabilidad sobre su propio cuerpo, y muy pocas veces han ido enfocadas hacia el potencial agresor; por lo que han sido acusadas de caer en el sesgo histórico de educar a las mujeres en el miedo y liberar de responsabilidad a los hombres³⁶. La ausencia de estudios respecto a la prevención de la SQ, el riesgo de la normalización de la violencia sexual y la culpabilización de la víctima hace necesario que se profundice en los patrones y tendencias de estos delitos y que se creen campañas de prevención no solo dirigidas a las víctimas, mujeres en la mayoría de los casos, sino también a los potenciales agresores y al conjunto de la sociedad, que ha de huir de la normalización de la violencia sexual, poder identificar que se trata de una conducta constitutiva de delito y que debe ser penalizada por el entorno.

Nos encontramos ante un problema social donde existe una desigualdad de género, en la que la mujer, objeto de deseo sexual y víctima de la situación, es responsabilizada en ocasiones de haber generado la situación. Resultaría de utilidad enfocar la prevención de esta modalidad de victimización como un problema de salud pública, tanto por la intervención a realizar sobre el consumo, voluntario o no, de sustancias², como por la situación de inconsciencia o desinhibición de la víctima, y la tolerancia social frente a la promiscuidad, empujando a que los “guardianes capaces” actúen en defensa de situaciones de vulnerabilidad aparente de la víctima².

Además, de acuerdo con Martínez-Catena y Redondo³⁷, atendiendo a la diversidad de factores individuales y sociales deberían emplearse distintas medidas de prevención de estos delitos que cubran tanto los ámbitos de la prevención primaria como de la secundaria. La prevención primaria haría referencia aquí a todas aquellas intervenciones educativas generales en la familia y la escuela relativas a la educación sexual y social de los jóvenes, mientras que la prevención secundaria tendría un cariz más específico, con el propósito de evitar que las primeras

infracciones sexuales juveniles se repitan y consoliden. Es por ello, que el ámbito educativo tiene un papel muy relevante en lo que refiere a la prevención; hay que educar para denunciar este tipo de hechos, y a tener tolerancia cero en cualquier tipo de violencia sexual²⁴.

Como recomendaciones para la elaboración y el contenido de protocolos y campañas de prevención, se propone destacar los siguientes elementos:

- Que estos protocolos y campañas de prevención sean de carácter general, es decir, también destinados a las situaciones de ocio nocturno de carácter privado y no solamente a las fiestas populares.
- Que no vayan dirigidos exclusivamente a las mujeres sino a la sociedad en su conjunto, tanto a hombres como a mujeres.
- Que se dirijan no solamente al ambiente universitario, sino que se aborden ya en las escuelas de secundaria, realizando talleres de prevención. Así como ofrecer pautas y talleres de formación al personal de discotecas o bares, para detectar supuestos de una posible agresión sexual mediante SQ.
- Que en los protocolos y campañas se informe claramente sobre la SQ, sus factores de riesgo y sus consecuencias, así como establecer estrategias de prevención y cómo actuar ante un supuesto de SQ.
- Que estos protocolos incluyan la estrategias de prevención para evitar la adicción subrepticia de DFSA en las bebidas alcohólicas, teniendo en cuenta a las pautas previstas en los artículos de Schwartz³⁰ y de Payne-James²⁷.
- Que tenga un carácter transversal y se establezca una estrategia multidisciplinar donde puedan participar distintos profesionales (salud pública, colectivo educativo, mundo jurídico, criminológico y psicológico), liderados por el ámbito forense como gran conocedor del fenómeno de la SQ.

Bibliografía

1. Xifró-Collsamata A, Pujol-Robinat A, Barbería-Marcain E, Arroyo-Fernández A, Bertomeu-Ruiz A, Montero-Núñez F, et al. Estudio prospectivo de la sumisión química con finalidad sexual en Barcelona. *Med Clin (Barc)*. 2015;144:403-9.
2. Panyella-Carbó MN, Agustina JR, Martín-Fumadó C. Sumisión química versus vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias. *Revista Española de Investigación Criminológica*. 2019;17:1-23.

3. McGregor MJ, Ericksen J, Ronald LA, Janssen PA, Van Vliet A, Schulzer M. Rising incidence of hospital-reported drug-facilitated sexual assault in a large urban community in Canada; Retrospective population-based study. *Can J Public Health*. 2004;95:441-5.
4. Isorna-Folgar M, Fariña-Rivera F, Sierra JC, Vallejo-Medina C. Binge drinking: conductas sexuales de riesgo y drogas facilitadoras del asalto sexual en jóvenes españoles. *Sum Psic*. 2015;22:1-8.
5. Shbair M, Lhermitte M. Drug Facilitated Crimes: definitions, prevalence, difficulties and recommendations. A review. *Ann Pharm Fr*. 2010;68:136-47.
6. Xifró A. Drug-facilitated Sexual Assault. *Rev Esp Med Legal*. 2008;34:52.
7. García-Repetto R, Soria ML. Sumisión química: reto para el toxicólogo forense. *Rev Esp Med Legal*. 2011;37:105-12.
8. Hall JA, Moore CB. Drug facilitated sexual assault-a review. *J Forensic Leg Med*. 2008;15:291-7.
9. Becerra García, J.A. Epidemiología de la sumisión química con fines sexuales. *Med Clin (Barc)*. 2015;144(9):401–402.
10. Welner M. The perpetrators and their modus operandi. En: Le Beau M, Mozayani A. *Drug-Facilitated Sexual Assault: a Forensic Handbook*. Academic Press; 2001; p. 23.
11. Butler B, Welch J. Drug-facilitated sexual assault. *CMAJ*. 2009;180:493-4.
12. Horvath MA, Brown J. The role of drugs and alcohol in rape. *Med Sci Law*. 2006; 46:219-28.
13. García-Caballero C, Cruz-Landeira A, Quintela-Jorge O. Sumisión química en casos de presuntos delitos contra la libertad sexual analizados en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (Departamento de Madrid) durante los años 2010, 2011 y 2012. *Rev Esp Med Legal*. 2014;40:11-8.
14. Xifró A, Barbería E, Pujol A, Arroyo A, Bertomeu A, Montero F. Sumisión química: guía de actuación médico-forense. *Rev Esp Med Legal*. 2013;39:32-6.
15. Santurtún A, Agudo-Cuesta G, Zarrabeitia MT. Dificultades forenses y procesales de la Sumisión química. *Rev Esp Med Legal*. 2017; 43:173-5.
16. Sánchez Pérez JD, Fonbellida Velasco L. Delito Facilitado por sustancias versus sumisión química, aspectos legales. *Rev Esp Med Legal*. 2014;40:129.
17. Sancho de Salas M, Xifró-Collsamata A, Bertomeu-Ruiz A, Arroyo-Fernández A. Sumisión química con finalidad sexual: nuevos aspectos legales. *Rev Esp Med Legal*. 2012;38:41-2.
18. García-Repetto R, Soria ML. Consideraciones toxicológicas sobre supuestos casos de

- sumisión química en delitos de índole sexual en el sur de España entre los años 2010-2012. Rev Esp Med Legal. 2014;40:4-10.
19. Soria ML. Las nuevas drogas psicoactivas: populares y peligrosas. Rev Esp Med Legal. 2018;44:64-72.
 20. Soria ML. Conducción bajo la influencia de las nuevas sustancias psicoactivas. Rev Esp Med Legal. 2018;44:169-75.
 21. Agustina JR, Marco-Francia M-P. ¿Agresión o abuso sexual? Cuestiones forenses a propósito del caso de «La Manada». Rev Esp Med Legal. 2019. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2019.09.002>.
 22. Diccionario de la lengua española [página en internet]. España: Real Academia Española [actualización 2019; citado en enero 2020]. Disponible en: <https://dle.rae.es/prevenci%C3%B3n?m=form>.
 23. López Hidalgo, E. Sumisión química. Guía informativa para adolescentes y jóvenes. a informativa para adolescentes y jóvenes. Cuad Med Forense 2018;24(1-2):23-26.
 24. Echevarria Llarenas, M. Violència masclista i oci nocturn. Anàlisis de les principals campanyes de prevenció i protocols d'actuació a nivel municipal. Universitat de Barcelona. Trabajo Fin de Máster. 2017;1. Disponible en: <https://www.drogasgenero.info/wp-content/uploads/TFM-MarinaEchevarria%20ADa.pdf>.
 25. Giménez Manrique, L. Propuesta de formación en prevención y actuación ante las agresiones sexuales dirigida al personal que trabaja en los espacios de ocio nocturnos. Universitat de Illes Balears. Trabajo de Fin de Máster. (2018). Disponible en: https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/149039/tfm_2017-18_MV12_lgm010_1219.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
 26. Nicoletti A. Teens and drug facilitated sexual assault. J Pediatr Adolesc Gynecol. 2009; 22:187.
 27. Payne-James J, Rogers D. Drug-facilitated sexual assault, 'ladettes' and alcohol. J R Soc Med. 2002;95:326-7.
 28. Weir E. Drug-facilitated date rape. CMAJ. 2001;165:80.
 29. Elliott SM. Drug-facilitated sexual assault: educating women about the risks. Nurs Womens Health. 2008;12:30-7.
 30. Schwartz RH, Milteer R, LeBeau MA. Drug-facilitated sexual assault ('date rape'). South Med J. 2000;93:558-61.
 31. Carey KB, Durney SE, Shepardson RL, Carey MP. Precollege Predictors of Incapacitated Rape Among Female Students in Their First Year of College. J Stud Alcohol Drugs.

- 2015;76:829-37.
32. Crawford E, Wright MO, Birchmeier Z. Drug-facilitated sexual assault: college women's risk perception and behavioral choices. *J Am Coll Health*. 2008;57:261-72.
 33. Krebs CP, Lindquist CH, Warner TD, Fisher BS, Martin SL. College women's experiences with physically forced, alcohol or other drug-enabled, and drug-facilitated sexual assault before and since entering college. *J Am Coll Health*. 2009;57:639-47.
 34. Testa M, Hoffman JH. Naturally occurring changes in women's drinking from high school to college and implications for sexual victimization. *J Stud Alcohol Drugs*. 2012;73:26-33.
 35. Du Mont J, Macdonald S, Kosa D. An Examination of Victim, Assailant, and Assault Characteristics among Cases Classified as Predatory Drug-Facilitated Sexual Assault. *Womens Health Issues*. 2016; 26:393-400.
 36. Martínez Rebolledo A, Rebolledo Deschamps ML. Guía para jóvenes. Prevención de la violencia sexual y de género. 2019;1. [Consultado 22-12-2019] Disponible en: <https://ciudadano.gobex.es/documents/1062609/0/REVISTA+PARA+JOVENES++prevenci%C3%B3n+de+la+Violencia+Sexual.pdf/da471384-5b9f-46aa-a891-2a7432ed2de6>.
 37. Martínez-Catena A, Redondo S. Etiología, prevención y tratamiento de la delincuencia sexual. *Anuario de Psicología Jurídica*. 2016; 26:19-2.

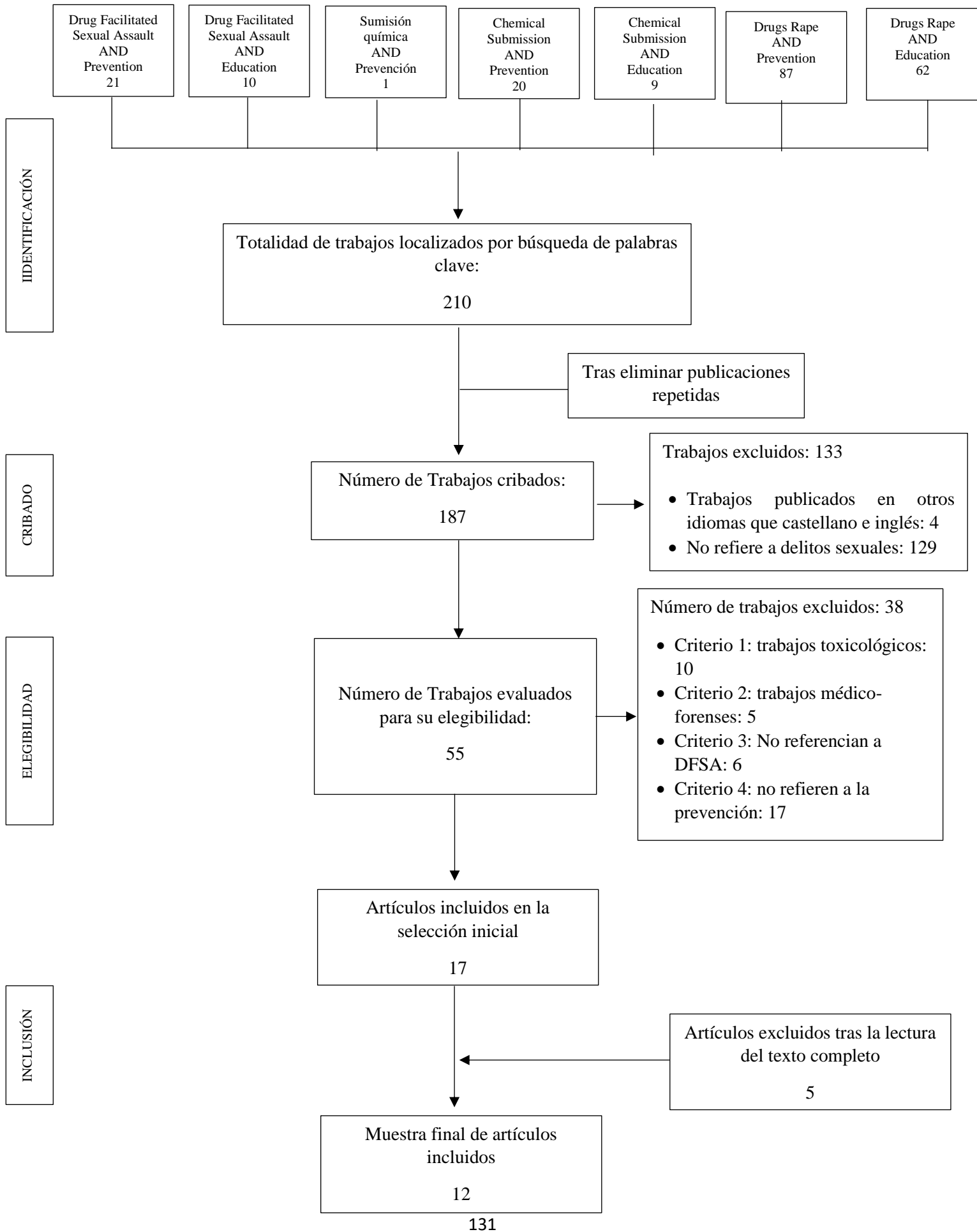


Tabla 1. Estrategias de la búsqueda bibliográfica.

Búsqueda	Palabras clave y operadores booleanos
1	Sumisión química AND prevención
2	Drug Facilitated Sexual Assault AND Prevention
3	Drug Facilitated Sexual Assault AND Education
4	Chemical Submission AND Prevention
5	Chemical Submission AND Education
6	Drugs Rape AND Prevention
7	Drugs Rape AND Education

Tabla 2. Criterios de inclusión y exclusión de los artículos revisados.

Criterios de inclusión	Criterios de exclusión
<ul style="list-style-type: none">- Trabajos publicados en español e inglés.- Trabajos que se refieren a delitos sexuales.- Trabajos que se refieren a DFSA.- Trabajos que se refieren a la prevención.	<ul style="list-style-type: none">- Trabajos publicados en otros idiomas distintos al español e inglés.- Trabajos que no refieren a delitos sexuales.- Trabajos de aspectos toxicológicos.- Trabajos de aspectos médico-forenses.- Trabajos que no hacen referencia a DFSA.- Trabajos que no se refieren a la prevención.

Tabla 3. Editoriales revisados.

Autor/Revista/Año	País	Título	Highlights
Butler B, Welch J CMAJ, 2009 ¹¹	Canadá	Drug-facilitated sexual assault	El alcohol y drogas son los elementos más comunes en los delitos sexuales. Se deben tomar muestras toxicológicas y de ADN para determinar evidencias de SQ. La prevención debe ir dirigida a la educación para reducir la victimización sexual.
Nicoletti A J Pediatr Adolesc Gynecol, 2009 ²⁶	Estados Unidos	Teens and drug facilitated sexual assault	Los delitos sexuales anulando la voluntad de la víctima han aumentado en los últimos tiempos. El alcohol es la sustancia más utilizada para estos delitos. Las estrategias de prevención deben ir dirigidas a concienciar sobre la relación que existe entre el uso de alcohol y drogas y las decisiones arriesgadas que toman las víctimas.
Payne-James J, Rogers D, J R Soc Med, 2002 ²⁷	Reino Unido	Drug-facilitated sexual assault, 'ladettes' and alcohol	Hay que prestar mucha atención a los delitos sexuales facilitados mediante drogas. Las sustancias utilizadas por los agresores son fáciles de obtener, fáciles de administrar, sitúan a la víctima en situación de inconciencia y causan amnesia anterógrada. Las estrategias de prevención se basan en no desatender a la bebida, dan pautas para evitar la victimización sexual.
Weir E CMAJ, 2001 ²⁸	Canadá	Drug-facilitated date rape	Las drogas de uso en los delitos sexuales producen sedación y amnesia lo que determina que las víctimas no puedan oponer resistencia. Las sustancias más comunes son alcohol, marihuana, cocaína, benzodiazepinas, heroína y anfetaminas. Como prevención recomiendan beber las bebidas alcohólicas lentamente, controlar la bebida y no desatenderla.

Tabla 4. Artículos de revisión revisados.

Autor/Revista/ Año	País	Título	Objetivos	Resultados y Conclusiones
Elliott SM, Nurs Womens Health, 2008 ²⁹	Estados Unidos	Drug-facilitated sexual assault: educating women about the risks	Examinar los factores que facilitan la comisión de estos delitos y establecer estrategias de prevención	<p>El consumo de alcohol se asoció a la violencia sexual.</p> <p>En la mayoría de casos (80%) las víctimas habían consumido voluntariamente altas cantidades de alcohol antes de ser asaltadas sexualmente.</p> <p>Los medicamentos y las drogas fueron consumidos voluntariamente por las víctimas en el 75% de los casos, y solo 22 casos mostraron drogas desconocidas por parte de las víctimas, que se les habían administrado subrepticamente.</p> <p>Conclusión:</p> <p>Existe una gran relación entre el consumo de alcohol y drogas y la violencia sexual.</p> <p>Para reducir la violencia en las citas, es necesario evaluar el uso y consumo de drogas y alcohol, así como el abuso físico y sexual.</p>
Hall JA, Moore CB, Journal of Forensic and Legal Medicine, 2008 ⁸	Reino Unido	Drug facilitated sexual assault-a review	Identificar los factores para entender las acusaciones de agresión sexual facilitado por drogas para los que trabajan en el ámbito policial y forense, y puedan obtener una mejor comprensión de las complejidades de estos delitos	<p>Se identifican efectos del alcohol en el comportamiento sexual</p> <p>Concurren altos niveles de alcohol en la victimización sexual</p> <p>Conclusión:</p> <p>Las especificaciones prácticas en los casos de los delitos sexuales deben ser consideradas a la luz de la evidencia del consumo excesivo de alcohol.</p> <p>Hay que hacer recomendaciones para sensibilizar a la sociedad de cualquier amenaza potencial, junto con estrategias para reducir la posibilidad de convertirse en una víctima sexual.</p>

<p>Schwartz RH, Milteer R, LeBeau MA South Med J, 2000³⁰</p>	<p>Estados Unidos (Alabama)</p>	<p>Drug-facilitated sexual assault ('date rape')</p>	<p>Revisar determinadas drogas denominadas "drogas de la violación", para proporcionar información sobre las pruebas para su detección en los laboratorios y ofrecer pautar para prevenir las agresiones sexuales facilitadas por drogas</p>	<p>Se consideran drogas de violación, junto con el alcohol, el rohypnol, el hydroxybutyrate y el butyrolactone. Estas sustancias afectan el sistema nervioso produciendo una rápida desinhibición por parte de la víctima, y una amnesia anterógrada. Con un análisis de orina dentro de las primeras 96 horas pueden llegar a determinar dichas sustancias. Como estrategias de prevención se encuentra la limitación del consumo de alcohol, no aceptar las bebidas que ofrezcan personas acabadas de conocer, no perder de vista la bebida, entre otras.</p> <p>Conclusión: DFSA ha aumentado en los últimos años. El alcohol es la sustancia que más se usa para anular la voluntad de la víctima y asaltarla sexualmente.</p>
---	---------------------------------	--	--	---

Tabla 5. Artículos originales revisados.

Autor/Revista/ Año	País	Título	Método	Muestra	Objetivos	Resultados y Conclusiones
Carey KB, Durney SE, Shepardson RL, Carey MP J Stud Alcohol Drugs, 2015 ³¹	Estados Unidos	Precollege Predictors of Incapacitated Rape Among Female Students	Estudio prospectivo, respondiendo una encuesta referencial y en el siguiente año tres encuestas de seguimiento.	483 mujeres que se encontraban en el primer año de Universidad.	Identificar los factores de riesgo asociados a la tentativa o consumación de violaciones estando la víctima incapacitada.	El alcohol es el factor principal que incapacita a la víctima para ser agredida sexualmente. Las mujeres que habían sido víctimas de violación estando incapacitadas por el consumo de alcohol antes de entrar en la universidad, tenían más conductas de riesgo para volver a ser víctimas. Conclusión: Hay que desarrollar e implementar estrategias de prevención dirigidas a las potenciales víctimas y que concienciaran que el “heavy episodic drinking” incrementa el riesgo de ser víctima de violación.
Crawford E, Wright MO, Birchmeier Z Journal Of American College Health, 2008 ³²	Estados Unidos	Drug-facilitated sexual assault: college women's risk perception and behavioral choices	Estudio descriptivo observacional, donde se debía evaluar el riesgo de violencia sexual en determinadas viñetas	400 mujeres universitarias	Investigar la relación entre la victimización previa, la percepción del riesgo, y la conducta para responder al DFSA en una fiesta universitaria donde hay alcohol.	Se percibe una situación de riesgo cuando alguien ofrece una bebida, pero no se percibe dicho riesgo cuando se desatiende la bebida que se está consumiendo. En el caso que alguien se encuentre indispuerto en una fiesta no se relaciona con las “drogas de violación”. Aquellas que ya habían sido víctimas sexuales, realizan más conductas de riesgo. Conclusión: Los programas de prevención e información sobre los riesgos del consumo de alcohol, así como la violación en citas, no son eficientes.
Horvath MA, Brown J Med Sci Law, 2006 ¹²	Reino Unido	The role of drugs and alcohol in rape	Comparativa de casos policiales de violación estando la víctima bajo la	184 casos policiales de violación ocurridos en el periodo 1999-2004: -93 casos policiales de violación donde la víctima se encontraba	Comparar los casos policiales analizando los siguientes elementos:	Existen diferencias entre aquellas violaciones en que la víctima se encuentra en estado de intoxicación y aquellas en que no lo está. Conclusión: Hay que concienciar sobre los riesgos del consumo excesivo de alcohol y proponer estrategias para

			influencia de alcohol o drogas de aquellos casos de violación en que la víctima no lo estaba.	bajo la influencia de alcohol o drogas. -91 casos policiales de violación, escogidos de manera aleatoria, donde la víctima no se encontraba bajo la influencia de dichas sustancias y el agresor había sido acusado de dicho delito.	<ul style="list-style-type: none"> - Lugar donde se comete el delito - Características de la víctima - Características del agresor - Comportamientos que ocurren durante la comisión del delito. 	que las víctimas puedan llegar seguras a su casa, o estar en un ambiente seguro mientras están en estado de intoxicación.
Krebs CP, Lindquist CH, Warner TD, Fisher BS, Martin SL Journal Of American College Health, 2009 ³³	Estados Unidos	College women's experiences with physically forced, alcohol- or other drug-enabled, and drug-facilitated sexual assault before and since entering college	Estudio de recopilación de datos sobre victimización sexual mediante una encuesta transversal.	5446 mujeres universitarias	Evaluar la relación que existe entre el consumo de alcohol y/o drogas en mujeres universitarias y el riesgo de sufrir una agresión sexual, y comparando estas situaciones antes y durante la universidad	El estudio demuestra que en la mayoría relaciones sexuales completas de mujeres universitarias, ocurren cuando éstas se encuentran incapacitadas por el consumo voluntario de alcohol. Hay que alentar a las universidades a desarrollar, implementar y evaluar en los campus universitarios programas de prevención, que incluya un componente educativo sobre la relación entre el consumo de alcohol y/o drogas con la victimización sexual; y enseñar a las estudiantes universitarias comportamientos y estrategias de prevención. Es importante promover el mensaje de no beber o consumir drogas en exceso ayuda a evitar la violencia sexual.
Testa M, Hoffman JH J Stud Alcohol Drugs, 2012 ³⁴	Estados Unidos	Naturally occurring changes in women's drinking from high school to college and	Estudio longitudinal de transición de la escuela secundaria a la universidad, mediante la	437 mujeres que estuvieron en el último curso de la escuela secundaria y empezaron el primer curso en la universidad	Examinar la hipótesis de que la relación entre el consumo de alcohol en la universidad es superior que en la escuela secundaria	Hay un incremento del consumo de alcohol durante la transición de la escuela secundaria al primer curso de universidad, produciéndose situaciones de heavy episodic drinking. Posteriormente, en el transcurso del primer al segundo curso el consumo de alcohol no incrementa.

		Implications for Sexual Victimization	respuesta de diversos cuestionarios			<p>El consumo de alcohol va relacionado con situaciones de incapacidad de la víctima en violaciones y otros supuestos de victimización sexual.</p> <p>Conclusión: Hay que encontrar estrategias para una prevención universal, y aplicarlas en la escuela secundaria para reducir los episodios de un elevado consumo de alcohol y así evitar la victimización sexual.</p>
--	--	---------------------------------------	-------------------------------------	--	--	---

Artículo 3

AGUSTINA, José Ramón y PANYELLA-CARBÓ, Maria Neus. (2020) Redefiniendo los delitos sexuales mediante el uso de sustancias psicoactivas. Aceptado en la Revista Política Criminal, Universidad de Talca, Chile.

Revista indexada en Nivel "A" en Carhus+.

En el artículo 3 se efectúa un análisis jurídico-dogmático, y jurisprudencial de esta tipología delictiva; se analiza su tipificación en el Código Penal español, se compara con la regulación que ofrece el Derecho Comparado (en concreto se analizan tanto la legislación como la jurisprudencia de Italia, Francia, Reino Unido y Chile), ya que la misma conducta puede ser tipificada como abuso sexual o como violación o agresión sexual. También, se examina en profundidad el consentimiento sexual, elemento esencial del tipo, tanto desde una vertiente dogmática (dentro de la teoría del delito y sus efectos), legal (ya que es un elemento esencial en el artículo 181.2 CP), así como analizar cuándo la jurisprudencia considera no concurre el consentimiento de la víctima, siendo la conducta delictiva, y en que supuestos hay consentimiento de la víctima, haciendo que la conducta cometida por el agresor sea impune (sobre todo en los casos de vulnerabilidad química o de víctima privada de sentido).

En este artículo, la doctoranda aparece como segunda autora. Su contribución en el artículo ha consistido en el estudio y análisis, tanto doctrinal como jurisprudencial, del artículo 181.2 CP, y su distinción (jurisprudencial) con otros delitos (como es el caso de los delitos económicos); en el análisis de las legislaciones de Derecho Comparado anteriormente enumeradas y su comparación con la legislación española; también ha contribuido en colaborar con el primer autor en el análisis de la dogmática del consentimiento sexual.

Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas²⁵⁸

Redefining Drug-Facilitated Sexual Crimes

José R. Agustina
Catedrático de Derecho penal y Criminología
Universitat Abat Oliba CEU
jagustinas@uao.es

Maria-Neus Panyella-Carbó
Abogada de la Generalitat de Catalunya
Investigadora pre-doctoral
Universitat Internacional de Catalunya
mnpanyella@uic.es

Resumen

La administración de sustancias psicoactivas a una persona, sin su consentimiento, para doblegar su voluntad y, sin su oposición, atentar contra su libertad sexual encuentra encaje en el Código penal español como forma típica de abuso sexual y *no* como agresión sexual, figura delictiva que requiere siempre violencia o intimidación. La jurisprudencia ha entendido que el hecho de anular mediante sustancias tóxicas la libre voluntad de la víctima no puede subsumirse dentro del concepto de violencia, a diferencia de los delitos contra el patrimonio, en los que sí se equipara la sumisión química a la violencia.

A la luz de las últimas tendencias, en relación al caso de *la Manada* y al denominado *#MeToo movement*, se ha intensificado el debate social en torno a si la tolerancia cero frente a toda forma de condicionamiento o abuso sexual requiere una respuesta penal más contundente o si se deben equiparar los distintos tipos de ataque, desterrando la figura del abuso sexual. En este artículo se realiza, en primer lugar, un análisis contextual, doctrinal y jurisprudencial del artículo 181.2 del Código Penal español en lo que respecta al abuso sexual mediante sumisión química y los supuestos de vulnerabilidad química (en los que el origen de la intoxicación es voluntario); en segundo lugar, se examinan algunos ejemplos en Derecho comparado, con la finalidad de estudiar las diferencias existentes a la hora de tratar esta tipología delictiva, enmarcándolas en la perspectiva de género que, en los últimos años, está influyendo sustancialmente en el Derecho penal sexual. Y, en tercer lugar, tras el necesario análisis dogmático de las distintas cuestiones que se plantean en torno al consentimiento sexual, se propone una taxonomía de los delitos sexuales cometidos en ausencia de consentimiento y algunas directrices para una eventual reforma legislativa.

Palabras clave:

²⁵⁸ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto “Criminología, evidencias empíricas y política criminal” (Ref. DER2017-86204-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Sumisión química; consentimiento sexual; abuso sexual; agresión sexual; perspectiva de género.

Abstract:

In the Criminal Law and criminological context, chemical submission involves the administration of psychoactive substances to a person, without their consent, for criminal purposes. It is a particularly treacherous way to break the will of the victim in order to commit a crime without their opposition, because the victim is unable to give their consent freely or present resistance to their attacker.

In cases of sexual crimes, these behaviors are classified, in the Spanish Criminal Code, as sexual abuse and not as sexual assault. The act of drugging a person without their consent or knowledge is not within the concept of violence according to the law and jurisprudence. On the other hand, it is considered as such in crimes against property.

In light of the latest trends in relation to the case of “La Manada” and the #MeToo movement, an important social debate has intensified about if zero tolerance for any form of sexual conditioning or abuse requires a hard-criminal response and even if the different types of attack must be equated. In this article, first, the authors take a contextual, doctrinal and jurisprudential analysis of article 181.2 of the Spanish Criminal Code, where sexual abuse by chemical submission is regulated besides other forms of drug-facilitated sexual assaults; second, they examine some examples in comparative law, with the purpose of studying the differences that exist in this criminal typology, in the context of the nowadays influence of feminist movement in Criminal Law. And third, after a doctrinal analysis on the different issues regarding sexual consent, the authors propose a taxonomy of sex crimes committed without consent and some guidelines to consider before an eventual legal reform.

Keywords:

Drug-facilitated sexual assault; sexual consent; sexual abuse; sexual assault; gender perspective.

Introducción

Desde antiguo se distinguían dos formas tradicionales por las que se podía cometer un delito: *duobus modis fit iniuria: aut vi, aut fraude*²⁵⁹. Como muestra esta conocida máxima, extraída de la obra de Marco Tulio Cicerón, se consideraba así que todo hecho delictivo —y, por tanto, toda victimización—podía reducirse a una única disyuntiva en los medios comisivos: fuerza o engaño. Sin embargo, con el paso de los siglos y el avance de la técnica, la ciencia y el conocimiento humano, aquel *duobus modis fit iniuria* ha dado lugar a una multiplicidad de medios de comisión de diversa naturaleza. El abanico de posibilidades comisivas, con una significación distintiva y una respuesta penal en ocasiones diversa²⁶⁰, se extiende desde el uso de violencia, intimidación o fuerza en las

²⁵⁹ “Existen dos modos de cometer los delitos: bien mediante fuerza, bien mediante engaño”: CICERON, Marco Tulio, *De officiis*, Liber I, Caput 13.

²⁶⁰ Así, por ejemplo, en el Código Penal español se castigan los ataques al patrimonio de forma diversa: cuando es mediante astucia (hurto), con pena de prisión de 6 a 18 meses; mediante fuerza en las cosas, con prisión de 1 a 3 años; con violencia o intimidación, con prisión de 2 a 5 años; y mediante engaño (estafa),

cosas, hasta diversas formas de engaño o abuso de situaciones de hecho provocadas, facilitadas o aprovechadas por quien pretende someter a un tercero a sus propios deseos²⁶¹. Entre las distintas modalidades de doblegar la voluntad de la víctima, se encuentra también la utilización de sustancias naturales o químicas que tengan por efecto reducir de forma considerable (llegando incluso a anularlas), las capacidades intelectivas y volitivas de la víctima. En esta concreta modalidad de sometimiento se centrarán las líneas que siguen, poniéndola en relación con los atentados de naturaleza sexual.

Mediante lo que ha venido a denominarse (de forma poco acertada)²⁶² “sumisión química” (en adelante, “SQ”), se entiende aquella utilización por parte del atacante de sustancias psicoactivas con fines delictivos con la intención de manipular la voluntad de las personas o modificar su comportamiento²⁶³. Esta denominación se empleó por primera vez en 1982, en Francia, por Poyen, Rodor, Jouve, Galland, Lots y Jouglard²⁶⁴, al referirse a la *soumission chimique* para significar con dichos términos aquella administración de una sustancia a una persona sin su conocimiento, con el fin de provocar una modificación de su grado de vigilancia, estado de consciencia y capacidad de juicio. De forma separada, conviene referirse a los casos en que la víctima reconoce el consumo voluntario de medicamentos, sustancias psicoactivas o ambas simultáneamente, como supuestos de vulnerabilidad química (en adelante “VQ”)²⁶⁵.

En terminología anglosajona, para hacer referencia al uso fraudulento de sustancias para cometer delitos se viene utilizando, por su parte, la expresión *drug-facilitated crime* (en adelante, DFC) o *drug-facilitated assault* (en adelante, DFA), que podría traducirse literalmente como “delito facilitado por drogas o sustancias psicoactivas” (en adelante, DFS).

En cuanto al tipo de delito, las diversas sustancias abarcadas por el constructo SQ se han venido empleando tanto en delitos de naturaleza económica (para atentar, por ejemplo, contra el patrimonio de la víctima por medio de una influencia indebida en ancianos²⁶⁶), como sobre todo en delitos de carácter sexual. En estos últimos, a pesar de no tratarse de un fenómeno nuevo, se ha observado en el contexto español e internacional —en concreto, desde finales de la década de los noventa del siglo pasado— un incremento del número de casos en los que se constata una sospecha razonable de SQ (y no de mera VQ)²⁶⁷. Téngase en cuenta que, por las características criminológicas y *modus operandi* (suministro subrepticio, sedación, amnesia anterógrada, estados confusionales, etc.), la cifra negra es muy poco controlable, lo que provoca que la zona gris entre VQ-SQ sea muy amplia. Y, en cuanto al tipo de sustancias empleadas, las drogas utilizadas son

con prisión de 6 meses a 3 años. Sería interesante, a este respecto, analizar si en ese *duobus modis* de Cicerón se debería buscar algún tipo de equivalencia valorativa, aunque en principio el uso de violencia (con su afectación a bienes de naturaleza personal) se considera más grave.

²⁶¹ Véase, a este respecto, *mutatis mutandis*, la sugerente obra de Stuart P. GREEN (2012).

²⁶² Véase en este punto nuestro trabajo previo: PANYELLA-CARBÓ, AGUSTINA, y MARTIN-FUMADÓ (2019), p. 2.

²⁶³ Entre otros, GARCÍA-REPETTO y SORIA (2011), p. 106.

²⁶⁴ ISORNA-FOLGAR *et al.* (2017), p. 263.

²⁶⁵ PANYELLA-CARBÓ *et al.* (2019), *passim*. En tales casos, la vulnerabilidad no prejuzga ni condiciona el juicio de desvalor sobre la conducta del ofensor, sin perjuicio de que facilite que éste no necesite emplear otros medios de ataque (a los que podría estar predispuesto) o se aproveche de esa situación de una forma antijurídica en parte distinta.

²⁶⁶ O para obtener de otra persona su tarjeta bancaria previo suministro de drogas y retirar fondos en cajeros automáticos sin que la víctima pueda recordar quién o cómo se accedió a su tarjeta.

²⁶⁷ Véase, GARCÍA-REPETTO y SORIA (2011), p. 106; ISORNA y RIAL-BOURBETA (2015), p. 138; SANCHEZ PÉREZ y FONBELLIDA VELASCO (2014), p.129; MCGREGOR *et al.* (2004), p. 443.

aquellas que actúan como depresores del sistema central nervioso, entre las que el alcohol ha sido el mayormente asociado a delitos sexuales en la literatura científica internacional²⁶⁸. Todo ello ha llevado a calificar dicho fenómeno como un problema de salud pública²⁶⁹, afectando a amplios sectores de población juvenil, especialmente a las mujeres²⁷⁰.

Para referirse a este tipo de delitos de naturaleza sexual se comenzó a utilizar el acrónimo de origen anglosajón DFSA (*drug-facilitated sexual assault*). En 2007 el *Advisory Council on the Misuse of Drugs* (UK) lo definió como todo acto en el que se perpetra una actividad sexual sobre una persona que sufre los efectos de drogas de abuso o medicamentos, con independencia de que la administración haya sido forzada o voluntaria, o que la víctima consumiera sustancias legales de manera controlada²⁷¹.

En el contexto de los delitos sexuales cometidos mediante el uso de sustancias (DFSA) se han venido distinguiendo distintas modalidades de SQ. Así, en la literatura científica del ámbito médico-forense se diferencian dos tipos: (1) los casos de SQ premeditada o proactiva, en los que el asaltante proporciona a la víctima una sustancia incapacitante y desinhibidora con el objetivo de someterla sexualmente (administrándose la sustancia sin consentimiento ni conocimiento por parte de la víctima); y (2) los casos de SQ oportunista, en los que el agresor se aprovecha de la víctima que se encuentra en estado de inconsciencia a causa de alguna sustancia que ha consumido ella misma voluntariamente. Para este segundo grupo de casos se ha utilizado también la denominación VQ. En relación a esta distinción, también encontramos la denominación y diferenciación entre *date-rape* para referirse a violaciones cometidas con ocasión de una cita (que entraría en el grupo de casos de DSFA oportunista) y *drug-rape*, entendiéndose como tal, la acción de drogar a la víctima con el fin de seguidamente violarla (que se incardinaría en los DFSA de carácter premeditado)²⁷².

También algunos autores se refieren a un tercer tipo de SQ de carácter mixto²⁷³: cuando la víctima está tomando una sustancia que puede alterar su capacidad volitiva (por ejemplo, alcohol), en la que el agresor introduce subrepticamente algún producto que acelera o asegura el efecto de sumisión pretendido.

²⁶⁸ Tras el alcohol, respecto a la variedad de sustancias químicas utilizadas con fines sexuales (medicamentos del grupo de las benzodiazepinas y derivados del cannabis, éxtasis, ketamina o la famosa escopolamina o burundanga), véase, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2008) *Sexual Assaults Facilitated by Drugs or Alcohol*. European Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction, pp. 4-5. Disponible en:

http://www.emcdda.europa.eu/publications/technical-datasheets/dfsa_en (visitado el 15.02.2020).

²⁶⁹ XIFRÓ, BARBERÍA y PUJOL (2014), p. 2.

²⁷⁰ Obviamente, no se trata de culpabilizar a la mujer que consume alcohol en un entorno de ocio nocturno, sino simplemente de identificar factores de riesgo de los que se aprovechan potenciales ofensores, ya sea de forma activa o pasiva. TESTA y LIVINGSTON (2009), en su revisión de la literatura criminológica sobre el uso de sustancias por parte de mujeres como factor de riesgo de victimización sexual, apuntan que los puntuales consumos excesivos de alcohol son un factor de riesgo próximo, de modo particular entre estudiantes universitarios. Al menos la mitad de los delitos registrados guardan relación con el consumo de alcohol y la mayoría de violaciones de mujeres universitarias ocurren cuando la víctima se halla demasiado intoxicada para resistir.

²⁷¹ Advisory Council on the Misuse of Drugs (2007) *ACMD Drug Facilitated Sexual Assault (DFSA) report 2007*, pp. 1-18. Disponible en:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/119111/ACMDDFSFA.pdf (visitado el 25 de enero de 2020).

²⁷² BUTLER Y WELCH (2009), p. 493; GÁLVEZ, *et al.* (2011), p. 492.

²⁷³ WELNER (2001), p. 23; BARRUTIA (2015), p. 13.

Sea como fuere, el nexo común de estas tres modalidades es que dicha administración (propia, ajena o inducida) produce en la víctima una incapacidad o inconsciencia que permite o facilita que el hecho criminal (en concreto, el delito sexual), tenga lugar, al posibilitar que la persona se encuentre bajo unos efectos que reducen significativamente o anulan su autonomía sexual generando un estado de vulnerabilidad (provocada o aprovechada por el sujeto activo).

Por lo que respecta a la tipificación penal de este tipo de conductas gravemente atentatorias contra la libertad e indemnidad sexuales, en los últimos años se han venido incorporando nuevas formas delictivas *ad hoc* a los códigos y leyes penales de los países de nuestro entorno, tanto en el ámbito anglosajón como en los países con un sistema enraizado en la tradición jurídica europeo-continental del *civil law*. En España, se incorporó con una regulación específica a partir de la reforma del Código Penal (en adelante “CP”) operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, que incluyó la mención entre los abusos no consentidos de los cometidos “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).

Con todo, dichas adaptaciones legislativas (que contemplan el uso de sustancias psicoactivas como medio comisivo) plantean distintos problemas de encaje, tanto desde el punto de vista dogmático como criminológico. En particular, acerca de si esta nueva forma comisiva se debe equiparar o no, desde el punto de vista valorativo, a las tradicionales formas comisivas que caracterizan los atentados sexuales más graves: a saber, el uso de violencia (*vis absoluta*) o de intimidación (*vis relativa*). Esta cuestión es aún más controvertida si, como sucedió con la reforma española de 2010, ésta tiene por efecto impedir dicha equiparación al ubicarse de forma expresa la SQ entre las formas de abuso sexual. Así las cosas, con el nuevo tenor literal, se impide en virtud del principio de legalidad la incardinación de supuestos de SQ como supuesto de agresión sexual al rebasarse el sentido literal del tipo, pues, como veremos, ya no cabría argumentar que la utilización de SQ puede ser una forma más de violencia²⁷⁴.

La ausencia de esta necesaria reflexión se ha hecho más evidente, si cabe, ante casos como el que recientemente ha convulsionado la sociedad española en relación con la violación perpetrada en grupo durante las fiestas de los Sanfermines. En dicho caso (conocido en los medios de comunicación por su referencia a los sujetos activos como “la Manada”), se atentó sexualmente contra una joven que había ingerido algún tipo de sustancia psicoactiva y presentaba dudosos síntomas de poder consentir libremente a una interacción sexual en la que se mostraba la víctima en una actitud manifiestamente pasiva²⁷⁵. Lo mismo ha sucedido con la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de

²⁷⁴ En este sentido, un sector de la doctrina llega a considerarla como un “puñetazo químico”, que la haría merecedora de un tratamiento punitivo equivalente al de las agresiones sexuales, y la violación, en su caso: entre otros, TORRES FERNÁNDEZ (2019), p. 681; LASCURAÍN SÁNCHEZ (2018), pp. 18-19; MUÑOZ CONDE (2019), p. 294; SANCHO DE SALAS, XIFRÓ COLLSAMATA, BERTOMEU RUÍZ y ARROYO FERNÁNDEZ (2012), p. 41.

²⁷⁵ Según el relato fáctico recogido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 6ª, núm. 38/2018, de 20 de marzo, en la madrugada del 7 julio de 2016, durante la fiesta de los Sanfermines un grupo de cinco hombres, atentaron sexualmente a una chica de dieciocho años que se encontraba intoxicada por haber ingerido alcohol (realizadas las pruebas de detección de alcohol se determinó un resultado positivo de 0,91+/- 0,05 g/l de alcohol en sangre y 1,46 +/- 0,06 g/l de alcohol en orina). Todos los procesados la penetraron bucalmente, vaginalmente por tres de ellos y uno la penetró también analmente. El Tribunal no apreció indicios de violencia o intimidación, en tanto que la víctima, a su juicio, no pudo oponer resistencia atendiendo a su estado de aturdimiento por el consumo previo de tóxicos o alcohol, y los absolvió del delito de agresión sexual tipificado en el art. 179 del Código Penal español, y aprecia el delito de abuso sexual

Barcelona núm. 813/2019, de 31 de octubre²⁷⁶, en el caso denominado “la Manada de Manresa”, donde se han acabado calificando los hechos como abuso sexual (y no como agresión sexual, tal y como solicitaba la Fiscalía), por los siguientes motivos.

“De la prueba practicada, [...] queda acreditado que la víctima, mientras se producían los hechos, y desde momentos antes hasta horas posteriores a los hechos sucedidos, se encontraba en un estado de inconsciencia, sin saber qué hacía y qué no hacía y, consecuentemente, sin poder determinarse y aceptar u oponerse a las relaciones sexuales que mantuvieron con ella la mayor parte de los procesados, los cuales pudieron realizar los actos sexuales sin utilizar ningún tipo de violencia o intimidación para vencer una oposición que no existió u obtener un consentimiento que la mujer no estaba en condiciones de poder dar. Es decir, que se está delante de la hipótesis que prevé el artículo 181.2 CP”²⁷⁷.

A este respecto, conviene distinguir la *cuestión penológica* (o del *quantum* de pena) y la *cuestión de la equivalencia valorativa* (que incluiría la problemática del *nomen iuris*). La cuestión de *quantum* de pena que merece un determinado tipo delictivo en concreto miraría a si la pena imponible es suficiente desde los distintos puntos de vista (preventivo-general, preventivo-especial, retributivo, entre otros). En cambio, la perspectiva de la equivalencia valorativa no solo plantea un problema interpretativo *de lege lata*, sino que abre las puertas a consideraciones comparativas entre tipos de delitos y marcos penológicos asociados. ¿Da lo mismo drogar que aporrear a la víctima? ¿Merece el mismo reproche? Y, finalmente, ¿Deben recibir nombres distintos? Si los abusos sexuales mediante SQ se equipararan penológicamente a una violación sin cambiar el nombre, ¿No se estaría lanzando un mensaje que culpabilizaría a la mujer o restaría desvalor al sujeto que perpetra una *violación*?

En todo este contexto, parece pues que la configuración de los delitos sexuales mediante SQ requiere de un especial enfoque valorativo, ya que se trata de un ataque especialmente grave por la alevosía que le es inherente: imposibilita de forma absoluta cualquier tipo de resistencia o defensa por parte de la víctima. En efecto, el empleo de sustancias psicoactivas supone una anulación completa, o muy significativa, de la capacidad de emitir cualquier tipo de consentimiento válido para participar en una actividad de índole sexual, por encontrarse la víctima plenamente incapacitada a causa de la administración de dichas sustancias.

En el presente artículo, se pretende (1) analizar críticamente, en primer lugar, la configuración del tipo penal previsto en el artículo 181.2 del Código Penal español desde

con prevalimiento, art. 181.3 del Código Penal y condena a los procesados a nueve años de prisión y a indemnizar a la víctima de forma solidaria con una cantidad de 50.000€. Dicha sentencia ha sido recurrida ante el Tribunal Supremo el cual, en su sentencia núm. 344/2019 de 4 de julio, resolvió admitir el recurso de casación y pasó a condenar a los procesados por delito continuado de violación de los arts. 178 y 179 del Código Penal español, imponiendo a cada uno de los acusados una pena de 15 años de prisión, con la obligación de indemnizar a la víctima de forma solidaria con una cantidad de 100.000€. Para un análisis breve del caso, véase AGUSTINA y MARCO (2019).

²⁷⁶ Según el relato fáctico de los hechos, en la medianoche del 29 de octubre de 2016 se unió un grupo de personas para hacer un “botellón” en una fábrica abandonada en la localidad de Manresa. Allí se encontraban los condenados y la víctima. La víctima era una persona con baja tolerancia al alcohol, bebió bebidas alcohólicas y fumó algún “porro” de marihuana, llegando a perder la conciencia de lo que sucedía y de lo que hacía. Los procesados aprovecharon dicha circunstancia para mantener relaciones sexuales con la víctima penetrándola vaginalmente, y alguno de ellos también lo hizo bucalmente. La sentencia los condenó a penas de prisión que van desde los 10 a los 12 años, debiendo además indemnizar a la víctima con 12.000 euros. Esta sentencia no es firme y seguramente será recurrida en apelación ante el Tribunal Supremo.

²⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 813/2019, de 31 de octubre, FJ3.

el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, atendiendo a la interpretación que viene efectuando la jurisprudencia española en los distintos grupos de casos en que puede concurrir la sumisión química; en segundo lugar, (2) examinar algunos ejemplos especialmente significativos en derecho comparado, a fin de estudiar las diferencias existentes a la hora de tratar esta tipología delictiva. En concreto, se analizarán las soluciones jurídicas (ya sea a nivel legislativo o jurisprudencial) en Italia, Francia, Reino Unido y Chile. Y todo ello se realizará, con el objetivo de (3) ahondar en las cuestiones dogmáticas que suscita el consentimiento sexual y, tras plantear una taxonomía de los delitos sexuales cometidos en ausencia de consentimiento, apuntar las oportunas mejoras en la legislación (de *lege ferenda*), o en la aplicación e interpretación de dicho precepto.

Desde el punto de vista dogmático, los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química plantean *prima facie* tres cuestiones de enorme calado: (1) ¿Por qué razón la ley o el sistema de justicia debería (en su caso) partir en atención a determinadas circunstancias de la presunción de que no concurría consentimiento?²⁷⁸; (2) ¿Hasta dónde deben llegar los deberes de autoprotección de la víctima en casos en los que, mediante la doctrina de la *actio libera in causa*, la víctima pudo prever su posterior incapacidad para consentir y, pese a ello, inició voluntariamente dicha situación de vulnerabilidad?; y (3) ¿Qué estándares de diligencia debida se deberían exigir al sujeto activo para que, de forma proactiva, tuviera que cerciorarse del consentimiento válido y efectivo de la víctima, y cómo se debería definir ese grado de consentimiento que habilitara para establecer el espacio de riesgo permitido en una sociedad que acepta contextos de intoxicación incapacitante como una forma de evasión y de ocio nocturno normal?

1. La sumisión química con finalidad sexual en el Código Penal español

En el Código Penal español, las conductas atentatorias contra la libertad sexual se incardinan en el Título VIII del Libro II (“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”). La clasificación de los delitos prevista en este título atiende, como primer criterio definitorio, al *grado de lesión de la libertad* de la víctima; y, como segundo criterio, a la *intensidad del contacto sexual*, que se conjuga como elemento que conduce a una pena agravada cuando concurre “acceso carnal”. Así, en los capítulos primero y segundo se distinguen los delitos de agresiones sexuales y los delitos de abusos sexuales. La diferencia entre ambos delitos radica en el grado de lesión de la libertad de la víctima: mientras que en los delitos de agresión sexual debe concurrir violencia o la intimidación, en los delitos de abusos sexuales, en cambio, se castigan aquellas conductas no consentidas pero realizadas sin el recurso a violencia o intimidación. La existencia de violencia o intimidación o, para usar un concepto abarcador de ambos, el mayor *grado de doblegamiento de la voluntad* de la víctima constituye el elemento diferenciador entre las conductas de agresión sexual y abuso sexual, que justifica marcos penológicos muy diversos²⁷⁹ (prisión de 1 a 5 años en las agresiones frente a 1 a 3 años o multa en los abusos sexuales). Esa distinción se complementa en función de circunstancias agravantes con base en la diferente intensidad lesiva entre acceso carnal (y hechos equiparados) y, por exclusión, actos de contenido sexual sin acceso carnal²⁸⁰.

²⁷⁸ Véase, al respecto, GREEN (2020), capítulo 8.

²⁷⁹ Véase, al respecto, GONZÁLEZ GUERRA (2015), p. 104.

²⁸⁰ GARCÍA ALBERO y MORALES PRATS (2016) valoran positivamente la clasificación en función de los medios empleados. Para un análisis doctrinal en profundidad, véase, TORRES HERNANDEZ (2019); CUERDA ARNAU (2018); RAGUÈS y VALLÉS (2019); ASÚA BATARRITA (1998); BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2004); GÓMEZ TOMILLO (2005); GONEAGA OLAIZOLA (1997).

Esta forma de catalogación de los delitos contra la libertad sexual ha producido cierta confusión, como ha reconocido en varias sentencias el Tribunal Supremo. Entre ellas, cabe destacar la STS núm. 334/2019, de 4 de julio, en la que se afirma lo siguiente.

“El error procede de la confusión de identificar la agresión sexual con el antiguo delito de violación, es decir con la concurrencia de penetración, y no como sucede en el modelo de tipificación actual, con la concurrencia de violencia o intimidación. Por ello es procedente recalcar, para evitar la reiteración de estos errores, que en el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación”²⁸¹.

Dentro de los delitos de agresiones sexuales, se tipifica el tipo básico (art. 178 del CP) que comprende un ataque a la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, sin que haya acceso carnal (o introducción de miembros corporales u objetos). La violencia debe estar destinada a doblar la resistencia de la víctima a fin de someterla a la actividad sexual, aunque hoy en día ya no es exigible una resistencia razonable ante el agresor, bastando con la constatación de la voluntad contraria de la víctima. Y en cuanto a la intimidación, es claro que debe tener entidad suficiente²⁸², dada la gravísima pena prevista, que puede llegar hasta los doce años. Por su parte, el tipo agravado del delito de agresión sexual (denominado *violación*)²⁸³, viene dado por el segundo criterio de diferenciación, y solo se producirá cuando haya acceso carnal, sea por vía vaginal, anal o bucal, o mediante introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (art. 179 del CP). Adicionalmente, se prevén los correspondientes subtipos agravados en el artículo 180 del Código penal, de manera que las penas se incrementan por la dinámica de la acción (particularmente denigrante o vejatoria), la utilización de medios peligrosos (armas u otros medios), el incremento personal de los sujetos activos (actuación conjunta de dos o más personas), la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y agresor (relación de superioridad o parentesco)²⁸⁴.

Por otro lado, en los delitos de abusos sexuales, se atenta contra la libertad sexual de la víctima, pero, a diferencia de los delitos de agresión sexual, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento o con consentimiento viciado (art. 181.1 del CP). La no utilización de tales medios se traduce en un marco penológico sensiblemente inferior²⁸⁵. Entre las distintas modalidades de abuso sexual se encuentran ciertos supuestos que por disposición legal tienen la categoría de *abusos no consentidos*: (i) los cometidos sobre personas privadas de sentido; (ii) sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare, y

²⁸¹ SSTS núm. 344/2019, de 4 de julio, FJ 7.

²⁸² CUERDA ARNAU (2018), p. 112, entiende que debe ser suficiente en el contexto de las circunstancias concurrentes de modo que resulte bastante para someter o suprimir la voluntad de la víctima.

²⁸³ Como señala TORRES HERNÁNDEZ (2019), p. 673, no siempre ha recibido ese nombre: por ejemplo, en la redacción originaria del Código Penal de 1995 desapareció ese *nomen iuris*, lo que tuvo una acogida dispar entre la doctrina. Sobre la evolución histórica del delito de violación en el Derecho Penal español, véase FARALDO CABANA (2018), pp. 31-70.

²⁸⁴ Véase, a este respecto, STS núm. 344/2019, de 4 de julio.

²⁸⁵ El tipo básico de agresiones sexuales tiene un marco penológico de 1 a 5 años de prisión; mientras que los abusos sexuales de 1 a 3 años de prisión o multa. Valora de forma positiva esta diferenciación CANCIO MELIÁ (1996), p. 8, pues considera que “no merece el mismo tratamiento jurídico penal el comportamiento de quien mantiene un contacto sexual con una persona incapaz de autodeterminarse en el ámbito sexual (sea porque de hecho está privada de sentido o porque no tiene la madurez necesaria para hacerlo) que el de quien coarta la libertad de otro obligándolo por violencia o intimidación a soportar actos sexuales”. Con todo, esta cuestión nos parece discutible, como veremos más adelante.

(iii) los supuestos de anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de sustancias idóneas a tal efecto. En grupo separado se recogerían (iv) los abusos sexuales cometidos *con consentimiento viciado*, por obtenerse éste bien con prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

De la misma manera que en los delitos de agresiones sexuales, el Código Penal español prevé en los delitos de abusos sexuales unos subtipos agravados como, entre otros, los casos de víctimas especialmente vulnerables (por edad, enfermedad, discapacidad o situación), o en los que concurra una relación (de superioridad o parentesco) entre víctima y agresor.

Por último, siguiendo los mismos criterios tipológicos, el legislador ha considerado agresiones o abusos sexuales agravados los supuestos en que la víctima sea menor de edad, dada su falta de madurez para consentir en el ámbito de su sexualidad, distinguiendo el Código Penal entre (1) las acciones sobre mayores de 16 años y menores de 18 años, siempre y cuando el autor del delito se haya aprovechado del engaño que haya desplegado o abuse de una posición reconocida de confianza (art. 182); y (2) las acciones de carácter sexual con menores de 16 años, en las diversas variedades que se tipifican (art. 183)²⁸⁶. En el caso de menores de dieciséis años rige desde la reforma de 2015 una presunción *iuris tantum* de falta de consentimiento no exenta de polémica doctrinal²⁸⁷.

Centrándonos ya en el apartado segundo del art. 181, en el mismo se recogen determinados supuestos donde el legislador presume *ope legis* que no ha habido consentimiento válido de la víctima. Estos supuestos son, en concreto, (1) cuando la víctima se hallare privada de sentido, (2) padezca un trastorno mental, o (3) cuando se haya anulado su voluntad mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia, natural o química, idónea a tal efecto.

De acuerdo con la jurisprudencia, para que estos supuestos produzcan efecto deben estar acreditados, de tal suerte que, si estas previas situaciones no están demostradas, no pueden dar lugar a la aplicación del tipo penal²⁸⁸. Se trata en todo caso de un listado *ex lege* que no debe interpretarse como *numerus clausus*: una norma interpretativa (pero no excluyente) acerca de los supuestos en que se consideran abusos sexuales no consentidos²⁸⁹.

En este precepto, dejando de lado los supuestos de falta de consentimiento por trastorno mental²⁹⁰, se distingue entre aquellos casos en que no existe consentimiento de la víctima

²⁸⁶ STS núm. 344/2019, de 4 de julio.

²⁸⁷ Desde 2015, el nuevo art. 183 quáter acabó con la presunción *iuris et de iure* y según la cual un menor de 13 años no gozaba en ningún caso de autonomía sexual para consentir. Dicho precepto abre la puerta (a nuestro juicio en exceso: sin límite inferior alguno), a supuestos de consentimiento libre del menor (desde el año 2015: de 16) que anteriormente estaban excluidos: “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”. Véase, la interpretación que da de ella la Circular 1/2017, de 6 de junio, de la Fiscalía General del Estado, así como las críticas de la doctrina, por ejemplo, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M.A. (2016), pp. 872-893; DE LA MATA BARRANCO (2019) o RAMOS VÁZQUEZ (2016).

²⁸⁸ SAP de Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre.

²⁸⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, (2011), p. 166.

²⁹⁰ En efecto, el tipo recoge también los abusos de personas “de cuyo trastorno mental se abusare”. Tiene por tanto que existir un abuso porque de otro modo se les negaría de plano un derecho fundamental a estas personas. La cuestión de los derechos sexuales de las personas discapacitadas es compleja: véase, al respecto, las interesantes reflexiones de GREEN (2020). En todo caso, TORRES HERNÁNDEZ (2019), p.

por falta de conciencia (privada de sentido), de aquellos otros en los que, a pesar de hallarse consciente, la víctima ha perdido su capacidad de decidir y de autodeterminarse en el ámbito sexual (anulación de la voluntad)²⁹¹. En ambos casos queda comprometida la libertad sexual del sujeto pasivo²⁹², tratándose de situaciones en que el autor se aprovecha para realizar unos abusos sexuales en los que no se produce una aceptación por la otra parte o ésta no se encuentra en situación de prestar el consentimiento²⁹³. Pero entre ambas modalidades existen importantes diferencias.

a) *Víctima privada de sentido*

En la primera modalidad de ausencia de consentimiento *ex lege*, relativa a la *privación de sentido*, se comprenden aquellos supuestos en que una persona se encuentra en estado de inconsciencia a consecuencia de la ingesta de alcohol, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, tras haberse desmayado o sufrir hipnosis, etc. En todo caso, el autor debe conocer el estado de la víctima y, siendo esta circunstancia abarcada por el dolo, aprovecharse de dicho estado para la ejecución de actos de contenido libidinoso. En tal circunstancia es obvio que la persona no está en condiciones de decidir libremente, aunque para ello no es necesario que la inconsciencia sea plena. El Tribunal Supremo, de hecho, se ha referido a esta circunstancia considerando en estos casos *que el sujeto pasivo se encuentra en un estado total o parcial de inconsciencia*²⁹⁴.

Como señala Torres Hernández²⁹⁵, en el texto del Código Penal aprobado en el año 1995 no se incluyó la mención expresa de la administración de fármacos o drogas a fin de materializar un contacto sexual sin oposición de la víctima. En ausencia de una regulación expresa, la jurisprudencia que trató ese tipo de hechos en unos casos optó por situarlo dentro de las agresiones sexuales, particularmente la violación²⁹⁶, y en otros, entre los abusos sexuales sobre víctima privada de sentido. Otros autores apuntan a que en defecto de regulación expresa podría encontrarse implícita en la modalidad de abuso de prevalimiento²⁹⁷.

El fundamento de la presunción de ausencia de consentimiento se halla, pues, en que la víctima se encuentra en una patente situación de pérdida de capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual, por padecer una profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos. Respecto a esta pérdida de capacidad de autodeterminación, la jurisprudencia considera que no debe exigirse una pérdida total de

680, señala que al ser necesario que el autor conozca esa anomalía y la aproveche para acceder al contacto sexual, se está admitiendo la existencia de un margen legal en el que es posible la práctica sexual de personas discapacitadas, cuando no hay un aprovechamiento de su discapacidad.

²⁹¹ BARRUTIA SOLIVERDI (2015), p. 14.

²⁹² ROMERO CASABONA, *et al.* (2016), p. 199.

²⁹³ STS núm. 344/2019, de 4 de julio.

²⁹⁴ STS núm. 197/2005, de 15 de febrero.

²⁹⁵ TORRES HERNÁNDEZ (2019), p. 667.

²⁹⁶ Como señala Torres Hernández, durante la vigencia del Código Penal texto refundido de 1973, posterior a la reforma por L.O. 3/1989, tal supuesto de víctima privada de sentido se encuadraba en la violación, citando la STS de 28 de octubre de 1991 y STS de 15 de febrero de 1994; y, con posterioridad, también aplican el delito de violación, la STS 22 de mayo de 2006, SAP Islas Baleares de 7 de junio de 2006 y la STAP de la Coruña de 16 de mayo de 2011. No obstante, en este último caso, por ejemplo, en realidad la apreciación de la violencia como medio comisivo no se basa en la pretensión de equiparar el uso de drogas a la violencia, ni cumple ésta una función instrumental. Simplemente se agravó la calificación jurídica al acreditarse signos de notoria violencia en el cuerpo de la víctima (afectada en ese momento por una anulación de su voluntad).

²⁹⁷ MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO (2016), p. 17.

la conciencia, especificando que basta con que el sujeto tenga anulados los frenos inhibitorios y no se encuentre en condiciones de oponerse al acceso sexual²⁹⁸; o que tal circunstancia deje a la víctima en un estado de indefensión que afecte a su capacidad de reacción para evitar dicho atentado frente a un actor que se aprovecha de su estado de debilidad²⁹⁹.

Entrando más en profundidad en la cuestión del dolo concreto en el sujeto activo, debe acreditarse conocimiento del estado de privación de sentido o de profunda limitación de las capacidades volitivas o intelectivas de la víctima *en el momento* de realizar los actos de contenido sexual o, cuando menos, en un momento anterior abarcado por la doctrina de la *actio libera in causa*. A este respecto, no puede soslayarse que, en algunos casos puede suceder que el sujeto activo estuviera altamente influido por un consumo tóxico que pudiera tener consecuencias respecto a su imputabilidad o, incluso, respecto a su grado de representación del estado de la víctima. En la jurisprudencia se ha señalado, en todo caso, que si media conocimiento de la profunda afectación de la víctima, ante la hipótesis de penetración producida estando inconsciente o semiinconsciente, no es concebible que se pueda albergar algún tipo de duda sobre lo que el sujeto activo estaba haciendo (la víctima no podía presentar una apariencia de normalidad, pues ello abonaría la tesis del error de tipo) o sobre la ilicitud de tal conducta (error de prohibición)³⁰⁰.

De acuerdo con la doctrina, esta situación de inconsciencia que refiere el precepto, puede tener origen tanto en causas naturales, como por la actuación de la propia víctima o un tercero³⁰¹, si bien en este caso podría aplicarse también el supuesto que analizamos a continuación.

b) Uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima. Sumisión química.

Por su parte, el último inciso del artículo 181.2 hace referencia a aquellos actos que son constitutivos de delito de abuso sexual y se acometen anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea al efecto. En este supuesto lo decisivo es que mediante el empleo de alguna sustancia química, sea natural o artificial, el sujeto activo logre producir un efecto anulatorio de la voluntad de la víctima, lo que no exige una total inconsciencia, pero sí su capacidad para oponer una resistencia eficaz³⁰².

La inclusión de este supuesto de abuso sexual tuvo lugar con la reforma del Código Penal español operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, mediante la enmienda número 350 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso³⁰³, que vino a salvar, en opinión de

²⁹⁸ QUINTERO OLIVARES *et al.* (2005), p. 970.

²⁹⁹ STS núm. 267/1994, 15 de febrero; SAP de Bilbao núm. 34/2019, de 27 mayo. En igual sentido, la STS núm. 680/2008, de 22 de octubre, precisó que la jurisprudencia ha considerado reiteradamente incluíble en el art. 181.2 CP el caso en el que la víctima se encuentra en una situación de pérdida de la capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual por padecer una situación de profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos, cabiendo encuadrar en tal situación a personas desmayadas, anestesiadas o narcotizadas, o, en suma, sometidas a los efectos de una droga o del alcohol, aun no exigiéndose una pérdida total de conciencia, bastando con que el sujeto tenga anulados de forma suficiente sus frenos inhibitorios, resultando no estar en situación de oponerse al acceso sexual, o no expresar una resistencia clara y precisa al mismo.

³⁰⁰ SAP de Santiago de Compostela núm. 19/2019, de 22 febrero.

³⁰¹ LAMARCA PÉREZ *et al.* (2016), p. 197.

³⁰² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ *et al.* (2011), p. 167.

³⁰³ Boletín oficial de la Cortes Generales: Congreso de los Diputados (IX Legislatura). Serie A: Proyectos de Ley. 18/03/2010. Núm. 52-9.

la doctrina mayoritaria³⁰⁴, la laguna que podía plantearse ante supuestos en los que el atentado a la libertad sexual se produce no forzando u obligando al sujeto pasivo a consentir o soportar la conducta, sino precisamente anulando, *in totum*, su capacidad de decisión y con ello su libertad³⁰⁵.

Con esta nueva previsión se llegan así a abarcar aquellas situaciones en las que, sin llegar a existir una pérdida de consciencia encuadrable en el supuesto de privación de sentido, se anula la voluntad de la víctima para decidir acerca del mantenimiento de relaciones sexuales. Sin embargo, el precepto parece exigir que el origen de la situación anulación de la voluntad de la víctima por medio de las sustancias mencionadas debe haber sido provocada por el propio sujeto activo o, en todo caso, por un partícipe que actúe en connivencia con este. Como apunta Raguès i Vallés, si se parte de esta interpretación — que parece la más fiel al tenor literal— quedan fuera del tipo aquellas situaciones en que la anulación de la voluntad ha sido ocasionada por la propia víctima (o por un tercero no vinculado con el autor) y éste se aprovecha *a posteriori*: “una regulación difícilmente justificable si se tiene en cuenta que en los casos de abuso por aprovechamiento de privación de sentido no tiene ninguna relevancia cómo la víctima haya llegado a tal estado”³⁰⁶. *Prima facie* da la impresión de que, al tratarse de una ingesta voluntaria, se haya querido responsabilizar a la propia víctima por la asunción indebida de un riesgo o el descuido de un deber de autoprotegerse, y que esa negligencia conlleve la desaparición completa del desvalor de la acción de quien comete el abuso.

La jurisprudencia ha establecido los requisitos de este tipo: a) la utilización de aquellas sustancias determinadas por el precepto (si bien, a partir del tenor literal debe observarse que se trata de un *numerus apertus*), y b) la anulación de la voluntad de la víctima³⁰⁷.

Respecto al grado o intensidad que debe alcanzar la referida anulación, existe un amplio abanico que va desde entender el concepto de 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 voluntad³⁰⁸ (tesis de un sector doctrinal minoritario), 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. Algunos autores consideran preferible incluir este supuesto en el abuso sexual por prevalimiento previsto en el artículo 181.3 del Código Penal³⁰⁹.

No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria, se inclinan por entender la anulación en un término medio: bastaría con que la víctima se encuentre en un estado notable de 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 asaltante³¹⁰.

³⁰⁴ Así, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES *et al.* (2005), p. 970. consideran positiva su inclusión, porque no está ni mucho menos claro que siempre y en todo caso una anulación de la voluntad equivalga, incluso *lato sensu*, a una privación de sentido.

³⁰⁵ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2016), p. 247.

³⁰⁶ RAGUÈS i VALLÉS (2019), pp. 138-139.

³⁰⁷ SAP de Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre.

³⁰⁸ TAMARIT SUMALLA (2010), p. 169.

³⁰⁹ BRAGE CENDAN (2013), p. 5.

³¹⁰ SAP de Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre. Véase, ORTS BERENGUER (2010), pp. 616-617.

En todo caso, como ya se apuntó, resulta del todo imprescindible que sea el sujeto activo el que “anule” la voluntad de la víctima mediante las sustancias mencionadas³¹¹. Así lo ha interpretado tanto la doctrina como la jurisprudencia, señalando que esta anulación de la voluntad de la víctima debe haber sido provocada por el propio sujeto activo o, en todo caso, por un partícipe que actúe en connivencia con éste, y no simplemente que el sujeto activo se aproveche de la situación de inconsciencia o grave alteración provocada por la propia víctima o por un tercero en connivencia con el sujeto activo, ya que entonces sería aplicable la modalidad de privación de sentido (que exige una mayor afectación: no solo de la voluntad sino de la misma consciencia)³¹².

Además, esta ingesta de sustancias tóxicas no debe ser conocida por la víctima, ya que en la medida en que ésta sea consciente (de que la ingestión de la droga o producto que se le ofrece es para facilitar la libido y favorecer el acto sexual, asumiendo que puede llegar a producirse), no podrá entenderse que existe abuso, salvo que el acto sexual que se realice haya sido expresamente rechazado antes de tomar la sustancia³¹³.

Estamos, pues, ante una modalidad delictiva de medios legalmente determinados, en la que el legislador los menciona expresamente: fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima. No obstante, como hemos adelantado, la última categoría de medios se configura mediante una cláusula de cierre abierta (“cualquier otra sustancia”), comprensiva de todas aquellas sustancias que por su origen puedan calificarse de naturales, semi-sintéticas o sintéticas, siempre, eso sí, que tengan idoneidad para producir el efecto de anulación de la voluntad de la víctima. Por tanto, ante este nuevo tipo penal, tienen encaje los casos de “sumisión química” propiamente dicha, de carácter “premeditado” (frente a la de tipo “oportunista”). En líneas posteriores se analizarán en detalle algunas cuestiones relativas a esta última tipología delictiva en la que la víctima se halla de forma voluntaria en una situación de *vulnerabilidad química*.

2. La sumisión química con finalidad sexual en el Derecho Comparado.

2.1. Código Penal italiano.

En el derecho italiano, los delitos sexuales se encuentran tipificados en el Código Penal en su Libro Segundo que se titula *Dei delitti in particolare*, ubicados en la Sección Segunda *Dei delitti contro la libertà personale* e incardinados en el Capítulo Tercero que lleva por rúbrica *Dei delitti contro la libertà individuale* dentro del Título XII *delitti contro la persona*. En concreto, el artículo 609-bis sanciona la violencia sexual en los siguientes términos:

“Cualquier persona que, con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad, obligue a alguien a realizar o someterse a actos sexuales será castigada con prisión de cinco a diez años. A la misma pena se somete a quienes inducen a alguien a realizar o someterse a actos sexuales:

1. Abusando de las condiciones físicas o psicológicas de inferioridad de la persona lesionada en el momento del acto.

³¹¹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2016), p 247.

³¹² SSTS núm. 293/2012, de 17 abril; SAP Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre. Véase sobre este punto, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2016), p 248.

³¹³ MUÑOZ CONDE (2017), p 207.

2. Llevando al engaño a la persona ofendida por haber reemplazado al culpable por otra persona.

En casos de gravedad menor, la pena se reducirá en no más de dos tercios”.

Se regulan de esta forma de manera unitaria dos conductas que antes se penaban de forma separada: el acceso carnal y los actos libidinosos. Ello responde a un intento de evitar una concepción casuística y descriptiva que obligue a la investigación y someta a la víctima al trance de tener que precisar las concretas prácticas que le fueron realizadas, con el fin de determinar el encaje de la conducta en un tipo u otro³¹⁴.

De acuerdo con la jurisprudencia, la conducta prohibida incluye cualquier forma de conjunción carnal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, o cualquier acto que ofenda de manera directa la libertad sexual de la víctima a través de la excitación del agente y el eventual cumplimiento de su instinto sexual. En consecuencia, el delito de violencia sexual es configurable en los casos en que exista un contacto físico directo entre sujeto activo y sujeto pasivo, pero también en el caso que el sujeto activo, con el fin de satisfacer el placer sexual, constriña a dos sujetos diferentes, considerados ambos sujetos pasivos, para realizar o experimentar actos sexuales solo entre ellos³¹⁵.

La sumisión química se encuentra regulada en el artículo 609-ter como una circunstancia agravante, estableciéndose que “la pena será de seis a doce años de prisión si se cometen los hechos mencionados en el artículo 609-bis: [...] 2. con el uso de armas o sustancias alcohólicas, narcóticas u otros instrumentos o sustancias que sean gravemente perjudiciales para la salud de la persona ofendida”.

Dicha circunstancia se centra exclusivamente en el carácter objetivo de los medios para ofender a la víctima, aunque tenga por finalidad proteger la libertad de autodeterminación de la víctima. Ese carácter objetivo del medio empleado se hace evidente en tanto que la circunstancia opera también si el sujeto pasivo no había visto debilitado demasiado sus defensas, siempre que el medio o sustancia usada sea peligrosa³¹⁶.

La jurisprudencia se ha pronunciado en referencia a esta circunstancia agravante estableciendo que, en términos de violencia sexual, el factor agravante especial puede concurrir solo cuando el estado de inconsciencia de la víctima ha sido causado por la administración de fármacos anestésicos para permitir que el agente ponga en práctica la conducta prohibida³¹⁷. En cambio, la jurisprudencia ha excluido dicha agravante cuando el estado de intoxicación ha sido provocado por la propia víctima: “debe tenerse en cuenta que el supuesto consumo voluntario del alcohol excluye el factor agravante, ya que la norma prevé el uso de armas o sustancias alcohólicas o narcóticas (u otro delito). Por tanto, el uso de sustancias alcohólicas debe ser necesariamente instrumental a la violencia sexual: debe ser el sujeto activo del delito el que las utilice con el fin de ejercer dicha violencia sexual, administrándolas a la víctima. Así las cosas, el consumo voluntario afecta a la evaluación del consentimiento válido, pero no puede dar lugar a la circunstancia agravante”³¹⁸.

2.2. Código Penal francés.

³¹⁴ VALLEJO TORRES (2018), p. 7.

³¹⁵ Sección III, Casación penal de 22 de abril de 2003 número 18847.

³¹⁶ MARANI y FRANCESCHETTI (1998), p. 55.

³¹⁷ Sección III, Corte Apelación de Roma. Sentencia 18360 de 5 de marzo de 2008.

³¹⁸ Corte Suprema de Casación, Sección Tercera, Sentencia 13462 de 19 enero 2018.

Desde 1994, el Código Penal francés distingue dos tipos de delitos sexuales: abuso sexual y agresión sexual. El abuso sexual se produce solo cuando la víctima es menor de edad, mientras que para la agresión sexual la víctima puede ser mayor o menor de edad, concurriendo además determinados elementos objetivos. Dentro de los delitos de agresión sexual, se distingue la agresión sexual propiamente dicha de la violación, atendiendo a si hay o no penetración. En la agresión sexual, el artículo 222-22 establece que “constituye una agresión sexual cualquier asalto sexual cometido con violencia, coerción, amenaza o sorpresa”. Por otro lado, será violación de conformidad con el artículo 222-23, “cualquier acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza, cometido en la persona de otros o en la persona del perpetrador por violencia, coerción, amenaza o sorpresa”. Responde, así, a una regulación en la que son los medios coercitivos y no la falta de consentimiento los que definen la comisión del delito.

En ambos delitos (agresión sexual y violación), se requiere la concurrencia de determinados elementos objetivos, como son la violencia, coerción, amenaza o sorpresa, ya que todos ellos producen la anulación del consentimiento por parte de la víctima. No obstante, teniendo en cuenta además la diversidad de las cuatro formas de ataque recogidas, en el propio Código Penal no se establece una definición ni referencia alguna al consentimiento, dando lugar a situaciones donde la frontera entre relaciones sexuales consentidas y violación es difícil de determinar, siendo decisiva la interpretación del mismo que efectúe la jurisprudencia. En este sentido, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones Criminales de Montpellier, en 2009, falló a favor de una joven que había denunciado después de haber sido violada por cuatro personas en una habitación de una casa durante una fiesta y, previamente, había tomado cocaína y consumido alcohol voluntariamente, pero en ningún momento dijo de manera clara o expresa que no quisiera mantener relaciones sexuales. En este caso, el tribunal determinó que la investigación había demostrado que estaba “fuera del estado para mostrar cualquier consentimiento”, confirmando así la sentencia ya dictada, condenando a los autores de la violación³¹⁹.

En una sentencia de la Corte de Casación Criminal de 2012³²⁰, esta se pronunció en los siguientes términos al enjuiciar el caso de una chica que había bebido y se despertó, después de una fiesta, porque uno de los participantes la acarició: “Una persona que da su consentimiento es una persona consciente y lúcida que puede parar, otorgar, revocar o rechazar el consentimiento a lo largo de la relación sexual solicitada, desde los preliminares hasta el último acto realizado. Esto requiere que no esté inconsciente ni bajo la influencia del consumo excesivo de alcohol o drogas o un estado de fatiga que debilite o aniquile su capacidad para analizar y reaccionar”. Se considera, de este modo, que una persona que consume alcohol, por ejemplo, no está en situación de capacidad para consentir.

La ley deja así una gran libertad de interpretación y decisión a jueces y magistrados, quienes tendrán que evaluar si una persona determinada, en una situación dada, pudo o no consentir la relación sexual. Y siempre, así lo ha recalcado la jurisprudencia, la evaluación del consentimiento o su ausencia debe determinarse en el momento de producirse el hecho presuntamente delictivo y no con anterioridad al mismo.

A continuación, en el artículo 222-24 del Código Penal francés se establece un aumento de pena, tanto para el delito de violación como de agresión sexual, cuando concurre alguna de las circunstancias que dispone dicho artículo, y entre ellas destaca la 15^a:

³¹⁹ Cour d’Appel de Montpellier, Chambre correctionnelle, 09/00043, 26 mai 2009.

³²⁰ Cour de Cassation Criminelle 11-85933, 23 de mai de 2012.

“cuando una sustancia ha sido administrada a la víctima, sin su conocimiento, para alterar su juicio o el control de sus actos”.

Éste último apartado ha sido introducido por la ley núm. 2018-703, de 3 de agosto, aprobada para reforzar la lucha contra la violencia sexual y de género, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte de Casación francesa. Mediante dicha reforma, se consideró así el hecho de introducir algún tipo de sustancia en la bebida o administrar una sustancia a una persona sin su consentimiento para mantener un contacto sexual con ella, una forma agravada de anular su voluntad y de producirse un ataque a la libertad sexual³²¹.

De forma adicional, el solo hecho de administrar a la víctima, sin su conocimiento, una sustancia con el propósito de cometer una violación o agresión sexual se establece como un delito independiente, que se castiga con cinco años de prisión (art. 222-30-1). Por tanto, es punible el simple hecho de drogar a una persona con la intención de agredir sexualmente o violarla, aunque no se lleve a cabo el delito sexual proyectado.

2.3. *Sexual Offences Act 2003* (Reino Unido)

Los delitos sexuales se encuentran tipificados en el Reino Unido en la *Sexual Offences Act 2003* (en adelante, “SOA”). A diferencia de la regulación anterior en esta materia, en la SOA se establecieron importantes novedades en relación a la intoxicación y la capacidad para consentir en la actividad sexual³²².

La SOA distingue, entre otros delitos sexuales, la violación (*Section 1*), la agresión sexual con penetración (*Section 2*) y la agresión sexual (*Section 3*). La diferencia entre estos tres tipos de delito radica en que en el delito de violación la conducta delictiva consiste en una penetración, que puede ser vaginal, anal o bucal con el pene; en el delito de agresión sexual con penetración la conducta delictiva consiste en una penetración (vaginal o anal), pero a diferencia del delito de violación, la penetración se debe efectuar con cualquier otra parte del cuerpo que no sea el pene; y en los casos de agresión sexual, la conducta consiste en realizar tocamientos sexuales a la víctima. En todas estas conductas debe concurrir ausencia de consentimiento en la víctima, y también una falta de motivación de la creencia del ofensor sobre el consentimiento efectuado por la víctima.

Los supuestos de sumisión química se regulan en el contexto de las presunciones *iuris tantum* de falta de consentimiento de la víctima en todas las tipologías delictivas anteriormente descritas. En efecto, a diferencia de la regulación anteriormente vigente, la SOA establece una completa regulación del consentimiento en las *Sections 74, 75 y 76*. En la *Section 74* establece un concepto general de consentimiento estableciendo que “una persona consiente si acepta por libre elección y tiene la libertad y capacidad para tomar esa decisión”, eliminando la posibilidad de que el consentimiento sea emitir solamente *sí* o *no*, sino que se requiere tener libertad y capacidad para emitirlo. En S. 76 se establecen dos circunstancias en las que se presume de manera concluyente (*conclusive presumptions of non-consent*³²³), es decir, en las que no se puede alegar prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*), sobre la no concurrencia de consentimiento por parte de la víctima. Se trata de supuestos claros de falta de consentimiento: cuando el ofensor engaña intencionadamente a la víctima respecto a la naturaleza del acto sexual; y cuando el ofensor induce a la víctima a consentir el acto sexual al hacerse pasar por una persona conocida por la víctima. Y en la *Section 75* se incluyen determinadas

³²¹ Cour de Cassation Criminelle 13-85149, 26 novembre de 2014; 18-80714, 10 avril 2018; 14-82193, 11 juin 2014; 06-89230 7 mars 2007

³²² HARVEY *et al.* (2014), p. 9.

³²³ FIRTH (2011), p. 102.

presunciones *iuris tantum* sobre la falta de consentimiento de la víctima, que pueden ser destruidas mediante prueba en contrario (*evidential presumptions against consent*³²⁴); es decir, en este caso se presume que A no emitió su consentimiento y que B tenía conocimiento de ello, a no ser que B pruebe suficientemente que A emitió un consentimiento de forma libre y capaz. Entre estas presunciones se encuentran los casos de sumisión química. En el apartado d) se hace referencia a los supuestos de somnolencia o inconsciencia de la víctima (“B estaba dormido o inconsciente en ese momento”) y en el apartado f), al supuesto en que “cualquier persona ha administrado a B, o ha causado que B tomara, sin su consentimiento, una sustancia que, teniendo en cuenta cuando se administró o se tomó, fue capaz de causar o hacer que B se quede estupefacto o abrumado en ese momento”. Son los casos aplicables a las denominadas *drink spiking* o *drugs rape*.

Sin embargo, la SOA no regula los supuestos en que concurre un breve estado de intoxicación de la víctima, sin llegar a la inconsciencia, o aquellos en que la víctima habría consumido voluntariamente determinadas sustancias y se habría situado en dicho estado de intoxicación, o ebriedad, sin llegar a estar inconsciente del todo³²⁵. En estos supuestos la prueba resulta más difícil y el legislador británico no ha dado una respuesta expresa a los mismos. Ha sido la jurisprudencia quien se ha encargado de responder a la cuestión sobre la concurrencia del consentimiento en los supuestos de intoxicación voluntaria.

En 2005, Amnistía Internacional publicó un estudio donde se puso de manifiesto que las dos terceras partes de las personas encuestadas (ciudadanos, agentes de policía, fiscales, jueces) creían que un individuo que había estado bebiendo era en parte responsable de lo que le había sucedido. La jurisprudencia ha tenido en consideración esta opinión de la sociedad. Muestra de ello son las sentencias *R v Dougal* (2005) y *R v Bree* (2007), donde se analizaron exhaustivamente la relación entre intoxicación y consentimiento. En ellas se admitió que “el consentimiento del ebrio/borracho se consideraba consentimiento” (*drunken consent was still considered to be consent*)³²⁶, sin referirse no obstante a la capacidad de consentimiento. El caso *R v Bree* es particularmente remarcable: en el mismo se dio la circunstancia que tanto agresor como víctima estuvieron consumiendo alcohol juntos hasta llegar a un alto estado de embriaguez, y pasaron la noche juntos. Al día siguiente la víctima alegó que no había consentido las relaciones sexuales, aunque el acusado la ayudó a bañarse y la acostó en la cama. En este caso se dieron dos situaciones distintas: por un lado, la de no querer (la víctima) de forma expresa mantener sexo; y, por otro, la de no poder mostrar su renuncia debido a la intoxicación alcohólica que sufría. En este caso, los Tribunales presumieron que la víctima tenía capacidad de consentir, salvo que la intoxicación hubiera sido involuntaria³²⁷. Consideraron que la víctima había consumido voluntariamente cantidades de alcohol, si bien aun así era capaz de consentir o no tener relaciones sexuales, pero estando bebida acepta mantenerlas, y en este caso no es considerado violación³²⁸.

La doctrina ha criticado la postura de la jurisprudencia. Por un lado, consideran que en el caso *Bree* ante la situación que se deba determinar cuál es el nivel de intoxicación para determinar si hay o no consentimiento, significa que ya no hay un consentimiento real³²⁹. Wallerstein³³⁰ consideró que la interpretación efectuada en esos casos es errónea, y

³²⁴ FIRTH (2011), p. 102.

³²⁵ COWAN (2009), p. 907.

³²⁶ *R v Dougal* (2005), *R v Bree* (2007).

³²⁷ CLOUGH (2019), p. 4.

³²⁸ FIRTH (2011), p. 108.

³²⁹ FIRTH (2011), p. 110.

³³⁰ WALLERSTEIN (2009), p. 343.

requiere una reinterpretación, ya que la investigación³³¹ sobre los efectos del alcohol en el comportamiento sexual y la violación, indican que un número significativo de víctimas de violación estaban intoxicadas/ebrias en el momento de las relaciones sexuales, lo que lleva a la conclusión que el uso del alcohol es una herramienta dominante conocida en la violación³³². Además, considera que esta línea jurisprudencial no se adecua al concepto de consentimiento definido en S.74 y, en consecuencia, se debería de considerar que el consentimiento del intoxicado/borracho no es consentimiento cuando el individuo se encuentra en un alto estado de embriaguez o intoxicación.

Por otro lado, el hecho de administrar una sustancia a una persona, sin su consentimiento ni conocimiento, también en regulado por la SOA como un acto preparatorio (*Preparatory offences*, Section 61). En dicha disposición establece que se comete un delito cuando el agresor de manera intencionada administra una sustancia a otra persona, o hace que esta persona tome dicha sustancia, sin su consentimiento y con intención de drogarla o situarse en una situación de inferioridad, para permitir involucrarla en cualquier actividad de índole sexual. Además, dicha actuación se encuentra castigada con pena máxima de seis meses de prisión o pena de multa, en los casos que son juicios menores (*summary conviction*, aquellos en que no interviene el tribunal del jurado y es el propio juez quien decide sobre la culpabilidad del agresor) y con pena de prisión hasta 10 años en los denominados *conviction on indictment* (aquellos procedimientos que interviene tanto el jurado como el juez, a la hora de juzgar al agresor).

2.4. Código Penal chileno.

El Código Penal Chileno recoge los delitos sexuales en el Título VII del Libro Segundo, que lleva por rúbrica “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”³³³.

Dentro de los delitos sexuales, la división radica, en primer lugar, en el tipo de acción sexual que emplea el autor distinguiendo, entre otros, el delito de violación (art. 361) y el delito de abuso sexual (art. 366), en los que a diferencia del Código Penal español, el elemento que distingue estos dos delitos es la concurrencia o no de acceso carnal; habiendo violación cuando hay penetración y, en caso contrario, cuando “el que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal”, calificando los hechos como delito de abuso sexual.

Seguidamente, se emplea otro factor de sistematización complementario, que viene dado por los medios y circunstancias comisivas, distinguiéndose unos más graves que otros; los primeros se asocian a la violación y los menos graves al estupro³³⁴. De este modo, la sumisión química, a diferencia del derecho español (donde esta modalidad delictiva se tipifica como abuso sexual por la no concurrencia de violencia o intimidación), puede subsumirse al mismo tiempo como violación y como abuso sexual.

³³¹ Véase al respecto las investigaciones realizadas por Her Majesty’s Crown Prosecution Service Inspectorate (HMCPSP) (2002) *Report on the Joint Inspectorate into the Investigation and Prosecution of Cases involving Allegations of Rape*. Disponible online: https://www.justiceinspectors.gov.uk/cji/wp-content/uploads/sites/2/2014/04/ARC_20020401.pdf (visitado 10 de enero de 2020); y STURMAN, *Report on Drug Assisted Sexual Assault* (2000), citados en FIRTH (2011), p. 115.

³³² FIRTH (2011), p. 115.

³³³ MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 156, señalan que esta clase de delitos no se limitan a proteger la libertad sexual, esto es, la facultad de la persona para autodeterminarse en esta materia, sin ser compelido ni abusado por otro, concepto que puede vincularse de alguna manera al derecho a la autodeterminación en materia reproductiva reconocido en los Cons. 37º y 38º de la STC 28.8.2017 (Rol 3729-2017).

³³⁴ COX (2019), p. 317.

El artículo 361 dispone: “Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:

4. Cuando se usa fuerza o intimidación.
5. Cuando la víctima se halla privada de sentido, o se aprovecha su incapacidad para oponerse.
6. Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.”

En el artículo 366, refiriéndose al delito de abuso sexual, dispone que “el que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal, con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas del artículo 361”.

En ambos delitos (violación y abuso sexual), la ausencia de voluntad es un requisito principal que deriva del uso de fuerza o intimidación y, por tanto, para que sea tipificado como tal, deben concurrir una de las tres hipótesis del artículo 361.2: 1) violencia o intimidación, 2) víctima privada de sentido, o aprovechamiento de su incapacidad para oponerse o, 3) abuso de la enajenación o trastorno mental transitorio. Por tanto, existe en este sentido una equiparación plena de los supuestos para que concorra violación o abuso sexual.

La violación se concibe como un delito de acceso carnal no consentido³³⁵ en sentido amplio, que puede perpetrarse por vía vaginal, anal o bucal, por parte de una persona a otra sin su consentimiento. Además, se requiere la concurrencia de alguna de los supuestos del apartado segundo, encontrándose, entre ellos, cuando la víctima se halle privada de sentido o se aproveche el autor de su incapacidad para oponerse, haciendo referencia a la sumisión química. El desvalor más intenso de la violación se funda, también, en que el agresor actúa prescindiendo de la voluntad de la víctima, en una actitud de claro menosprecio hacia su condición de persona; y en una consideración del carácter especialmente violento de los medios utilizados para conseguir el acceso carnal³³⁶ (si bien no todos los medios son violentos *stricto sensu*). Así, la falta de consentimiento es una condición necesaria de la tipicidad, pero no suficiente: es imprescindible que esa falta de anuencia se canalice en alguno de los específicos medios y circunstancias comisivas contemplados en cualquiera de los tres numerales del artículo 361 del Código Penal³³⁷.

A diferencia del abuso sexual, en el delito de violación el sujeto activo se encuentra limitado al hombre, de acuerdo a una línea de interpretación que resulta ser mayoritaria³³⁸, ya que la norma señala “el que accediere carnalmente”. Por ende, solo podría acceder el varón mediante la intervención del órgano reproductor masculino, quedando así fuera aquellas conductas en que el sujeto activo es una mujer. En cambio, el sujeto pasivo puede ser tanto hombre como mujer (siempre mayor de catorce años, ya que si fuera menor de esta edad no es necesario que concurren las hipótesis referidas para cometer el delito de violación: solo bastaría el acceso carnal, denominándose “violación impropia”³³⁹).

³³⁵ COX (2019), p. 322.

³³⁶ RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 135.

³³⁷ COX (2019), p. 322.

³³⁸ RAMÍREZ (2007), p. 4, entiende que “en materia de violación, el delito está limitado a un sujeto pasivo varón, de acuerdo a una línea de interpretación que resulta ser mayoritaria entre nosotros, quedando fuera de este tipo penal aquellas conductas cuyo sujeto activo es una mujer, por lo que constituirían abuso sexual”. En el mismo sentido GUZMÁN DALBORA (2000); GUZMÁN DALBORA (2016).

³³⁹ GUZMÁN DALBORA (2000), p. 6.

Por otro lado, el delito de abuso sexual se define como aquel delito donde el sujeto activo realiza actos de connotación sexual hacia el sujeto pasivo sin su consentimiento, debiendo concurrir uno de los dos supuestos del artículo 361.2 del Código Penal. Aquí, puede ser sujeto activo tanto hombre como mujer, y el sujeto pasivo, al igual que en el delito de violación, debe ser mayor de catorce años, concurriendo abuso sexual *impropio* si la víctima es menor de catorce años, y se realizan sobre ella actos de connotación sexual sin que concurren los supuestos del artículo 361.2. En las dos modalidades delictivas del artículo 361.2, se actúa, según la doctrina, no en contra de la voluntad de la víctima, sino que dicha voluntad no existe³⁴⁰.

Respecto a los supuestos de falta de consentimiento que establece el artículo 361.2, éste se refiere a la sumisión química al preverse el supuesto “víctima privada de sentido o abuso de la incapacidad para oponerse”. Se trata de aquellos casos en que la víctima no está en situación de conocer el sentido y alcance real del acto al cual se hace objeto, y el sujeto activo conoce el especial estado de la víctima y se aprovecha de él. En este caso, a diferencia del numeral 1, no interviene fuerza ni intimidación, pero la víctima no consiente al acto sexual. De este precepto se pueden distinguir dos tipos de supuestos. Primero, aquellos casos en que existe un estado de inconsciencia o disminución de los sentidos y, por consiguiente, de las barreras de oposición por parte de la víctima producto de la ingesta previa de alcohol, drogas o medicamentos, así como también los casos en que (producto de dicha situación o no), la víctima se encuentra profundamente dormida. Y segundo, aquellos supuestos en que existe una paralización por parte de la víctima por encontrarse ésta en una situación de vulnerabilidad, ya sea por estar en una posición de poder desfavorable, enfrentada a una pluralidad de agresores, o bien, porque se trata de casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, situaciones en las que por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse³⁴¹.

Cuando el artículo 361.2 se refiere a “privación de sentido”, alude a una perturbación de las facultades cognitivas y volitivas del sujeto, que no obedezca a una causa de orden patológico. Se trata, en efecto, de un estado en que la víctima se halla en la imposibilidad de consentir válidamente, como resultado de una falta de conciencia acerca de la realidad. Si bien la falta de conciencia ha de ser lo suficientemente intensa como para privar a quien la padece del pleno uso de las facultades volitivas (y, concretamente, en relación con el ejercicio de la actividad sexual), no es necesario que llegue al extremo de una pérdida total de sentido³⁴².

Al discutirse en el parlamento chileno sobre la circunstancia de que la víctima se encontrara privada de razón o sentido, se acabó configurando como una situación de incapacidad absoluta de resistencia y, por tanto, de incapacidad para consentir. El origen de la privación de sentido es, por consiguiente, irrelevante y puede corresponder a causas dependientes o independientes de la voluntad de la víctima o del violador³⁴³. Pero es distinta la situación en que la víctima se coloca voluntariamente en un estado de privación de sentido (por ejemplo, en el contexto de una situación lúdica), sabiendo que en tales circunstancias será objeto de un acceso carnal, porque en este caso faltaría la ausencia de

³⁴⁰ POLITOFF *et al.* (2005), p. 249, entienden que la violación no es punible por la actividad sexual en sí, “sino porque esta se lleva a cabo contra la voluntad de otro o fuera de los moldes de consentimiento actualmente dominantes. Lo que se castiga es el uso de la fuerza, la intimidación o el hecho de prevalerse el agente de una determinada circunstancia en que se encuentra la víctima reprobable socialmente”.

³⁴¹ Al respecto el informe de Camilla Guerrero Martínez en su artículo “Boletín 11714-07: Consideraciones sobre la ‘no oposición’ de la víctima en del delito de violación en Chile”.

³⁴² RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 153.

³⁴³ MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 162.

voluntad exigida como elemento objetivo del tipo en todas las hipótesis del delito de violación³⁴⁴. Por tanto, en tal circunstancia el hecho no sería punible porque entraríamos en el campo de la *actio libera in causa*.

Asimismo, la doctrina entiende que no es necesario que el sujeto activo *abuse* de esa privación de sentido, sino que basta con que se dé dicha privación en el momento del acceso carnal o la actividad sexual, ya que elemento que hace delictivo el acceso carnal o la actividad sexual es la falta de consentimiento³⁴⁵.

No obstante, la consecuencia práctica de todo lo anterior es que, salvo en casos extremos, las interacciones intimidatorias y aquellas con hombres o mujeres situados en contextos que les impiden oponerse al autor, quedando a su merced, son por regla general impunes³⁴⁶.

Los tribunales chilenos son reticentes a otorgar valor a la ausencia de consentimiento producto de la ingesta masiva de alcohol o drogas. El criterio dominante en la jurisprudencia es el de la no apreciación de incapacidad para oponerse en estos casos³⁴⁷. Así, en supuestos de violación se ha dicho que se trata de un supuesto no abarcado por el tipo legal, en la medida que la intoxicación por ingesta de alcohol no alcanza a la privación total de sentido³⁴⁸. También se ha considerado insuficiente para poder acreditar una violación, la situación de una mujer que alegaba haber estado borracha y drogada, y que en tales circunstancias se “paralizó”, por lo que no pudo hacer nada frente a los requerimientos de realización de acciones sexuales por parte de sus ofensores.

En efecto, la alcoholización parece ser solo gravitante cuando redunde en una privación de sentido radical, pero no cuando bloquea las opciones de oposición. La turbación alcohólica sería jurídico-penalmente relevante en este estadio solo cuando es total, donde podrá reconocerse una falta de consentimiento, pero no cuando es parcial e impide a la víctima oponerse, pero no la deja inconsciente. En tal caso no tendría ninguna relevancia jurídico-penal accederla carnalmente, ya que ese impedimento debe ser físico y los efectos del alcohol no lo serían³⁴⁹. A este respecto, la doctrina considera que esta forma de argumentar está motivada en condicionamientos socioculturales conforme a los cuales no es posible dar lugar a la alegación de ausencia de consentimiento, porque el alcohol es una sustancia aceptada (*adecuación social*) que está presente en la mayoría de las relaciones sexuales esporádicas, o se producen después de fiestas de fin de semana que, precisamente, son los supuestos en que con mayor regularidad se dan en estos casos³⁵⁰. Por ello, en palabras de Cox, los tribunales de justicia son reacios a afirmar la presencia de los medios y circunstancias de los numerales 2 y 3 del artículo 361, en el entendido de que deben dar cuenta de eventos de una entidad lesiva equivalente a la producida por medio del ejercicio de fuerza física sobre la víctima, recogido en el numeral 1³⁵¹.

³⁴⁴ RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 154.

³⁴⁵ MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 162.

³⁴⁶ COX (2019), p. 322.

³⁴⁷ En este sentido, confirmando la absolución por atipicidad y falta de prueba de algún medio de comisión legal, véase la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 06.10.2014, rol n° 275-2014, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 12.09.2014, rol n° 234-2014 y la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 02.02.2018, rol n°4257-17.

³⁴⁸ OXMAN (2015), p. 107.

³⁴⁹ COX (2019), p. 324.

³⁵⁰ OXMAN (2015), p. 108.

³⁵¹ COX (2019), p.317.

Dicho lo anterior, el 3 de mayo de 2018 tuvo entrada un proyecto de modificación del delito de violación en el Código Penal, en parte debido a la gran repercusión internacional que tuvo la sentencia del caso de “La Manada”. En dicha modificación se proponía agregar una nueva hipótesis para que concurra violación y que acaece cuando hay participación de más de una persona en la perpetración de los hechos. Además, recogía la ausencia de consentimiento como elemento esencial para tipificar el delito de violación, estableciéndose, respecto de este delito, que la mera inacción o falta de resistencia de la víctima no constituye manifestación de consentimiento. En trámite constitucional, la Cámara de los Diputados alegó que “en los casos de violencia o intimidación y de privación de razón o sentido de la víctima, hay un punto crucial en la tradición dogmática penalista, y es que se pone en manos de la víctima la aptitud de repeler la agresión, y sólo una vez constatada la imposibilidad de resistir se plantea la existencia de la violación. Pareciera que, para el derecho penal, las mujeres son violadas por su incapacidad de resistirse y no porque alguien decidió vulnerar su autonomía personal y libertad sexual prescindiendo de su consentimiento”³⁵². Dicho Proyecto fue aprobado el 4 de julio de 2019 por unanimidad de la Cámara de Diputados de Chile.

En efecto, la Cámara de Diputados, haciendo crítica de la regulación contenida en esta materia en el Código Penal (calificándola de arcaica y conservadora), destacó el poco rigor con el que se trata la ausencia de consentimiento en aquellos casos en que las víctimas “son forzadas, manipuladas o amenazadas de manera tal que terminan accediendo a ser objeto de acceso carnal”³⁵³. En este sentido, consideró que la regulación vigente hasta la fecha lleva a que la falta de oposición o la inexistencia de resistencia de la víctima frente a la agresión del victimario, genere un principio de consentimiento que sería suficiente para la exclusión de la antijuridicidad. El informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana sobre el proyecto pone de manifiesto todas estas carencias al afirmar que se “observa que hay muchos casos en que la mujer queda paralizada, no opone resistencia física ni es capaz de decir nada, pero no consiente. Aun así se dice o se entiende el argumento de que consiente”³⁵⁴.

Para Cox, la justificación material de la propuesta legislativa descansa en la necesidad de reconocer distintos niveles de afectación de la autonomía sexual y, consiguientemente, distintos niveles de reproche al autor. La falta de distinción que caracteriza esta legislación vigente ha permitido, por una parte, banalizar los ataques a las mujeres y, por otra, mantenerlos en una impunidad inaceptable³⁵⁵.

Lo que se pretendió fue romper con el carácter tradicionalista y conservador que llevaba a considerar que las mujeres deben estar siempre disponibles y dispuestas a tener relaciones sexuales, salvo que manifiestamente expresen lo contrario. Con todo, la propuesta no planteó ningún aumento de las penas: solo una ampliación de las presunciones de no concurrencia de consentimiento, proponiendo una modificación de la

³⁵² Boletín N° 11714-07 relativo a la modificación el Código Penal en materia de tipificación del delito de violación.

³⁵³ Véase, Cámara de Diputados de la República de Chile (2018), Sesión 19ª, en martes 8 de mayo de 2018, Legislatura 366ª. Disponible online:

<https://www.bcn.cl/historiapolitica/corporaciones/diarioshley?IDDocumento=684607&title=Diario%20de%20Sesi%C3%B3n:%20Sesi%C3%B3n%20Ordinaria%20N%C2%B019> (visitado 15 de enero de 2020).

³⁵⁴ Primer informe de Comisión de Seguridad Ciudadana de 30 de abril de 2019, en referencia al Boletín N° 11714-07.

³⁵⁵ Véase, COX (2019), pp. 326-327, en relación con el anteproyecto.

redacción de la segunda hipótesis del artículo 361.2 en los siguientes términos: “cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad para oponerse”.

A modo de síntesis, una vez analizados desde un punto de vista comparado los distintos planteamientos de abordaje de los problemas que suscitan los delitos sexuales mediante sumisión química, no cabe más que profundizar en los fundamentos de las cuestiones que apuntan. En resumen, junto a la cuestión de la dogmática del consentimiento y al nuevo contexto sociológico actual, convendrá entrar en los problemas de error de tipo (vencible o invencible) y los estándares que se deberían exigir al sujeto activo para discernir si la víctima consentía o no en cada momento. La distinción de la causa originaria de la incapacidad para consentir en la víctima abrirá, a su vez, nuevas cuestiones no menos decisivas. Por un lado, la relativa a la equivalencia valorativa de los medios empleados y la necesidad de unificación (en caso de estimarse equivalente) en un mismo *nomen iuris*. Por otro, la cuestión relativa a la *actio libera in causa* y los deberes de autoprotección de la víctima, sin perjuicio de poner el énfasis en los deberes de verificación del consentimiento integral (equivalente a los deberes de veracidad³⁵⁶), por parte del sujeto activo.

3. Perspectiva socio-cultural y dogmática para un análisis valorativo de los distintos escenarios de ausencia de consentimiento: bases para una diferenciación sistemática y penológica.

3.1. Cambio de paradigma ante una nueva realidad socio-cultural

Tras el análisis de los tipos penales de los países objeto de estudio, debemos abordar las premisas socio-culturales y dogmáticas³⁵⁷ sobre los cuales pueda construirse una clasificación conceptual basada en la incapacidad por parte de la víctima para consentir y oponerse al verse inmiscuida en un contexto de naturaleza sexual.

³⁵⁶ Siguiendo con el ejemplo anterior, cuando A invita a B a la fiesta en la que todo el mundo bebe y se practica un *intercambio espontáneo de fluidos y hormonas recíproco*, debe darle toda la información a B (que desea *ir hasta el final*) y conocer su grado de aceptación. Una omisión de la información relevante sería equivalente a un engaño activo. El hecho de que *todo el mundo sepa lo que pasa en esa fiesta* no exoneraría a A de proporcionar esa información y su deber de discernimiento con respecto al consentimiento libre por parte de B. Se podría objetar que entonces, siendo así las cosas, se acabaría con lo que algunos buscan deliberadamente en contextos de ocio nocturno. Esta postura contraria nos acercaría a justificar un espacio de riesgo permitido que, en la sociedad actual, cada vez es visto con mayor preocupación.

³⁵⁷ Junto a consideraciones estrictamente dogmáticas, se realizarán también algunas consideraciones de corte criminológico. En realidad, el recurso desde la dogmática a la criminología no entra en contradicción, en cuanto ciencia empírica, con el discurso racional que pretende la reflexión dogmática. Las aportaciones criminológicas, por el contrario, pueden servir de auxilio eficaz (en ocasiones, imprescindible), para situar adecuadamente el punto de partida en la realidad social. Así, la sociología del derecho y la sociología del delito deben, a nuestro juicio, contribuir al quehacer dogmático, ya sea como punto de partida o como contrapunto necesario, para verificar si el sistema jurídico parte de la realidad social (pues las normas deben interpretarse en su contexto social) o ha sido en última instancia eficaz.

El Derecho Penal sexual ha sufrido en las últimas décadas una fuerte e intensa sacudida fruto de los cambios socio-culturales vividos desde la revolución sexual de los años sesenta del siglo pasado. Y, en el vértice de dichos cambios, la dogmática del consentimiento se ha visto profundamente afectada por el movimiento feminista y la perspectiva victimológica³⁵⁸ que, junto a la liberalización sexual de las costumbres, han venido generando un cambio de paradigma de consecuencias previsibles en la política criminal³⁵⁹.

En este sentido, a lo largo del pasado siglo la emergencia de las reivindicaciones de las mujeres en favor de la emancipación y la igualdad de oportunidades, supuso el inicio de la quiebra de aquel orden sustentado sobre la diferencia *natural* de capacidades y expectativas, y sobre la limitación de posibilidades de presencia social de las mujeres³⁶⁰. La despenalización de los delitos de incesto o sodomía reflejó ese cambio en el eje sobre el que había girado la discusión y, de este modo, la cuestión sobre la limitación del derecho a decidir³⁶¹ pasó a centrarse en la víctima, y no en el sujeto activo.

Con todo, los efectos de la revolución sexual se tradujeron en un incremento de las *oportunidades-para-el-delito*. Desde el punto de vista de la teoría de las actividades cotidianas³⁶², se observa como algo evidente que el aumento y desinhibición de las interacciones sexuales y la relajación de los controles sociales formales e informales sobre patrones de comportamiento sexual (que, con anterioridad, se habían considerado desviados), iban a conllevar la configuración de un espacio de riesgo mayor.

No obstante, esa proliferación de conductas de riesgo (asociadas a una mayor precocidad y promiscuidad sexual) se iba a compensar por un giro significativo en el rol del consentimiento y en los estándares de respeto a la oposición de la mujer en contextos de naturaleza sexual.

Así las cosas, no es de extrañar que en varios ordenamientos jurídicos la tendencia fuera la prohibición de comportamientos que, por un lado, no fueran necesariamente constitutivos de violencia o intimidación y, por otro, tampoco fueran propiamente supuestos de privación total de sentido, pero que podían ser estimados como supuestos de no-consentimiento (*non-consensual sexual intercourse*) del sujeto pasivo³⁶³.

Toda esta evolución conduce a tener que replantearse qué significa *consentir* en los delitos de naturaleza sexual. La ausencia de consentimiento en el ámbito de la delincuencia sexual no es solo un elemento negativo del tipo: es el auténtico criterio rector que debería

³⁵⁸ BERGELSON (2009). Bergelson pone de manifiesto cómo, en virtud del principio victimo-dogmático debería, el consentimiento de la víctima puede modular el juicio de reproche sobre la conducta del autor. Si bien, conviene distinguir dos planos: en términos estrictamente criminológicos podría aconsejarse a la víctima que no adopte conductas de riesgo (como podría ser, acudir a una fiesta con un vestido provocativo y beber alcohol sin medida). No obstante, desde el punto de vista del juicio de atribución de responsabilidad jurídico-penal esa conducta de riesgo no podría justificar que se aminorara la responsabilidad del autor salvo para distinguir, como veremos, los casos de SQ oportunista y SQ premeditada.

³⁵⁹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo hace referencia a esta evolución de los delitos sexuales: “desde la instauración del régimen democrático constitucional, hasta la actualidad, han tenido lugar, se ha venido ejecutando paulatinamente la idea de la tutela de la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo a la luz de los valores de la Constitución, y ello con el consiguiente abandono del concepto de moral sexual dominante y de la protección de intereses familiares o matrimoniales” (STS núm. 334/2019, de 4 de julio).

³⁶⁰ ASÚA BATARRITA (1998), p. 50.

³⁶¹ Sobre esta cuestión, véase OXMAN (2015), p. 93.

³⁶² COHEN y FELSON (1979).

³⁶³ OXMAN (2015), p. 96.

permea el contexto y sentido en que se relacionan autor y víctima. Las condiciones normativas en que opera la ausencia de consentimiento se convierten así en clave interpretativa que requiere una adaptación socio-cultural en una era, la actual, bien distinta. Y es que en el momento presente la exigencia de ausencia de factores que puedan restar espontaneidad o autenticidad a la conducta deliberada de los dos (o más) intervinientes resulta mucho más elevada.

Más allá de la ausencia de factores negativos, para dilucidar en profundidad la cuestión del consentimiento sexual es necesario referirse al concepto de autonomía personal de la víctima. En este nuevo escenario, la evolución ha sido significativa. Del *Ask first*, pasando por el *No means no*, hemos llegado al *Yes means yes* y también al “solo sí y la persistencia del sí es consentir (solo el sí es sí)”³⁶⁴. El intento de erradicación de la “rape culture”³⁶⁵ ha supuesto en el ámbito penal no solo una profunda revisión de los supuestos legales o jurisprudenciales de falta de consentimiento, sino también un reenfoque de las estructuras de imputación objetiva. De tal suerte, se impondría una concepción de las relaciones sexuales como genuino derecho de libertad y fruto de una voluntad consciente y libremente manifestada, que hace del consentimiento positivo (no solo de su ausencia) y su clara exteriorización (no presunta), el único presupuesto de legitimidad que excluye el delito³⁶⁶.

El consentimiento es, pues, el núcleo del problema y lo cambia *todo*. Se ha llegado a afirmar que el consentimiento transforma una violación en (un simple) *hacer el amor*, un secuestro en llevar a alguien a dar una vuelta en coche un domingo por la tarde, una agresión en algo que es parte inherente al fútbol, un hurto en un regalo y un allanamiento de morada en llegar a una cena de celebración (“*turns a rape into love-making, a kidnapping into a Sunday drive, a battery into a football tackle, a theft into a gift, and a trespass into a dinner party*”³⁶⁷). Sin embargo, esta conocida afirmación de Hurd (que fue objeto de debate por excesivamente simplista), parece obviar que consentir no es realizar una opción instantánea e irrevocable que, desde el momento en que se exterioriza, altera la naturaleza de toda la secuencia de actos que puedan seguirle. No es una mera varita mágica que tiene la virtualidad de cambiar todo lo que venga después. Y ello por cuanto el nuevo escenario del consentimiento sexual se proyecta sobre una concatenación de acciones fragmentadas temporalmente, en las que la exigencia de renovación del consentimiento se renueva continuamente, de modo que es necesario consentir en cada paso, teniendo el sujeto en sus manos esa virtud transformadora sobre el sentido del hecho.

3.2. El consentimiento en los delitos sexuales y la circunstancia de hallarse en una situación de vulnerabilidad química.

a) El consentimiento en los delitos sexuales

A diferencia de otros sistemas jurídicos³⁶⁸, en el Código penal español no existe una definición precisa de qué significa *consentir* en el ámbito de los delitos sexuales. En

³⁶⁴ ALCALDE SÁNCHEZ y FARALDO CABANA (2018), p. 25.

I. ³⁶⁵ Sobre esta cuestión, véase en sentido muy crítico, MCELROY (2016).

³⁶⁶ VALLEJO TORRES (2018), p. 1.

³⁶⁷ HURD (2005), p. 503.

³⁶⁸ Así, en el Reino Unido, donde se proporciona una definición en la Sección 74 de la *Sexual Offenses Act* (2003), en la que se señala que la persona consiente “si acepta por libre elección y tiene la libertad y capacidad para tomar esa decisión” (“*consents if he agrees by choice and has the freedom and capacity to make that choice*”).

Derecho, la cuestión del significado y validez del consentimiento difiere de un contexto a otro, como veremos, lleva consigo distintos problemas interpretativos tanto *analíticos* como *normativos*³⁶⁹. En primer lugar, nos referiremos al concepto genérico de consentimiento sexual desde un punto de vista socio-cultural. Seguidamente, entraremos en el análisis del concepto normativo de consentimiento desde el punto de vista jurídico, y jurídico-penal en particular. Y, finalmente, abordaremos la cuestión específica del consentimiento sexual en el ámbito jurídico-penal.

El término consentimiento proviene del latín (del verbo *consentire*, procedente del prefijo *cum* y *sentire*) y hace referencia a la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión³⁷⁰. Consentir es un acto por el cual la persona expresa su voluntad y ejerce su libertad para aceptar algo que se le plantea o propone³⁷¹. La Real Academia de la Lengua Española lo define como una “manifestación de la voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente”³⁷². Centrándonos en las relaciones sexuales el consentimiento sexual se ha definido como la aceptación verbal o no verbal, dada libremente por la voluntad, de participar en una actividad sexual³⁷³.

En la definición anterior se relacionan consentimiento y voluntad. Se trata, no obstante, de dos fenómenos que, estando vinculados, son diferentes y, por tanto, darían lugar a distintas formas de aceptar o no. El consentimiento puede ser, en este sentido, una manifestación exterior que no concuerde con la voluntad interior, dando lugar a cuatro posibles combinaciones³⁷⁴. Por ejemplo, una persona podría acceder externa o formalmente (consentimiento) a sostener una relación o práctica sexual y en su interior no desear participar en ella (voluntad): en este caso, habría consentimiento (no se vulneraría el cuerpo), pero el deseo sexual no sería bilateral³⁷⁵. El núcleo de la cuestión se hallaría en la ausencia de signos externos de esa discordancia interna-externa. Se trata de una discordancia que, ciertamente, en ausencia de signos externos puede conducir desde el punto de vista jurídico-penal a escenarios de error de tipo.

En el ámbito social y político, el consentimiento se ha convertido en un bastión de denuncia para reivindicar el derecho efectivo a ejercer la libertad y autonomía sexual. Su presencia se exige como elemento necesario para asegurar relaciones sexuales sanas, satisfactorias y libres de violencia³⁷⁶. Es por ello que, en el ámbito sexual, el verbo consentir aparece como un verbo “femenino”, inscrito en una lógica social en la cual las mujeres se exigen y son exigidas socialmente para resistir o conceder; los hombres, para buscar activamente el consentimiento femenino³⁷⁷.

En los últimos años, la reivindicación en torno al consentimiento sexual ha evolucionado a grandes pasos desde la revolución sexual de los años sesenta³⁷⁸. Con anterioridad, el

³⁶⁹ SIMESTER *et al.* (2016), p. 786.

³⁷⁰ MACHADO (2012), p. 31.

³⁷¹ CARRASCO GÓMEZ y MAZA MARTÍN (2010), p. 1936.

³⁷² Diccionario de la Real Academia Española (actualización 2019), voz “consentimiento”, tercera acepción.

³⁷³ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 751.

³⁷⁴ La persona puede (1) querer (internamente) y consentir (externamente); (2) querer y no consentir; (3) no querer y no consentir; y (4) no querer y consentir, presentándose los mayores problemas en este último supuesto.

³⁷⁵ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 747.

³⁷⁶ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 115.

³⁷⁷ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 742.

³⁷⁸ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 746.

consentimiento se podía presumir a menos que la mujer lo retirase³⁷⁹ y, en todo caso, correspondía a la víctima acreditar que hizo saber a su agresor que no consintió en tener relaciones sexuales. Con la rápida evolución socio-cultural y jurídica acerca del consentimiento sexual, se ha ido abandonando la aceptación de un consentimiento implícito o presunto en favor de lo que se denomina *affirmative consent*³⁸⁰. Según este movimiento, se requiere que el consentimiento en el ámbito de las relaciones sexuales sea emitido expresamente por la mujer de manera anticipada a cualquier contacto sexual³⁸¹, reduciéndose así las tasas de agresiones sexuales o violaciones³⁸². Su significado no es uniforme y puede variar desde prescripciones comunicativas (manifestar verbalmente *sí*), hasta cualquier comportamiento o señal que convenga un acuerdo interno (un juego previo o aquiescencia)³⁸³. Jozkowski, por su parte, remarcó en este sentido que existían diferencias en el consentimiento sexual entre géneros: mientras los hombres utilizan señales no verbales para comunicar su consentimiento, las mujeres manifiestan su consentimiento a través de elementos verbales³⁸⁴. Con ello, el consentimiento sexual debe ser conceptualizado como un *continuo proceso de negociación* entre hombre y mujer³⁸⁵.

En el marco del movimiento relativo al *affirmative consent*, se han ido desarrollando distintas tendencias o etapas. En primer lugar, y en sentido negativo, se impuso el eslogan *no means no*, denunciándose que una negativa es definitiva independientemente de la vestimenta, ocupación o estado físico de la mujer. Si una mujer dice “no” debería, en todos los casos, significar “no”. Sin embargo, desde una perspectiva masculina, una negativa puede ser, en realidad, una oportunidad, una invitación a seguir insistiendo³⁸⁶, ya que, según el estudio realizado por Muelenhard y Hollabough³⁸⁷, algunas mujeres manifiestan que *no* quieren mantener relaciones sexuales cuando en realidad es que *sí*. En esta línea se proponen criterios acerca de cómo se debe interpretar el silencio de la mujer.

En una segunda fase, el movimiento *affirmative consent* avanzó hacia un modelo de relaciones sexuales donde interactúen los dos participantes, asumiendo las responsabilidades de sus decisiones y actos³⁸⁸. El consentimiento afirmativo y libre es más efectivo³⁸⁹. Por ello, del *no means no* se pasó al *yes means yes*, donde se requiere para que exista consentimiento sexual una manifestación verbal con la palabra *sí*, y el silencio es interpretado como *no*³⁹⁰, empezándose a reivindicar la (verdadera) autonomía

³⁷⁹ LITTLE (2005), p. 1374. En relación al “No means no”, resume su significación señalando que “the standard means that, if an individual verbally rejects sexual advances, that person must be seen as withdrawing consent to sexual contact”.

³⁸⁰ HALLEY (2016).

³⁸¹ LITTLE (2005), p. 1345.

³⁸² JOZKOWSKI (2015), p. 21.

³⁸³ GRUBER (2016), p. 430. Respecto al consentimiento sexual, que tiene que ser expresado previamente, a la hora de manifestarlo no hay un criterio único: puede realizarse diciendo que *sí* expresamente (prescripciones comunicativas) o a través de comportamientos que den lugar a un consentimiento afirmativo, como los juegos previos o preliminares al acto sexual.

³⁸⁴ JOZKOWSKI (2015), p. 19.

³⁸⁵ ARCHARD (2007), p. 210.

³⁸⁶ PÉREZ HERNÁNDEZ (2017), p. 122.

³⁸⁷ Muelenhard y Hollabough realizaron una encuesta en 1988 en la Texas A&M University en la que el 39.3% de las universitarias encuestadas afirmó que algunas veces dijeron *no*, aunque “tenían toda la intención y estaban deseando tener relaciones sexuales completas”. No obstante, LITTLE señala que, aunque éste y otros estudios muestran como la mayoría de las mujeres cuando dicen *no*, es *no*, algunos han interpretado y citado estos resultados como prueba de que un *no* confunde a los hombres.

³⁸⁸ LITTLE (2005), p. 1348.

³⁸⁹ LITTLE (2005), p. 1351.

³⁹⁰ JOZKOWSKI (2015), p. 21.

sexual³⁹¹. A pesar de que este modelo cambia el comportamiento sexual de hombres y mujeres, imponiendo una actitud más racional, ha sido objeto de críticas por parte de algunos autores. Little considera, por ejemplo, que un consentimiento afirmativo y expreso ataca a la intimidad de la pareja³⁹².

Entrando ya en el alcance normativo del consentimiento, en la actualidad se exige que el consentimiento deba ser manifestado externamente de un modo inequívocamente reconocible, sin que sean aplicables las reglas del derecho civil relativas a la declaración de voluntad. Y, más importante aún, en Derecho Penal el consentimiento es revocable libremente en cualquier momento y no se requiere una impugnación del mismo en el sentido jurídico-civil³⁹³. Obviamente, la revocación no posee efectos retroactivos, pero sí inmediatos respecto a lo que venga a continuación. En este sentido, en derecho civil el consentimiento rige por un criterio formalista basado en la declaración de voluntad, mientras que en Derecho Penal se impone un criterio fáctico, basado en la secuencia temporal de los sucesivos hechos.

Así, en Derecho Penal debemos atenernos a una clara voluntad de permiso o aceptación, de beneplácito o anuencia³⁹⁴ por parte de quien consiente. El consentimiento es, pues, una potestad del titular del bien jurídico protegido de considerar lesiva o no una determinada conducta. Se trata de un elemento esencial para la existencia de un delito, y así lo afirmaba ya Ulpiano: *nulla iniura est, quae in volentem fiat* (“no existe injusto para el que ha consentido”)³⁹⁵, debiéndose entender por injusto cualquier lesión de los derechos de la personalidad, incluidas la libertad y la vida³⁹⁶. Como señalara Welzel el consentimiento es, por parte del sujeto llamado a verse perjudicado, el titular del bien jurídico, “un acuerdo con el hecho, que no se satisface con un mero dejar hacer, y que conlleva la renuncia a la protección que brinda el derecho”³⁹⁷.

El objeto del consentimiento, al ser éste una aceptación de un acto punible y una renuncia a la protección que confiere el derecho, es el resultado, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, lo que no obsta a que el interesado pueda delimitar fácticamente su consentimiento restringiendo así al destinatario a la realización de determinados comportamientos³⁹⁸. Sin embargo, la cuestión radica en discernir si ese objeto también puede venir delimitado (ampliado o restringido) por el contexto cultural o social y los actos propios del titular del bien jurídico³⁹⁹.

Como es sabido, la ubicación del consentimiento en la teoría del delito no es una cuestión pacífica en la doctrina, pudiendo entenderse su ausencia, dependiendo del tipo de delito,

³⁹¹ GRUBER (2016), p. 458. En esta dirección se han llegado incluso a poner en circulación *apps* que sirvan de soporte digital para probar el consentimiento sexual: véase, “Does 'yes' mean 'yes'? Can you give consent to have sex to an app?” (2018) Edward C. Baig en *USA Today* de 26 de septiembre. Disponible en: <https://eu.usatoday.com/story/tech/columnist/baig/2018/09/26/proof-yes-means-yes-sexual-consent-apps-let-users-agree-have-sex/1420208002/> (visitado el 9 de febrero de 2020).

³⁹² LITTLE (2005), p. 162.

³⁹³ JESCHECK/WEIGEND (2002), pp. 419-411.

³⁹⁴ RÍOS (2006), p. 5.

³⁹⁵ ULPIANO, Digesto, Libro XLVIII, tit. X, 1. Ulpianus 5.

³⁹⁶ RÍOS (2006), p. 5.

³⁹⁷ WELZEL (1956), p. 99.

³⁹⁸ Véase, RÍOS (2006), p. 6, citando a MAURACH (1994), pp. 295-296.

³⁹⁹ *Mutatis mutandis*, el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece un criterio interesante: “La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”.

como causa de atipicidad o como causa de justificación⁴⁰⁰. En función de la posición que se adopte se da lugar a consecuencias no solo sistemáticas, sino también prácticas⁴⁰¹.

Los efectos que opera el consentimiento con respecto al hecho típico, en todo caso, derivan de la tradición liberal del sistema jurídico, en la que se concedía a la autonomía de la voluntad un papel decisivo para calificar como daño un determinado resultado *prima facie* lesivo⁴⁰². Desde el punto de vista anglosajón, Simester et al. proponen tres formas de analizar el significado del consentimiento: (1) puede hacer imposible *la existencia misma de un daño*, como sucede en caso de los delitos sexuales, donde la esencia de la violación es la misma penetración sin consentimiento; (2) puede hacer imposible *cualquier responsabilidad penal a partir del consentimiento*, como sucede en delitos de peleas consentidas en las que no concurren lesiones (aunque sea dudoso si eso excluye la *offense* o se trata de una *defense*)⁴⁰³; y (3) puede que sí merezca una respuesta penal si se cruza un determinado umbral respecto del daño infligido, como sucede en los casos de lesiones consentidas.

Respecto a los requisitos *generales* del consentimiento para considerarlo válido la doctrina penal coincide en indicar los siguientes⁴⁰⁴:

- (5) *Titularidad del bien jurídico*, es decir, el consentimiento debe ser prestado por el titular del bien en cuestión, llamado a ser afectado por la conducta punible.
- (6) *Capacidad para consentir*. Se requiere que el titular del bien jurídico tenga capacidad para prestarlo. Mir Puig se refiere a una *capacidad natural* de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento⁴⁰⁵. Como veremos, los delitos sexuales es un terreno abonado para que se puedan dar situaciones en las que se anula o restringe la capacidad de consentir del titular del bien (en caso de menores de edad o discapacitados, por ejemplo).
- (7) *Libertad y conciencia*. El consentimiento debe prestarse libremente, sin coacción o engaño y correspondiendo a la verdadera voluntad del acto. En todo caso, no es aplicable la teoría jurídico-civil de los vicios de la voluntad⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ En el Código Penal español no se contempla el consentimiento como un supuesto de exclusión de responsabilidad penal, lo que no impide que el mismo pueda ser considerado por la doctrina como una causa de exclusión del tipo o como una causa de justificación. En efecto, el artículo 20 del CP no incluye en ninguno de sus apartados esa circunstancia. Sin embargo, la propia teoría del bien jurídico y el carácter disponible que tiene alguno de ellos permite incluirla sin dificultad al lado de las restantes causas de justificación (entre muchos otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2004), p. 308).

⁴⁰¹ MIR PUIG (2016), p. 503.

⁴⁰² De esa procedencia liberal dan cuenta autores como John Stuart Mill (*On Liberty*, 1859), H.L.A. Hart (*Law, Liberty and Morality*, 1963), Joseph Raz (*The Morality of Freedom*, 1986) y Joel Feinberg (*Harm to Others*, 1985). Al respecto, véase también ROXIN (1997), p. 517, donde señala: “Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo [...], no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión”.

⁴⁰³ En el Código Penal español sí se castiga la participación en riña tumultuaria sin lesiones (art. 153 CP), si bien no hace mención expresa a si se trata de una participación consentida por todos o no.

⁴⁰⁴ Para una revisión de las distintas posturas doctrinales en Chile, donde existen grandes coincidencias en la totalidad de requisitos que debe reunir el consentimiento para ser eficaz (aunque no necesariamente en cuanto al contenido de aquellos), véase RÍOS (2006), pp. 6 y ss.

⁴⁰⁵ MIR PUIG (2016), p. 531.

⁴⁰⁶ “La coacción excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero el error y el engaño sólo lo hacen cuando afectan a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida. No hace ineficaz el consentimiento el error en los motivos, el error sobre la identidad de la persona a la que se consiente intervenir, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración. Existe error en los motivos cuando afecta sólo a la razón o motivo por el cual se consiente” (MIR PUIG (2016), p. 532).

- (8) *Exteriorización*. Se discute si es preciso o no que el consentimiento se manifieste externamente. Anteriormente se contraponían la *teoría de la declaración de voluntad*, que exigía la manifestación externa como en un negocio jurídico, y la *teoría de la dirección de voluntad*, que se contentaba con la conformidad interna del afectado. En la actualidad se ha impuesto una dirección intermedia, que exige (sólo) que el consentimiento sea reconocible externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el derecho civil⁴⁰⁷. Desde la perspectiva de género apuntada, el consentimiento requiere una manifestación expresa (“Yes means Yes”), sin otorgar en principio validez al consentimiento presunto. Y debe haber sido otorgado con anterioridad o concomitante al hecho. Si se consiente con posterioridad, se convierte en otorgamiento del perdón⁴⁰⁸.

Todo ello no es óbice para que se regulen expresamente los requisitos del consentimiento en ámbitos determinados. Así, en el Código Penal español, dentro del capítulo que se refiere al delito de lesiones se contemplan expresamente dichos requisitos. En efecto, el art. 155 establece (una circunstancia atenuante que se traduce en una rebaja considerable del marco penológico al disponer) que “en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Por su parte, en el ámbito de los delitos sexuales, el consentimiento se configura como elemento negativo del tipo, siendo una condición necesaria, esencial, para que la conducta sexual sea permisible y, por tanto, se considera antijurídico involucrar a una persona que no consiente en un acto de naturaleza sexual, particularmente si hay penetración. El contacto sexual sin consentimiento se considera incorrecto tanto desde el plano moral, como en sentido legal, significando las relaciones sexuales con una persona inconsciente un comportamiento deshonesto⁴⁰⁹. La eventual falta de consentimiento (o cuando el consentimiento de la víctima es ineficaz, por inválido), al no verificarse dicho elemento negativo del tipo no puede apreciarse una causa de atipicidad expresa⁴¹⁰.

El Código Penal español, no obstante, guarda silencio en relación a las condiciones circundantes del consentimiento en los delitos sexuales. Por su parte, en el Convenio del Consejo de Europa, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (denominado Convenio de Estambul, celebrado en esta ciudad en fecha 11 de mayo de 2011), en su artículo 36, bajo el epígrafe “violencia sexual”, se establece una definición de consentimiento disponiendo que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”. La específica referencia que se hace en dicho artículo al consentimiento como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto deja clara, por ejemplo, la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad. Ésta debería manifestarse, por tanto, de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho⁴¹¹.

⁴⁰⁷ MIR PUIG (2016), pp. 531 y ss.

⁴⁰⁸ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 749.

⁴⁰⁹ HÖRNLE (2018), p. 2.

⁴¹⁰ En el artículo 181 se prevé expresamente como elemento negativo del tipo al hacerse mención expresa: “sin que medie consentimiento”; en los tipos de agresión sexual y violación se sobrentiende. Véase, al respecto, STS núm. 275/2006, de 6 de marzo.

⁴¹¹ VALLEJO TORRES (2018), p. 4.

Sí que se aborda en la jurisprudencia española las condiciones en que este consentimiento debe manifestarse. Así, se descarta “cuando la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado un verdadero y auténtico consentimiento valorable como tal, porque su patología excluya la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de autodeterminación sexual”⁴¹². Y, en su análisis de la interacción sexual como sucesión de actos continuados en el tiempo, se hace expresa referencia a que la mujer tiene que prestar su consentimiento en cada uno de los actos sexuales en que se pueda dividir su intervención. Así lo establece, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra:

“No basta con que el sujeto pasivo de tales actos de naturaleza sexual hubiere manifestado, con anterioridad, un deseo o manifestación vaga de que únicamente una persona pudiese «tocarle» con exclusión de los demás, sino que el consentimiento ha de ser continuado y aparecer y/o seguir apareciendo en el momento inmediatamente anterior a la realización de dichos actos pues, si los mismos tuvieron lugar tras consumir la víctima abundantes bebidas alcohólicas, no autorizaba la situación a los acusados a disponer de ella a su antojo, una vez que se encontraba esta con su consciencia afectada, ya que debe el sujeto pasivo tener la posibilidad de negar, abstenerse o desistir de la realización del acto carnal que tuvo lugar”⁴¹³.

Ese concreto deber de recabar el consentimiento en cada momento, se proyectaría sobre las distintas secuencias temporales en que se fragmenta la interacción sexual y guardaría relación con la posible incapacidad para consentir en cada fase por parte del sujeto pasivo. Y, respecto a cada acto de consentimiento, se podrían distinguir distintos niveles o grados que preservarían su validez. Green distingue cuatro niveles de capacidad: (1) capacidad para comprender los hechos que se ven implicados por la decisión; (2) capacidad para apreciar la naturaleza y significado (sexual) de tales hechos; (3) capacidad para razonar, es decir, evaluar riesgos y beneficios, así como sus posibles consecuencias; y (4) capacidad para expresar o comunicar la decisión tomada⁴¹⁴. En ese sentido no hay verdadera autonomía si el sujeto carece de tales capacidades, sin perjuicio de poder acudir, con todas las cautelas que se apuntarán a continuación, a la doctrina de la *actio libera in causa* u otras formas *sui generis* de consentir.

Así, mientras en el derecho civil se apoya en un *consentimiento formal y estático*, en el Derecho penal sexual, se opera con un *consentimiento fáctico y dinámico o por fases*, en el que todo parece revocable, requiriéndose que sea además *expreso e inequívoco*. Con todo, el problema surge ante la incapacidad de la víctima para oponerse a ciertas presunciones o expectativas sociales que podrían debilitar la claridad del sistema.

b) *¿Actio libera in causa, error de tipo o consentimiento presunto?*

Tras el análisis jurídico relativo al consentimiento sexual, ante una víctima que no puede consentir por el estado psico-físico que presenta se pueden abrir tres escenarios de respuesta: (i) considerar que la víctima consintió en un momento anterior (consentimiento

⁴¹² STS núm. 1308/2005, de 30 de octubre. Sin perjuicio de que la víctima presente algún tipo de trastorno mental, lo decisivo es la capacidad para entender la naturaleza del acto cuya realización se consiente. Véase, al respecto, RAGUÉS i VALLÉS (2019), pp. 137-138 y STS núm. 542/2007, de 11 de junio, donde se niega la existencia de abusos cuando el sujeto pasivo tiene un conocimiento básico, aunque rudimentario, de la sexualidad. En esta misma resolución, se acepta la posible concurrencia de un error de tipo vencible si el retraso mental de la víctima no es especialmente evidente para el autor.

⁴¹³ [STSJ de Navarra núm. 4/2018, de 13 de junio](#).

⁴¹⁴ GREEN (2020), capítulo 8, II.

antecedente); (ii) entender que se produjo un error de tipo debido a una apariencia que podía inducirlo (consentimiento aparente); o (iii) justificar la concurrencia de algo equivalente a lo que la doctrina denomina consentimiento presunto (riesgo permitido).

La primera opción, *prima facie*, podría no ser incompatible con la exigencia de un consentimiento expreso (“solo sí es sí”). Es distinta, como señalaba Rodríguez Collao, la situación en que la víctima se coloca voluntariamente en un estado de privación de sentido (por ejemplo, no, *sobre todo* en el contexto de una situación lúdica), sabiendo que en tales circunstancias será objeto de un acceso carnal, porque en este caso faltaría la ausencia de voluntad exigida como elemento objetivo del tipo en todas las hipótesis del delito de violación⁴¹⁵. Por este motivo, Cox advertía que, salvo en casos extremos, las interacciones entre hombres o mujeres situados (voluntariamente) en contextos que les impiden oponerse al autor, quedando a su merced, son por regla general impunes⁴¹⁶. No obstante, es difícil afirmar que la víctima pueda consentir *ipso facto* al ingerir alcohol o sustancias tóxicas a cualquier acceso carnal salvo en contextos muy determinados y donde no se pueda albergar ninguna duda al respecto. Quien se somete a una intervención médica consiente en que se le administre una anestesia incapacitante y, en un momento posterior, se realicen sobre su cuerpo determinadas lesiones abarcadas por el consentimiento precedente. El objeto y límites del consentimiento de quien va a una fiesta y se incapacita a sí mismo no pueden difuminarse: existe voluntariedad en la asunción de un riesgo, pero no puede sostenerse un consentimiento precedente en materia sexual salvo que sea expreso. Algo distinto es que se pueda construir supuestos de error o justificar determinadas costumbres sociales.

Conviene, pues, plantearse qué sucede cuando el autor de un delito sexual realiza su acción sobre la víctima creyendo que ésta sí consiente y, sin embargo, no es así. Nos hallaríamos en una zona gris en la que, a falta de una exteriorización concluyente por parte de la víctima, se podría alegar la cuestión de un posible error de tipo.

A este respecto, es interesante lo establecido en la *Sex Offences Act* (2003), al incorporar de forma expresa como parte del tipo dos elementos negativos: (1) la ausencia de consentimiento por parte de la víctima (“[V] *does not consent to the penetration*”); y (2) la ausencia de creencia razonable por parte del sujeto activo respecto al consentimiento de la víctima (“[D] *does not reasonably believe that [V] consents*”). Además, introdujo una regla procesal para determinar la ausencia de consentimiento: “Si una creencia es o no razonable debe determinarse considerando todas las circunstancias, incluyendo cualquier paso que [D] (el acusado) haya tomado para discernir si [V] (la víctima) consentía”⁴¹⁷.

Ex post facto, la víctima puede alegar que ella nunca consintió y el autor tratar de probar la diligencia empleada en su previo discernimiento. La carga de la prueba recaería *de facto* en el acusado. A este respecto, en solo una minoría de jurisdicciones estatales de Estados Unidos siguen un enfoque de *strict liability* (equivalente funcional a nuestros supuestos en los que existe una presunción *iuris et de iure*), sin requerir ningún tipo de prueba sobre si el acusado conocía o debió haber conocido la incapacidad para consentir de la víctima⁴¹⁸.

⁴¹⁵ RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 154.

⁴¹⁶ COX (2019), p. 322.

⁴¹⁷ Traducción propia.

⁴¹⁸ GREEN (2020), capítulo 8, I.

La doctrina, en casos de error de tipo, recurre al patrón del *hombre medio* en las circunstancias del autor para determinar el grado de vencibilidad. Sin embargo, aquí se podría abrir también una discusión en términos de dolo eventual sobre el grado de representación del riesgo de causar un resultado lesivo (en casos de *riesgo de error elevado*). Y, a su vez, otra sobre la posible culpa de la víctima que, sin poseer capacidad para consentir, asume también una parte del riesgo con su conducta desinhibida, dando la apariencia de estar consintiendo en todo momento.

El autor puede tener razones para dudar, con independencia de la actitud desinhibida de la víctima. Si objetivamente son muy poco relevantes, lo razonable sería considerar su comportamiento como imprudente. Por su propia situación psico-física, en ocasiones es posible que no tenga a su alcance la opción de cerciorarse del nivel de consciencia o madurez de consentimiento de la víctima antes de pasar a la acción. No obstante, en circunstancias de notable afectación por consumo de sustancias la pasividad del autor en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no debería ser valorada como un error de tipo. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente el requisito del consentimiento libre de la víctima, requisito del que ha dudado (o debería haberlo hecho) seriamente. Entraríamos así en el terreno del dolo eventual.

En el ámbito concreto de los delitos sexuales, es importante considerar que, en caso de tratarse de un error vencible, quedará impune el autor al no existir un tipo de violación imprudente (ni agresiones o abusos sexuales imprudentes). No es de extrañar que se argumente que una correcta caracterización jurídica del error de tipo debiera producir, en caso de error vencible, la posibilidad de la rebaja en un grado de la pena, lo mismo que ocurre en el error de prohibición, sin tal distinción de trato penológico, que no tiene una clara justificación dogmática⁴¹⁹.

Mutatis mutandis, una alegación frecuente en los abusos o agresiones sexuales a menores de 16 años (art. 183 CP) es el desconocimiento de la edad exacta de la víctima por parte del sujeto activo, sobre todo cuando aquélla se encuentra en una edad próxima al límite legal. Una eventual admisión de este error, con independencia de su vencibilidad, tiene como consecuencia la imposibilidad de castigo alguno, no siendo punible la realización imprudente. Sin embargo, tales alegaciones no suelen prosperar pues el Tribunal Supremo sostiene que basta con que el autor tenga dudas sobre la edad del sujeto pasivo para afirmar que concurre dolo eventual, una interpretación que en la práctica restringe notablemente las posibilidades de apreciar un error de tipo (ni siquiera vencible)⁴²⁰. A nuestro juicio, esta línea jurisprudencial debería poder aplicarse en casos de vulnerabilidad química, con independencia de la responsabilidad en el consumo de sustancias tóxicas por parte de la víctima. El deber de cerciorarse en el sujeto activo operaría con total independencia, como sucede con la posible edad de la víctima que, por su apariencia, generaría dudas a cualquiera.

La cuestión del posible error en el contexto social actual y, en concreto, en los espacios de ocio nocturnos es, no obstante, más compleja de lo que parece. En términos de

⁴¹⁹ Como así se expresa en la STS núm. 542/2007, de 11 de junio anteriormente citada.

⁴²⁰ “Cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción, la pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error (de tipo), sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual” (véase al respecto RAGUÈS i VALLÈS (2019), p. 142 y STS núm. 159/2005, de 11 de febrero (anterior a la elevación de la edad de autodeterminación sexual de 13 a 16 años).

imputación objetiva podría considerarse si las condiciones actuales pueden admitir un espacio de riesgo permitido (o de adecuación social) que excluiría la tipicidad del hecho o permitiría ciertos márgenes de error tolerables. Es decir, si A entiende que B ha consentido en acudir a una fiesta en la que *todo el mundo sabe* que se bebe hasta niveles de vulnerabilidad muy elevados y se fomentan las interacciones sexuales espontáneas, es difícil afirmar que A puso en marcha un riesgo jurídicamente desaprobado al tener relaciones sexuales con B, estando ambos en una clara situación de ausencia de autonomía consentida. Desde el punto de vista de un posible error, se podría decir que B asumiendo un cierto riesgo de equivocación actuó sobre la base de un consentimiento presunto. Quizá habría algunas variaciones que harían variar la valoración *ad casum*: por ejemplo, si A realiza, en ese contexto, determinadas prácticas sexuales poco usuales con una asistente a esa fiesta que apenas puede entender casi nada. O si A se halla ebrio sería distinto, en tanto que sería capaz de calibrar el grado de intoxicación de B o los menores gestos de desaprobación que está en condiciones de emitir quien se halla altamente intoxicada. Todo ello nos lleva a la tercera opción de respuesta planteada: la concurrencia de una causa de justificación basada en un espacio de riesgo permitido: el consentimiento presunto.

En la doctrina alemana se ha analizado con amplitud la estructura del *consentimiento presunto* como causa de justificación⁴²¹. La construcción de la figura del “consentimiento presunto” tuvo su origen en Alemania para solucionar los casos en los que, no siendo posible recabar el consentimiento del titular del bien jurídico en peligro, se entendía que existían buenas razones para tomar una decisión a favor de la salvación del bien, considerando objetivamente *ex ante* todos los intereses en juego⁴²². Quien actúa contando con el consentimiento presunto de la víctima interpreta que ésta, en caso de haber podido expresar su voluntad, habría consentido. Se trata de una construcción normativa, a diferencia del consentimiento efectivo, que es una manifestación de voluntad. Mezger lo entiende como “una interpretación de la... dirección de la voluntad del afectado por la acción”⁴²³.

Aunque la doctrina esté pensando en grupos de casos en contextos muy diferentes⁴²⁴, nada impediría que se pudieran dar las condiciones para que esta causa de justificación de origen consuetudinario se llegara a aplicar en otros ámbitos. Pero, en todo caso, solo se plantea cuando sea imposible obtener un consentimiento real (subsidiariedad): el médico que opera a una persona inconsciente no puede ampararse en un consentimiento presunto

⁴²¹ ROXIN (1997), p. 563 y ss., donde destaca ya *ab initio* la dificultad de encuadre del riesgo permitido como causa de atipicidad o de justificación. También podría plantearse en algunos casos la aplicación de criterios de adecuación social, entendiendo que se ha llegado a aceptar que dos personas sin tener la capacidad para consentir necesaria mantengan relaciones sexuales. JESCHECK y WEIGEND (2002), pp. 413 y ss.; JAKOBS (1997), pp.541-545. Véase también MIR PUIG (2016), pp. 533-534, quien se limita a analizar el consentimiento presunto en el ámbito médico, señalando que lo decisivo para la eficacia eximente del consentimiento presunto es la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría.

⁴²² MOLINA FERNÁNDEZ y GUÉREZ TRICARICO (2019), n. 1931.

⁴²³ MEZGER (1949), p. 220.

⁴²⁴ Roxin acude como modelo a la institución civil de la gestión de negocios sin mandato (en los que el acusado interpreta la voluntad presunta cometiendo un hecho aparentemente típico). Distingue los casos de *actuación en interés propio e interés ajeno*, *decisiones existenciales* y otros supuestos. Así, si alguien quiere entrar en vivienda ajena porque se ha roto una cañería para cortar el paso del agua, podría ampararse en un consentimiento presunto del propietario. Lo mismo podría decirse de quien recoge en el jardín del vecino la fruta caída que, si no, se iba a corromper; o de quien utiliza la bicicleta de un amigo ausente para no perder un tren importante para él (ROXIN (1997), pp. 769-771. JESCHECK (2002), por su parte, se refiere al caso de la esposa que abre una carta enviada por Hacienda a su marido ausente durante mucho tiempo, para evitar que expire un plazo importante (p. 415).

si es posible (no urgente) aguardar a que el paciente recupere la conciencia. En cuanto a su posible aplicación a casos de vulnerabilidad química solo se podría plantear muy restrictivamente, a nuestro juicio, (i) en casos en que la víctima hubiera expresado con claridad en un momento anterior su consentimiento a mantener relaciones sexuales (casos reconducibles a la *actio libera in causa*); (ii) o cuando del contexto sea inevitable para el autor deducir esa presunción sin que desde el criterio del hombre medio existieran dudas razonables. Así, en el caso de marido y mujer que mantienen relaciones sexuales estando él o ella en estado de plena intoxicación o sonambulismo.

No cabría pues interpretar la simple y manifiesta desinhibición de la mujer⁴²⁵ como consentimiento presunto, ni tampoco tácito, si bien debería valorarse un posible error de tipo, siempre con carácter restrictivo.

El problema radica en que esas circunstancias anormales de vulnerabilidad manifiesta son aceptadas muchas veces por potenciales víctimas. Y esas circunstancias son propicias no solo para el abuso malintencionado, sino también para el error. Como signo de progreso se pretende legítimamente que la mujer pueda disfrutar del ocio nocturno de forma segura. Con esa pretensión, no es que se desee desafiar un importante factor predictivo de victimización⁴²⁶ y exigir respeto: lo que se quiere garantizar es que las mujeres puedan divertirse sin culpabilizarlas por los delitos que puedan sufrir como víctimas. El problema surge en los casos reales de error (nunca en los de sumisión química ni de un manifiesto aprovechamiento). Y, al parecer, queremos vivir en una sociedad donde existan *espacios de riesgo permitido en el alambre*.

Así las cosas, desde una perspectiva de género (otros la denominarían perspectiva paternalista), se podría partir de la presunción de no consentimiento salvo indicios conclusivos y modular el deber de discernimiento, de forma que se tratara de una suerte de deber de examen previo en el que, a causa de la gravedad del bien jurídico afectado y de la desigualdad estructural de la víctima-mujer, los estándares de representación en términos de dolo eventual se configuraran como una presunción fuerte, incluso cercana a los supuestos de *strict liability* o, cuando menos, de ceguera voluntaria: al autor se le debe presumir que conoce la ausencia de capacidad para consentir en la víctima o, mejor dicho, que pesa sobre él la obligación de informarse o verificar esta cuestión (si la víctima está en condiciones de consentir) antes de pasar a la acción (o de avanzar en cada fase de la misma). Con ello, se limitaría obviamente ese espacio nocturno de riesgo permitido y se prohibiría a cualquiera mantener relaciones sexuales con personas que no puedan consentir con cierta rotundidad. A las fiestas duras se les acabaría el componente sexual, a riesgo de verse en una posición procesal muy compleja.

En este complicado contexto social y jurídico-penal, deberían distinguirse claramente no solo entre los casos de sumisión química (causación intencional) y vulnerabilidad química (aprovechamiento), sino que dentro de estos últimos sería conveniente separar aquellos supuestos menos problemáticos. Los casos no son siempre simples y unidireccionales: un

⁴²⁵ LUNA MALDONADO, MARTÍNEZ, OSUNA y GARCÍA FERRER (1988) consideran que, junto a los efectos farmacológicos del alcohol, la distorsión en la percepción sexual y en la realidad de una situación, existe un significado simbólico en nuestra sociedad de que su consumo, incluso el simple hecho de “aceptar una copa”, se interpreta en muchos casos como un consentimiento tácito para mantener relaciones sexuales. En el mismo sentido, SORIA VERDE y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ (1994) entienden que este tipo de relación, surgida en un ambiente lúdico, crea unas expectativas falsas; y su frustración puede provocar reacciones violentas ante la negativa.

⁴²⁶ TESTA y LIVINGSTON (2009), véase nota al pie núm. 13.

extraño, ebrio y sin escrúpulos se aprovecha de mujer embriagada e ingenua⁴²⁷. La forma de interacción social en entornos de ocio nocturno es muy compleja y plantea muchas situaciones confusas en las que sujeto activo y sujeto pasivo presentan ambos un grado de intoxicación considerable y es difícil (especialmente en términos probatorios, pero no solo) saber con certeza si el grado de vulnerabilidad era notorio y si la víctima pudo consentir (en el momento o con anterioridad: *actio libera in causa*). En tales contextos, los actos propios de la víctima y su participación más o menos activa pueden, ante una apariencia de consentimiento, aumentar el espacio de duda razonable, de modo particular si no se obtuvieron evidencias sobre el grado de consumo de sustancias tóxicas y su potencial incapacitante mediante pruebas analíticas que acrediten, de forma objetiva, la intensidad de la intoxicación alcohólica que padecía la víctima en el momento de suceder los hechos.

A partir del análisis de un caso (que dio lugar a la SAP de Barcelona núm. 34/2014, de 13 de enero), se pueden identificar algunas cuestiones relevantes en este tipo de situaciones de vulnerabilidad química.

“La noche del 17 al 18 de septiembre de 2011, el procesado José Enrique, mayor de edad y sin antecedentes penales, acudió a una fiesta privada [...], a la que también fueron diversos jóvenes, entre ellos Eugenia, de 15 años de edad. En dicha fiesta los presentes estuvieron hablando y bebiendo, y en un momento dado el procesado José Enrique y la menor Eugenia mantuvieron relaciones sexuales completas encima de un billar ubicado en el celler de la casa; sin que haya quedado fehacientemente acreditado que, en ese concreto momento, la menor Eugenia tuviera gravemente afectada su capacidad de entendimiento, voluntad y consciencia por causa de la ingesta de alcohol, ni que por esta circunstancia hubiera perdido la posibilidad de no prestar su consentimiento a dicha relación”.

El Tribunal sentenciador absolvió al acusado porque no consideró suficientemente acreditada la incapacidad para consentir de la víctima. Para ello, se apoya en (i) la prueba testifical: “por la coincidencia de lo relatado en cuanto a los aspectos concretos en que fue vista la realización del acto sexual por los asistentes a la fiesta, como por la espontaneidad de sus manifestaciones”; (ii) el testimonio de la propia víctima: una menor de 15 años que afirmó, a preguntas de la defensa, que “no se sentía culpable” pero que “se sentía frustrada por no haber controlado sus actos”, y ello a pesar de que afirmó que solo recordaba “que después se encontró en el Hospital y cuando se despertó estaban su padre y su hermano y que le dieron el alta, yéndose a casa y tras ducharse se puso a dormir” y que a la mañana siguiente “se despertó porque María Rosa (una amiga que también estuvo en la fiesta) vino a contarle lo sucedido”; (iii) la prueba documental y pericial, diversa y contradictoria, porque sorprendió al Tribunal que se le diera de alta con tanta prontitud y no se objetivó mediante prueba analítica el consumo realizado, a pesar de que en el informe de urgencias se diagnosticó una intoxicación etílica aguda y en la exploración neurológica, se observó obnubilación con tendencia a la somnolencia pero reactiva a los estímulos dolorosos/verbales. Y a pesar de otros indicios, como que uno de los forenses sostuviera que “ello es compatible con una presunta agresión sexual en la que la paciente se hallaba, probablemente, bajo los efectos del alcohol y con sus capacidades disminuidas” y de constatar que “en la exploración ginecológica se le observó a Eugenia, en el fondo vaginal, un cuerpo extraño que resultó ser un tampón que

⁴²⁷ Véase, al respecto, el interesante video del Centro Europeo Neurosalus (2016), “Experimento social: chica borracha en la ciudad”. Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=eMHac2U8-SQ> (visitado el 18 de febrero de 2020).

estaba comprimido, refiriendo la paciente que recordaba que lo llevaba, pero que una vez recobrada la conciencia, pensaba que lo había perdido o que se lo habían quitado”⁴²⁸.

Todo ello conduce al Tribunal a afirmar que “más allá de la abundante literatura científica que existe sobre las consecuencias que produce de la ingesta de alcohol en la consciencia de las personas, la forma, los estadios y tiempos en que el autocontrol se llega a perder, de todos es sabido la curva, ascendente primero, descendente después, en que se produce dicha afectación por la influencia del alcohol. Y sobre ello también se ha practicado una pericial a la que más adelante haremos referencia. Por eso, en modo alguno se pone en duda lo que refleja parte de la documental y se concluye en alguna pericial, pero ello es compatible con el hecho de que, con anterioridad a que se produjera esa afectación que reflejan dichos informes, en el concreto momento de producirse la relación sexual entre José Enrique y Eugenia, no consta fehacientemente esa falta de consciencia, es decir que Eugenia estuviera privada de sentido y no pudiera prestar su consentimiento al mantenimiento de dicha relación”. En definitiva, se absuelve porque el órgano sentenciador “alberga muy serias dudas sobre la realidad de los hechos objeto de imputación por lo que procede tener en cuenta el principio *in dubio pro reo*”⁴²⁹.

Como hemos apuntado en líneas anteriores, la perspectiva de género permite exonerar a la víctima de ciertos deberes de autoprotección. Nunca es culpable, sin perjuicio de que en algunos casos pudiera sostenerse que tuvo que ser consciente de que se estaba exponiendo deliberadamente a un contexto de ausencia de capacidad posterior. Podría decirse que el hecho, por tanto, en términos de imputación objetiva no admitiría interferencias esenciales (A violó a B): la cuestión radicaría en que la apariencia razonable de consentimiento podría abonar la tesis del error en el autor. Aquí las presunciones fuertes antes mencionadas constituirían un problema jurídico salvo que se establecieran en los tipos penales o mediante un criterio jurisprudencial *ad hoc*⁴³⁰.

Todo ello nos conduce a dilemas difíciles de resolver con la claridad exigida. A tenor de los estándares exigibles al consentimiento (libre y expreso), cabría preguntarse, ¿Qué debe hacer un ciudadano responsable que presencia una interacción sexual entre dos personas aparentemente incapacitadas (por consumo de sustancias psicoactivas)? Si se observa el nivel de exigencia tal y como se ha analizado, debería responderse que ese tercero tiene la obligación de acudir a la policía o impedirlo, aunque ambos hubieran consumido voluntariamente. Esta cautela obviamente restringiría la libertad de las personas en la mayoría de los casos. La exigencia o estándar de que solo el consentimiento libre y sin dudas razonables acerca de una posible incapacidad tiene consecuencias importantes en el modo de vivir la noche (o en otros escenarios) por una parte importante de la población. Esa actitud nos llevaría más allá de lo que la sociedad parece tolerar, evidenciando una contradicción. Desde el punto de vista personal, ¿Qué debe hacer un hombre que desea tener relaciones con su pareja cuando ésta se halla notoriamente ebria? Si no puede obtener un consentimiento que despeje cualquier duda, debería abstenerse, salvo que se acepte acudir al consentimiento presunto. Sin embargo, o cambian drásticamente las costumbres sociales o seguirá existiendo un espacio de riesgo permitido donde, en ocasiones, alguien pueda alegar *ex post facto* que se violentó su libertad sexual.

3.3. Criterios para una taxonomía de los delitos sexuales cometidos en ausencia de consentimiento.

⁴²⁸ SAP de Barcelona núm. 34/2014, de 13 de enero, FJ1.

⁴²⁹ SAP de Barcelona núm. 34/2014, de 13 de enero, FJ2.

⁴³⁰ En España, mediante un acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª.

En el discurso dogmático sobre la teoría del delito es común referirse al concepto de equivalencia valorativa o funcional con el fin de tratar de limar diferencias aparentes (o no) y/o identificar una lógica común a dos categorías o estructuras distintas en que se codifica la realidad, con la finalidad de construir los conceptos operacionales con que funciona el sistema. La dogmática penal, en ese sentido, pretende ordenar su forma de proceder y enmarcar sus decisiones axiológicas en una taxonomía⁴³¹ que garantice proporcionalidad. Para ello, requiere no solo *crear las piezas del puzzle* (asignándoles un valor a cada pieza, en ocasiones equivalente), sino jugar después con dichas piezas (en un esfuerzo por intentar captar la globalidad y especificidad de cada hecho).

Desde el *punto de vista subjetivo*, descartada la modalidad imprudente, conviene distinguir los supuestos de dolo intencional y dolo eventual. Parece razonable pensar que la eventual intención del autor (especialmente, si es alevosa) influye en el juicio de desvalor global del hecho. Habiéndonos referido ya a los supuestos de dolo eventual (en relación con los problemas que suscitan los casos de VQ), conviene analizar las distintas opciones posibles en relación con los supuestos de sumisión química en los que el autor elige intencionalmente unos medios determinados para asegurarse la indefensión de la víctima. En tales casos, no cabe duda que el dolo del autor abarca la ausencia de consentimiento en tanto que él mismo la ha provocado. Es más, en realidad, cabría plantearse si el hecho de drogar a alguien con la intención de atentar sexualmente contra la víctima sin su oposición (T₁) podría valorarse como un concurso (medial) de dos delitos distintos (delito de coacciones o detenciones ilegales seguido de abuso sexual) si se acaba consumando el plan del autor (T₂). A este respecto, en más de la mitad de los estados de EE.UU. y en la SOA (2003) la administración de sustancias tóxicas no deseadas a la víctima con la intención de someterla sexualmente es ya en sí mismo un delito⁴³². En nuestro sistema jurídico, no existe esa figura delictiva y tampoco parece posible *de lege lata* aplicar un concurso medial, pues el tenor literal del art. 181.2 ya recoge esa acción en T₁. Tal vez, en caso de crearse un tipo penal similar (de subrepticia administración intencional de drogas), éste se podría configurar como un *delito de resultado cortado*, pudiendo establecerse la obtención del resultado como una forma agravada del mismo.

Desde el *punto de vista objetivo*, dejando aparte la intención del autor, el análisis axiológico de la estructura de un tipo penal debe fijarse sobre todo en el bien jurídico protegido y en los medios de ataque escogidos por el mismo. Una primera distinción, en este sentido, se refiere a la dicotomía acción *versus* omisión. Así, por ejemplo, puede afirmarse no sin cautela que, a nivel axiológico, en Derecho penal en principio *no da lo mismo actuar que omitir*. Ese sería un principio o regla general que, sin embargo, admitiría (o exigiría) excepciones. Los casos de comisión por omisión, en efecto, guardarían una cierta identidad normativa o valorativa con la comisión activa, aunque estructuralmente deban distinguirse⁴³³.

Ya en relación a los delitos sexuales, parece obvio que, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, adquieren idéntica significación jurídico-penal todas las acciones que, guardando una equivalencia valorativa, puedan ser objetivamente interpretadas como una

⁴³¹ Entiéndase una clasificación tipológica siguiendo los criterios de la taxonomía, “ciencia que trata de los principios, métodos y fines de la clasificación” (Diccionario de la Real Academia Española (actualización 2019), voz “taxonomía”).

⁴³² Véase, GREEN (2020), capítulo 8, IV, donde entiende que se trata de una *preparatory offense*. Por tanto, de conformidad con nuestro principio de progresión delictiva se debería entender absorbido tras la consumación. Véase, respecto a la cifra de estados apuntada, FALK (2002), p. 131.

⁴³³ En relación a la expresión, NINO (1979), pp. 801-817. Sobre la identidad normativa o equivalencia funcional, véase, SILVA SÁNCHEZ (1986), *passim*.

constricción de la libertad e integridad personal en el plano de las relaciones sexuales⁴³⁴. Nos hallaríamos ante un juicio-base de desvalor de la acción idéntico, sin perjuicio, obviamente, de apreciar circunstancias agravantes en función del tipo de medios empleados. Y aquí parece, cuanto menos en el caso español, que *los árboles nos han impedido ver el bosque*. Al configurar las distintas tipologías delictivas, la adopción como criterio rector de los *medios empleados* ha restado importancia a la esencia del injusto o se han descartado algunas formas de ataque en las que el *grado de doblegamiento de la voluntad* es idéntico en términos normativos.

Desde el punto de vista moral, Tomás de Aquino distingue entre las fuentes de la moralidad de una acción tres parámetros: *objeto, fin y circunstancias*⁴³⁵. En ocasiones determinadas circunstancias son tan esenciales que modifican el objeto y llegan a cambiar el nombre de la acción. En este caso, cabría plantearse si los medios empleados o el resultado alcanzado implican una diferencia esencial; o si el acceso carnal es *solo* una circunstancia (valorable, obviamente) o justifica un cambio de nombre.

Como ha señalado Oxman, en el contexto de la teoría de la imputación de los delitos contra la libertad sexual, el criterio normativo para fijar la relevancia jurídico-penal de la acción realizada no está puesto en el contenido sexual específico del acto, sino en el entendimiento de estas normas como la prohibición de involucrar a otro en un contexto sexual sin su consentimiento. A tales efectos, únicamente importaría la existencia de un *deber* que incumbe al autor, con base en las circunstancias concretas, de preguntarse al menos sobre la posibilidad de estar ejecutando un hecho que limita o restringe la libertad sexual de otro⁴³⁶. En el Código penal italiano, por razones distintas como vimos, se unificaron las dos formas delictivas básicas en una sola, a fin de evitar una concepción casuística y descriptiva que obligue a la investigación y someta a la víctima al trance de tener que precisar las concretas prácticas que le fueron realizadas, con el fin de determinar el encaje de la conducta en un tipo u otro.

Sea como fuere, se debería replantear a la luz de las consideraciones axiológicas oportunas tanto (i) la equivalencia del nombre (abuso sexual *versus* violación), como (ii) la equivalencia valorativa de las circunstancias. Tales juicios de valor deberían estar exentos, en principio, de la presión de la opinión pública. Excede a este trabajo un análisis más concreto y en profundidad relativo a la distinta aportación de los criterios de racionalidad valorativa y legitimación democrática, aunque se señalarán en las conclusiones algunas pautas que, a nuestro juicio, deberían guiar el necesario debate doctrinal y parlamentario.

Entrando a valorar las distintas formas de ataque y su consiguiente grado de desvalor, veamos algunas distinciones importantes. En línea de principios, parece razonable sostener que la ley penal tiene que prohibir cualquier acción que implique una limitación o anulación de la capacidad de decisión de las personas a las que la ley les reconoce plena autonomía vital para el desarrollo de su sexualidad⁴³⁷. Sin embargo, hay que establecer distinciones que, suponiendo al legislador racional, se basen en una graduación o cuantificación del desvalor de la acción (con sus circunstancias y medios comisivos de ataque) y del desvalor del resultado. Tales distinciones, en función del sistema o modelo de Derecho Penal, tendrían que establecerse en las penas fijadas por el legislador para

⁴³⁴ OXMAN (2015), p. 92.

⁴³⁵ Véase, TELLKAMP (2005), p. 205-217.

⁴³⁶ OXMAN (2015), p. 98.

⁴³⁷ OXMAN (2015), p. 93.

cada modalidad delictiva junto a sus circunstancias agravantes⁴³⁸ (sistemas de *civil law*) o en las denominadas *sentencing guidelines* (sistemas de *common law*). Ambos sistemas, siendo distintos, guardan una lógica común. El *Sentencing Council*, organismo independiente en el Reino Unido encargado de orientar los criterios de terminación de la pena, publicó en su guía los parámetros de valoración que debían tenerse en cuenta en delitos de violación:⁴³⁹

Tabla 1: Parámetros de valoración para la determinación de la pena en delitos de violación⁴⁴⁰

Harm		Culpability
Category 1	The extreme nature of one or more category 2 factors or the extreme impact caused by a combination of category 2 factors may elevate to category 1	A
		Significant degree of planning
		Offender acts together with others to commit the offence
		Use of alcohol/drugs on victim to facilitate the offence
		Abuse of trust
		Previous violence against victim
		Offence committed in course of burglary
		Recording of the offence
		Commercial exploitation and/or motivation
		Offence racially or religiously aggravated
		Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on his or her sexual orientation (or presumed sexual orientation) or transgender identity (or presumed transgender identity)
		Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on his or her disability (or presumed disability)
		B
		Factor(s) in category A not present
Category 2	<ul style="list-style-type: none"> Severe psychological or physical harm Pregnancy or STI as a consequence of offence Additional degradation/humiliation Abduction Prolonged detention/sustained incident Violence or threats of violence (beyond that which is inherent in the offence) Forced/uninvited entry into victim's home Victim is particularly vulnerable due to personal circumstances* <p>* for children under 13 please refer to the guideline on page 27</p>	
Category 3	Factor(s) in categories 1 and 2 not present	

Más allá del correspondiente estudio de las reglas de valoración que subyacen a uno y otro sistema, es interesante conocer que el *Sentencing Council* tiene la obligación legal de consultar al parlamento, incluyendo comparecencias regulares ante el *House of Commons Justice Select Committee*.

Antes nos hemos referido a la alevosía como elemento que caracteriza a la intención. La presencia de alevosía hace rebosar intencionalidad en el autor, pero, en cuanto circunstancia agravante, se debe plasmar en la utilización por el autor de unos medios

⁴³⁸ En el Derecho Penal español, junto a las agravantes genéricas del art. 22 CP, el art. 180 del CP establece un conjunto de circunstancias agravantes específicas para las agresiones sexuales, entre las que se incluyen, por ejemplo, “cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas” o “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación” (salvo que se trate de un menor de 16 años); o “cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”.

⁴³⁹ Sentencing Council (2013). *Sexual Offences. Definitive Guideline*, p. 10. Disponible online: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/> (visitado el 20 de julio de 2019).

⁴⁴⁰ En la Guía, la tabla va precedida por el siguiente mandato a los jueces: “The court should determine which categories of harm and culpability the offence falls into by reference only to the tables below”. Así, los criterios o parámetros de valoración se encuadran en el daño producido y en la culpabilidad del autor.

concretos que aseguren la ejecución del delito mermando las posibilidades de defensa⁴⁴¹. No obstante, la jurisprudencia también ha aceptado la denominada *alevosía por desvalimiento*, en la que resulta inherente a la propia condición de la víctima su imposibilidad de defenderse del autor, su absoluta incapacidad de defensa frente a él⁴⁴².

Esta equivalencia valorativa conduciría a determinar que las situaciones de abuso sexual originando o aprovechando una disminución de las capacidades psíquicas de la víctima, poseen idéntica significación sexual a otras formas especialmente graves, como serían (1) aquellas situaciones tradicionalmente consideradas como constrictivas o coactivas, subsumibles en los medios típicos violencia o intimidación; o (2) aquellas acciones de naturaleza sexual perpetradas sobre un menor de 16 años (en tanto que la indemnidad sexual de un menor basada en su incapacidad plena para consentir podría equipararse a la indemnidad una persona que no es libre de forma transitoria)⁴⁴³. La razón no es otra que sostener que el autor ha buscado víctimas indefensas y se ha ahorrado el empleo de tales medios comisivos que justificaban su agravación. Siguiendo esta lógica, se debería equiparar el marco penológico de las agresiones sexuales a los abusos sexuales cometidos sobre víctimas que no podían defenderse en modo alguno, con independencia del origen de dicha vulnerabilidad⁴⁴⁴.

Respecto a los medios previstos en los artículos 178 y 181 CP, una primera pregunta sería (i) ¿Por qué no deben castigarse del mismo modo los supuestos sumisión química y los de vulnerabilidad química? Aquí ya no estamos valorando aquellas situaciones en las que, de entrada, no es necesario para el autor buscar formas o modos de ataque que reduzcan drásticamente las posibilidades de defensa. Quien se halla en una situación de vulnerabilidad química no ostenta la condición de vulnerabilidad como algo inherente a ella, sino de forma accidental.

Las razones son claras si nos atenemos a la intencionalidad subjetiva y peligrosidad objetiva del ataque. Quien utiliza drogas para doblegar la voluntad de su víctima emplea medios que aseguran de forma eficaz toda posibilidad de defensa (*alevosía*) y manifiesta una potencialidad lesiva mucho mayor que, en caso de generalizarse, pondría en peligro no solo a quienes frecuentan espacios de ocio nocturno y consumen voluntariamente hasta perder sus niveles ordinarios de capacidad, sino a toda la población. Por tanto, el juicio de equivalencia valorativa no puede ser el mismo.

Una tercera pregunta sería ¿Debe equipararse un contacto sexual logrado mediante violencia a uno en el que el autor no haya necesitado vencer la resistencia natural de la víctima por medios violentos? Aquí estamos tratando de valorar las distintas situaciones, dándose tres posibles escenarios acerca del origen de dicha incapacidad para resistir: (i) cuando se ha producido ésta por causas ajenas por completo al autor e inherentes a la víctima de forma permanente en el tiempo (menores e incapaces); (ii) por causas ajenas por completo al autor e inherentes a la víctima de forma accidental o circunstancial (VQ);

⁴⁴¹ El artículo 22.1 del CP define como primera circunstancia agravante genérica la *alevosía*: “Hay *alevosía* cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las *personas empleando en la ejecución medios, modos o formas* que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

⁴⁴² Así, por ejemplo, STS núm. 367/2019, de 18 de julio.

⁴⁴³ Sobre la conveniencia de abandonar un sistema dualista que separe delitos sexuales a menores, véase MAÑALICH (2014), p. 25 y ss.

⁴⁴⁴ En sentido afirmativo se expresa también Torres Fernández, considerando que en casos de vulnerabilidad y sumisión química, menores e incapaces, el tratamiento como abuso y no como violación conlleva establecer una menor protección injustificada a quienes no se encuentran en condiciones de oponerse (TORRES FERNÁNDEZ (2019), pp. 694-695).

o (iii) por causas provocadas por el mismo autor (SQ). En realidad, la equivalencia valorativa en los dos primeros escenarios la acabamos de abordar, y solo nos queda el tercero.

Un sector de la doctrina considera el uso intencional de sustancias para drogar a la víctima como un “puñetazo químico”, que la haría merecedora de un tratamiento punitivo equivalente al de las agresiones sexuales, y la violación, en su caso⁴⁴⁵. Un poderoso argumento sobre la equivalencia valorativa del uso de sustancias químicas al empleo de violencia o intimidación lo encontramos en la jurisprudencia. Como es sabido, en los delitos patrimoniales, la diferencia entre los delitos de robo con violencia y de hurto radica precisamente en que en el primero la sustracción se lleva a cabo con empleo de violencia sobre las personas, mientras que en el segundo no es así. Pues bien, la sumisión química se ha interpretado en diversas resoluciones judiciales como una forma de “violencia” cuando la administración de sustancias tóxicas se produce para llevar a cabo la sustracción de efectos propiedad del afectado⁴⁴⁶, calificándose de tal suerte los hechos como robo con violencia. Así, lo ha considerado la jurisprudencia de forma unánime: la utilización de drogas debía ser considerada una forma de violencia suficiente para satisfacer las exigencias típicas del delito de robo con violencia o intimidación.

Esta doctrina jurisprudencial entendía como “puramente accidental que se use un medio químico (narcótico, gas) en vez de mecánico; el fin perseguido y el resultado alcanzado son los mismos, anular tanto su defensa como su huida y su petición de socorro, toda acción recurrente de la víctima a ser despojado”⁴⁴⁷. La razón de dicha equiparación valorativa es incontestable: “propinar un narcótico que la inmoviliza (tanto o más que si se le atara) y ejercer efectos en todo su organismo, más o menos graves según dosis, edad, contraindicaciones etc. es una agresión lesiva no inferior al forcejeo, ligaduras, empujones, etc. y, por supuesto, se le suministra notoriamente contra su voluntad, traicioneramente”⁴⁴⁸.

El mismo Tribunal Supremo entiende que se trata de conductas constitutivas de robo y no de hurto⁴⁴⁹. Así lo establece, por ejemplo, en la sentencia 1332/2004, de 11 de noviembre:

“En éste nos hallamos ante un caso de obnubilación o disminución importante de las facultades mentales, pero sin pérdida plena: conservó las necesarias para poder firmar los citados documentos de disposición de su cuenta. Estimamos que, pese a estas diferencias, cabe aplicar aquí la misma doctrina jurisprudencial antes referida, pues quien se halla inhabilitado para darse cuenta del alcance de sus actos, como ocurrió en el caso presente, es un caso equiparable al de la privación total del conocimiento. Aquí se encontraba violentado el sujeto pasivo por el deliberado suministro de una sustancia narcótica. La equiparación de tal conducta con la de la del uso de violencia física es aplicable a los hechos aquí examinados. Hubo, pues, delito de robo: hubo apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando violencia en las personas (art. 237 CP)”.

⁴⁴⁵ Véase, entre otros, TORRES FERNÁNDEZ (2019), p. 681; LASCURAÍN SÁNCHEZ (2018), pp. 18-19; MUÑOZ CONDE (2019), p. 294; SANCHO DE SALAS, XIFRÓ COLLSAMATA, BERTOMEU RUÍZ y ARROYO FERNÁNDEZ (2012), p. 41.

⁴⁴⁶ SANCHO DE SALAS (2012), p. 41.

⁴⁴⁷ Al respecto, STS núm. 577/2005, de 4 de mayo.

⁴⁴⁸ STS núm. 577/2005, de 4 de mayo.

⁴⁴⁹ Véase CARUSO FONTÁN (2013), p. 4, en referencia a la STS núm. 1332/2004, de 11 de noviembre.

Sin embargo, si se comete la sustracción sobre quien se encuentra bajo la influencia de sustancias tóxicas que hubiese consumido previamente de forma voluntaria, los tribunales no consideran que exista “violencia”, por lo que el hecho sería en todo caso constitutivo de un delito de hurto, cuya pena resulta notablemente inferior a la del robo con violencia⁴⁵⁰.

Respecto a los delitos sexuales, si bien se planteó inicialmente dicha discusión al afectar plenamente a la distinción entre las agresiones y abusos sexuales, la misma se desvaneció con la reforma del Código Penal de 2010, donde el legislador agregó un inciso en el artículo 181.2 que considera abusos sexuales no consentidos “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”. Con dicha reforma se produjo así un efecto atenuante: con el nuevo tenor literal, se impide en virtud del principio de legalidad la incardinación de supuestos de SQ como supuesto de agresión sexual al rebasarse el sentido literal del tipo. Carece de toda lógica que el suministro sustancias tóxicas a una persona para atentar sexualmente contra ella no se considere violencia dentro de esta tipología delictiva y no se distinga si la privación es ajena a la actuación del autor o si ha sido provocada por él para lograr su objetivo. La distinción es de gran relevancia si se tiene en cuenta que éste es el elemento que legalmente distingue el abuso sexual de la agresión sexual, la concurrencia de violencia o intimidación⁴⁵¹. En términos lógico-sistemáticos se debería haber mantenido en el ámbito de los abusos sexuales los supuestos de privación de sentido en los que el sujeto activo se aprovecha de una situación que no ha provocado y, por exclusión, ubicar en el ámbito de las agresiones sexuales los ataques en los que el medio comisivo ha sido escogido de forma premeditada y en plena equivalencia valorativa al uso de violencia o intimidación.

4. Perspectiva de futuro.

Tras los efectos sociales y la resonancia mediática de la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 38/2018, de 20 de marzo (caso “La Manada”), se anunció por parte del gobierno español la necesidad de estudiar una reforma del Código Penal para revisar las penas y modificar la redacción de los delitos contra la libertad sexual.

En solo unos meses se llegó a publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales una Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de delitos contra la libertad sexual⁴⁵². En la Exposición de Motivos de dicha proposición de ley se disponía que los delitos contra la libertad sexual realizados a través de la llamada “sumisión química” (donde se anula la capacidad de respuesta de la víctima, y se elimina cualquier posibilidad u oposición) debían considerarse un supuesto en el que no solo no existe el consentimiento, sino que en ellos se empleaban medios para doblegar a la víctima a través de procedimientos brutales, equiparables a la violencia física.

Dicha reforma pretendía salir al paso de la configuración y los efectos del consentimiento en algunos tipos penales que habían generado una gravísima alarma social ante la calificación de determinadas conductas como abuso sexual. Sin duda, las bases sobre las que se asentaba ese rechazo social mayoritario incidían sobre una interpretación del consentimiento muy diferente de la mantenida en la sociedad actual, de modo particular

⁴⁵⁰ SANCHO DE SALAS (2012), p. 41.

⁴⁵¹ CARUSO FONTÁN (2013), p. 5.

⁴⁵² Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley, número 357-1 (21 de diciembre 2018).

tras la eclosión de un nuevo movimiento feminista que pretendía poner fin a situaciones de acoso y abuso sexual en los que el consentimiento de la víctima se halla fuertemente condicionado.

Para ello, se proponía incluir en los tipos de agresión sexual de los artículos 178 y 183.2 del Código Penal, junto a la violencia o la intimidación, otros dos supuestos que consistían en la conducta deliberada y directa de anular la voluntad de la víctima, bien sea por la actuación conjunta de dos o más personas o bien por la utilización de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, dejando su catalogación de abuso sexual. Si bien dicha reforma no llegó a completar su trámite parlamentario, recientemente se ha vuelto a poner sobre la mesa, hallándose actualmente el Ministerio de Igualdad en la fase final de preparación de un nuevo proyecto de ley sobre la libertad sexual.

5. Conclusiones: hacia una propuesta de solución.

Regresando al punto de partida de estas líneas, quizá no existan 13 formas distintas⁴⁵³ de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona. No obstante, el abanico de posibilidades comisivas en materia sexual es amplio y éstas no siempre poseen una significación distintiva que merezca un marco penológico diferente. A su vez, la perspectiva comparada y el enfoque sociológico nos han permitido identificar un cambio de paradigma en la forma de proteger penalmente la autodeterminación sexual. La perspectiva de género ha propiciado un profundo giro en la cultura social. Sin embargo, ese cambio, no se ha traducido por igual en respuestas penales homogéneas, en tanto que la tradición jurídica y las particularidades de las normas penales y procesales metabolizan a su manera esa nueva cultura.

Sin duda, el motor de dicho cambio se ha revolucionado con los movimientos en contra de calificar atentados sexuales como los de la Manada como abuso sexual, y no como violación. A este respecto, en los delitos sexuales la cuestión del nombre y la cuestión de la forma de determinación de la pena son en cierto modo accidentales. Lo esencial es el juicio de equivalencia valorativa y el juicio de proporcionalidad relativa. De conformidad con el análisis realizado, a la pregunta ¿Da lo mismo (en términos valorativos) mantener relaciones sexuales in consentidas, habiendo provocado o habiéndose aprovechado el autor de la ausencia de capacidad suficiente para consentir?, la respuesta debe ser no. Rotundamente no. Y a la pregunta ¿Debe equipararse un contacto sexual logrado mediante violencia a uno en el que el autor no haya necesitado vencer la resistencia natural de la víctima por medios no violentos?, la respuesta, a nuestro juicio, debe ser depende. Hemos distinguido a este respecto tres posibles escenarios: (i) causas ajenas por completo al autor e inherentes a la víctima de forma permanente en el tiempo; (ii) causas ajenas por completo al autor e inherentes a la víctima de forma accidental o circunstancial; (iii) causas provocadas por el mismo autor.

En cuanto a los criterios definitorios para una adecuada diferenciación de los distintos delitos sexuales, parece conveniente unificar agresiones y abusos sexuales en un único tipo básico que sirviera de referencia penológica principal. Tratando de obviar la cuestión de si el *quantum* de pena responde a criterios preventivo-generales adecuados, cualquier propuesta de reforma de los delitos sexuales debería observar criterios de proporcionalidad relativa que sean coherentes y acordes con el análisis dogmático realizado. Este ha sido el objetivo último del presente trabajo.

⁴⁵³ En alusión a la obra de GREEN (2012).

Así las cosas, al tipo básico (a1) se le podría asignar, por ejemplo, un marco penológico de 4 a 6 años de prisión⁴⁵⁴. Pudiendo ser su *nomen iuris* el de violación, este tipo básico dispondría para una adecuada valoración global del injusto de un conjunto de factores de signo agravante y atenuante. A tal efecto, se podrían establecer: (a2) un subtipo atenuado de no haberse consumado acceso carnal, que conllevaría la imposición de la pena inferior en grado (de 2 a 4 años de prisión); y (a3) un subtipo agravado por haberse utilizado medios comisivos especialmente graves (violencia, intimidación o anulación de la capacidad de consentir provocada mediante el uso de sustancias), que supondría una pena superior en grado (de 6 a 9 años de prisión). Junto a las tres modalidades típicas, se podría establecer un listado de circunstancias agravantes independientes y, por tanto, aplicables a las tres figuras delictivas, entre las que figurarían: (b1) la circunstancia personal relativa a la vulnerabilidad de la víctima (minoría de edad o discapacidad); y (b2) la circunstancia contextual de haberse cometido el delito en una situación de abuso de superioridad manifiesta o por razones de género que convendría precisar. El impacto penológico de las mismas podría traducirse en subir la pena en un grado más⁴⁵⁵.

Así, un supuesto de delito de violación mediante sumisión química recibiría en principio una respuesta penológica equivalente a una violación perpetrada mediante violencia (ambas constituirían un tipo agravado del delito de violación). Pero, en cambio, una violación aprovechando una situación de vulnerabilidad química (no provocada por el autor), en principio se castigaría de acuerdo con el tipo básico de violación. Solo en aquellos casos en que se pueda apreciar la concurrencia de superioridad manifiesta se podría ver incrementada. Una propuesta de reforma en este sentido sería compatible con el análisis dogmático realizado.

En el caso concreto de los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química se ha justificado la necesidad de un especial enfoque valorativo, ya que se trata de un ataque especialmente grave por la alevosía que le es inherente: imposibilita de forma absoluta cualquier tipo de resistencia o defensa por parte de la víctima, por la peligrosidad objetiva que comporta y la reprochabilidad o malicia que entraña.

En cuanto a los supuestos de vulnerabilidad química, se ha podido analizar la complejidad de las distintas situaciones en que se plantea. Desde un punto de vista dogmático, ante casos límite se han propuesto tres posibles respuestas del sistema con sus notorias limitaciones: *actio libera in causa*, error de tipo y causa de justificación por consentimiento presunto. Y se ha dejado abierta la cuestión de cómo debería someterse a reflexión las contradicciones inherentes a la aceptación social de un espacio de riesgo permitido como son determinados contextos de ocio nocturno. Y, desde un punto de vista procesal, las cuestiones de prueba y el necesario equilibrio entre el juego de presunciones

⁴⁵⁴ Al tiempo de ultimar la redacción de estas líneas han aparecido en prensa los criterios penológicos que se están barajando en la reforma de los arts. 178 y ss. del CP. Según fuentes periodísticas, el cambio de filosofía que anima la reforma no conlleva penas más altas. De hecho, los castigos que se barajan se reducen respecto a los que prevé el Código Penal vigente. Así, la pena mínima por agresión sexual en la nueva propuesta, según fuentes de la negociación, es de 1 a 4 años frente a la horquilla de uno a cinco años que recoge el Código Penal en su artículo 178. La agresión con penetración o asimilados (vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos) irá de cuatro a 10 años frente a los seis a 12 que contempla el Código en el artículo 179 (“La nueva ley de libertad sexual prevé rebajar las penas por agresiones”, Pilar Álvarez, *El País*, noticia publicada el 15 de febrero de 2010. Disponible online: https://elpais.com/sociedad/2020/02/14/actualidad/1581704814_345657.html (visitado el 24 de febrero de 2020).

⁴⁵⁵ Por tanto, tratándose de un subtipo atenuado, el marco penológico pasaría a ser de 4 a 6 años de prisión; en el tipo básico: de 6 a 9 años de prisión; y en el subtipo agravado: de 9 a 12 años de prisión.

y la carga probatoria han puesto en evidencia que no todo se resuelve con una reforma legal.

En todo caso, gran parte del problema se halla en la compleja definición del espacio de riesgo permitido en este ámbito tan resbaladizo: aquí se encontraría la clave. Se ha avanzado mucho en la definición sobre cómo debería ser el consentimiento sexual libre. Ante el modelo de consentimiento fáctico y dinámico o por fases (en el que todo es revocable) en el que se exige una afirmación expresa e inequívoca, la realidad social plantea dilemas difíciles de resolver con la claridad exigible. La respuesta a la pregunta relativa a qué debe hacer un ciudadano responsable que presencia una interacción sexual entre dos personas aparentemente incapacitadas (por consumo de sustancias psicoactivas), debería ser acudir a la policía o impedirlo, aunque ambos hubieran consumido voluntariamente.

La exigencia o estándar de que solo se puede aceptar un consentimiento libre exento de duda razonable acerca de una posible incapacidad, debería tener consecuencias importantes en el modo de vivir la noche (o en otros escenarios) por una parte importante de la población. Ese espacio de riesgo permitido estaría creando las condiciones propicias para que surjan abundantes situaciones de error que, en caso de denunciarse, acabarían en delito.

Desde el punto de vista personal, ¿qué debe hacer un hombre que desea tener relaciones con su pareja cuando ésta se halla notoriamente ebria? Si no puede obtener un consentimiento que despeje cualquier duda, debería abstenerse, salvo que se acepte acudir al consentimiento presunto. Sin embargo, o cambian drásticamente las costumbres sociales o seguirá existiendo un espacio de riesgo permitido donde, en ocasiones, alguien pueda alegar *ex post facto* que se violentó su libertad sexual.

Bibliografía citada

- AGUSTINA, José R. y MARCO-FRANCIA, María-Pilar. “¿Agresión o abuso sexual? Cuestiones forenses a propósito del caso de «La Manada»”. *Revista Española de Medicina Legal*, 2019 (avance online: DOI: 10.1016/j.reml.2019.09.002).
- ASÚA BATARRITA, Adela. “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: Imágenes culturales y discurso jurídico”. En: *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*. Emakunde – Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria – Gazteiz, 1998, pp. 47-101.
- BARRUTIA SOLIVERDI, Begoña. “Estudio de la Sumisión Química”. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº117, 2015, pp. 11-15.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.
- BERGELSON, Vera. *Victims' rights and victims' wrongs: comparative liability in criminal law*. Stanford University Press, 2009.
- BERGELSON, Vera. “The Defense of Consent”. En Markus D. Dubber y Tatjana Hörnle (eds), *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, 2015.
- BRAGE CENDAN, Santiago B. “El delito de abuso sexual facilitado por el uso de sustancias químicas”. *Diario La Ley*, 2013, 8216: 1.
- BUTLER, Bernardette, WELCH, Jan. “Drug-facilitated sexual assault”. *Canadian Medical Association Journal* 2009. Vol. 5, pp. 493-494.

- CANCIO MELIÁ, M. “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”. *La Ley*, 1996, núm. 6, pp. 1626-1633.
- CARRASCO GÓMEZ, Juan José y MAZA MARTÍN, José Manuel. *Tratado de psiquiatría legal y forense*. Ed. La Ley. Madrid, 2010.
- CARUSO FONTÁN, Viviana. “La utilización de psicóticos y narcóticos como medio comisivo del delito de robo con violencia o intimidación”. *La Ley*. 2013. pp. 1-10.
- CHANG KCOMT, Romy Alexandra. *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis dogmático y consecuencias prácticas*. Salamanca. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. 2017.
- CLOUGH, Amanda. “Finding the Balance: Intoxication and Consent”. *Liverpool Law Review*. Vol. 40, Abril 2019, pp. 49-64.
- COWAN, S. “The Trouble with Drink: Intoxication, (In)Capacity and Evaporation Of Consent to Sex”. *Akron Law Review*, 41 (4) (2008), pp. 899-922.
- COX LEIXELARD, Juan Pablo. “El *nomen iuris* “violación” como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad del reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres”. *Revista Ius et Praxis*, Año 25, núm. 3, 2019, pp. 307-322.
- COX LEIXELARD, Juan Pablo. “Entre la revolución y la ilusión. La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”. *Revista Política Criminal*, Vol. 13, núm. 26, 2018, pp. 657-681.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M.A., “La “edad de consentimiento sexual” en la reforma del Código Penal de 2015”. *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo* (coord. S. Bacigalupo Sagesse). Madrid, 2016. pp. 872-893.
- FALK, P.J. “Rape by drugs: a statutory overview and proposals for reform”. *Arizona Law Review*, 44 (2002), 131-212.
- FARALDO CABANA, P.; “Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales”. La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales (Dir. Acale Sánchez, Faraldo Cabana), Valencia, 2018.
- FINCH, E. y MUNRO, V.E. “The Demond Drink and the Demonized Woman: Socio-Cultural Stereotypes and Responsibility Attribution in Rape Trials Involving Intoxicants”. *Social Legal Studies*, 16 (2007), 591-614.
- FIRTH, Georgina. “Not an Invitation to rape: the Sexual Offences Act 2003, consent and the case of the “drunken” victim”. *The Northern Ireland Legal quarterly*, 62 (1) (2011): 99-118.
- GÁLVEZ, Elisa, GONZÁLEZ, Yasser Armando, y CONSUEGRA, Elisa. “Sexualidad y drogas: aspectos medicolegales de interés para el médico general integral”. *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, 10(4) (2011), pp. 492-495.
- GARCÍA-REPETTO, Rosario y SORIA, María Luisa. “Sumisión química: reto para el toxicólogo forense”. *Revista Española Medicina Legal*, 37 (2011), pp. 105-112.
- GAVILÁN RUBIO, María. “Agresión Sexual y Abuso por prevalimiento: Análisis de la reciente jurisprudencia”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 12 (2018), pp. 82-95.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “Derecho Penal Sexual y Reforma Legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7 (2005), pp. 1-35.
- GONEAGA OLAIZOLA, Reyes. “Delitos contra la libertad sexual”. *Eguzkilore*, extra 10 (1997), pp. 95-120.
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. *Delitos contra la libertad sexual: delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*. Montevideo. BdeF, 2015.

- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. *Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales*. Tesis doctoral. Universitat Pompeu Fabra, 2011.
- GREEN, Stuart P. *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*. Oxford University Press, (en prensa)
- GREEN, Stuart P. *Thirteen Ways to Steal a Bicycle: Theft Law in the Information Age*. Harvard University Press, 2012
- GRUBER, Aya. "Consent Confusion". *Cardozo Law Review*, 38. (2016), pp. 415-458.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. "Aprobación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile". *Anuario de Derecho Penal (1999-2000)*, pp. 201-244.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. "Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la Libertad Sexual". *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 68 (2016), pp. 105-136.
- HALLEY, Janet. The move to affirmative consent. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 42(1) (2016), 257-279.
- HURD, Heidi M. "Blaming the Victim: A Response to the Proposal that Criminal Law Recognize a General Defense of Contributory Responsibility". *Buffalo Criminal Law Review* 5 (2005), pp. 503-522.
- ISORNA-FOLGAR, Manuel y RIAL-BOUBETA, Antonio. "Drogas facilitadoras de asalto sexual y sumisión química". *Salud y Drogas*, Vol.15, núm. 2 (2015), pp. 137-150.
- ISORNA-FOLGAR, Manuel, SOUTO-TABOADA, Coromoto, RIAL-BOUBETA, Antonio, ALÍAS, Antonio, MCCARTAN, Kieran. "Drug-Facilitated Sexual Assault and Chemical Submission". *Psychology, Society & Education*. 2017, vol. 9 (2), pp. 263-282.
- JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general (2ª ed., trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo). Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho penal. Parte General (5ª ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete). Comares, Granada, 2002.
- JOZKOWSKI, K. N. "Yes Means Yes"? *Sexual Consent Policy and College Students*. Change: The Magazine of Higher Learning, 47(2), 16-23. doi:10.1080/00091383.2015.1004990. (2015).
- LE BEAU, Marc, MOZAYANI, Ashraf (Eds), *Drug-Facilitated Sexual Assault. A Forensic Handbook*. San Diego: Academic Press, 2001, pp. 6-23.
- LITTLE, Nicholas J. From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 58 (4) (2005), pp. 1321-1364.
- LÓPEZ-RIVADULLA, Manuel. CRUZ LANDEIRA, Angelines. QUINTELA JORGE, Oscar, DE CASTRO, Ana. CONCHEIRO, M., BERMEJO, A. JURADO, C. "Sumisión Química: antecedentes, situación actual y perspectivas. Protocolos de actuación para estudios multicéntricos". *Revista de Toxicología*. 2005. nº. 22, pp. 119-126.
- LUNA MALDONADO, A., MARTINEZ, F., OSUNA, E. y GARCÍA FERRER, R. (1988). Alcohol consumption and crimes against sexual freedom. *Medicine and Law*, 7, 81.
- MAÑALICH, Juan Pablo. "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno Una reconstrucción desde la teoría de las normas". *Revista Ius et Praxis*, Año 20, Nº 2, 2014, pp. 21-70.

- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, M^a Cecilia. “Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial”. Tirant Lo Blanch, 2^a edición. Valencia (2018). ISBN 13 9788491901112.
- MAURACH, Reinhart. Derecho Penal: Parte General (actualizada por ZIPF, Heinz). 7^a edición alemana (traducida por Jorge BOFILL GENZSCH y Enrique AIMONE GIBSON). Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, vol. 1.
- MCELROY, Wendi. *Rape Culture Hysteria: Fixing the Damage Done to Men and Women*, Create Space Independent Publishing Platform, 2016.
- MCGREGOR, M.J., JANSSEN, P., ERICKSEN, J., VAN VLIET, A., RONALD, L. & SCHULZER, M. (2004). Rising incidence of hospital-reported drug-facilitated sexual assault in a large urban community in Canada: Retrospective population-based study. *Can J Public Health*, 95, pp. 441-445. DOI: <http://dx.doi.org/10.17269/cjph.95.557>
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general* (10^a edición). Reppertor, Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando y GUÉREZ TRICARICO, Pablo (2019). Consentimiento. *Memento penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, núm. 1930-2000.
- MUHLENHARD, Charlene L. y HOLLABAUGH, Lisa L. (1988) Do Women Sometimes Say No When They Mean Yes?, *54 J. Personality & Soc. Psychol.* 872 (1988).
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””. *Revista Penal*, 43 (2019) pp. 290-299.
- NINO, Carlos Santiago, ¿Da lo mismo actuar que omitir? (Acercas de la valoración moral de los delitos de omisión). LL, 1979, pp. 801-817.
- OXMAN, Nicolás. “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales”. *Revista Política Criminal*, Vol. 10, N° 19 (2015).
- PANYELLA-CARBÓ, Maria Neus, AGUSTINA, José Ramón y MARTIN-FUMADÓ, Carles. “Sumisión química versus vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias”. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 17 (2019), pp. 1-23.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli. “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”. *Revista Mexicana de Sociología* 78, núm. 4 (2016), pp. 471-767.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli. California define qué es “consentimiento sexual”. *Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana*, 25 (2017), pp. 113-133
- RAGUÈS i VALLÉS, Ramon. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En J.-M. Silva Sánchez (dir.), R. Raguès i Vallés (coord.) *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. Atelier, 2019, pp. 129-143.
- RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Revista Política Criminal*, Vol. 2, N° 3 (2007).
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del código penal*. Tirant lo Blanch, 2016.
- RÍOS, Jaime. “El consentimiento en materia penal”. *Revista Política Criminal*, N° 1 (2006).
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General* (trad. De la 2^a edición alemana). Civitas, 1997.

- SIMESTER, A.P., SPENCER, J.R., STARK, F., SULLIVAN, G.R., & VIRGO, G.J. (2016). *Simester and Sullivan's criminal law: theory and doctrine*. Bloomsbury Publishing.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito, de omisión: concepto y sistema*. Ed. Bosch, Barcelona, 1986.
- SORIA VERDE, M.A. y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J.A. *El agresor sexual y la víctima*. Ed. Boixareu Universitaria, Barcelona, 1994.
- TELLKAMP, Jorge A. Las circunstancias del acto humano en la filosofía moral de Tomás de Aquino. *Revista Española de Filosofía Medieval*, 2005, vol. 12, p. 205-217.
- TESTA, Maria & LIVINGSTON, Jennifer A. (2009). Alcohol consumption and women's vulnerability to sexual victimization: Can reducing women's drinking prevent rape?. *Substance Use & Misuse*, 44(9-10), 1349-1376.
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. (2019). Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿ mito o realidad?. La llamada sumisión química en Derecho penal: Especial referencia a los delitos sexuales. *Estudios Penales y Criminológicos*, 39, pp. 655-707.
- VALLEJO TORRES, Carla (2018). Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (133), 3.
- WALLERSTEIN, Shlomit. "A drunken consent is still consent"—or Is It? A Critical Analysis of the Law on a Drunken Consent to Sex Following Bree". *Journal of Criminal Law*, 73 (2009), 318-344.
- WELNER, Michael. "The perpetrators and their modus operandi". En: LE BEAU, Marc, MOZAYANI, Ashraf (eds), *Drug Facilitated Sexual Assault*. Academic Press. London, 2001.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General* (traducido por Dr. Carlos FONTÁN BALESTRA). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- XIFRÓ, A.; BARBERÍA, E.; PUJOL, A. (2014). Sumisión química con finalidad sexual en el laboratorio forense. *Revista Española de Medicina Legal*, nº 40.

Artículo 4

PANYELLA-CARBÓ, Maria Neus (2020). Análisis jurisprudencial de los casos de abuso sexual en situaciones de vulnerabilidad química. Revista General de Derecho Penal. Iustel, Comentarios de jurisprudencia, número 33. Mayo 2020, pp. 1-15. Revista indexada en Nivel "B" en Carhus+.

"ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS CASOS DE ABUSO SEXUAL EN SITUACIONES DE VULNERABILIDAD QUÍMICA".

MARIA NEUS PANYELLA CARBÓ

Abogada de la Generalitat de Cataluña

Doctoranda de la Universitat Internacional de Cataluña

mpanyella@uic.es

SUMARIO: 1.- Concepto de vulnerabilidad química y equiparación legal con el término "víctima privada de sentido" en los delitos sexuales. 2.- Interpretación jurisprudencial del consentimiento en los casos de abuso sexual en situaciones de vulnerabilidad química o víctimas privadas de sentido. 3.- Conclusiones.

1.- CONCEPTO DE VULNERABILIDAD QUÍMICA Y EQUIPARACIÓN LEGAL CON EL TÉRMINO "VÍCTIMA PRIVADA DE SENTIDO" EN LOS DELITOS SEXUALES.

Para hablar de vulnerabilidad química es necesario referirse, previamente, al término sumisión química, o también denominado delito facilitado por sustancias (DFS), que se entiende por aquel uso de sustancias psicoactivas con fines delictivos con la intención de manipular la voluntad de las personas o modificar su comportamiento⁴⁵⁶. En cuanto al tipo delictivo, los diversos medios comisivos abarcados por este fenómeno son la comisión de delitos económicos (robos), o la comisión de delitos contra la libertad sexual en los que se ha observado un incremento de casos desde la década de los noventa⁴⁵⁷, y en los que se utiliza el término más específico, en inglés, *Drug Facilitated Sexual Assault* (DFSA), el cual refiere a las relaciones sexuales no consentidas llevadas a cabo mientras la víctima se encuentra incapacitada o inconsciente, bajo los efectos de sustancias psicoactivas⁴⁵⁸.

Dentro del término DFSA, la literatura científica distingue dos tipos: (a) DFSA premeditado o proactivo, que tiene lugar cuando el asaltante proporciona a la víctima una sustancia incapacitante y desinhibidora con el objetivo de someterla sexualmente (le administra la sustancia sin su conocimiento, sin que pueda consentir); y (b) DFSA oportunista, que ocurre cuando el agresor se aprovecha de la víctima, hallándose ésta en estado de inconsciencia a causa de alguna sustancia que ha consumido voluntariamente. A esta segunda modalidad, también se le denomina vulnerabilidad química⁴⁵⁹.

En consecuencia, se habla de vulnerabilidad química a los casos en que la víctima reconoce el consumo voluntario de medicamentos, sustancias psicoactivas o ambas simultáneamente, sin que hayan sido administradas subrepticiamente por el sujeto activo⁴⁶⁰.

Por lo que respecta a la tipificación penal de este tipo de conducta gravemente atentatoria contra la libertad e indemnidad sexuales, el Código Penal considera que esta conducta se incardina dentro del delito de abuso sexual y no de agresión sexual (A pesar que en el Código Penal de 1973 se encontraba, anteriormente, incluida entre las tipificadas como delito de violación por la ausencia del consentimiento⁴⁶¹) ya que mientras que en los delitos de agresión sexual debe concurrir violencia o la intimidación, en los delitos de abusos sexuales, en cambio, se castigan aquellas conductas no consentidas pero realizadas sin el recurso a violencia o intimidación. La existencia de violencia o intimidación o, para usar un concepto abarcador de ambos, el mayor grado de *doble gamiento de la voluntad* de la víctima constituye el elemento diferenciador entre

⁴⁵⁶ GARCIA- REPETTO y SORIA. (2011), p.106.

⁴⁵⁷ MCGREGOR MJ, ERICKSEN J, RONALD LA, JANSSEN PA, VAN VLIET A, SCHULZER M. (2004), p. 442.

⁴⁵⁸ PANYELLA-CARBÓ, M.N., AGUSTINA, J.R., MARTIN-FUMADÓ, C. (2019), p.3.

⁴⁵⁹ PANYELLA-CARBÓ, M.N., AGUSTINA, J.R., MARTIN-FUMADÓ, C. (2019), p.3.

⁴⁶⁰ PANYELLA-CARBÓ et al. (2019). En tales casos, la vulnerabilidad no prejuzga ni condiciona el juicio de desvalor sobre la conducta del ofensor, sin perjuicio de que facilite que éste no necesite emplear otros medios de ataque (a los que podría estar predispuesto) o se aproveche de esa situación de una forma antijurídica en parte distinta.

⁴⁶¹ El artículo 429 del Código Penal del 1973 disponía que "*comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes: (2) Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación*". BOIX REIG, J. (2016), p. 375.

las conductas de agresión sexual y abuso sexual⁴⁶², porque las conductas sexuales propias de unos y de otras son las mismas⁴⁶³. En el supuesto de vulnerabilidad química; la víctima se pone en estado de incapacidad o inconsciencia (se produce una “auto puesta en peligro” de la víctima), por haber consumido previa y voluntariamente determinadas sustancias psicoactivas (siendo consciente de sus efectos), sin poder oponer resistencia a su atacante y, en consecuencia, éste podrá agredirla sin necesidad de utilizar violencia o intimidación.

En el artículo 181.1 del Código Penal dispone *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*. La falta de consentimiento es requisito fundamental⁴⁶⁴. Y en el apartado segundo se recogen determinados supuestos donde el legislador presume *ope legis* que no ha habido consentimiento válido de la víctima:

“A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

En todos los supuestos que enuncia este precepto, la persona ha de estar incapacitada para producirse con autonomía, por no estar en condiciones de ejercitar sus facultades, de captar la realidad y de acomodar su conducta a tal conocimiento⁴⁶⁵.

Para la aplicación de este precepto, se precisa la presencia de dos requisitos: en primer lugar, que se usen fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea y, en segundo lugar, que su ingesta provoque la anulación de la voluntad de víctima.

Si el sujeto pasivo se encuentra en uno de los supuestos del artículo 181.2 CP, se presume que no tiene capacidad para consentir o rechazar una relación sexual libremente. Sin embargo, tal presunción quedaría desvirtuada si se demuestra, en el caso concreto, que el sujeto pasivo podía autodeterminarse libremente en el ámbito sexual⁴⁶⁶.

Centrándome en el análisis de la primera modalidad de ausencia de consentimiento *ex lege*, relativa a la *privación de sentido*, se comprenden aquellos supuestos en que la víctima está en una situación vulnerabilidad química, es decir, de pérdida de la capacidad de autodeterminarse en la esfera sexual⁴⁶⁷, por encontrarse en un estado de inconsciencia a consecuencia de la ingesta de alcohol, sustancias estupefacientes, psicotrópicas o fármacos, tras haberse desmayado o sufrir hipnosis, etc.⁴⁶⁸, y que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos⁴⁶⁹.

Lo relevante será, en suma, esta circunstancia, como se ha dicho sea por el estado de inconsciencia o por cualquier otro elemento que le prive de la consciencia necesaria para consentir⁴⁷⁰.

En este caso, no interviene el sujeto activo en la pérdida de sentido del sujeto pasivo⁴⁷¹, sino que la anulación de la voluntad es por obra de la propia víctima⁴⁷². Lo relevante es que el sujeto activo conozca y se aproveche de la situación para llevar a cabo la conducta sexual⁴⁷³; el autor debe conocer el estado de la víctima y, siendo esta circunstancia abarcada por el dolo, aprovecharse de dicho estado para la ejecución de actos de contenido libidinoso.

⁴⁶² AGUSTINA, J.R., PANYELLA-CARBÓ, M.N. (2020). Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas. En prensa.

⁴⁶³ ORTS BERENGUER, E. (2019), p. 227.

⁴⁶⁴ MUÑOZ-CONDE, F. (2019), p. 217.

⁴⁶⁵ ORTS BERENGUER, E. (2019), p. 228.

⁴⁶⁶ MUÑOZ-CONDE, F. (2019), p. 218.

⁴⁶⁷ QUINTERO OLIVARES, G. (2005), p. 970.

⁴⁶⁸ BRAGE CENDÁN, S.B. (2013), p. 10.

⁴⁶⁹ QUINTERO OLIVARES, G. (2005), p. 970.

⁴⁷⁰ BOIX REIG, J. (2016), p. 375.

⁴⁷¹ BRAGE CENDÁN, S.B. (2013), p. 10.

⁴⁷² BARRUTIA SOLIVERDI, B. (2015), p. 5.

⁴⁷³ MORALES y GARCIA-ALBERO, citados en BOIX REIG, J. (2016), p. 375.

Como señala Sainz Cantero, se reproduce un supuesto tradicional en el marco de la llamada violación impropia y los abusos sexuales no consentidos, tiene como presupuesto una obvedad: las personas privadas de sentido no pueden consentir, ni su consentimiento – en caso que lo hubiera manifestado antes de caer en la situación de privación de sentido- tiene validez alguna en el plano sexual⁴⁷⁴.

No existe una presunción iure et de iure de persona privada de sentido, o lo que es lo mismo: aquella que tiene anuladas sus capacidades intelectivas y volitivas por lo que no puede desarrollar su capacidad de autodeterminación, y en plano sexual, no puede consentir por lo que hacerla objeto de conductas o comportamientos sexuales, debe considerarse, siempre, abusos sexuales no consentido⁴⁷⁵.

El fundamento de la presunción de ausencia de consentimiento se halla, pues, en que la víctima se encuentra en una patente situación de pérdida de capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual, por padecer una profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos. En tal circunstancia es obvio que la persona no está en condiciones de decidir libremente, aunque para ello no es necesario que la inconsciencia sea plena. Pero los límites entre la anulación plena de la voluntad y un simple debilitamiento de la misma no son fáciles de trazar, por lo que habrá que tener en cuenta otros factores, como el tipo de producto que se ingiere, las relaciones previas entre los protagonistas el acto, etc.⁴⁷⁶.

Por otro lado, entrando en la cuestión del dolo concreto en el sujeto activo, debe acreditarse conocimiento del estado de privación de sentido o de profunda limitación de las capacidades volitivas o intelectivas de la víctima *en el momento* de realizar los actos de contenido sexual o, cuando menos, en un momento anterior abarcado por la doctrina de la *actio libera in causa*. A este respecto, no puede soslayarse que, en algunos casos puede suceder que el sujeto activo estuviera altamente influido por un consumo tóxico que pudiera tener consecuencias respecto a su imputabilidad o, incluso, respecto a su grado de representación del estado de la víctima. En la jurisprudencia se ha señalado, en todo caso, que si media conocimiento de la profunda afectación de la víctima, ante la hipótesis de penetración producida estando inconsciente o semiinconsciente, no es concebible que se pueda albergar algún tipo de duda sobre lo que el sujeto activo estaba haciendo (la víctima no podía presentar una apariencia de normalidad, pues ello abonaría la tesis del error de tipo) o sobre la ilicitud de tal conducta (error de prohibición)⁴⁷⁷.

2. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CASOS DE ABUSO SEXUAL EN SITUACIONES DE VULNERABILIDAD QUÍMICA O VÍCTIMAS PRIVADAS DE SENTIDO.

La jurisprudencia, en un inicio, desde el plano jurídico, había exigido que la falta de sentido debía consistir en una situación total de aturdimiento y falta absoluta o muy relevante de capacidad de autocontrol, al punto que se equipara esta situación en el art. 181.2 del Código Penal, con el trastorno mental o con la ingestión de fármacos o drogas que, en cualquier caso, anulen la voluntad de la víctima (STS 818/2013, de 29 de octubre). Pero en los últimos años se ha venido flexibilizando siendo posible encontrar resoluciones donde el estado de inconsciencia no absoluto, sino relativo, intenso e incluso suficiente para hacer desaparecer los frenos inhibitorios internos que en otra circunstancia⁴⁷⁸. Ya que la realidad social demuestra situaciones en donde pueden mantenerse relaciones sexuales con algún punto de embriaguez, sin anulación total de la capacidad de decisión o de la autodeterminación sexual.

La cuestión a resolver, en primer lugar, por la jurisprudencia es determinar qué ocurre cuando se produce una “auto puesta en peligro” de la víctima cuando ésta previamente accede a un consumo consentido de las sustancias siendo consciente de sus efectos. Aquí podemos encontrarnos con diferentes supuestos: (I) aquél que previo a la relación sexual, la víctima acepte el consumo de la sustancia con conocimiento de sus efectos y además acepta sin poner límites cualquier tipo de comportamiento sexual. En este caso sería difícil encajar la acción penal porque el consentimiento prestado por el sujeto antes del consumo de la sustancia era plenamente

⁴⁷⁴ SAINZ CANTERO, J.E. (2016), p. 246.

⁴⁷⁵ SAINZ CANTERO, J.E. (2016), p. 246.

⁴⁷⁶ MUÑOZ CONDE, F. (2019), p. 220.

⁴⁷⁷ SAP de Santiago de Compostela núm. 19/2019, de 22 febrero.

⁴⁷⁸ SAINZ CANTERO, J.E. (2016), p. 246.

válido, y, porque no se observa en el autor el dolo de aprovecharse de la situación creada; (II) aquella situación en la que el sujeto pasivo que, con carácter previo a la relación sexual, acepta el consumo de la sustancia con conocimiento de sus efectos, y admite implícitamente la relación sexual sin que conste su previo rechazo al comportamiento sexual finalmente acaecido. En este caso resulta más difícil demostrar tanto el rechazo previo de la víctima a la conducta sexualmente finalmente producida, como la intención del autor de aprovecharse de la situación creada. Para ello se debe tener en cuenta las relaciones previas de los protagonistas, su edad, el producto o sustancia que se ingiere y el comportamiento sexual acaecido; (III) por último, nos encontramos con aquel supuesto en la que la víctima acepta el consumo de la sustancia con conocimiento de sus efectos, y admite expresamente una relación sexual de un tipo, dejando constancia de la oposición o previo rechazo al comportamiento sexual finalmente ejecutado. Aquí resultaría difícil demostrar todo lo acontecido por el problema de la prueba, ya que nunca podrá basarse en presunciones o hipótesis no constatadas.

La cuestión que debe resolver la jurisprudencia es determinar a partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa, que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto, habiendo establecido el legislador en el art. 181.2 CP la presunción *iuris et de iure* de falta de consentimiento, por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la conciencia y la libre voluntad de acción exigibles (STS 197/2005, de 15 de febrero).

Respecto a esta pérdida de capacidad de autodeterminación, la jurisprudencia considera que no debe exigirse una pérdida total de la conciencia, especificando que basta con que el sujeto tenga anulados los frenos inhibitorios y no se encuentre en condiciones de oponerse al acceso sexual⁴⁷⁹, es decir, tiene que ser una situación de pérdida o inhibición de las facultades intelectual y volitivas en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañe a los impulsos sexuales trascendentes (STS 818/2013, de 19 de octubre), o que tal circunstancia deje a la víctima en un estado de indefensión que afecte a su capacidad de reacción para evitar dicho atentado frente a un actor que se aprovecha de su estado de debilidad (STS núm. 267/1994, 15 de febrero; STS núm. 680/2008, de 22 de octubre; SAP de Bilbao núm. 34/2019, de 27 mayo). El Tribunal Supremo, de hecho, se ha referido a esta circunstancia considerando en estos casos *que el sujeto pasivo se encuentra en un estado total o parcial de inconsciencia* (STS núm. 197/2005, de 15 de febrero).

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 813/2019, de 31 de octubre, en el caso denominado “la Manada de Manresa”, donde según el relato fáctico de los hechos, en la medianoche del 29 de octubre de 2016 se unió un grupo de personas para hacer un “botellón” en una fábrica abandonada en la localidad de Manresa. Allí se encontraban los condenados y la víctima. La víctima era una persona con baja tolerancia al alcohol, bebió bebidas alcohólicas y fumó algún *porro* de marihuana, llegando a perder la conciencia de lo que sucedía y de lo que hacía. Los procesados aprovecharon dicha circunstancia para mantener relaciones sexuales con la víctima penetrándola vaginalmente, y alguno de ellos también lo hizo bucalmente. Estos hechos se han acabado calificando como abuso sexual con víctima privada de sentido, por los siguientes motivos:

“De la prueba practicada, [...] queda acreditado que la víctima, mientras se producían los hechos, y desde momentos antes hasta horas posteriores a los hechos sucedidos, se encontraba en un estado de inconsciencia, sin saber qué hacía y qué no hacía y, consecuentemente, sin poder determinarse y aceptar u oponerse a las relaciones sexuales que mantuvieron con ella la mayor parte de los procesados, los cuales pudieron realizar los actos sexuales sin utilizar ningún tipo de violencia o intimidación para vencer una oposición que no existió u obtener un consentimiento que la mujer no estaba en condiciones de poder dar. Es decir, que se está delante de la hipótesis que prevé el artículo 181.2 CP”.

Siguiendo la misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7/2019, 4 de marzo, en la que el acusado junto con cuatro personas más celebró una fiesta de cumpleaños, en el que, tanto en la fiesta como durante las horas previas a la misma, casi todos los asistentes consumieron bebidas alcohólicas y sustancias estupefaciente de forma voluntaria. Una vez

⁴⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, G. (2005), p. 970.

llegados a la casa del acusado, siguieron consumiendo bebidas alcohólicas y estupefacientes. En hora indeterminada, pero entre las 8:00h y las 18:17h, el acusado, movido por un ánimo libidinoso, penetró a la víctima bucal y vaginalmente hasta eyacular, aprovechándose de que carecía de toda capacidad de oponer resistencia al haber perdido la consciencia a consecuencia del previo consumo de bebidas alcohólicas, anfetaminas y ansiolíticos. El jurado tipificó los hechos de abuso sexual con víctima privada de sentido, considerando:

“Las relaciones no fueron consentidas porque, como ya se ha examinado, Gloria estaba dormida y sin capacidad de reacción en base a la mezcla de alcohol, estimulantes y ansiolíticos que había ingerido, tal y como demuestran las pruebas periciales ya examinadas como los testigos presenciales que declaran que sobre las 4:00h de ese día se quedó profundamente dormida, razón por la cual decidieron que se quedara a dormir en casa del acusado que, supuestamente, era su amigo.

(...) Los resultados de los análisis demuestran que ingirió mucho alcohol (entre 0,68 y 1 mg de alcohol en sangre), lo mezcló con anfetaminas (que es un estimulante) y, después, ingirió ansiolíticos: diazepam y nordazepam y esa mezcla es la que le provocó un profundo sueño.

Los mismos son constitutivos de un delito de abuso sexual a persona mayor de edad privada de sentido, con penetración bucal y vaginal previsto y penado en los arts. 181.1,2 y 4 del CP”.

Esta sentencia fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que resolvió con la sentencia 84/2019, de 20 de junio, y posteriormente en casación ante el Tribunal Supremo, que mediante la sentencia de 5 de marzo de 2020 donde desestimó el recurso, y en lo que refiere a la falta de consentimiento de la víctima dispuso lo siguiente:

“La falta de consentimiento de la víctima, el cuadro probatorio expuesto pone de manifiesto que cuando el acusado cometió el hecho, aquélla es encontraba con vida, pero en un estado de semiinconsciencia como consecuencia de la previa ingesta de bebidas alcohólicas, de anfetaminas y ansiolíticos, que le impedía oponer cualquier tipo de resistencia y oposición, y así se desprende de forma clara de la prueba pericial médica y de las declaraciones de los testigos presentes en el domicilio del acusado sobre el estado de Marisa, que manifestaron que sobre las 4 de la madrugada entró en un profundo sueño, hasta el punto que uno de ellos procedió a girarle la cabeza había un lado para que no se ahogara al haber quedado con la cara pegada al colchón, y decidieron dejarla en la casa cuando todos ellos se marcharon”.

En consecuencia, para dictar una sentencia condenatoria por delito de abuso sexual con víctima privada de sentido (o abuso sexual por vulnerabilidad química) se requiere, primero, que queden acreditados los supuestos que dan base a la incriminación (privación de sentido), de tal suerte que, si esta situación previa no está demostrada, no puede dar lugar a la aplicación del tipo penal. Y, segundo, la falta de consentimiento deberá quedar completamente probada, de manera que se demuestre indubitadamente que la intoxicación anula de manera completa o muy intensa los frenos inhibitorios, o esa capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretende aprovecharse de la debilidad de la víctima (SAN 15/2015, de 2 de junio); para que la falta de consentimiento (que es requisito imprescindible del tipo penal) quede probado. En la sentencia de la SAP BCN 34/2014 (Sección 3ª), de 13 de enero, se dicta una sentencia absolutoria por no quedar acreditada que la intoxicación anulara la capacidad y los frenos inhibitorios de la víctima. Según el relato fáctico de los hechos probados:

La noche del 17 al 18 de septiembre de 2011, el procesado José Enrique, acudió a una fiesta privada (...) a la que también acudieron diversos jóvenes, entre ellos Eugenia (...). En dicha fiesta los presentes estuvieron hablando y bebiendo, y en un momento dado el procesado José Enrique y la menor Eugenia mantuvieron relaciones sexuales completas encima de un billar ubicado en el celler de la casa, sin que haya quedado fehacientemente acreditado que, en ese concreto momento, la menor Eugenia tuviera gravemente afectada su capacidad de entendimiento, voluntad y consciencia por causa de la ingesta de alcohol, ni que por esta

circunstancia hubiera perdido la posibilidad de no prestar consentimiento a dicha relación.

El Tribunal sentenciador absolvió al acusado porque no consideró suficientemente acreditada la incapacidad para consentir de la víctima. Para ello, se apoya en (i) la prueba testifical: “*por la coincidencia de lo relatado en cuanto a los aspectos concretos en que fue vista la realización del acto sexual por los asistentes a la fiesta, como por la espontaneidad de sus manifestaciones*”; (ii) el testimonio de la propia víctima: una menor de 15 años que afirmó, a preguntas de la defensa, que “*no se sentía culpable*” pero que “*se sentía frustrada por no haber controlado sus actos*”, y ello a pesar de que afirmó que solo recordaba “*que después se encontró en el Hospital y cuando se despertó estaban su padre y su hermano y que le dieron el alta, yéndose a casa y tras ducharse se puso a dormir*” y que a la mañana siguiente “*se despertó porque María Rosa (una amiga que también estuvo en la fiesta) vino a contarle lo sucedido*”; (iii) la prueba documental y pericial, diversa y contradictoria, porque sorprendió al Tribunal que se le diera de alta con tanta prontitud y no se objetivó mediante prueba analítica el consumo realizado, a pesar de que en el informe de urgencias se diagnosticó una intoxicación etílica aguda y en la exploración neurológica, se observó obnubilación con tendencia a la somnolencia pero reactiva a los estímulos dolorosos/verbales. Y a pesar de otros indicios, como que uno de los forenses sostuviera que “*ello es compatible con una presunta agresión sexual en la que la paciente se hallaba, probablemente, bajo los efectos del alcohol y con sus capacidades disminuidas*” y de constatar que “*en la exploración ginecológica se le observó a Eugenia, en el fondo vaginal, un cuerpo extraño que resultó ser un tampón que estaba comprimido, refiriendo la paciente que recordaba que lo llevaba, pero que una vez recobrada la conciencia, pensaba que lo había perdido o que se lo habían quitado*”.

En este caso, el Tribunal discurre en que no hay una situación de incapacidad de la víctima que le impida manifestar un consentimiento válido, alegando lo siguiente:

“Este tribunal no tiene duda alguna sobre las circunstancias del escenario en el que se produjeron los hechos: una fiesta privada a la que acuden diversos jóvenes, en la que corre el alcohol y todos beben, en mayor o menor medida, y la desinhibición que pudo haberse producido, en particular en la de los dos protagonistas de los hechos: el acusado, de un lado, y, fundamentalmente, en la perjudicada, de otro. Pero esto es una cosa y otra muy distinta que se dieran la circunstancias que requiere el art. 181 del CP para considerar que aquél se aprovechara de la falta de consciencia de ésta para mantener relaciones sexuales de forma no consentida, como consecuencia de la ingesta de alcohol. Y ello porque, al menos en sus trazos gruesos, más allá de la abundante literatura científica que existe sobre las consecuencias que produce de la ingesta de alcohol en la consciencia de las personas, la forma, los estadios y tiempos en que el autocontrol se llega a perder, de todos es sabido la curva, ascendente primero, descendente después, en que se produce dicha afectación por la influencia del alcohol. [...] Por eso, en modo alguno se pone en duda lo que refleja parte de la documental y se concluye en alguna pericial, pero ello es compatible con el hecho de que, con anterioridad a que se produjera esa afectación que reflejan dichos informes, en el concreto momento de producirse la relación sexual entre José Enrique y Eugenia, no consta fehacientemente esa falta de consciencia, es decir que Eugenia estuviera privada de sentido y no pudiera prestar su consentimiento al mantenimiento de dicha relación.”

Los peritos no comparten el criterio de que la misma fuera tan grave, al no haberse profundizado en el diagnóstico, dándole, por el contrario, el alta sin haber estado el tiempo de observación necesario en el hospital, “no pudiéndose precisar, en consecuencia, su grado embriaguez” y que Eugenia, dado que empezó a beber poco antes de mantener relaciones sexuales, “pudo iniciar la relación sexual estando lúcida, y por tanto que otorgara el consentimiento conscientemente, pero a medida que iba pasando el tiempo y el alcohol iba pasando del estómago a la sangre (lo que tarda habitualmente unos 20 minutos) se iba incrementando su embriaguez”, lo que explicaría el peor estado en que se encontraba después de realizar el acto sexual.”

En resumen, no se dicta sentencia condenatoria porque el órgano sentenciador “alberga muy serias dudas sobre la realidad de los hechos objeto de imputación por lo que procede tener en cuenta el principio *in dubio pro reo*”.

En el mismo sentido la Audiencia Nacional en la sentencia 5/2015, de 2 de junio⁴⁸⁰ en la que absuelve al acusado de un presunto delito de abuso sexual con víctima privada de sentido, con la siguiente argumentación:

“Queda claro que la víctima bebió o fumó voluntariamente, que subió a la habitación del acusado, y que también de forma voluntaria permitió que le acompañara al interior de su habitación, donde ya una de las testigos vio cómo se besaban, también voluntariamente. A partir de aquí es donde surgen las versiones contradictorias, el acusado sostiene que la relación sexual con acceso carnal por vía vaginal fue consentida por Sandra y que fue justo al final de la relación cuando se quedó sin sentido, presumiblemente como consecuencia de la ingesta abundante alcohol, y de haber fumado algo de hachís. La denunciante dice que en momento alguno lo besó, y que estando sentados uno a cada lado de la cama, perdió el sentido tras tomar varios tragos de la copa que la había preparado Florentino, y ya no recuerda nada más hasta que se despertó en el Hospital (...).

(...) Lo que debe analizarse es si concurre el supuesto de que el sujeto pasivo se encuentre impedido de comprender o actuar conforme a esa comprensión o bien que esté sujeto a una limitación o alteración mental por razón de su estado patológico, transitorio o no, que determine la carencia de la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento. Como ya se ha dicho la jurisprudencia ha señalado que no es un proceso en el que haya de concurrir la ausencia total y absoluta de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañe a los impulsos sexuales trascendentes: por ejemplo, la sentencia de 15 de febrero de 1994 precisa que la correcta interpretación del término “privada de sentido” exige contemplar también aquellos supuestos en que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad... los estados de aletargamiento puede originar una momentánea pérdida de los frenos inhibitorios. Ahora bien, este aspecto debe quedar completamente probado, de manera que se demuestre indubitadamente que la embriaguez anula de forma completa o muy intensa sus frenos inhibitorios, o sea “capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad”, para que la falta de consentimiento que es requisito imprescindible del tipo penal de abusos sexuales, quede adecuadamente cumplido. Como hemos dicho en el presente caso esto se puede desprender de la declaración de la víctima y del hecho objetivo de que perdió el sentido, ahora bien ¿cuándo?, ¿antes de tener la relación sexual con el acusado o al finalizar como éste sostiene? (...)

La realidad social nos muestra situaciones en donde pueden mantenerse relaciones sexuales con algún punto de embriaguez, sin anulación total de la capacidad de decisión o de la autodeterminación sexual, por lo que en estos casos la entrada del derecho penal debe ser muy cautelosa y siempre que exista prueba concluyente al respecto. Ante esto, de estimarse la hipótesis inculpatoria, finalmente también

⁴⁸⁰ Según el relato fáctico de los hechos, los integrantes de la orquesta hicieron una fiesta en la que además de tocar sus instrumentos musicales, se consumió alcohol (...). Durante la fiesta el acusado Florentino se acercó a Sandra para invitarla a su habitación con el fin de tomar una copa, y así podían hablar más tranquilos sobre sus respectivas parejas (...). Esta proposición fue aceptada por Sandra, y ambos marcharon a la habitación del acusado donde el acusado preparó una copa de ron mezclado con un refresco de cola. Posteriormente, en la habitación de Sandra, ella y el acusado tuvieron relaciones sexuales vía vaginal (..) En un momento determinado Sandra pierde totalmente la consciencia, llevándola Florentino al baño para intentar reanimarla en la ducha con agua y al ver que no volvía en sí, salió de la habitación y despertó a su amigo Constancio contándole lo acontecido. (...) La trasladaron en el hospital donde le fue administrada la píldora del día después; en el informe del alta hospitalario se hace constar que padecía “intoxicación etílica”, alcoholemia (met. Immuno químico) 3,23 g/c, dando resultado negativo a cocaína, opiáceos, barbitúricos, benzodiazepina, y creatinina 36.2 mg/all>40 mg. Posterior se hizo un análisis tóxico en el que dio positivo a la marihuana”.

rechazada por el Fiscal, se estaría vulnerando el derecho fundamental a la presunción de inocencia de una forma flagrante, y por ello se debe producir una absolución”.

3. CONCLUSIONES

En la vulnerabilidad química la víctima, de manera voluntaria, se pone en situación de incapacidad o inconsciencia por el consumo de sustancias tóxicas como el alcohol, drogas o fármacos, sabiendo las consecuencias de dichas sustancias; en este supuesto, también denominado sumisión química proactiva u oportunista, el agresor aprovecha esta situación de auto puesta en peligro de la víctima para atentarla sexualmente. El Código Penal vigente (1995), a pesar que en el anterior tipificaba dicha conducta como violación, tipifica esta conducta como abuso sexual por el hecho que es un contacto sexual no consentido, pero sin violencia o intimidación (elemento que lo diferencia de los delitos de agresión sexual), ya que la víctima, debido a su estado de inconsciencia no puede oponer resistencia a su atacante, y éste, sin utilizar ningún medio violento ni intimidatorio, y sin tener ningún tipo de problema, la atenta sexualmente.

El propio Código Penal establece unos supuestos *iuris et de iure* de falta de consentimiento, entre los que se encuentra el supuesto de *víctima privada de sentido*, supuesto por el que se identifican los casos de vulnerabilidad química; de acuerdo con la doctrina el término *privada de sentido*, también considerado como un supuesto de violación impropia, comprende los supuestos en que la víctima, a consecuencia de la previa ingesta voluntaria de sustancias psicoactivas, se pone en situación de incapacidad para oponer resistencia a su atacante o de autodeterminarse en la esfera sexual, y por tanto se encuentra incapacitada para manifestar el consentimiento para cualquier acto de carácter sexual.

La jurisprudencia se ha pronunciado acerca de la privación de sentido de la víctima en los casos de abuso sexual. Actualmente, ha dejado de lado la situación de total aturdimiento o falta absoluta (o muy relevante) de la capacidad de autocontrol de la víctima, para pasar a una flexibilización donde se requiere que el estado de inconsciencia no sea absoluto, sino relativo, intenso o suficiente para hacer desaparecer los frenos inhibitorios internos de la víctima, y situarla en un estado de indefensión que afecte a su capacidad de reacción frente al agresor.

La doctrina penal entiende que la anulación de la voluntad de la víctima supone que ésta ha perdido su capacidad de determinarse de forma autónoma en el ámbito sexual y, por tanto, no hallarse en disposición de oponerse a los deseos del asaltante, pero ¿cuál debe ser el grado o intensidad que ha alcanzado la referida anulación? En este sentido cabe un amplio abanico que va desde entender el concepto de “*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 pongan objetivamente en situación inferioridad⁴⁸¹.

Además, para la jurisprudencia, deben quedar acreditados los supuestos que dan base a la incriminación, debe probarse, por un lado, la falta de consentimiento, que concurran alguno de los supuestos del artículo 181.2CP, de tal suerte que, si estas previas situaciones no están demostradas, no puede dar lugar a la aplicación del tipo penal y, por otro lado, hay de demostrar que la intoxicación anula la capacidad de reacción de la víctima. En este último caso la jurisprudencia ha sido bastante restrictiva a la hora de determinar la ausencia de consentimiento, ya que requiere la que el estado de inconsciencia esté presente en el momento de emitir su consentimiento a la hora de mantener relaciones sexuales, ni antes ni, tampoco, después. Para ello, es necesario que se pueda acreditar mediante testigos directos de los hechos, como pruebas periciales tóxicas donde pueden determinar el grado de intoxicación de la víctima en el momento de los hechos.

Además, muchas veces la perspectiva de género permite exonerar a la víctima de ciertos deberes de autoprotección. Nunca es culpable, sin perjuicio de que en algunos casos pudiera sostenerse que tuvo que ser consciente de que se estaba exponiendo deliberadamente a un contexto de ausencia de capacidad posterior. Podría decirse que el hecho, por tanto, en términos

⁴⁸¹ SAN 15/2015, 2 de junio.

de imputación objetiva no admitiría interferencias esenciales (A violó a B): la cuestión radicaría en que la apariencia razonable de consentimiento podría abonar la tesis del error en el autor. Aquí las presunciones fuertes antes mencionadas constituirían un problema jurídico salvo que se establecieran en los tipos penales o mediante un criterio jurisprudencial ad hoc.

Bibliografía citada

- AGUSTINA, J.R., PANYELLA-CARBÓ, M.N. (2020). Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas. En prensa.
- BARRUTIA SOLIVERDI, Begoña. "Estudio de la Sumisión Química". *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº117, 2015, pp. 11-15.
- BOIX REIG, Javier. Derecho Penal. Parte Especial. 2ª ed. Madrid. Iustel (2016) ISBN:978-84-9890-300-3.
- BRAGE CENDAN, Santiago B. "El delito de abuso sexual facilitado por el uso de sustancias químicas". *Diario La Ley*, 2013, 8216: 1.
- GARCÍA-REPETTO, Rosario y SORIA, Maria Luisa. "Sumisión química: reto para el toxicólogo forense". *Revista Española Medicina Legal*, 37 (2011), pp. 105-112.
- MCGREGOR, M.J., JANSSEN, P., ERICKSEN, J., VAN VLIET, A., RONALD, L. & SCHULZER, M. (2004). Rising incidence of hospital-reported drug-facilitated sexual assault in a large urban community in Canada: Retrospective population-based study. *Can J Public Health*, 95, pp. 441-445. DOI: <http://dx.doi.org/10.17269/cjph.95.557>.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (2019) Derecho Penal. Parte Especial. 22ª Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. ISBN: 978-84-1336-201-4.
- ORTS BERENGUER, Enrique "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual". En GONZALEZ CUSSAC, J.L. (coord.) *Derecho Penal. Parte Especial*. 6ª Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. ISBN: 978-84-1336-195-6. Pp. 227-246.
- PANYELLA-CARBÓ, Maria Neus, AGUSTINA, José Ramón y MARTIN-FUMADÓ, Carles. "Sumisión química versus vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias". *Revista Española de Investigación Criminológica*, 17 (2019), pp. 1-23.
- QUINTERO OLIVARES, G. MORALES PRATS, F. TAMARIT SUMALLA, J. M. GARCÍA ALBERO, R. (2005) Comentarios al Nuevo Código Penal. España. Aranzadi S.A. ISBN 84-9767-444-8.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. "Delitos contra la Libertad e indemnidad sexuales (II)". En MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. "Sistema de Derecho Penal. Parte Especial". 2ª edición. Madrid. Dykinson S.L. ISBN: 978-84-9085-707-6

V. DISCUSIÓN

1. Relativa al estudio criminológico de los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química

En el análisis jurisprudencial de una muestra de sentencias condenatorias, permiten hacer un estudio preliminar del perfil criminológico de los agresores, las víctimas y el *modus operandi* del hecho delictivo en relación al fenómeno de la Sumisión química.

De acuerdo con los resultados obtenidos, se ha observado que existe una prevalencia de casos de vulnerabilidad química frente a los casos de sumisión química propiamente dicho. Esto es debido a que la detección de los casos de DFSA de tipo premeditado (sumisión química propiamente dicho) se ve dificultada por varios factores: en primer lugar, el retraso en solicitar ayuda por parte de la víctima hace facilitar la rápida eliminación del tóxico; segundo, la baja dosis del mismo, así como la fácil confusión de un cuadro clínico con el de una intoxicación etílica voluntaria, ya que, de momento, la toxicología no puede discernir el consumo voluntario del involuntario, sobre todo cuando la sustancia causante del cuadro es asiduamente consumida por la propia víctima. Además, la amnesia anterógrada es uno de los efectos secundarios de estas sustancias utilizadas para cometer estos delitos que, junto al estado de aturdimiento en que se encuentra la víctima en ese momento, hace que ésta no pueda recordar nada sobre los hechos (solo puede recordar escenas) ni tampoco identificar a su agresor. Por ello, muchos delitos no llegan a ser denunciados, resultando difícil evaluar la incidencia real del delito de abuso sexual mediante DFSA premeditada.

La sustancia tóxica que prevalece en esta modalidad delictiva es el alcohol, bien de manera individual, como es en la mayoría de casos de VQ, bien en concurrencia con drogas o fármacos, más común en los casos de SQ.

Los resultados obtenidos ponen de manifiesto que se trata de delitos que suelen ocurrir mayoritariamente en las horas nocturnas, con prevalencia en los días de fin de semana (desde el viernes hasta el domingo). En todos ellos se apunta que se trata de hechos cometidos en situaciones de ocio nocturno y con prevalencia en los fines de semana. Respecto a la época del año en que ocurren los hechos, la mayoría de ellos se cometen en primavera, si bien también hay una alta prevalencia de delitos cometidos en verano e invierno.

En lo que refiere al perfil de víctima, en la mayoría de los casos hay una prevalencia del sexo femenino. Pero, en su análisis no se han podido determinar otros factores con suficiente entidad, debido a que en la mayoría de las sentencias se omite mucha información relativa a las víctimas, como la edad o la nacionalidad, que han sido variables escogidas para este estudio.

En referencia al perfil del agresor, en la mayoría de los casos estos delitos son cometidos por varones, con independencia de que la víctima sea mujer u hombre. Solo se ha observado un único caso donde uno de los agresores es de sexo femenino, si bien actuando éste como cooperador necesario. Existe una prevalencia de la nacionalidad española del agresor y de ausencia de antecedentes penales.

Otro elemento a destacar en este estudio, es la existencia de un vínculo previo entre víctima y agresor (ya sea un simple conocido, o medie una relación amistad, sentimental, e incluso familiar), y solamente en pocas ocasiones es un completo desconocido.

Atendiendo a los resultados obtenidos, se observa que en muchos casos no es el agresor el que administra a la víctima alguna sustancia tóxica sin su conocimiento, sino que es la propia víctima la que conscientemente se pone en situación de vulnerabilidad, por el consumo voluntario de alcohol, drogas, fármacos, o la mezcla de ellos aprovechándose el ofensor de esta situación para agredirla sexualmente. Nos encontramos, por un lado, ante un problema social donde existe una desigualdad de género, en la que la mujer es objeto de deseo sexual responsabilizando muchas veces a la propia víctima de haber generado la situación.

Con el conocimiento del modus operandi, y de los perfiles de agresor y víctima puede ser un elemento importante para sentar las bases para establecer medidas, planes, métodos y estrategias preventivas ante esta situación.

2. Respecto a los mecanismos de prevención de las víctimas de los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química.

En este estudio bibliográfico sobre prevención muestra que la mayoría de los artículos revisados apuntan como uno de los factores de riesgo, y coincidiendo con el anterior estudio criminológico, es que se trata de delitos que suelen ocurrir mayoritariamente en situaciones de ocio nocturno, con prevalencia en los días de fin de semana (desde el viernes hasta el domingo). Además, todos los autores coinciden en el consumo de alcohol,

bien de manera individual, como es en la mayoría de casos de VQ, bien en concurrencia con otras drogas o con fármacos, más común en los casos de SQ, como uno de los factores de riesgo, y además, se considera que el dicho consumo crea una percepción positiva del comportamiento del agresor, casi siempre hombre, donde realiza comportamientos que demuestran que ve a la víctima (casi siempre mujer) como un individuo reactivo en lugar de un objeto sexual, y cualquier acto de naturaleza sexual puede ser tolerado en la sociedad.

Los estudios sobre esta correlación existente entre el consumo voluntario en exceso de bebidas alcohólicas, denominado *Heavy Episodic Drinking* (HED), han incidido en las mujeres universitarias, y en su situación de riesgo de ser víctimas de una agresión sexual. Desde esta perspectiva, la agresión sexual es considerada una de las consecuencias negativas atribuibles al HED; y la contribución del alcohol y otras drogas a la agresión sexual se ha incrementado durante los últimos 15-20 años.

Partiendo de la base de que el principal factor de riesgo de la SQ es el consumo de alcohol, bien de manera individual o conjuntamente con sustancias psicoactivas, las medidas de prevención van dirigidas mayoritariamente a evitar o reducir dicho consumo. El hecho de que el alcohol sea un producto económico, asequible y fácil de obtener, obliga a que dicho consumo deba abordarse de manera específica, aumentando la conciencia y la educación entre los jóvenes.

Para reducir la violencia sexual mediante SQ es esencial evaluar el uso y consumo de drogas y/o alcohol, así como también el abuso físico y sexual del ofensor hacia la víctima. Hay que realizar esfuerzos para cambiar aquellas actitudes que promueven este tipo de delitos y tratar cuestiones acerca del sexo seguro, la autogestión, el apoyo del grupo social y la reducción del consumo de drogas y alcohol.

Los delitos sexuales facilitados por drogas se han convertido en un método cada vez más común de violencia sexual y es por ello que los diversos estudios sugieren que todos los esfuerzos deben dirigirse en educar y prevenir, y centrarse en la aceptación del mito de la violación mediante SQ y la conciencia sobre el DFSA, destacando la necesidad de controlar el consumo de bebidas alcohólicas.

Por otro lado, algunos autores consideran que un historial previo de victimización sexual influye en el comportamiento de las víctimas ante situaciones potencialmente amenazantes, y ello produce que aquellos programas de prevención tradicionales sean

prácticamente ineficaces. Los estudios sugieren que, en estos casos, debería establecerse un programa educativo dirigido a cómo responder de manera eficaz a los riesgos personales ante un posible asalto sexual mediante SQ, y prevenir, así, otra futura victimización. Este hallazgo sugiere que la experiencia no supone un factor protector y subraya la necesidad de intervenciones sobre quienes ya han sido víctimas de DFSA para evitar eventos futuros.

La literatura científica coincide en que para implementar un programa de prevención hay que mostrar la existencia del vínculo entre el uso de sustancias y la victimización sexual. Además, tales programas deberían instruir a las víctimas a usar diversas estrategias cognitivas, conductuales y sociales para controlar la cantidad de alcohol y/o drogas que consumen y reconocer cuándo ellas, o sus compañeras tienen problemas cognitivos y físicos por dicho consumo. Así mismo, consideran que es importante promover el mensaje de limitar la ingesta de alcohol, y no tomar drogas como estrategias importantes de autoprotección contra la agresión sexual.

Obviamente, también la propia víctima, puede reducir las probabilidades de victimización cambiando aquellos comportamientos que hacen aumentar su vulnerabilidad, sin que ello implique responsabilidad en caso de sufrir una victimización.

En relación a las estrategias de prevención dirigidas a las víctimas, debe señalarse que algunos estudios realizados en campus universitarios de Estados Unidos han constatado la correlación que existe entre el consumo voluntario en exceso de bebidas alcohólicas. Desde esta perspectiva, la agresión sexual es considerada una de las consecuencias negativas atribuibles al HED. Y es por ello que la mayoría de los artículos revisados se han realizado en campus universitarios de Estados Unidos con programas de intervención y prevención para reducir el alto consumo de alcohol de las estudiantes universitarias y así reducir las tasas de victimización sexual.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en la mayoría de los artículos revisados las estrategias de prevención van dirigidas a las mujeres, que son la mayoría de víctimas potenciales de estos delitos y que deben educarse específicamente sobre la relación entre las decisiones arriesgadas inducidas por las drogas, la reducción de la inhibición y la capacidad reducida de resistencia. Es necesario preparar a las mujeres para reconocer el riesgo de agresión sexual y responder de manera efectiva a dicho riesgo. Frente a esto, hay autores que proponen que debe haber un cambio en los métodos de prevención para

dejar de centrar toda la responsabilidad en que las mujeres se protejan y poner más énfasis en cambiar las actitudes masculinas que dan soporte a la visión de que las mujeres intoxicadas son una oportunidad para tener relaciones sexuales⁸, así como educar sobre la realidad de que una mujer que está intoxicada puede ser incapaz de consentir el contacto sexual y que el uso de alcohol o drogas (o ambos) para incapacitar a una mujer con fines de sexo representa una agresión sexual.

De la revisión realizada se observa que, solamente, en dos artículos se establecen determinadas actuaciones preventivas de SQ. Estas estrategias de prevención generalmente se relacionan con formas de evitar la adicción subrepticia de DFSA en las bebidas alcohólicas

Tras lo expuesto, puede afirmarse que existe escasa bibliografía sobre medidas, métodos y estrategias de prevención sobre SQ. Además, se ha observado como gran parte de las medidas preventivas van dirigidas, normalmente, hacia las mujeres, para dotarles de herramientas de protección y para que asuman responsabilidad sobre su propio cuerpo, y muy pocas veces han ido enfocadas hacia el potencial agresor; por lo que han sido acusadas de caer en el sesgo histórico de educar a las mujeres en el miedo y liberar de responsabilidad a los hombres. La ausencia de estudios respecto a la prevención de la SQ, el riesgo de la normalización de la violencia sexual y la culpabilización de la víctima hace necesario que se profundice en los patrones y tendencias de estos delitos y que se creen campañas de prevención no solo dirigidas a las víctimas, mujeres en la mayoría de los casos, sino también a los potenciales agresores y al conjunto de la sociedad, que ha de huir de la normalización de la violencia sexual, poder identificar que se trata de una conducta constitutiva de delito y que debe ser penalizada por el entorno.

Nos encontramos ante un problema social donde existe una desigualdad de género, en la que la mujer, objeto de deseo sexual y víctima de la situación, es responsabilizada en ocasiones de haber generado la situación. Resultaría de utilidad enfocar la prevención de esta modalidad de victimización como un problema de salud pública, tanto por la intervención a realizar sobre el consumo, voluntario o no, de sustancias², como por la situación de inconsciencia o desinhibición de la víctima, y la tolerancia social frente a la promiscuidad, empujando a que los “guardianes capaces” actúen en defensa de situaciones de vulnerabilidad aparente de la víctima.

Además, atendiendo a la diversidad de factores individuales y sociales deberían emplearse distintas medidas de prevención de estos delitos que cubran tanto los ámbitos de la prevención primaria como de la secundaria. La prevención primaria haría referencia aquí a todas aquellas intervenciones educativas generales en la familia y la escuela relativas a la educación sexual y social de los jóvenes, mientras que la prevención secundaria tendría un cariz más específico, con el propósito de evitar que las primeras infracciones sexuales juveniles se repitan y consoliden.

3. En relación al análisis jurídico del delito.

Otro de los objetivos del presente trabajo era conocer la realidad jurídica de los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química, tanto desde el plano del Derecho penal español como en Derecho comparado.

En la legislación penal española, los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química se tipifican como delito de abuso sexual, donde se atenta contra la libertad sexual de la víctima, pero, a diferencia de los delitos de agresión sexual (y violación), se realizan sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento o con consentimiento viciado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 181 CP. Además, la no utilización de tales medios se traduce en un marco penológico sensiblemente inferior.

A pesar que en el anterior Código Penal (aprobado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre) había una equiparación valorativa, entre los actos que quedaban dentro del término fuerza o intimidación, de los actos que se cometieren sobre una persona privada de sentido, y se tipificaba como violación el acceso carnal a otra persona cuando “*se hallare privada de sentido*”. Pero en el Código Penal vigente (1995) se modifica la clasificación de las conductas, atendiendo como primer criterio definitorio al grado de lesión de la libertad de la víctima, lleva a la consiguiente separación de las conductas entre las que se realizan con violencia o intimidación y las que se llevan a cabo sin la presencia de estos elementos, pero, faltando el consentimiento válido de la víctima, pasándose a tipificar como abuso sexual aquel atentado sexual con víctima privada de sentido, donde se incluía la sumisión química antes de la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio. Y a partir de esta reforma incluyó la mención entre los abusos sexuales no consentidos aquellos cometidos “*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).

La reforma pretendió así 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 anulara la capacidad de decisión de éstas respecto del mantenimiento de relaciones sexuales. Dicha reforma intentó poner fin a los problemas interpretativos en torno a si la sumisión química, como manifestación de “violencia impropia”, se incluía o no en la violencia típica del artículo 178 del Código Penal; una parte, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entendían que los abusos sexuales cometidos mediante sumisión química se podían incluir en los supuestos de abusos ejecutados sobre personas privadas de sentido, mientras que otro sector doctrinal y jurisprudencial más minoritario creía que estos hechos podían tener más encaje en los delitos de agresión sexual. Con esta reforma, se solventó las disputas interpretativas, inclinándose por calificar la conducta como abuso sexual, entrando en contradicción con una línea jurisprudencial clara e inequívoca, pero minoritaria, que sí equiparaba la sumisión química a la violencia. Esta ubicación de los delitos sexuales mediante sumisión química no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina.

Con la reforma, se pasa a distinguir aquellos casos en que no hay consentimiento por falta de conciencia (privación de sentido) de aquellos otros en que, pese estar consciente la víctima, ha perdido la capacidad de autodeterminarse en el ámbito sexual (anulación de la voluntad).

Pero, existe una interpretación dispar que se ha realizado respecto de un mismo medio comisivo en los delitos patrimoniales y los delitos sexuales. Mientras que, en los delitos sexuales, como se ha comentado anteriormente, el hecho de drogar a una persona para atentarla sexualmente es catalogado como un supuesto de ausencia de consentimiento, y no se equipara al concepto de violencia de los supuestos de agresión sexual. Una interpretación distinta se prevé en los delitos patrimoniales, donde se califica a la sumisión química como una forma de «violencia» cuando la administración de sustancias tóxicas se produce para llevar a cabo la sustracción de efectos propiedad del afectado, calificándose los hechos como robo con violencia. Así, lo ha considerado la jurisprudencia de forma unánime: la utilización de drogas debía ser considerada una forma de violencia suficiente para satisfacer las exigencias típicas del delito de robo con violencia o intimidación.

Desde una perspectiva comparada, esta cuestión ha recibido una respuesta desigual, existiendo notorias diferencias tanto en los criterios de clasificación de las distintas modalidades de ataque a la libertad o indemnidad sexuales, como en la específica solución prevista para los casos de sumisión química.

En la legislación italiana el fenómeno de la sumisión química se tipifica como una circunstancia agravante tanto para los casos libidinoso (tocamientos) como los supuestos de acceso carnal (en el Código Penal italiano se regulan de manera unitaria estas dos conductas), y sólo en el supuesto que la situación de incapacidad de la víctima ha sido causada por parte del agresor para poner en práctica la conducta prohibida. En cambio, el Código Penal guarda silencio en el caso de que la situación de intoxicación ha sido provocada por la víctima, y es la jurisprudencia la que resuelve este supuesto excluyéndola como circunstancia agravante. De la misma manera que la legislación italiana, el Código Penal francés tipifica la sumisión química como una forma agravada de anular la voluntad de la víctima, sin su conocimiento, para alterar el juicio o el control de sus actos tanto en los delitos de agresión sexual y violación (la distinción entre una y otra es la concurrencia o no de penetración) e, incluso, también es punible el hecho de drogar a una persona con la intención de agredir sexualmente o violarla, aunque no se lleve a cabo el delito sexual proyectado. Por otro, lado tampoco regula el supuesto de intoxicación voluntaria de la víctima, pero a diferencia de lo que prevé la jurisprudencia italiana, en este caso los tribunales franceses resuelven que las conductas sexuales cometidas sobre una persona que ha consumido voluntariamente alcohol o drogas, considerando que no se encuentra capacitada para consentir.

En el derecho anglosajón se distingue entre violación, agresión sexual con penetración y agresión sexual; en el primer caso se incluye el caso de penetración con el pene, en la segunda conducta la penetración (anal o vaginal) con otro miembro corporal, que no sea el pene, u otro objeto, y en los casos de agresión sexual solo se sanciona los tocamientos. El SOA, a diferencia de las anteriores legislaciones, establece una regulación exhaustiva sobre el consentimiento, estableciendo supuestos *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento, y supuestos *iuris tantum* donde se ubica la sumisión química, pero cuando la situación de incapacidad ha sido causada por el propio agresor. Y, siguiendo la misma línea que las anteriores legislaciones, no se regula la situación de incapacitación causado por la propia víctima y es la jurisprudencia la que resuelve este supuesto, donde

considera que la víctima que consume cantidades de alcohol se le considera capaz de consentir, y por tanto el hecho sería impune.

Por último, el derecho penal chileno distingue violación de abuso sexual atendiendo al elemento de la penetración; si hay penetración se tipifica como delito de violación y, en caso contrario, si no hay penetración, el hecho será tipificado como abuso sexual. En ambos casos, el elemento objetivo de estos dos delitos es la ausencia de consentimiento por parte de la víctima, y para ello el propio articulado establece tres hipótesis para la concurrencia de ausencia del consentimiento, entre los que se encuentra el supuesto de víctima privada de sentido o se aproveche su incapacidad para oponer resistencia; entendiendo que esta situación de incapacidad debe ser creada por el agresor. En cambio, de la misma manera que las legislaciones anteriores no se regulan los supuestos de vulnerabilidad química, siendo los tribunales los encargados de resolver estos supuestos; en este caso los tribunales son reticentes en considerar que la ingesta masiva de alcohol o drogas de manera voluntaria como supuesto de ausencia de consentimiento, quedando dicha conducta impune.

En este análisis del derecho comparado, se ha podido apreciar las distintas legislaciones tipifican de manera dispar la sumisión química, pero que, a diferencia de la legislación española, lo consideran como un elemento de agravación delictiva, bien incluyéndolo dentro de los elementos del delito de violación, bien como circunstancia agravante, mientras que en la legislación española el hecho queda tipificado como abuso sexual y se impone una pena menor, desatendiendo a la recomendación de la Resolución 53/7, de la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas sobre “Cooperación internacional para combatir la administración subrepticia de sustancias psicoactivas relacionadas con la agresión sexual y otros actos delictivos”, que recomendaba a las legislaciones nacionales que previeran como circunstancia agravante los supuestos de administración subrepticia de sustancias psicoactivas para cometer un delito sexual.

En cambio, la legislación española, a diferencia de el resto de legislaciones analizadas, sí tipifica el supuesto de vulnerabilidad catalogándolo como abuso sexual con víctima privada de sentido. Además, la jurisprudencia española, a diferencia de las otras legislaciones donde daban impunidad a los delitos sexuales cometidos con víctima que voluntariamente se ha puesto en estado de inconsciencia, consideran que la víctima ha perdido la capacidad de determinarse de manera autónoma en el ámbito sexual y, por tanto, no estar en disposición de oponerse a los deseos del asaltante. A pesar de ello, la

jurisprudencia manifiesta que deben quedar acreditados los supuestos que dan base a la incriminación, probándose la falta de consentimiento, ya que requiere la que el estado de inconsciencia esté presente en el momento de emitir su consentimiento a la hora de mantener relaciones sexuales, ni antes ni, tampoco, después, siendo irrelevante cómo la víctima ha llegado a este estado de incapacidad.

VI. CONCLUSIONES

Una vez expuestos en los anteriores capítulos los resultados de la presente investigación, se procede a sintetizar las conclusiones más relevantes de la misma que se recogen de manera conjunta.

1. La sumisión química puede definirse como la administración de sustancias psicoactivas a una persona, sin su consentimiento ni conocimiento, para fines delictivos, de forma que se pueda manipular la voluntad de las personas o modificar su comportamiento.
2. Se utiliza la sumisión química para facilitar la perpetración de delitos tanto de naturaleza económica (sustracciones o delitos patrimoniales perpetrados mediante la influencia indebida, por ejemplo, en ancianos) como de carácter sexual, modalidad que tiene lugar en mayor proporción y, a pesar de que no es un fenómeno nuevo, en el último tiempo se ha observado un incremento del número de casos.
3. Dentro del término sumisión química, se incluyen también el supuesto de vulnerabilidad química, es decir, cuando es la víctima quien de forma consciente consume determinadas sustancias, y se pone en situación de incapacidad para manifestar su consentimiento u oposición en las relaciones sexuales.
4. Del estudio criminológico de los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química, se han podido analizar determinadas variables y extraer los elementos que conforman el *modus operandi* delictivo, así como describir un perfil de víctima y de agresor, que ayudarán a perfilar las bases sobre futuros métodos y estrategias de prevención.
5. En lo que refiere al *modus operandi*, en el análisis de los elementos delictivos se observa que la vulnerabilidad química se presenta en la mayoría de casos con respecto a las situaciones de sumisión química propiamente dicha, y ello es debido a la alta concurrencia de alcohol, que es consumido por la propia víctima.
6. Se trata de delitos que suelen ser cometidos en situaciones de ocio nocturno, durante los días del de semana (de viernes a domingo) y en las horas nocturnas. La acción se inicia en discotecas o bares, y, en la mayoría de casos, se ejecuta en lugares de ámbito privado, sea el domicilio del ofensor o de la víctima.
7. Respecto al perfil de víctima, en la mayoría de los casos hay una prevalencia del sexo femenino, pero debido a que en la mayoría de las sentencias se omite mucha

- información relativa a las víctimas con el análisis jurisprudencial realizado no se han podido determinar otros factores de suficiente entidad, como la edad o la nacionalidad, que son las variables recogidas y analizadas en el estudio. Y en lo referente al perfil de agresor, en la mayoría de los casos estos delitos son cometidos por varones (con independencia de que la víctima sea mujer u hombre), de nacionalidad española del agresor y sin antecedentes penales. Además, de los resultados obtenidos, se observa que existe algún tipo de vínculo previo entre víctima y agresor (ya sea un simple conocido, o medie una relación amistad, sentimental, e incluso familiar), y en pocas ocasiones es un completo desconocido.
8. Por lo que refiere a la prevención, existe escasa bibliografía sobre medidas, métodos y estrategias de prevención en materia de sumisión química, y gran parte de las que existen van dirigidas, normalmente, hacia las mujeres, para dotarles de herramientas de protección y para que asuman responsabilidad sobre su propio cuerpo. Muy pocas veces van enfocadas hacia el potencial agresor.
 9. Se debe profundizar en los patrones y tendencias de estos delitos, y se deben crear campañas de prevención no solo dirigidas a las víctimas, mujeres en la mayoría de los casos, sino también a los potenciales agresores y al conjunto de la sociedad (los denominados “*guardianes capaces*”), que ha de huir de la normalización de la violencia sexual.
 10. Atendiendo a la diversidad de factores individuales y sociales deberían emplearse distintas medidas de prevención de estos delitos que cubran tanto los ámbitos de la prevención primaria como de la secundaria; la prevención primaria se refiere a todas aquellas intervenciones educativas generales en la familia y en la escuela relativas a la educación sexual y social de los jóvenes, mientras que la prevención secundaria tendría un cariz más específico, con el propósito de evitar que las primeras infracciones sexuales juveniles se repitan y consoliden. Es por ello, que el ámbito educativo tiene un papel muy relevante en lo que refiere a la prevención.
 11. En la vertiente jurídica, el fenómeno de la sumisión química en los delitos sexuales se encuentra tipificado en el Código Penal español como abuso sexual, al incluirse dentro de los supuestos de ausencia de consentimiento que refiere el artículo 181.2 CP (“*anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*”), ya que el legislador no considera como “violencia” el hecho de drogar a una persona para atentarla sexualmente.

12. En el Derecho Comparado existe, a diferencia de la legislación española, una dispar clasificación de los ataques a la libertad o indemnidad sexuales, así como en la específica solución prevista para los casos de sumisión química, catalogándose bien como una circunstancia agravante, o bien como un elemento del tipo de agresión sexual o violación. Pero, no regulan los supuestos de ataques sexual cuando la víctima se encuentra incapacitada por el consumo voluntario de alcohol o sustancias (vulnerabilidad química), siendo la jurisprudencia la encargada de resolver estos supuestos y resolviendo, en la mayoría de casos, estos ataques de impunes.
13. El CP regula los supuestos de vulnerabilidad química, tipificando la conducta en el art. 181.2 CP, como abuso sexual con víctima privada de sentido. En estos casos, la doctrina y la jurisprudencia consideran que lo relevante es la privación de la consciencia necesaria para consentir.
14. En los supuestos de vulnerabilidad química, la jurisprudencia se ha flexibilizando, y alega que el estado de inconsciencia de la víctima no es necesario que sea absoluto, sino que basta que sea relativo, intenso y suficiente para anular los frenos inhibitorios y no se encuentre en condiciones de oponerse al acceso sexual.
15. La jurisprudencia establece que para dictar una sentencia condenatoria por delito de abuso sexual con víctima privada de sentido (o abuso sexual por vulnerabilidad química) se requiere, primero, que queden acreditados los supuestos que dan lugar a la incriminación (privación de sentido), y, segundo, la falta de consentimiento deberá quedar completamente probada, de manera que se demuestre indubitadamente que la intoxicación anula de manera completa o muy intensa los frenos inhibitorios, o esa capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretende aprovecharse de la debilidad de la víctima para que la falta de consentimiento (que es requisito imprescindible del tipo penal) quede probado.

VII. BIBLIOGRAFIA

- ABBEY, A. Alcohol-related sexual assault: a common problem among college students. *Journal of Studies on Alcohol, Supplement*, (s14), 2002, pp.118-128.
- ACMD Report on drugs facilitated sexual assault (DFSA). UK Advisory Council on the Misuse of Drugs. Abril 2007. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/acmd-drug-facilitated-sexual-assault-dfsa-2007>.
- AGUSTINA, J.R., REALES, F. En la mente de un asaltante de viviendas: Estudio cualitativo de una muestra de autores de robo en casa habitada. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 11 (1), 2012, pp. 1-30.
- AGUSTINA JR, MARCO-FRANCIA M-P. ¿Agresión o abuso sexual? Cuestiones forenses a propósito del caso de «La Manada». *Revista Española de Medicina Legal*. In press. 2019 <https://doi.org/10.1016/j.reml.2019.09.002>
- CAREY, K., DURNEY, S., SHEPARDSON, R. and CAREY, M. Precollege Predictors of Incapacitated Rape Among Female Students in Their First Year of College. *Journal of Studies on Alcohol and Drugs*, 76(6), 2015 pp.829-837.
- ÁLVARO LÓPEZ, MC. La sumisión química en relación con los delitos contra la propiedad y con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Artículo monográfico. Editorial Jurídica Sepín. Abril 2013.
- ARROYO A, BARBERÍA E, BERTOMEU A, MONTERO F, PUJOL A, XIFRÓ A. Incidencia i característiques de la submissió química en els delictes d'agressió sexual. Documents de Treball, Investigació. Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya 2011.
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DE CONSEJO DE EUROPA. Recomendación 1777: Sexual assaults linked to “date-rape drugs”. 2007.
- ASÚA BATARRITA, Adela. “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: Imágenes culturales y discurso jurídico”. En: *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*. Emakunde – Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria – Gazteiz, 1998, pp. 47-101.
- BACA, E., ECHEBURÚA, E., TAMARIT, J.M. Manual de Victimología. Tirant Lo Blanch. 1ª edición. Valencia 2006. ISBN: 84-8456-638-2.
- BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General. Hammurabi. 2ª edición. Buenos Aires, 1987. ISBN: 978-950-741-073-4.
- BALEMBA, S. & BEAUREGARD, E. “Where and When? Examining Spatiotemporal Aspects of Sexual Assault Events.” *Journal of Sexual Aggression* 19(2), 2013, pp. 171–90.
- BAQUERO ESCRIBANO, A. “Burundanga: mito o realidad por conocer”. *Revista Española de Drogodependencia*, Editorial 42 (I), 2017, pp. 5-8.
- BARRUTIA SOLIVERDI, B. “Estudio de la sumisión química”. *La Ley Penal*, Nº 17, Sección Criminología. Editorial Wolters Kluwer. Noviembre-Diciembre 2015.
- BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. “Problemas básicos de los delitos sexuales”. *Revista de Derecho*, número Especial, 1997, pp. 73-94.

- BECHTEL, L.K., & HOLSTEGE, C.P. "Criminal Poisoning: Drug-Facilitated Sexual Assault." *Emergency Medicine Clinics of North America*, 25 (2), 2007, pp. 499-525. Doi:10.1016/j.emc.2007.02.008
- BEICHNER, D., & SPOHN, C. "Prosecutorial Charging Decisions in Sexual Assault Cases: Examining the Impact of a Specialized Prosecution Unit." *Criminal Justice Policy Review*, 16 (4), 2005, pp. 461-498. Doi:[10.1177/0887403405277195](https://doi.org/10.1177/0887403405277195)
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 1ª Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004. ISBN 10: [8496283135](https://www.isbn.es/9788496283135)
- BERES, M. A. "Spontaneous" Sexual Consent: An Analysis of Sexual Consent Literature. *Feminism & Psychology*, 17 (1), 2007, pp. 93-108.
- BERGELSON, V. Victims' rights and victims' wrongs: comparative liability in criminal law. Stanford University Press, 2009. ISBN: 978-0-8047-5538-2
- BERGELSON, V. "The Defense of Consent". En Markus D. Dubber y Tatjana Hörnle (eds), *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, 2015.
- BEYNON C, et al. . The involvement of drugs and alcohol in drug-facilitated sexual assault. A Systematic Review of the Evidence. *Trauma, Violence, & Abuse*, Vol. 9, No. 3, 2008, pp. 178-188.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2015. "Evolución Experimentada En El Período 1990-2015 Por Los Delitos Sexuales Contemplados En El Código Penal Chileno"
- BOIX REIG, J. (director). *Derecho Penal: Parte Especial*. Ed Iustel, 2ª ed. 2016. ISBN: 978-84-9890-300-3
- BOTTOMS, A. & WILES, P. Environmental criminology. En M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner (eds). *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford University Press, 2002.
- BRAGE CENDÁN, S. El delito de abuso sexual facilitado por el uso de sustancias químicas. *Diario La Ley*, N° 8216, Sección Doctrina. Editorial La Ley. Año XXXIV. Diciembre 2013.
- BRANTINGHAM P y BRANTINGHAM P. (1995). Criminality of place: Crime generators and crim attractors. *European Journal on Criminal Policy and Research* (3), pp. 5-26.
- BURILLO-PUTZE, G., LÓPEZ-HERNÁNDEZ, A., EXPÓSITO-RODRÍGUEZ, M., y DUEÑAS-LAITA, A. Sumisión Química. *Med Clin (Barc)* 24, 2012, pp. 684-89. <http://dx.doi.org/10.1016/j.medcli.2011>.
- BUTLER B, WELCH J. "Drug-facilitated sexual assault". *CMAJ*, 180(5), 2009, pp. 493-494.
- CANCIO MELIÁ, M. "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual". *La Ley*, 1996, núm. 6, pp. 1626-1633.
- CAREY KB, DURNEY SE, SHEPARDSON RL, CAREY MP. Precollege Predictors of Incapacitated Rape Among Female Students in Their First Year of College. *J Stud Alcohol Drugs*, 76, 2015, pp. 829-837.
- CARRASCO GÓMEZ, Juan José y MAZA MARTÍN, José Manuel. *Tratado de psiquiatría legal y forense*. Ed. La Ley. Madrid, 2010.
- CARRASCO JIMÉNEZ, E. "El Problema Del Sujeto Activo Del Delito de Violación y Sus Posibles Vacíos Legales." *Ius et Praxis* 13(2), 2007, pp. 137-55.

- CARUSO FONTÁN, V. La utilización de psicóticos y narcóticos como medio comisivo del delito de robo con violencia o intimidación (1). *Diario La Ley*, 8061, 2013, pp. 1-2.
- CHAN HC, HEIDE KM, BEAUREGARD E. “What propels sexual murderers: A proposed integrated theory of social learning and routine activities theories”. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 55(2), 2011, pp. 228-250. <https://doi.org/10.1177/0306624X10361317>.
- CHANG KCOMT, R.A. Consentimiento en Derecho Penal: Análisis dogmático y consecuencias prácticas. Salamanca. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. 2017.
- CHILD, J. & ROGERS, J. “Criminal Law Reform Now.” *The Journal of Criminal Law* 81(4), 2017, pp. 282–91.
- CLOUGH, Amanda. “Finding the Balance: Intoxication and Consent”. *Liverpool Law Review*. Vol. 40, 2019, pp. 49-64.
- COHEN, L. E. & FELSON, M. “Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach”. *American Sociological Review*, 44, 1979, pp. 588-608.
- COOK, A., and REYNALD, D. 2016. “Guardianship Against Sexual Offenses.” *International Criminal Justice Review*, 26 (2), 2016, pp. 98-114. DOI:10.1177/1057567716639094
- COROCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal*, 1ª Ed., Tirant Lo Blanc, 2015.
- COWAN, S. “The Trouble with Drink: Intoxication, (In)Capacity and Evaporation Of Consent to Sex”. *Akron Law Review*, 41 (4), 2008, pp. 899-922.
- COX LEIXELARD, J.P. “El *nomen iuris* “violación” como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad del reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres”. *Revista Ius et Praxis*, Año 25, núm. 3, 2019, pp. 307-322.
- COX LEIXELARD, J.P. “Entre la revolución y la ilusión. La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”. *Revista Política Criminal*, Vol. 13, núm. 26, 2018, pp. 657-681.
- CRAWFORD E, WRIGHT MO, BIRCHMEIER Z. “Drug-facilitated sexual assault: college women's risk perception and behavioral choices”. *J Am Coll Health*, 57, 2008, pp. 261-72.
- CRUZ-LANDEIRA, A., QUINTELA-JORGE, O., LÓPEZ-RIVADULLA, M. Sumisión Química: Epidemiología y Claves Para Su Diagnóstico. *Medicina Clínica*, 131 (20) 2008, pp. 783-789.
- 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*, 3, 2010, pp. 1-44.
- DE LA CRUZ FORTÚN, A. “Factores Predictores Del Impacto Psicopatológico En Víctimas de Agresión Sexual”. Tesis Doctoral, 2017, http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/Tesis/pdfs/Tesis3_Factores_Predictores.pdf.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M. “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. *Ponencia delitos contra la libertad sexual* (17 de octubre de 2013) ponencias de formación continuada https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20

[Jos% C3% A9% 20Miguel% 20de% 20la% 20Rosa% 20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14.](#)

- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. “Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de genero”. *Anuario de Derecho Penal*, 1999-2000, pp. 83-100.
- DECKER J, & BARONI P. , “No” Still Means “Yes”: The Failure of the “Non-Consent” Reform Movement in American Rape and Sexual Assault Law. *J. Crim. L. & Criminology*, Vol. 101, No. 4. 2011, pp. 1081 – 1170.
- DEVESA-PÉREZ, E. Relevancia jurídico-penal del consentimiento. Trabajo fin de grado. Facultad de derecho. Universidad de León. 2018. Disponible en: <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/9805/Devesa%20P%C3%A9rez,%20Enrique.pdf?sequence=1>
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M.A., “La “edad de consentimiento sexual” en la reforma del Código Penal de 2015”. *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo* (coord. S. Bacigalupo Sagesse). Madrid, 2016. pp. 872-893.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de derecho penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 6, 2000, pp. 69-101.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Alegato contra un derecho penal sexual identitario. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-10. 2019, pp. 1-29.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA [página en internet]. España: Real Academia Española [actualización 2019; citado en enero 2020]. Disponible en: <https://dle.rae.es/preveni%C3%B3n?m=form>
- DOMÍNGUEZ CORREA, M. “El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de la tipicidad”. *Revista De La Facultad De Derecho*, (30), 2014, pp. 109-122. Recuperado a partir de <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/90>
- DORANDEU, Anne H. et al. 2006. “A Case in South-Eastern France: A Review of Drug Facilitated Sexual Assault in European and English-Speaking Countries.” *Journal of Clinical Forensic Medicine*, 13(5), 2006, pp. 253–61.
- DRIPPS, D. “After Rape Law: Will the Turn to Consent Normalize the Prosecution of Sexual Assault?”. *Akron Law Review*, 41, issue 4, article 6, 2009, pp. 957-980.
- DSOUZA, M. “Criminal Culpability after the Act.” *King’s Law Journal* 26(3), 2015, pp. 440–62.
- DU MONT, J. et al. “Factors associated with suspected drug-facilitated sexual assault”. *CMAJ*, 180(5), 2009, pp. 513-519.
- DU MONT J, MACDONALD S, KOSA D. “An Examination of Victim, Assailant, and Assault Characteristics among Cases Classified as Predatory Drug-Facilitated Sexual Assault”. *Womens Health Issues*, 26, 2016, pp. 393-400.
- ECHEVARRIA LLARENAS, M. “Violència masclista i oci nocturn. Anàlisi de les principals campanyes de prevenció i protocols d’actuació a nivel municipal”. Universitat de Barcelona. Trabajo Fin de Máster. 2017;1. Disponible en: <https://www.drogasgenero.info/wp-content/uploads/TFM-Marina-Echevarr%C3%ADa-.pdf>

- ELLIOTT, S. Drug-facilitated sexual assault: educating women about the risks. *Nurs Womens Health*, 12, 2008, pp. 30-7.
- ELLISON, L., MUNRO, V.E., HOHL, K., AND WALLANG, P. “Challenging Criminal Justice? Psychosocial Disability and Rape Victimization”. *Criminology and Criminal Justice*, 15 (2) 2015, pp. 25-244. doi: [10.1177/1748895814543535](https://doi.org/10.1177/1748895814543535)
- ELVIN, J. “The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003.” *The Journal of Criminal Law* 72(6), 2008, pp. 519–36.
- ESCAYOLA, E. & VEGA, C. “Agresiones sexuales facilitadas por sustancias psicoactivas, detectadas en el Instituto de Medicina Legal de Alicante en el cuatrienio 2009-2012”. *Gaceta Internacional Ciencias Forense*, núm. 8, 2013, pp. 8-15.
- EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTION. “Sexual assaults facilitated by drugs or alcohol”. 2008. Recuperado de http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_50544_EN_TDS_sexual_assault.pdf.
- FALK, P.J. “Rape by drugs: a statutory overview and proposals for reform”. *Arizona Law Review*, 44, 2002, pp. 131-212.
- FELSON, M. & CLARKE, R. “Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention”. *Police Research Series*, Paper 98. Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, Londres 1998.
- FERNANDEZ AREVALO, L. 2016. “Delincuencia sexual: respuestas penales”. Ponencia 2016. Recuperado de: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5I8CaaofQQwJ:https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/L%2520Fern%25C3%25A1ndez%2520Ar%25C3%25A9valo.pdf%3FidFile%3D2ac8289d-c706-4584-9192-66db07bdbb47+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es&clien
- FINCH, E. y MUNRO, V.E. “The Demond Drink and the Demonized Woman: Socio-Cultural Stereotypes and Responsibility Attribution in Rape Trials Involving Intoxicants”. *Social Legal Studies*, 16, 2007, pp. 591-614.
- FIRTH, G. “Not an Invitation to rape: the Sexual Offences Act 2003, consent and the case of the “drunken” victim”. *The Northern Ireland Legal quarterly*, 62 (1), 2011, pp. 99-118.
- FRAZER, L. “From “no means no” to “yes means yes”. *Berkely Political Rewiew*. (8 octubre 2014). Recuperado de <https://bpr.berkeley.edu/2014/10/08/from-no-means-no-to-yes-means-yes-why-sb-967-challenges-rape-culture/>.
- FRIEDMAN, J., & VALENTI, J. “Yes means Yes! Vision of female sexual power & a world without rape”. Berkeley, California. Seal Press, 2008. ISBN: 978-1-58005-257-3.
- GÁLVEZ, E. et al. “Sexualidad y drogas: aspectos medicolegales de interés para el médico general integral”. *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, 10(4), 2001, pp. 492-495.
- GARCÍA-CABALLERO, C. et al. “Sumisión química en casos de presuntos delitos contra la libertad sexual analizados en el Instituto Nacional de Toxicología y

- Ciencias Forenses (Departamento de Madrid) durante los años 2010, 2011 y 2012”. *Rev Esp Med Legal*, 40 (1), 2014, pp. 11-18.
- GARCÍA-REPETTO, R., SORIA, M.L. “Sumisión química: reto para el toxicólogo forense. *Rev Esp Med Legal*, 37 (3) 2011, pp. 105-112.
- GARCÍA-REPETTO R, SORIA ML. “Consideraciones toxicológicas sobre supuestos casos de sumisión química en delitos de índole sexual en el sur de España entre los años 2010-2012”. *Rev Esp Med Legal*, 40, 2014, pp. 4-10.
- GARRIDO, V., STANGELAND, P., REDONDO, S. Principios de Criminología. Tirant Lo Blanch. 3ª edición. Valencia. 2006. ISBN: 84-8456-697-8.
- GAVILÁN RUBIO, M. “Agresión Sexual y Abuso por prevalimiento: Análisis de la reciente jurisprudencia”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 12, 2018, pp. 82-95.
- GEE D, OWEN P, MCLEAN I, ET AL. Operation MATISSE: investigating drug facilitated sexual assault. London (UK): The Association of Chief Police Officers (ACPO), 2006. www.acpo.police.uk/asp/policies/Data/Operatin%20Matisse%20report%20-%20press%20rel.%2084.doc.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. “Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo”. *ADPCP*, Sección Doctrinal. Vol, LXVIII, 2015, pp. 21-61.
- GIRARD, A.L. & SENN, C.Y. “The role of the new "date rape drugs" in attributions about date rape”. *J Interpers Violence*, 23 (1), 2008, pp. 3-20. Doi: 10.1177/0886260507307648. PMID: 18087029.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “Derecho Penal Sexual y Reforma Legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 2005, pp. 1-35.
- GOMILA, I., PUIGURIGUER, J., QUESADA, L. “Primera confirmación en España del uso de la burundanga en una sumisión química atendida en urgencias”. *Medicina Clínica*, 147, (9), 2016, pp.421.
- GONEAGA OLAIZOLA, Reyes. “Delitos contra la libertad sexual”. *Eguzkilore*, extra 10, 1997, pp. 95-120.
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. *Delitos contra la libertad sexual: delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*. 1ª Ed. Montevideo. BdeF, 2015.
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. *Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales*. Tesis doctoral. Universitat Pompeu Fabra, 2011.
- GREEN, Stuart P. *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*. Oxford University Press, (en prensa)
- GRUBER A. “Not affirmative consent”. *Pac. L. Rev.*, 47, 2016, pp. 683 – 706. Recuperado de <http://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=articles>.
- GRUBER, A. “Consent Confusion”. *Cardozo Law Review*, 38, 2016, pp. 415-458.

- GUZMÁN DALBORA, J.L. “Aprobación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”. *Anuario de Derecho Penal* (1999-2000), pp. 201-244.
- GUZMÁN DALBORA, J.L. “Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la Libertad Sexual”. *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 68, 2016, pp. 105-136.
- HALL, J.A., MOORE, C.B. “Drug facilitated sexual assault-a review”. *J Forensic Leg Med*, 15, 2008, pp. 291-297.
- HALLEY, J. “The move to affirmative consent”. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 42(1), 2016, pp. 257-279.
- HARPER, N. S. “15 – Drug-Facilitated Sexual Assault”. 2011. DOI: 10.1016/B978-1-4160-6393-3.00015-4.
- HORVATH, M.A., BROWN, J. “The role of drugs and alcohol in rape”. *Med Sci Law*, 46, 2006, pp. 219-228.
- HURD, H. M. “Blaming the Victim: A Response to the Proposal that Criminal Law Recognize a General Defense of Contributory Responsibility”. *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 2005, pp. 503-522.
- ISORNA-FOLGAR M. et al. “Binge drinking: conductas sexuales de riesgo y drogas facilitadoras del asalto sexual en jóvenes españoles”. *Suma Psicológica*, 22 (1), 2015, pp. 1-8.
- ISORNA-FOLGAR, M y RIAL-BOUBETA, A. “Drogas facilitadoras de asalto sexual y sumisión química”. *Salud y Drogas*, Vol.15, núm. 2, 2015, pp. 137-150.
- ISORNA-FOLGAR, M., SOUTO-TABOADA, C., RIAL-BOUBETA, A., ALÍAS, A., MCCARTAN, K. “Drug-Facilitated Sexual Assault and Chemical Submission”. *Psychology, Society & Education*, vol. 9 (2), 2017, pp. 263-282.
- JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general (2ª ed., trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo). Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho penal. Parte General (5ª ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete). Comares, Granada, 2002.
- JOZKOWSKI, K. N. “Yes Means Yes”? Sexual Consent Policy and College Students”. *The Magazine of Higher Learning*, 47 (2), 2015, pp. 16–23. Doi:10.1080/00091383.2015.1004990.
- JUHASCIK, M.P., NEGRUSZ, A., FAUGNO, D., LEDRAY, L., et al. “An estimate of the proportion of the drug-facilitation of sexual assault in four U.S. localities”. *J Forensic Sci*, 52(6), 2007, pp. 1396-1400.
- KHAN, A. “Sexual Offences Act 2003: Comment”. *Journal of Criminal Law* ,42(68), 2004, pp. 220–226.
- KILPATRICK, D.G., RESNICK, H.S., RUGGIERO, K.J., CONOSCENTI, L.M., MCCAULEY, J. “Drug-Facilitated, Incapacitated, and Forcible Rape: A National Study”. Charleston: National Criminal Justice Reference Service, 2007 <http://www.musc.edu/ncvc>.
- KREBS, C.P., LINDQUIST, C.H., WARNER, T.D., FISHER, B.S., MARTIN, S.L. “College women's experiences with physically forced, alcohol or other drug-enabled, and drug-facilitated sexual assault before and since entering college”. *J Am Coll Health*, 57, 2009, pp. 639-647.

- LAMARCA PÉREZ, C. “La protección de la libertad sexual el nuevo Código Penal”. *Jueces para la democracia*, núm. 27, 1996, pp. 50-61.
- LAW COMMISSION. “Sentencing Law in England and Wales Legislation Currently in Force”. 2015. Recuperado de: http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/10/Sentencing_law_in_England_and_Wales_Issues.pdf.
- LE BEAU, M., MOZAYANI, A. (Eds), Drug-Facilitated Sexual Assault. A Forensic Handbook. San Diego: Academic Press, 2001, pp. 6-23.
- LITTLE, N. J. “From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law”. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 58 (4), 2005, pp. 1321-1364.
- LONSWAY, K A., & ARCHAMBAULT, J. “The ‘Justice Gap’ for Sexual Assault Cases: Future Directions for Research”. *Violence Against Women*, 18 (2), 2012, pp. 145-168. DOI: [10.1177/1077801212440017](https://doi.org/10.1177/1077801212440017)
- LÓPEZ-RIVADULLA, M., CRUZ LANDEIRA, A., QUINTELA JORGE, O., DE CASTRO, A., CONCHEIRO, M., BERMEJO, A. JURADO, C. “Sumisión Química: antecedentes, situación actual y perspectivas. Protocolos de actuación para estudios multicéntricos”. *Revista de Toxicología*. núm. 22, 2005, pp. 119-126.
- LORENZ, K., & ULLMAN, S.E. “Alcohol and Sexual Assault Victimization: Research Findings and Future Directions.” *Aggression and Violent Behavior*, 31, 2016, pp. 82-94.
- LUNA MALDONADO, A., MARTINEZ, F., OSUNA, E. y GARCÍA FERRER, R. “Alcohol consumption and crimes against sexual freedom”. *Medicine and Law*, 7, 1998, pp. 81-86.
- MAÑALICH, J.P. “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno Una reconstrucción desde la teoría de las normas”. *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, 2014, pp. 21-70.
- MARTÍNEZ-CATENA A, REDONDO S. “Etiología, prevención y tratamiento de la delincuencia sexual”. *Anuario de Psicología Jurídica*, 26, 2016, pp.19-29.
- MARTÍNEZ REBOLLEDO A, REBOLLEDO DESCHAMPS ML. “Guía para jóvenes. Prevención de la violencia sexual y de género”. 2019;1. [Consultado 22-12-2019] Disponible en: <https://ciudadano.gobex.es/documents/1062609/0/REVISTA+PARA+JOVENES++prevenci%C3%B3n+de+la+Violencia+Sexual.pdf/da471384-5b9f-46aa-a891-2a7432ed2de6>.
- MAURACH, R. Derecho Penal: Parte General (actualizada por ZIPF, Heinz). 7ª edición alemana (traducida por Jorge BOFILL GENZSCH y Enrique AIMONE GIBSON). Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, vol. 1, pp. 295-296.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, Mª Cecilia. “Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial”. Tirant Lo Blanch, 2ª edición. Valencia (2018). ISBN 13 9788491901112.
- MCELROY, Wendi. *Rape Culture Hysteria: Fixing the Damage Done to Men and Women*, Create Space Independent Publishing Platform, 2016.

- MC GREGOR, ERICKSEN, RONALD, JANSSEN, VAN VILET, SCHULZER. „Rising Incidence of Hospital – reported Drug-facilitated sexual assault in a large urban community in Canada”. *Can J Public Health*, 6, 2004, pp. 441-445.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general* (10ª edición). Reppertor, Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando y GUÉREZ TRICARICO, Pablo (2019). Consentimiento. *Memento penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, núm. 1930-2000.
- MOORE, S. E.H. “Cautionary Tales: Drug-Facilitated Sexual Assault in the British Media.” *Crime, Media, Culture*, vol. 5 (3), 2009, pp. 305-320. DOI: 10.1177/1741659009349242.
- MORILLAS CUEVA, L., & BENÍTEZ ORTUZAR, I.F. 2016. *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, Dykinson, 2016.
- MUNRO, V. E. “Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimizing Constraint in the Expression of Sexual Autonomy”. *Akron Law Review*, vol. 41: Iss 4, article 5, 2008, pp. 923-956.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. 19ª Edición. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2013. ISBN: 139788490534458.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal: Parte Especial*. 21ª Edición. Valencia. Tirant lo Blanch. 2017. ISBN: 978-8491693673.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””. *Revista Penal*, 43 (2019) pp. 290-299.
- NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE ESTUPEFACIENTES. Informe del 53º periodo de sesiones (Resolución 53/7). Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2010, Suplemento N° 8A (E/2010/28/Add.1).
- NICOLETTI, A. “Teens and drug facilitated sexual assault”. *J Pediatr Adolesc Gynecol*, 22, 2009, p.187.
- NOCTAMBUL@S. “Observatorio cualitativo sobre la relación entre el consumo de drogas y los abusos sexuales en los contextos de ocio nocturno. Tercer informe anual 2015-2016”. Disponible en: <http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/3er-Informe-Anual-Observatorio-Noctambul@s-2015-2016.pdf>.
- NOGUÉ, S., & Miró, O. 2012. “Sumisión Química y Atención En Los Servicios de Urgencias.” *Medicina Clinica*, vol. 139, núm. 10, 2012, p. 461.
- NOLLER, G. “Literature Review and Assessment Report on MDMA / Ecstasy”. *National Drug Policy Population Health Directorate Ministry of Health Wellington*, 2009.
- OFFICE OF THE SENTENCING COUNCIL. “Sentencing Guidelines Council Sexual Offences Act 2003”, December 2012 Recuperado de: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/sexual-offences-consultation-guideline-web1.pdf>
- OLSZEWSKI, D. “Sexual assaults facilitated by drugs or alcohol”. de European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. 2007 Sitio web: http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_50544_EN_TDS_sexual_assault.pdf.

- OXMAN, N. “La Incapacidad Para Oponerse En Los Delitos de Violación y Abusos Sexuales” *Revista de Política Criminal*, vol. 10, núm. 19, 2015, pp. 92-118.
- PAYNE-JAMES J, ROGERS D. “Drug-facilitated sexual assault, 'ladettes' and alcohol”. *J R Soc Med*, 95, 2002, pp. 326-327.
- PEÑA, A. y CASTILLO, M. “La delincuencia sexual: un análisis jurídico y socio-criminológico”. *Revista CIFE*, 15 (22), 2013, pp. 49-63.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Y. “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”. *Revista Mexicana de Sociología* 78, núm. 4, 2016, pp. 471-767.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Y. California define qué es “consentimiento sexual”. *Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana*, 25, 2017, pp. 113-133
- PLATOFF, E. & LAI, J. “To prevent campus rape, colleges change the rulebook from “No means no” to “Yes means yes”. *The inquirers daily news*. 2016. Recuperado de: <http://www.philly.com/philly/education/392318031.html>
- PORTERO, G. “Agresiones y Abusos Sexuales En Bizkaia: Víctimas: Bienio 2009-2010”. Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia = Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2011.
- PURI, B.K. “Drug-facilitated sexual assaults”. *Int J Clin Pract*, 61, 2007, pp. 181-188. Recuperado de doi: 10.1111/j.1742-1241.2006.01125.x.
- QUINTERO OLIVARES, G, MORALES PRATS, F., GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J.M. Comentarios al nuevo Código Penal. 4ª edición. Editorial Aranzadi S.A. 2005. ISBN: 84-97674448.
- RAGUÈS i VALLÉS, R.. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En J.-M. Silva Sánchez (dir.), R. Raguès i Vallés (coord.) *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. Atelier, 2019, pp. 129-143.
- RAMÍREZ, M.C. Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia. *Polit. Crim.* N°3. 2007. A4: 1-13 (<http://www.politicacriminal.cl>).
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del código penal*. Tirant lo Blanch, 2016.
- RAWLINS, M. *ACMD Report on drugs facilitated sexual assault (DFSA)*. 2007, de UK Advisory Council on the Misuse of Drugs Sitio web: <https://www.gov.uk/government/publications/acmd-drug-facilitated-sexual-assault-dfsa-2007>.
- RICHER, L. A. et al. “Characterizing Drug-Facilitated Sexual Assault Subtypes and Treatment Engagement of Victims at a Hospital-Based Rape Treatment Center.” *Journal of Interpersonal Violence* 32 (10), 2017, pp. 1524–1542. Doi:10.1177/0886260515589567
- RÍOS, J. El consentimiento en materia penal. *Polit. Crim* n° 1, 2006. A6: 1-37 (<http://www.politicacriminal.cl>).
- RODRÍGUEZ COLLAO, L. “Sobre La Regulación de Los Delitos Contra La Integridad Sexual En El Anteproyecto de Código Penal.” *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* (1), 2006, pp. 1–19.
- ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M.A. Y ALASTUEY DOBÓN, M.A. *Derecho Penal. Parte Especial: Conforme a La Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de Marzo*. Granada: Comares. 2016.

- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General* (trad. De la 2ª edición alemana). Civitas, 1997.
- SAINT-MARTIN, P. et al. Analysis of 756 cases of sexual assault in Tours (France): medico-legal findings and judicial outcomes. *Med Sci Law*, 47, 2007, pp. 315-324.
- SÁNCHEZ PEREZ, J.D., FOMBELLIDA VELASCO, L. “Consideraciones sobre el delito sexual facilitado por sustancias”. *Diario La Ley*, nº 8054, Sección Tribuna. Año XXXIV. 2013, D-119.
- SÁNCHEZ PÉREZ JD, FONBELLIDA VELASCO L. “Delito Facilitado por sustancias versus sumisión química, aspectos legales”. *Rev Esp Med Legal*, 40, 2014, pp. 129
- SANCHO DE SALAS M, et al. “Sumisión química con finalidad sexual: nuevos aspectos legales”. *Rev Esp Med Legal*, 38, 2012, pp. 41-42.
- SANTIBÁÑEZ TORRES, M.E. “Algunas consideraciones victimodogmáticas en los delitos sexuales”. *Ars Boni et Aequi*, vol. 6, núm. 2, 2010, pp. 111-130.
- SANTURTÚN A, et al. “Dificultades forenses y procesales de la Sumisión química”. *Rev Esp Med Legal*, in press. 2017.
- SCHWARTZ RH, MILTEER R, LEBEAU MA. „Drug-facilitated sexual assault ('date rape')”. *South Med J.*, 93, 2000, pp. 558-561.
- SCOTT, J. “The concept of consent under the Sexual Offences Act 2003”. *Plymouth Law Review*, 1, 2010, pp. 22-41.
- SHBAIR M, LHERMITTE M. “Drug Facilitated Crimes: definitions, prevalence, difficulties and recommendations. A review”. *Ann Pharm Fr*, 68, 2010, pp. 136-47
- SIMESTER, A.P., SPENCER, J.R., STARK, F., SULLIVAN, G.R., & VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan's criminal law: theory and doctrine*. Bloomsbury Publishing, 2016.
- SLAUGHTER, L. “Involvement of drugs involved in sexual assault”. *J Reprod Med.*, 45(5), 2000, pp. 425-430.
- SORIA VERDE, M.A. y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J.A. *El agresor sexual y la víctima*. Ed. Boixareu Universitaria, Barcelona, 1994.
- SORIA ML. “Las nuevas drogas psicoactivas: populares y peligrosas”. *Rev Esp Med Legal*, 44, 2018, pp. 64-72.
- SORIA ML. “Conducción bajo la influencia de las nuevas sustancias psicoactivas”. *Rev Esp Med Legal*, 44, 2018, pp. 169-175
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C, and JUDEL PRIETO. Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial. 6ª edición. Madrid: Editorial Civitas, 2016.
- TESTA M, HOFFMAN JH. “Naturally occurring changes in women's drinking from high school to college and implications for sexual victimization”. *J Stud Alcohol Drugs*, 73, 2012, pp. 26-33.
- TESTA M, LIVINGSTON J. “Alcohol consumption and women’s vulnerability to sexual victimization: can reducing women’s drinking prevent rape?”. *Subst Use Misuse*, 44(9-10), 2009, pp. 1349-1376.

- THE INQUIRIERS DAILY NEWS. To prevent campus rape, colleges change the rulebook from “No means no” to “Yes means yes”. Philly.com. 5 September 2016. <http://www.philly.com/philly/education/392318031.html>
- TOMASZEWSKA P, KRAHÉ B. Sexual Aggression victimization and perpetration among female and male university students in Poland. *Journal Interpersonal Violence*, 33 (4), 2018, pp. 571-594. DOI : 10.1177/0886260515609583.
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena “El nuevo delito de corrupción de menores” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* ,01-12, 1999. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-12.html.
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. “Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿ mito o realidad?. La llamada sumisión química en Derecho penal: Especial referencia a los delitos sexuales”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 39, 2019, pp. 655-707.
- VALLEJO TORRES,C. Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (133), 2018, p. 3.
- WALLERSTEIN, S. “A drunken consent is still consent’—or Is It? A Critical Analysis of the Law on a Drunken Consent to Sex Following Bree”. *Journal of Criminal Law*, 73, 2009, pp. 318-344.
- WEIR, E. “Drug-facilitated date rape”. *CMAJ*, 165, 2001, p.80.
- WELCH, J. & MASON, F. Rape and Sexual assault. *BMJ*,334, 2007, pp. 1154-1158.
- WELNER M. The perpetrators and their modus operandi. En: Le Beau M, Mozayani A. *Drug-Facilitated Sexual Assault: a Forensic Handbook*. Academic Press; 2001; p. 23.
- WELZEL, H. Derecho Penal: Parte General (traducido por Dr. Carlos FONTÁN BALESTRA). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- WEST, R. “Sex, Law, and Consent.” In Franklin Miller and Alan Wertheimer, *The Ethics of Consent: Theory and Practice*. Oxford Scholarship, 2010. DOI: 1001093/acprof:oso/9780195335149.001.0001
- XIANG P. et al. “Review: Drug concentrations in hair and their relevance in drug facilitated crimes”. *J Forensic Leg Med*, 36, 2015, pp. 126-35.
- XIFRÓ, A. “Drug facilitated sexual assault”. *Rev Esp Med Legal*, 34(1), 2008, p.52.
- XIFRÓ, A, BARBERÍA E, PUJOL A, ARROYO A, BERTOMEU A, MONTERO F. “Sumisión química: guía de actuación médico-forense”. *Rev Esp Med Legal*, 39, 2013, pp. 32-36
- XIFRÓ, A.; BARBERÍA, E.; PUJOL, A. (2014). “Sumisión química con finalidad sexual en el laboratorio forense”. *Revista Española de Medicina Legal*, nº 40.
- XIFRÓ A. et al. “Estudio prospectivo de la sumisión química con finalidad sexual en Barcelona”. *Medicina Clínica*, 144 (9). 2015, pp. 403-409. DOI: 10.1016/j.medcli.2014.11.026.

VIII. JURISPRUDENCIA CITADA

ESPAÑOLA

Tribunal Supremo

STS 28 de octubre de 1991 (RJ 1991/7401)

STS 267/1994, de 15 de febrero (STS 902/1994 - ECLI: ES:TS:1994:902)

STS 1332/2004, de 11 de noviembre (RJ 2004/7648)

STS 159/2005, de 11 de febrero (RJ 2005/1174)

STS 197/2005, de 15 de febrero (RJ 2005/3255)

STS 577/2005, de 4 de mayo (RJ 2005/6584)

STS 1308/2005, de 30 de octubre (RJ 2005/7520)

STS 275/2006, de 6 de marzo (RJ 2006/949)

STS 575/2006, de 22 de mayo (RJ 2006/3314)

STS 542/2007, de 11 de junio (RJ 2007/3797)

STS 680/2008, de 22 de octubre (RJ 2007/5717)

STS 833/2009 de 28 de julio (RJ 2010/1458)

STS 293/2012, de 17 abril (RJ 2012/5748)

STS 142/2013 de 26 de febrero (RJ 2013/3953)

STS 818/2013, de 29 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5568)

STS 255/2015, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1963)

STS 226/2016 de 17 de marzo (STS 1186/2016-ECLI:TS:2016:1186)

STS 344/2019 de 4 de julio (ECLI:ES:TS: 2019:2200)

Audiencia Nacional

Sentencia 15/2015, de 2 de junio (ECLI:ES:AN:2018:2030)

Tribunal Superior de Justicia

Navarra

Sentencia 4/2018, de 13 de junio (ECLI:ES:TSJNA:2018:235)

Audiencia Provincial

A Coruña

Sentencia 33/2011 de 16 de mayo (JUR/2011/206542)

Sentencia 35/2014 de 6 de marzo (Cendoj SAP C 3214/22014-ECLI:ES:APC:2014:3214)

Sentencia 19/2019, de 22 febrero (ECLI:ES:APC:2019:304)

Albacete

Sentencia 39/2009 de 17 diciembre (ARP/2010/308)

Alicante

Sentencia 515/2006 de 19 de octubre (JUR/2008/129286)

Sentencia 129/2016 de 4 de marzo (JUR/2016/146806)

Asturias

Sentencia 89/2009 de 31 de marzo (JUR/2009/221566)

Sentencia 67/2015 de 17 de febrero (JUR/2015/97778)

Ávila

Sentencia 3/2008 de 16 enero (JUR/2008/139024)

Badajoz

Sentencia 17/2007 de 28 de septiembre (ARP/2007/740)

Barcelona

Sentencia 166/2001 de 26 de febrero (JUR/2001/148995)

Sentencia 326/2004 de 11 de marzo (JUR/2004/347)

Sentencia 27 de diciembre de 2006 (JUR/2007/193227)

Sentencia 34/2014, de 13 de enero (ECLI:ES:ES:APB:2014:705)

Sentencia 1030/2014 de 9 de diciembre (ARP/2014/1635)

Sentencia 499/2015 de 11 de junio (SAP B 7725/2015-ECLI:ES:2015:7725)

Sentencia 267/2016 de 24 de marzo (JUR/2016/126098)

Sentencia 7/2019, 4 de marzo (ARP/2019/501)

Sentencia 813/2019, de 31 de octubre (ES:APB:2019:12726)

Bizkaia

Sentencia 34/2019, de 27 mayo (ECLI:ES:APBI:2019:1721)

Sentencia 69/2014 de 13 de noviembre (Cendoj SAP BI 2708/2014-ECLI:ES:APBI:2014:2708)

Burgos

Sentencia 203/2016 de 26 de mayo (Cendoj SAP BU 435/2016-ECLI:ES:APBU:2016:435)

Sentencia 340/2018, de 2 de octubre (ECLI:ES:APBU:2018:804)

Cantabria

Sentencia 83/2012 de 13 de febrero (ARP/2012/908)

Castellón de la Plana

Sentencia 30/2008 de 21 de julio (ARP/2008/617)

Córdoba

Sentencia 348/2007 de 19 de junio (Cendoj SAP CO 905/2007-ECLI:ES:APCO:2007:905)

Huelva

Sentencia 295/2010 de 23 de noviembre (Cendoj SAP H 985/2010-ECLI:ES:APH:2010:295)

Islas Baleares

Sentencia 47/2006 7 de junio (AC 2006/949)

Las Palmas de Gran Canaria

Sentencia 5/2014 de 22 de enero (JUR/2014/103954)

Sentencia 33/2014 de 5 de junio (Cendoj SAP GC 1285/2014-ECLI:ES:APGC:2014-1285)

Sentencia 40/2014 de 11 de julio (Cendoj SAP GC 2067/2014-ECLI:ES:APGC:2014-2067)

Sentencia 17/2016 de 21 de enero (Cendoj SAP GC 202/2016-ECLI:ES:APGC:2016-202)

Sentencia 80/2016 de 2 de marzo (Cendoj SAP GC 992/2016-ECLI:ES:APG:2016:992)

Madrid

Sentencia 70/2004 de 1 de julio (JUR/2004/244189)

Sentencia 145/2008 de 17 de octubre (JUR/2008/26236)

Sentencia 10/2010 de 28 de enero (JUR/2010/126019)

Sentencia 249/2011 de 13 de junio (JUR/2011/266276)

Sentencia 61/2012 de 30 de mayo (ARP/2012/592)

Sentencia 95/2012 de 29 de octubre (Cendoj SAP M 17069/2014-ECLI:ES:APM:2014:17069)

Sentencia 206/2013 de 18 abril (Cendoj SAP M 7654/2013-ECLI:APM:2013:7654)

Sentencia 778/2014 de 6 de octubre (Cendoj SAP M 14254/2014-ECLI:ES:APM:2014:14254)

Sentencia 862/2014 de 15 de septiembre (ARP/2014/1398)

Sentencia 596/2015 de 20 de julio (Cendoj SAP M 9406/2015-ECLI:ES:APM:2015:9406)

Murcia

Sentencia 1/2011 de 10 de marzo (JUR/2012/243063)

Navarra

Sentencia 347/2003 23 diciembre (Cendoj SAP NA 1221/2003-ECLI:ES:APNA:2003:347)

Sentencia 150/2011 de 11 de octubre (ARP/2013/1074)

Sentencia 63/2015 de 16 de abril (ARP/2015/376)

Sentencia 91/2015 de 19 de mayo (JUR/2015/198541)

Sentencia 106/2016 de 17 de mayo (Cendoj SAP NA 315/2016-ECLI:ES:APNA:2016:315)

Sentencia 38/2018, de 20 de marzo (ARP 2018/149)

Palma de Mallorca

Sentencia 45/2013 de 4 de junio de 2013 (Cendoj SAP IB 1225/2013-ECLI:ES:APIB:2013:1225)

Salamanca

Sentencia 19/2013 de 17 de mayo (Cendoj SAP SA 337/2013-ECLI:ES:APSA:2013:337)

San Sebastián

Sentencia 104/2016 de 3 de mayo (Cendoj SAP SS 377/2016-ECLI:ES:APSS:2016:104)

Santa Cruz de Tenerife

Sentencia 211/2016 de 31 de mayo (Cendoj SAP TF 975/2016-ECLI:ES:APTF:2016:975)

Sentencia 164/2012 de 17 abril (Cendoj SAP TF 802/2012-ECLI:ES:APTF:2016:802)

Sevilla

Sentencia 6/2014 de 20 de enero (JUR/2014/78874)

Tarragona

Sentencia de 6 de marzo de 2001 (JUR/2001/139813)

Toledo

Sentencia 7/2013 de 12 de marzo (JUR/2013/318)

Valencia

Sentencia 349/2008 de 5 de junio (JUR/2008/274056)

Sentencia 129/2012 de 1 de marzo (JUR/2012/224252)

Sentencia 438/2012 de 26 de septiembre (Cendoj SAP V 4360/2012:ECLI:ES:2012:438)

Sentencia 280/2015 de 27 de abril (Cendoj SAP V 1601/2015:ECLI:ES:2015:1601)

Sentencia 94/2016 de 15 de febrero (JUR/2016/144349)

Vizcaya

Sentencia 30/2016 de 4 de mayo (JUR/2016/188224)

Zaragoza

Sentencia 35/2002 de 17 de junio (JUR/2002/202298)

Sentencia 24/2008 de 16 de enero (JUR/2008/199648)

CHILE

STC 28.8.2017 (Rol 3729-2017).

la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 12.09.2014, rol n° 234-2014

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 06.10.2014, rol n° 275-2014,

la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 02.02.2018, rol n°4257-17

FRANCIA

Cour de Cassation Criminelle 06-89230 7 mars 2007

Cour de Cassation Criminelle 11-85933, de 23 de mai de 2012

Cour de Cassation Criminelle 14-82193, 11 juin 2014

Cour de Cassation Criminelle 13-85149, 26 novembre de 2014

Cour de Cassation Criminelle 18-80714, 10 avril 2018

ITALIA

Sección III, Casación penal de 22 de abril de 2003 número 18847

Sección III, Corte Apelación de Roma. Sentencia 18360 de 5 de marzo de 2008

Corte Suprema de Casación, Sección Tercera, sentencia 13462 de 19 enero 2018

REINO UNIDO

R v Dougal (2005) Swansea Crown Court 435

R v Bree (2007) EWCA Crim 804

