



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA FRONTERA ENTRE LOS ABUSOS Y LAS AGRESIONES SEXUALES

Perspectiva jurisprudencial tras el caso de “La Manada”.

Autor: Fernando Rodríguez Carrillo

4º, E-1

Derecho Penal

Tutor: María Teresa Requejo Naveros

Madrid
Marzo 2020

RESUMEN

En el presente Trabajo de Fin de Grado, se ha llevado a cabo un análisis pormenorizado del caso conocido como “La Manada”. Para ello, se ha examinado la evolución a lo largo del tiempo del tratamiento de los delitos de índole sexual y el bien jurídico que se pretende proteger. Las agresiones y abusos sexuales han sido estudiados a fondo, así como el tipo agravado de cada uno de estos delitos. El núcleo de toda la controversia del caso y principal objeto de nuestro estudio ha sido, en definitiva, la delgada línea que separa el abuso con prevalimiento de la intimidación ambiental. Por último, se han considerado la relevancia social del caso y sus consecuencias, además de los distintos enfoques de los sucesivos Tribunales, hasta llegar al pronunciamiento final del Supremo, que es un ejemplo de jurisprudencia ajustada a las necesidades y complejidades de un caso.

PALABRAS CLAVE

Agresión sexual, abuso sexual, violación, intimidación ambiental, prevalimiento, “La Manada”.

ABSTRACT

The aim of this paper is to perform a detailed analysis of the case known as "La Manada". For this, we have to examine the evolution of legal treatments in crimes of sexual nature and the legal asset being protected. Hence, sexual assaults and abuse have been thoroughly revised, as well as their aggravating clauses. The core of the whole controversy of the case and main object of our study has been the subtle distinction between abuse with prevalence and environmental intimidation. Finally, we have considered the social relevance of the case and its consequences, as well as the different approaches of the successive Courts, until we reached the final pronouncement of the Supreme Court, which is an example of jurisprudence adjusted to the needs and complexities of a case.

KEY WORDS

Sexual assault, sexual abuse, rape, environmental intimidation, prevalence, “La Manada”.

ÍNDICE

1.	Introducción.....	5
2.	Evolución de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.....	7
3.	Bien jurídico	9
3.1	Libertad sexual	9
3.2.	Indemnidad sexual	10
4.	Agresiones sexuales.....	12
4.1	Sujeto activo y pasivo	12
4.2	Violencia.....	12
4.3	Intimidación	14
4.4	Autoría y participación	18
4.5	Tipo subjetivo	19
4.6	Consumación	19
4.7	Violación.....	20
4.7.1	Tipo básico.....	20
4.7.2	El acceso carnal	21
4.7.3	Introducción de objetos o miembros corporales	21
4.8	Supuestos agravados	22
5.	Abusos sexuales.....	27
5.1	Tipo básico.....	27
5.1.1	Privación de sentido.....	28
5.1.2	Abuso de trastorno mental	28
5.1.3	Abuso por anulación de la voluntad de la víctima.....	29
5.2	Abusos sexuales de prevalimiento.....	29
5.3	Supuestos agravados	31
6.	Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial “La Manada”	32
6.1	Violencia o intimidación.....	32
6.2.	Consentimiento	35

6.3 Voto particular	37
6.3.1 Ausencia de incredibilidad subjetiva	38
6.3.2 Verosimilitud del testimonio	40
6.3.3 Persistencia en la incriminación	41
6.3.4 Error de tipo	43
7. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia	46
8. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo	50
8.1 Intimidación	50
8.2 Circunstancias agravantes	52
9. Conclusiones	54
10. Bibliografía	57
10.1 Obras doctrinales	57
10.2 Referencias de internet	58

1. INTRODUCCIÓN

La idea de realizar este trabajo surge de la reciente y desgraciada proliferación de violaciones en grupo que lamentablemente está teniendo lugar en nuestro país. Como si de una moda se tratara, se han ido sucediendo casos desde que, en el verano de 2016, un grupo de cinco hombres violara a una joven de dieciocho años durante los San Fermín de Pamplona. Tras esto, otros casos han ido saliendo a la luz, como el de los futbolistas de la Arandina, la “Manada de Bilbao” o la “Manada de Manresa”.

Si nos remontamos años atrás, encontramos casos que, aunque presenten unas características muy diferentes, como el de las niñas de Alcácer o el de Diana Quer, todos comparten un denominador común con el de “la Manada” de Pamplona: ataque a la libertad sexual y gran repercusión mediática. El debate social que se genera entorno a estos casos debe quedarse al margen del proceso judicial en sí mismo. Independientemente de la repulsa y animadversión que nos suscite como ciudadanos, deberá ser un órgano judicial el que las condene con todas las garantías que ello supone.

Con el presente trabajo, nos planteamos como principal objetivo deslindar la sutil frontera entre los abusos y las agresiones sexuales. Para ello, se analizará a fondo el caso de la Manada y su trascendencia mediática y social. A lo largo de todo el trabajo, trataremos de aportar una perspectiva fundamentada y correcta de los delitos sexuales y su importancia en la sociedad, además de examinar los diversos pronunciamientos judiciales que se produjeron en el caso que nos concierne, con las consiguientes discrepancias entre las mismas.

Como metodología, se han revisado todas las sentencias relativas al caso, la jurisprudencia relevante y opiniones de la doctrina científica relacionadas con delitos contra la libertad sexual. Se ha puesto un especial énfasis alrededor de los conceptos de abuso sexual con prevalimiento y agresión sexual con intimidación ambiental, que suponen el eje principal de la controversia en el caso que nos ocupa.

Primero se examinarán los delitos sexuales, desgranando cada uno de los aspectos que hemos considerado fundamentales, y posteriormente veremos su aplicación al caso

concreto. Por último, haremos una reflexión sobre el tratamiento mediático que tuvo el juicio y la imparcialidad con la que actuaron los Tribunales.

2. EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual han sido objeto de numerosas modificaciones desde 1822, con la promulgación del primer Código Penal español, hasta el vigente Código Penal de 1995. Estos cambios han estado motivados por la constante inquietud del legislador por adaptarse a la realidad social imperante.

Entre 1848, con la promulgación del Código Penal español más duradero en el tiempo¹, hasta 1978, no se produjeron notables reformas en relación con los delitos de índole sexual. Destaca la reforma introducida por la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre la despenalización del adulterio y del amancebamiento².

No obstante, la modificación más significativa llegaría de la mano de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. El epígrafe conocido anteriormente como “delitos contra la honestidad” pasaría a ser modificado por el de “delitos contra la libertad sexual”. De esta manera, se da un giro radical en la forma de entender estos delitos, que estaban anclados en un pensamiento anticuado y profundamente desigualitario. También se introducen otros cambios importantes, como la consideración de la introducción de objetos como constituyente de una agresión sexual o el reconocimiento de que el acceso carnal se puede producir por tres vías: vaginal, anal o bucal.³

¹ IÑESTA PASTOR, Emilia, “El Código penal español de 1848”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n.33, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

² La legalización del adulterio y el amancebamiento, regulados en los artículos 449 y 452 respectivamente del anterior Código Penal, fue una de las reformas legales que dejó la Transición. El adulterio venía recogido de la siguiente manera: “Comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada”. Era un delito injusto porque, si se demostraba el delito, la mujer sería culpable siempre, mientras que el hombre podía salir absuelto si probaba exitosamente que desconocía que la mujer estuviese casada. En cuanto al delito de amancebamiento, el Código Penal disponía lo siguiente: “El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella, será castigado con prisión menor. La manceba será castigada con la misma pena o con la de destierro”. Es decir, una relación sostenida por un hombre casado. Este delito de nuevo era desigualitario porque la amante tenía responsabilidad penal siempre, supiese o no que el hombre estaba casado. PÉREZ, Roberto, “Cuando ser o tener amante se pagaba con la cárcel”, *ABC*, 22 de febrero 2018 (disponible en: https://www.abc.es/espana/la-transicion-espanola/abci-cuando-o-tener-amante-pagaba-carcel-201802212015_noticia.html)

³ LAMARCA PEREZ, Carmen (coord.), *DELITOS. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 169.

La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, en su artículo primero, modifica el epígrafe del Título VIII del Libro II del Código Penal, pasando a ser “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. En este sentido, debemos aludir al concepto de indemnidad sexual en función del sujeto pasivo. Es difícil hablar de libertad sexual cuando el sujeto pasivo es un menor o incapaz. No se puede proteger la libertad sexual porque ni fáctica ni jurídicamente pueden ostentarla. Por ello, en estos casos hablaremos de indemnidad sexual.⁴

En definitiva, tras la promulgación del Código Penal de 1995, el bien jurídico protegido por estos delitos es la libertad sexual. “Se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad”.⁵ Por ende, lo que tutela el Título VIII del Código Penal es “[...] el derecho que toda persona tiene a decidir libremente la realización o no de actos de contenido sexual, actos que, excepto cuando no media consentimiento o éste se halla viciado, son perfectamente lícitos”.⁶

⁴ GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal Tomo II*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 474.

⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Revista de derecho penal y criminología*, n. 6, 2000, p. 69.

⁶ *Op. cit.* LAMARCA PÉREZ, Carmen, p. 170.

3. BIEN JURÍDICO

El bien jurídico protegido por este tipo de delitos ha sido un tema muy controvertido durante años. Prueba de ello son las múltiples reformas que ha sufrido el Código Penal en este ámbito.

Desde una perspectiva legislativa, encontramos una dualidad de objetos de protección con la reforma introducida por la Ley Orgánica 11/1999: libertad sexual e indemnidad sexual. Existen determinados autores, tales como Díez Ripollés, Morales Prats o García Albero, que defienden que realmente no existe esa dualidad de bienes jurídicos, que tan sólo la libertad sexual es la protegida. No obstante, la Ley sí que hace una distinción entre ambas nociones. Distinción que, por ello, deberá ser tenida en cuenta al interpretar el Código Penal.⁷

3.1 Libertad sexual

En relación con la libertad sexual, la doctrina y jurisprudencia viene aceptando mayoritariamente dos concepciones: una positiva y otra negativa. La positiva hace referencia a la libertad de disposición de toda persona de verse involucrado en actividades de índole sexual, es decir, la “[...] facultad de decidir cuando quiere un contacto con la sexualidad”.⁸ Por otro lado, la negativa, entendida en un sentido defensivo, como libertad de no verse envuelto, sin mediar su consentimiento, en conductas sexuales.⁹

Así lo ha entendido también la jurisprudencia, que establece lo siguiente:

[...] debemos recordar que la libertad sexual como bien jurídico protegido, se concreta en dos aspectos: uno dinámico y positivo, que se refiere al libre ejercicio de la libertad sexual, sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena, y otro, estático y negativo, que se integra por el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en

⁷ *Op. cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 474

⁸ *Ibid.*, p. 475

⁹ *Ibid.*, p. 475

conductas de contenido sexual y, especialmente, por el derecho a repeler las agresiones sexuales a terceros.¹⁰

3.2. Indemnidad sexual

Bajo el concepto de indemnidad sexual, como adelantábamos anteriormente, se protege a los menores e incapaces, puesto que se considera que carecen o directamente no tienen facultades para decidir a cerca de su sexualidad libremente. Sin embargo, es un tanto controvertido este concepto ya que no encontramos una definición uniforme compartida por doctrina y jurisprudencia.¹¹

En relación con los menores, parece haber más unanimidad en la doctrina. La prohibición está basada en la especial protección que requieren los menores de edad, y que, de afectar a su estabilidad psicológica, quedarían condicionados de por vida en su desarrollo sexual. No obstante, hay que tener en cuenta la edad del menor. Un niño de cuatro años evidentemente no tiene libertad sexual. En cambio, los supuestos de menores de dieciséis años suscitan mayores problemas.

Es preciso destacar la Ley Orgánica 1/2015, en virtud de la cual se eleva la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años. Con esta reforma, además, se eleva la edad de la conducta de abuso y agresión sexual de menores en el artículo 183.1.¹² Sin embargo, este incremento en la edad es compensado con el artículo 183 quáter, donde se posibilita a los menores de dieciséis años a mantener relaciones sexuales cuando sea “[...] una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”. Por tanto, no se puede sustentar la idea de que el bien jurídico tutelado sea la intangibilidad sexual del menor de edad. Ello implicaría la negación de cualquier contacto lícito con la sexualidad por debajo de los dieciséis años. Por ello, se debe considerar que el bien jurídico protegido en estos casos es la libertad sexual.¹³

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 476/2006, de 2 de mayo, Fto. Jco. 2º.

¹¹ *Op Cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 475.

¹² TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 423.

¹³ *Op. Cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 518.

En cuanto a los incapaces, la prohibición de llevar a cabo actividades de índole sexual con los mismos y la protección que requieren son casuísticas. Es decir, habrá que analizar el caso concreto para determinar el grado de discapacidad y si realmente carecen de facultades para decidir sobre su esfera sexual.¹⁴

En cualquier caso, la jurisprudencia la define de la siguiente forma:

[...] el derecho de los menores o incapaces a estar libres de cualquier daño de orden sexual, en la preocupación o interés porque éstos tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y un bienestar psíquico, en definitiva el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad.¹⁵

¹⁴ *Op. cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 170.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 476/2006, de 2 de mayo, Fto. Jco. 2º

4. AGRESIONES SEXUALES

El Código Penal, en su artículo 178, define como responsable de agresión sexual al que “[...] atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación [...]”. Como bien es sabido, la diferencia entre agresión y abuso sexual radica en el empleo de la violencia o la intimidación. Por ende, consideramos necesario analizar a fondo lo que la doctrina y jurisprudencia entienden por estos dos conceptos. Antes de analizar estos dos apartados, es imprescindible empezar definiendo el sujeto del delito.

4.1 Sujeto activo y pasivo

El sujeto activo puede ser cualquier persona, tanto hombre como mujer. En cuanto al sujeto pasivo, la única limitación existente es que esté viva.¹⁶ Aquellas conductas sexuales con cadáveres no son punibles como agresiones o abusos sexuales, en todo caso se podría plantear la existencia de un delito del artículo 526.^{17 18}

4.2 Violencia

En primer lugar, es conveniente resaltar que tanto la violencia como la intimidación deben de tener un nexo causal con el delito sexual, de tal forma que, si se dan en un momento posterior al acto sexual, no estaríamos ante un supuesto de agresión sexual.¹⁹

¹⁶ Las agresiones y violaciones a menores de dieciséis años se tipifican en un capítulo aparte, con una penalidad reforzada.

¹⁷ *Op. cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 479

¹⁸ También, se debe destacar que las personas que ejercen la prostitución pueden igualmente ser sujeto pasivo, con independencia de que entre el sujeto activo y la víctima haya habido relaciones sexuales con anterioridad. Por último, un vínculo afectivo entre el sujeto activo y el pasivo no implica la inexistencia del delito. Entre cónyuges, de no mediar consentimiento, se puede condenar este tipo de delitos. *Op. cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 173

¹⁹ *Op. cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 480.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 39/2009 de 29 enero declara lo siguiente:

[...] ha de haber una relación de causa a efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada vis física o psíquica vaya dirigida a conseguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad [...].²⁰

El concepto de violencia es muy amplio y ha sido objeto de multitud de interpretaciones, por lo que merece un análisis riguroso. La doctrina mayoritaria y las interpretaciones jurisprudenciales entienden la violencia en el contexto de agresión sexual como “[...] la realización de un acometimiento físico sobre el sujeto pasivo [...]”.²¹ No es necesario que el sujeto activo emplee una violencia desmedida para que el hecho en cuestión sea constitutivo de un delito de agresión sexual. Prueba de ello lo encontramos en los supuestos en los que el sujeto pasivo se encuentra en una posición de indefensión y que, por ello, con que haya un mínimo de violencia, bastará para la consumación del delito (por ejemplo, por haber sufrido una agresión anterior).²²

Una cuestión que supone cierta controversia es la de la resistencia de la víctima. Determinados autores entienden que es necesaria la resistencia de la víctima para poder apreciar violencia, mientras que otros discrepan de este punto de vista. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 16 de mayo de 1995, dice que basta con que la resistencia sea “[...] razonable, esto es, que se exteriorice claramente la oposición a realizar la conducta sexual [...]”.²³ Otras sentencias del Tribunal Supremo, como las del 20 de noviembre de 1996, 9 de febrero y 7 de octubre de 1998 y la del 2 de octubre de 2006 señalan como intrascendente la intensidad de la resistencia.²⁴ Esta tendencia jurisprudencial se ha ido afianzando con el paso de los años y es prácticamente unánime.

Otros autores, como Gómez Tomillo, declaran que “debe constar la voluntad inequívoca de la víctima contraria al contacto sexual, sin que sea preciso acreditar su

²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 38/2018, de 20 de marzo, Fto. Jco. 4º.

²¹ *Op. cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 174.

²² *Ibid.*, p. 174.

²³ *Ibid.*, p. 174.

²⁴ *Ibid.*, p. 174.

resistencia [...]”²⁵ Coincidimos con el criterio de este autor. Consideramos completamente normal que la víctima, ante una situación tan impactante, se quede en estado de shock y no reaccione. En cualquier caso, la resistencia se ha utilizado, y se sigue utilizando, para facilitar la prueba de la presencia de la violencia, pero no es en caso alguno necesaria.

4.3 Intimidación

El concepto de intimidación, entendido también como “vis psíquica”, plantea incluso más polémica que la violencia. La intimidación supone la comunicación de causar un mal, ya sea de manera verbal como a través de signos o gestos incuestionables, si no se lleva a cabo la actividad sexual. Puede realizarse tanto en el sujeto pasivo como en un tercero.²⁶ Por ejemplo, amenazar con matar a un pariente si no accede la víctima a tener relaciones sexuales. Es decir, el anuncio del mal se realiza siempre a la persona con la que se quiere tener el encuentro sexual, pero puede consistir en el anuncio del mal sobre la propia víctima, o sobre un tercero.

El Tribunal Supremo señala que existirá intimidación cuando se de:

[...] una paulatina y persistente coerción y amedrentamiento del sujeto pasivo que va minando progresivamente su capacidad de decidir libremente sobre la conducta sexual que se le requiere, hasta someterla a una sumisión absoluta, con nula capacidad de oponerse ante los males con que reiteradamente se le amenaza de no acceder a los deseos del sujeto activo.²⁷

Este precepto ha sido objeto de múltiples críticas dado la ambigüedad de la redacción. La doctrina, en cambio, ha optado por relacionar la intimidación con la amenaza, suponiendo esta última la forma en que se materializa la primera. De este modo, determinados autores ponen el énfasis en la gravedad de la intimidación para determinar la existencia de esta. De acuerdo con Gimbernat, no estaremos ante un supuesto grave de

²⁵ *Op. cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 480.

²⁶ *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 175.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo num. 914/2008, de 22 de diciembre, Fto. Jco. 5º.

ataque contra la libertad sexual del sujeto pasivo cuando la amenaza suponga un castigo pequeño al orgullo de la víctima. Por ello, concluye afirmando que “siempre que el mal con que se amenaza no constituya delito, no habrá tampoco violación intimidatoria”.²⁸

En nuestra opinión, estamos de acuerdo con ciertos aspectos que expone este autor. La delimitación de la intimidación es la clave de toda esta controversia. La pena entre el delito de agresión y el de abuso sexual es muy diferente. Por tanto, es vital determinar con exactitud si ha habido o no violencia o intimidación. De no exigirse una cierta gravedad en la intimidación, podríamos estar incurriendo en una situación de quiebra del principio de proporcionalidad de las penas. Ahora bien, creemos que hay que matizar esta tesis de la gravedad de la intimidación. Lo realmente importante, a nuestro juicio, en la intimidación es que tenga la entidad suficiente como para anular la voluntad de la víctima con respecto a la relación sexual. Es algo que deberá ser valorado *ex ante* y desde una perspectiva objetiva, tomando en consideración también las características de la víctima. En el caso de la Manada, que será analizado a fondo posteriormente, la intimidación se da por la concurrencia de determinados factores como son la clara superioridad física de los agresores, la actuación conjunta de varias personas, el lugar donde se produce el ataque a la libertad sexual, etc. Es decir, concurre lo que jurisprudencialmente se conoce como intimidación ambiental. Este hecho, bajo nuestro punto de vista, es comparable a una situación en la que el sujeto activo haga uso de armas para intimidar y conseguir la actividad sexual.

4.3.1 Intimidación ambiental

La intimidación ambiental es una construcción doctrinal y jurisprudencial que busca colmar las lagunas del Código Penal en el enjuiciamiento de los delitos de índole sexual, y cuya presencia determina la existencia de agresión sexual.²⁹ Se trata de una modalidad de intimidación en la que no hay un anuncio expreso o tácito del mal, sino que

²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 22, n. 3, 1969, p. 497

²⁹ RUIZ CALVO, Miguel, “La intimidación ambiental desde el conocimiento de los delitos sexuales”, *Legal Today*, (disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-intimidacion-ambiental-desde-el-conocimiento-de-los-delitos-sexuales>; última consulta 02/04/2020)

se infiere su presencia del ambiente o del contexto. El autor nunca anuncia el mal a la víctima, se sirve del entorno para generar ese temor en ella. Por ello, es una figura clave en el caso que nos concierne.³⁰ La frontera entre la intimidación ambiental y los abusos sexuales con prevalimiento es muy delgada, por lo que es vital diferenciarlas habida cuenta de la diferencia en las penas de ambos delitos.

En este sentido, el Tribunal Supremo declara lo siguiente:

[...] debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal [...]³¹

Es decir, la presencia de varias personas, que implica superioridad física sobre la víctima, es lo que produce la intimidación y, por tanto, la reacción de esta puede ser de paralización ante el temor de padecer un mal mayor. De esta forma, no sólo habrá de atenderse al plano mental del sujeto pasivo, sino a los factores externos y objetivos que en sí mismos implican intimidación.³² Así, el Tribunal Supremo establece que:

[...] se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental.³³

En conclusión, el foco de la cuestión se sitúa en las circunstancias externas del delito, y no tanto en el plano psíquico de la víctima, para determinar si concurre o no intimidación ambiental. Para que la intimidación ambiental sea considerada de

³⁰ Conviene aclarar que la intimidación ambiental se ha empleado preferentemente para deducir la cooperación necesaria en los delitos contra la libertad sexual cuando están presentes durante el acto sexual personas distintas a la que consuma inmediatamente la agresión, pero que con su presencia suma a ese efecto intimidatorio. No obstante, eso no implica que no pueda ser aplicada para calificar una agresión sexual.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1291/2005, de 8 de noviembre, Fto. Jco. 2º.

³² Op. cit., RUIZ CALVO, Miguel.

³³ Sentencia Del Tribunal Supremo núm. 1291/2005, de 8 de noviembre, Fto. Jco. 2º.

intimidatoria, es preciso que se de una acción objetivamente constatable dirigida a doblegar la voluntad de la víctima.³⁴ En la sentencia de 4 de julio de 1991, el Tribunal Supremo señala que para que pueda considerarse la intimidación ambiental:

[...] basta con que el autor del delito, con sus propios actos, configure una situación ambiental integrada por una serie de circunstancias que la víctima valora como algo que hace inútil una posible oposición por su parte...en que en tal lugar y hora no exista posibilidad de obtener auxilio por terceras personas, así como la actitud del sujeto agresor, normalmente de consistencia física más fuerte, que manifiesta su decidido propósito de abusar del cuerpo ajeno para la satisfacción de sus propios apetitos, sin que sea preciso utilizar ningún arma o instrumento material amenazante.³⁵

Respecto de la diferencia con los abusos de prevalimiento, aquí la superioridad responde a múltiples causas que implican intimidación impropia o de grado inferior. Por ejemplo, situaciones de dependencia económica, relaciones docentes o de amistad, etc. Mientras que, en la intimidación ambiental, la superioridad viene marcada por la concurrencia de determinados factores externos que propician un ambiente con un fuerte componente intimidatorio, anulando la voluntad de la víctima. Por ejemplo, la pluralidad de intervinientes, la diferencia de edad entre la víctima y los agresores, el lugar en el que se desarrollen los hechos o la superioridad física de los agresores. Es decir, determinados elementos que intimidan a la víctima y que pueden ser equiparables a supuestos en los que el agresor haga uso de un arma para amedrentarla. Es preciso aclarar que, pese a que las últimas sentencias han basado la intimidación ambiental en la superioridad numérica, al haber una proliferación reciente de violaciones en grupo, ello no implica que sea requisito indispensable para que haya intimidación. De hecho, en el caso de “La Manada”, como comentaremos posteriormente, si la agresión sexual se hubiese consumado por una sola persona también podríamos apreciar intimidación ambiental debido a las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos.

Asimismo, el Tribunal Supremo establece que la principal diferencia radica en la existencia o no de un comportamiento coactivo, dirigido a obtener el consentimiento de la víctima. En los casos de intimidación ambiental, sí que se da este comportamiento, que

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1458/2002, de 17 de septiembre.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1991, RJ 1991/5526, Fto. Jco. 4º.

“[...] supone, en un grado superior la presentación de un mal, identificado y de posible realización, como elemento que suprime o reduce muy significativamente la capacidad de decisión de la víctima [...]”.³⁶ Mientras que en el prevalimiento “[...] la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación, pero de grado inferior, que no impide absolutamente la libertad, pero que la disminuye considerablemente [...]”³⁷. Por tanto, la intimidación anula la voluntad de la víctima, y el prevalimiento la vicia. En el primer caso hay ausencia de consentimiento y en el segundo el consentimiento está viciado.

4.4 Autoría y participación

La comisión de este delito puede realizarse a través de cualquier modalidad de autoría, siendo las más conflictivas la coautoría y la autoría mediata. En relación con la coautoría, hay cierta discrepancia en los supuestos en los que una persona sujeta o amenaza a la víctima, pero no llega a realizar la conducta sexual, sino que lo hace otra persona. Parte de la doctrina califica esa conducta como cooperación necesaria. Discrepamos de este punto de vista y coincidimos con el de Lamarca Pérez. Esta autora entiende que es un supuesto de coautoría ya que forma parte de “[...] la conducta típica que consiste no sólo en el comportamiento sexual sino en ejecutarlo precisamente por medio de violencia o intimidación [...]”.³⁸ La autoría mediata implica utilizar a un tercero como medio para alcanzar el fin sexual requerido, obligando a la víctima mediante violencia o intimidación a realizar un acto sexual con un tercero.

Por último, encontramos aquellos supuestos en los que se da una participación omisiva. Es decir, el sujeto no participa activamente del acto sexual, pero lo observa y no lo impide. En estos casos, se exige que el sujeto se halle en situación de garante para considerar su participación en un delito de agresión sexual o violación. Por ejemplo, la madre que, conocedora de los abusos sexuales que ejerce su cónyuge sobre el hijo común

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 132/2016, de 23 de febrero, Fto Jco 2º.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 132/2016, de 23 de febrero, Fto Jco 2º.

³⁸ *Op. cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 177.

de ambos, no lo impide. De lo contrario, estaríamos ante un supuesto de omisión del deber de impedir determinados delitos.³⁹

4.5 Tipo subjetivo

Es incuestionable que los hechos deben ser dolosos. Cuestión más controvertida es si debe concurrir un ánimo libidinoso o lascivo. La tesis mayoritaria coincide con que no es necesario este ánimo.⁴⁰ De hecho, la literalidad del precepto no lo exige. Es suficiente con que el autor tenga conocimiento de que está realizando una conducta constitutiva de agresión sexual. Para apoyar este punto de vista, con el que coincidimos, están los supuestos en los que se le obliga al sujeto pasivo a mantener relaciones sexuales con animales, con el fin de humillar a la víctima, sin ello suponer ningún tipo de estímulo al agresor. En conclusión, el núcleo de toda esta cuestión radica en la ausencia de consentimiento, la lesión de la libertad sexual de la víctima y el trato vejatorio que toda agresión sexual supone. Cuestión diferente son las vejaciones extraordinarias e innecesarias que darán lugar a la agravante que será comentada posteriormente. En definitiva, es irrelevante que el agresor se excite sexualmente o no. Lo verdaderamente importante es la trascendencia sexual objetiva de los hechos y no los sentimientos del autor; esto es, que se lesione de forma efectiva el bien jurídico.⁴¹

4.6 Consumación

El tipo básico del artículo 178 se entiende consumado cuando hay tocamientos en áreas corporales con carga íntima / sexual, independientemente de que se lleven a cabo por encima o por debajo de la ropa. Puede ser de manera activa o pasiva, en los supuestos en los que la víctima se ve obligada a realizarlos sobre el autor. Los supuestos más problemáticos son aquellos en los que no hay contacto físico directo. Por ejemplo, si se obliga al sujeto pasivo a masturbarse o se eyacula sobre la ropa de éste. En estos casos,

³⁹ *Op. cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), pp. 177-178.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 176.

⁴¹ *Op. cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 483.

la jurisprudencia ha afirmado que son punibles por agresión sexual.⁴² Por otro lado, se podría llegar a dar la tentativa de agresión sexual. Esto ocurre cuando, consumada la violencia o intimidación, no llega a producirse el contacto sexual requerido.⁴³

Desde nuestro punto de vista, consideramos correcto el hecho de que contemplen los supuestos en los que, no habiendo contacto físico de forma directa, se pueda llegar a consumir la agresión sexual. Creemos que es el mismo atentado contra la libertad sexual de la víctima el hecho de eyacular sobre ella como el de tocarle partes corporales con significado sexual. Todo ello guarda relación con la consideración que tenían hace unos años los delitos sexuales como delitos de propia mano. Estos delitos sólo cabían cuando era el autor quien realizaba directamente la acción típica. Con el paso del tiempo, la consideración de estos delitos como de propia mano ha ido decayendo, precisamente para dar entrada a las conductas como las omisiones, la obligación a realizar conductas con terceros, etc.

4.7 Violación

4.7.1 Tipo básico

El artículo 179 del Código Penal dispone: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación [...]”. Es decir, la diferencia con los supuestos analizados anteriormente está en el acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos. Evidentemente, sigue siendo necesario el empleo de la violencia o intimidación para aplicar la pena prevista en este artículo.

⁴²*Op. cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), pp. 481-482.

⁴³*Op. cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p 176.

4.7.2 El acceso carnal

El acceso carnal comprende tanto el coito heterosexual por vía vaginal, anal o bucal, como el homosexual.⁴⁴ El sujeto activo podrá ser tanto hombre como mujer (por ejemplo, si la mujer le realiza una felación al hombre en contra de su voluntad).

Es importante resaltar que la Ley alude al “acceso”, no a “ser accedido”, lo que denota la exigencia de una conducta activa por parte del autor. Determinados autores, como Gómez Tomillo, entienden que en los supuestos en los que el autor se haga penetrar “[...] el principio de legalidad exige no calificar como violación, sino como agresión sexual del art. 178, salvo que se incurra en analogía *in mala partem* [...]”.⁴⁵ Sin embargo, la postura del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005, que sería recogido por la misma sala en la Sentencia 909/2005, declaró que “[...] es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder”.⁴⁶ Coincidimos con esta hipótesis dado que sigue habiendo acceso carnal independientemente de que sea el sujeto pasivo el que esté obligado a realizarlo.

Por otro lado, en cuanto al acceso carnal por vía bucal, la STS 834/2002, 13 de mayo, establece que no es necesario “traspasar la línea de los dientes del sujeto pasivo”.⁴⁷ Los dientes están ya en la boca y esta comienza con los labios. Por tanto, cualquier contacto en la zona comprendida entre los labios y los dientes es considerado acceso carnal por vía bucal.

4.7.3 Introducción de objetos o miembros corporales

La introducción de objetos o miembros corporales sólo se puede realizar por dos vías: la anal y la vaginal. La reforma introducida por medio de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introduce en el artículo 179 los “miembros corporales”. Esto trajo

⁴⁴ *Op cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 488

⁴⁵ *Ibid.*, p. 488.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 909/2005, de 8 de julio, Fto. Jco. 3º.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 834/2002, de 13 de mayo, Fto. Jco. 1º.

consigo la polémica que implica considerar que la introducción de un dedo, por ejemplo, por vía vaginal, es equiparable a la introducción del pene. Un determinado sector de la doctrina entiende que no deberían de ser equiparables, ya que la introducción del pene acarrea muchos más riesgos como puede ser el contagio de una enfermedad de transmisión sexual o dejar embarazada a la víctima.⁴⁸ A nuestro juicio, consideramos que son riesgos ajenos a la vulneración de la libertad sexual, que es el bien jurídico que se protege. Además, hay un marco penal lo suficientemente amplio como para que el juez pueda imponer la pena en menor y mayor extensión en función del reproche penal que merezcan los hechos.

4.8 Supuestos agravados

El artículo 180 del Código Penal contempla cinco circunstancias que aumentan las penas tanto del tipo básico de agresión sexual, de cinco a diez años de prisión, como del cualificado de violación, de doce a quince años.

1ª. “Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”. Es importante matizar que el trato degradante al que se refiere este precepto se debe de dar en los medios empleados para doblegar la voluntad de la víctima. Es decir, en la violencia o intimidación. La agresión sexual ya es denigrante por sí sola.⁴⁹ No obstante, entre la jurisprudencia encontramos múltiples casos en los que se ha aplicado esta agravante cuando la vejación no se ciñe exclusivamente a la violencia o intimidación ejercidas.

2ª. “Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”. Este supuesto encuentra su fundamento en la reducción de posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo si hay varios agresores. Lo que originariamente se pretendía con este precepto era imponer una pena mayor en los casos de violencia sexual colectiva. Con la modificación introducida por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, se podrá incardinar también en los supuestos de actuación conjunta de dos o más

⁴⁸ *Op. Cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), pp. 488-489.

⁴⁹ *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 179.

personas, lo que implica que podrá ser aplicado en los casos de coautoría. Según Lamarca Pérez, tesis con la que coincidimos, no deberían de ser equiparables los casos de estricta coautoría con los de violencia sexual colectiva. En los casos en los que haya tres agresores o más, hay mayor riesgo de resultado lesivo y además se reducen significativamente las probabilidades de defensa de la víctima. Por tanto, resultaría razonable que se hiciese una distinción entre la estricta coautoría y los casos de violencia sexual múltiple.⁵⁰

El Tribunal Supremo, en diversas sentencias (SSTS 217/2007, de 16 de marzo; 439/2007 de 21 de mayo), excluye de la aplicación de esta agravante al cooperador necesario.⁵¹ En los casos de violación grupal, se castiga a cada uno como autor de su propia violación, con la agravante de actuación conjunta, y como cooperador necesario del resto de violaciones. Pero a la cooperación necesaria no se le adiciona la agravante de actuación conjunta porque la cooperación lleva ínsita la colaboración, por lo que implicaría una vulneración del principio *non bis in ídem*.

3ª. “Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183”. La reforma de la Ley Orgánica 5/2010 añade la vulnerabilidad por discapacidad y exceptúa los casos de menores de 16 años, específicamente previstos en el artículo 183. Por tanto, los casos en los que la víctima sea menor de edad, pero no menor de 16 años, será de aplicación esta agravante.⁵²

En relación con la enfermedad o discapacidad, es necesario que implique una reducción en las probabilidades de defensa de la víctima.⁵³ De este modo, no podrá ser de aplicación cuando, por ejemplo, un incapaz víctima de una agresión sexual tenga unas características físicas especialmente fuertes, o si la víctima tiene, por ejemplo, una enfermedad renal que no influye en sus posibilidades de defensa.

En lo que respecta a la referencia legal de vulnerabilidad por la situación, la doctrina, con buen criterio, establece que no deriva de las circunstancias

⁵⁰ *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), pp. 179-180.

⁵¹ *Op. Cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 496.

⁵² *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 180.

⁵³ *Op. Cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 497.

espaciotemporales en que se desarrolle el hecho delictivo, sino de la situación personal de la víctima.⁵⁴ Se ha aplicado, por ejemplo, en una violación a una mujer embarazada de ocho meses.⁵⁵

La jurisprudencia, con respecto a este precepto, declara lo siguiente:

[...] Es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso, para acreditar la existencia de tal vulnerabilidad que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio "non bis in idem" al valorarse una misma circunstancia o "modus operandi" dos veces sucesivamente.⁵⁶

4ª. “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”. Como señala Lamarca Pérez, el hecho del parentesco no implica por sí solo la concurrencia de esta agravante. Para su aplicación, es necesario que el autor se beneficie de esa condición de superioridad causada por el parentesco.⁵⁷

El fundamento de esta circunstancia agravante reside en la mayor peligrosidad de la conducta, de nuevo por la reducción de posibilidades de defensa de la víctima.⁵⁸ Por tanto, en lo que a la relación de parentesco se refiere, no se debería de aplicar automáticamente en las relaciones incestuosas, pues la circunstancia adquiriría sentido sólo si el sujeto se prevale de esa situación para consumir la actividad sexual. No obstante, la doctrina entiende que el fundamento de ello radica en el mayor daño psíquico que supondría en estos casos. De ahí que la jurisprudencia lo aplique automáticamente.⁵⁹

Además, conviene señalar la limitada compatibilidad de este precepto con las agresiones sexuales que la doctrina científica, con buen criterio, pone de manifiesto.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 497.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1386/2005, de 23 de noviembre.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 971/2006, de 10 de octubre, Fto. Jco. 1º.

⁵⁷ *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 181.

⁵⁸ *Op Cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir), p. 498.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 498.

Resulta difícil compatibilizar que la víctima acceda a las relaciones sexuales por la violencia o intimidación, y por la relación de superioridad de la que se haya prevalido el autor. De cualquier modo, la sentencia deberá fundamentar su influencia causal con el ataque a la libertad sexual.⁶⁰

Por último, para definir su alcance, conviene precisar lo que el Tribunal Supremo ha señalado al respecto, declarando que requiere:

[...] Un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad, que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad [...] consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta. Los requisitos legales son los siguientes: 1) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta 2) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima 3) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual.⁶¹

5ª. “Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas”. Esta circunstancia será de aplicación cuando los instrumentos mencionados se empleen, no sólo en la violencia o intimidación anterior a la conducta sexual y necesaria para doblegar la voluntad de la víctima, sino también durante la propia actividad sexual. En cualquier caso, es necesario el empleo del arma o instrumento. No basta con la mera exhibición de esta y no es necesario que se de un resultado lesivo.⁶²

El problema de esta agravante radica en la posible vulneración del principio de *non bis in ídem*. Las agresiones sexuales, como sabemos, requieren de una actuación violenta o intimidatoria por parte del sujeto activo. Por tanto, el empleo de un arma para considerar intimidación no será compatible con la apreciación de esta agravante.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 498.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1312/2005, de 7 de noviembre, Fto. Jco. 2º.

⁶² *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), pp. 181-182.

Ello ha derivado en una interpretación restrictiva del precepto. De este modo, el Tribunal Supremo ha convenido que esta circunstancia será de aplicación:

[...] para los supuestos en los que el ataque sexual se ejecuta no con el empleo de intimidación, sino con el uso de violencia con medios “especialmente peligrosos”, siendo esta interpretación acorde con la redacción del precepto que en su inciso final nos habla de “la muerte o lesiones causadas”.⁶³

También se ha exigido la creación de un peligro concreto para la víctima, lo que implica que:

Si queremos ser rigurosos con el principio de proporcionalidad y prohibición de *non bis in idem*, la cualificación debe reservarse para los supuestos en que el arma se usa contra una zona vital del cuerpo de la víctima, aunque no se materialice la agresión, evidenciando más ostensiblemente el propósito agresivo del autor y sintiendo el ofendido más de cerca el peligro que sobre él se cierne.⁶⁴

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 431/1999, de 23 de marzo, Fto. Jco. 3º.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 96/2006, de 7 de febrero, Fto. Jco. 3º.

5. ABUSOS SEXUALES

El artículo 181 del Código Penal señala como autor de abuso sexual al que “sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual de otra persona [...]”.

En primer lugar, es preciso aclarar que no existen diferencias con respecto a la agresión sexual en lo que a los sujetos y el bien jurídico se refiere. También se mantienen igual las conductas sexuales referidas en el tipo básico y el cualificado de violación, con la evidente diferencia de la ausencia de violencia o intimidación.⁶⁵

Ha sido objeto de críticas dicho artículo dada la inseguridad jurídica que plantea.⁶⁶ El legislador crea un tipo excesivamente abierto, donde es difícil delimitar con precisión las situaciones de abuso que se pretenden regular. Por ello, es importante atender bien a las circunstancias concretas del caso y enjuiciar con cautela estas conductas “[...] por el 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”.⁶⁷

5.1 Tipo básico

El tipo básico del abuso sexual supone, por tanto, una conducta sexual sin consentimiento, que no consista en acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos (tipo agravado) y desarrollada sin violencia o intimidación.⁶⁸ En definitiva, implica contacto en áreas corporales con evidente significado sexual y sin consentimiento.⁶⁹

⁶⁵ *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 182.

⁶⁶ Conviene señalar que el actual Gobierno ha llevado a cabo un anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual que pretende eliminar el delito de abuso sexual e introducir cambios que, de entrar en vigor, modificarían sustancialmente los delitos sexuales tal y como los conocemos.

⁶⁷ DE ELENA MURILLO, Victorio, “Comentario al artículo 181 del Código Penal”, en Amadeo Gadea, Sergio (coord.), *Código Penal. Parte especial. Tomo II. Volumen I*, Factum Libri Ediciones, 2009, p. 315.

⁶⁸ *Op. cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 182.

⁶⁹ *Op. Cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 504.

En este sentido, es necesario hacer referencia a los denominados “actos sorpresivos”. Son aquellos en los que la víctima no tiene capacidad de reacción frente al ataque. No se contemplan de manera explícita, pero se deducen a tenor de la interpretación del artículo. Ejemplo de ello puede ser los supuestos en los que el autor se abalanza a la víctima por detrás tocándole los genitales.⁷⁰

El apartado 2º del artículo 181 alude a tres presunciones *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento: personas “privadas de sentido”, aquellas que sufran un trastorno mental y aquellas cuya privación del sentido se haya producido por el empleo de “[...] fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”. A continuación, procederemos a analizar cada una de ellas.

5.1.1 Privación de sentido

En relación con la privación del sentido, es irrelevante la causa que haya llevado a la víctima a esa situación, ya sea un estado de coma, anestesia, etc. Lo fundamental en estos supuestos es que el sujeto pasivo no esté capacitado para exteriorizar su consentimiento. La inconsciencia de la víctima puede ser total o parcial.⁷¹ Asimismo, no cabrá subsumir bajo este apartado los casos de sueño profundo, sino en el apartado 1º, dado que se entiende que en estas circunstancias no se da la privación de sentido.⁷²

5.1.2 Abuso de trastorno mental

En cuanto a los supuestos de trastorno mental, se requiere que el agresor conozca la especial situación del sujeto pasivo y realice la conducta sexual abusando de esta circunstancia. El concepto de trastorno mental no se reduce a las personas que padezcan enfermedades mentales, sino que incluye también “[...] a los individuos que sufran

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 434/1998, de 20 de marzo.

⁷¹ *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), pp. 182-183.

⁷² *Op. Cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 506.

deficiencias psíquicas que permitan deducir razonablemente que se encuentran impedidos de prestar un consentimiento consciente y libre”.⁷³

En definitiva, no es que se prohíba a los individuos que padezcan trastornos mentales mantener relaciones sexuales, evidentemente. Lo que se pretende con este precepto es evitar que se aproveche esta circunstancia para abusar de ellos. Por tanto, no vale con la mera existencia de esta alteración, sino que es preciso que el autor la conozca, y dicho conocimiento sea el motivo por el que lleva a cabo la conducta sexual.⁷⁴

5.1.3 Abuso por anulación de la voluntad de la víctima

Esta mención expresa al uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia se introdujo con la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010. Sin embargo, la redacción no fue muy afortunada, ya que se expresa lo siguiente: “[...] anulando la voluntad de la víctima [...]”. El hecho de que se haga uso del gerundio del verbo anular implica “[...] una relación de medio a fin entre la utilización del fármaco y la conducta sexual”. Es decir, que para aplicar este precepto en concreto es necesario que sea el agresor el que introduzca dichos fármacos para anular la voluntad de la víctima. No cabría incardinar aquí los supuestos en los que el agresor se encuentre a la víctima bajo los efectos de tales sustancias y lleve a cabo la actividad sexual. En cualquier caso, sería de aplicación el apartado 1º del artículo 181.⁷⁵

5.2 Abusos sexuales de prevalimiento

El apartado 3º del artículo 181 establece que se impondrá la misma pena que en los supuestos anteriores “[...] cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”. Por tanto, dos son los requisitos: superioridad manifiesta y coerción de la

⁷³ *Ibid.*, p. 506.

⁷⁴ *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 183.

⁷⁵ *Op. Cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 507.

libertad. En relación con el primero, se entenderá que es manifiesto cuando sea “[...] claramente perceptible por los sentidos”.⁷⁶ Con respecto a la coerción, conlleva una restricción en la libertad, pero no supone su supresión. Por tanto, y siguiendo con la perspectiva de Gómez Tomillo, supuestos en los que la víctima sea tetrapléjica o esté atada, no serían subsumibles en este precepto: “[...] no concurre la exigencia de que esa superioridad coarte la libertad de la víctima, sino que el sujeto se limita a aprovechar su posición de dominio”.⁷⁷

En líneas generales, lo que este apartado pretende es condenar aquellas situaciones en las que el sujeto activo se encuentre en una situación de superioridad con respecto a la víctima y que esa superioridad sea aprovechada por el autor para la consumación del delito. Por ello, debe de concurrir un nexo causal entre uno y otro. Ejemplos muy ilustrativos de aplicación del precepto incluyen los supuestos de profesor–alumno, empresario–empleado o incluso supuestos en el ámbito familiar.⁷⁸

No se debe confundir con la intimidación ambiental, aunque el límite entre uno y otro sea muy sutil. En los supuestos de abuso de prevalimiento, lo que hace el sujeto activo es aprovecharse de una situación de superioridad para conseguir el consentimiento viciado a la relación sexual, pero no llega a darse intimidación. Lo que la jurisprudencia entiende es que se da una situación de superioridad, una intimidación impropia, que siendo conocida por el acusado coarta la voluntad de la víctima.⁷⁹ Por ejemplo, si la víctima depende económicamente del agresor y este se aprovecha de esa circunstancia para consumir el acto sexual. En cambio, si la superioridad del sujeto activo, junto a los factores externos en los que se desarrolla el delito, son tan evidentes que consigue amedrentar a la víctima y, valiéndose de esta situación se lleva a cabo la actividad sexual, entenderíamos que supone agresión sexual por la existencia de intimidación ambiental.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 507.

⁷⁷ *Op. Cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), pp. 507-508.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 508.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 132/2016, de 23 de febrero.

5.3 Supuestos agravados

El artículo 181.4 eleva la pena de prisión “[...] cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos [...]”. No encontramos ninguna peculiaridad con respecto a las agresiones en esta cualificación, por lo que resulta extrapolable a estos casos todo lo comentado anteriormente.⁸⁰

Respecto del artículo 181.5, se señala lo siguiente: “Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3ª o 4ª de las previstas en el apartado 1 del artículo 180”. Este apartado ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina por la dificultad de aplicarlo sin incurrir en un *bis in ídem*.

En relación con la compatibilidad de los abusos sexuales con la agravante del 180.1.3, el Tribunal Supremo declaró lo siguiente:

Siendo preciso armonizar la exigencia de aplicación del principio general *non bis in ídem* y la previsión agravatoria del art. 181.2 CP 1995... se ha entendido que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación, no cabe esta última.⁸¹

Por otro lado, resultan incompatibles los abusos sexuales con prevalimiento del artículo 181.3 con el 180.4ª. Sí que sería compatible, en cambio, los abusos sexuales con prevalimiento con la circunstancia 3ª del 180.⁸²

⁸⁰ *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 185.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 210/1998, de 12 de febrero, Fto. Jco. 2º.

⁸² *Op. Cit.*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), p. 510.

6. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL “LA MANADA”

La sentencia cuyos puntos clave a continuación analizaremos a fondo condenó a nueve años de prisión a los cinco procesados por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento (art. 181.3 Código Penal), en el subtipo agravado del número 4 y en relación con los artículos 192 y 74 de dicho Código. Además, uno de los acusados, Antonio Manuel Guerrero Escudero, fue condenado como autor de un delito leve de hurto del teléfono móvil de la víctima.

No obstante, no todos los magistrados del Tribunal coincidieron en el fallo. Uno de ellos formuló un voto particular exponiendo técnica y jurídicamente su discrepancia con la opinión mayoritaria del resto de miembros del Tribunal, pidiendo la absolución de los condenados.

Es indispensable el estudio de los hechos probados para poder determinar cuestiones tan importantes como la concurrencia o no de violencia o intimidación, de consentimiento, etc. Por ello, iremos analizando uno por uno cada punto clave del caso.

6.1 Violencia o intimidación

El Tribunal acordó por unanimidad que no quedaba probada la presencia de violencia o intimidación.

Respecto de la violencia, parece evidente su ausencia. De hecho, la propia víctima declaró en juicio oral que no la agarraron con fuerza en el momento de entrar, y que tiraron de ella “[...] para entrar, pero no con violencia”. Como sabemos, la violencia ha de ser idónea, no para vencer la resistencia de la víctima, sino para doblegar su voluntad.⁸³ La cuestión es que no se prueba el empleo de un medio físico para someter a la víctima como golpes, empujones etc. Es decir, fuerza real que sea más o menos violenta.

⁸³ *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 174.

Es más, los médicos forenses declararon lo siguiente en referencia a las lesiones de la víctima: “La presencia de un eritema vulvar como el descrito es un dato morfológico compatible con rozamiento en la zona descrita no siendo en si mismo un hallazgo que indique violencia.” Además, no hay resistencia por parte de la víctima, lo que suele ser un indicativo de que ha habido violencia. Por todo ello, podemos concluir que no llega a darse la violencia.

El problema de este caso viene con la intimidación. Como hemos señalado anteriormente, la intimidación es el anuncio de un mal grave si la víctima no accede a participar en una determinada conducta sexual.⁸⁴ El Tribunal señaló que no existió intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, que requiere que “[...] sea previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado”.⁸⁵ Los Magistrados declararon que los procesados se valieron de una situación de preeminencia sobre la víctima para consumir el acto sexual. Es decir, que de modo voluntario configuraron una situación de superioridad de la que se aprovecharon para abusar sexualmente de ella. Por tanto, encuadraron las actuaciones de los procesados en el ámbito del abuso sexual de prevalimiento.

Nosotros, por el contrario, consideramos que sí que hubo intimidación ambiental. Sirviéndonos de jurisprudencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 27 de septiembre de 2010 declaró lo siguiente:

[...] Ha tenido lugar un delito de agresión sexual, creando una situación de coacción psíquica que, de acuerdo con las enseñanzas de la experiencia vulgar de la vida, hubiere sentido una persona adulta y en plenitud de sus facultades, al verse rodeada de un grupo de varones dispuestos a satisfacer a toda costa sus apetencias sexuales, ...de modo que resultare ilusoria cualquier tentativa de recibir ayuda de terceros, pues esta constelación de factores es lo que se ha denominado jurisprudencialmente «intimidación ambiental», que colma las exigencias del tipo objetivo del injusto del modelo básico de la agresión sexual.⁸⁶

⁸⁴ *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 175.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 9/2016 de 21 de enero.

⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva núm. 271/2010, de 27 de septiembre, Fto. Jco. 4º.

En nuestro caso, se da una situación muy parecida. Uno de los procesados tira de la víctima del brazo y es introducida en el portal. Una vez ahí, le dijeron que callara y los cinco se meten con la víctima en un habitáculo de 3 metros cuadrados, 2,73 de largo y 1,02 de ancho. El habitáculo no tenía otra zona de salida que por la que accedieron, y la estrechez provocaba que “se chocasen” unos con otros durante la consumación del delito, calificándose el lugar como “recóndito y angosto, con una única salida”. Todos estos hechos, sumados a la evidente superioridad física de cinco hombres sobre una mujer, provocaron un estado de agobio e impacto emocional que, intimidada por el miedo de sufrir un mal mayor, dobló la voluntad de la víctima, adoptando esta una actitud de pasividad que sería aprovechada por estos para llevar a cabo la agresión sexual. Además, existía una importante diferencia de edad entre la denunciante y los procesados. La denunciante tenía 18 años, mientras que, de los procesados, uno tenía 24 años, dos tenían 26 y los otros dos 27. Es decir, casi 10 años de diferencia.

Todo este ambiente descrito, teniendo en cuenta además la imposibilidad de obtener auxilio de terceras personas, propiciaron un escenario idóneo para los procesados. Adoptaron un comportamiento coactivo, dirigido a la satisfacción de sus deseos sexuales y anulando por completo el consentimiento de la víctima.

Además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2005, declara que “[...] la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental, a la vez que provocar un estado de reforzamiento psicológico, por envalentonamiento de los agresores”.⁸⁷ Creemos que este “reforzamiento psicológico” tiene lugar en nuestro caso, pues los agresores se recrean durante el acto sexual grabándose con los teléfonos móviles y posando en actitud jactanciosa. Por todo ello, consideramos evidente que sí hay intimidación hacia la víctima y que, por tanto, los acusados deberían de haber sido condenados por un delito continuado de agresión sexual.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1291/2005, de 8 de noviembre, Fto Jco 2º.

6.2. Consentimiento

El consentimiento debe ser expresado de forma libre y voluntaria, sin que esté viciado, en cuyo caso consideraremos que no concurre. Si el consentimiento es emitido por el sujeto pasivo de manera libre, hace atípica la conducta⁸⁸.

En este caso, el Tribunal declaró que la víctima no prestó su consentimiento libremente, sino viciado y coaccionado por la situación de superioridad de la que se prevalecieron los procesados para consumir el acto sexual.

Nosotros no coincidimos con este análisis. Consideramos que en ningún caso hubo consentimiento por parte de la víctima. Los procesados crearon un ambiente intimidatorio del que se aprovecharon para llevar a cabo la agresión sexual, sin que la víctima prestase su consentimiento.

La peculiaridad de este caso radica en la existencia de un medio de prueba documental, que son los vídeos y fotos realizadas por los procesados durante el desarrollo de los hechos. Esto no es lo habitual en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Por tanto, es un hecho incontrovertido el mantenimiento de relaciones sexuales de los cinco autores con la víctima.

En el primer vídeo, tal y como se describe en la sentencia, la denunciante “muestra un rictus ausente”. Durante el desarrollo de los hechos, mantiene los ojos cerrados y no adopta ninguna actitud que muestre una participación activa en los actos de índole sexual. El segundo vídeo es muy similar y sigue la misma tónica del primero. En un intervalo de este, se describe a la denunciante con los ojos y la boca cerrada, y la cabeza hacia atrás boca arriba, lo que nos da a entender que no quiere realizar los actos que los acusados están llevando a cabo sobre su cara. De nuevo, se expresa que tiene una “actitud de

⁸⁸ Cabe precisar que, hasta en los supuestos en los que la violencia sea consentida (por ejemplo, relaciones sadomasoquistas), no cabrá apreciar delito contra la libertad e indemnidad sexual. En todo caso, un delito de lesiones. Pero si el consentimiento es emitido libremente, no habrá delito sexual. *Op. Cit.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), p. 174.

pasividad y sometimiento”, y que no muestra ningún signo de placer, satisfacción o agrado de la situación.

En definitiva, los siete vídeos realizados por los procesados, aparte de reflejar una actitud jactanciosa, siguen la misma tónica. La denunciante no posee el control y no adopta ninguna actitud de querer ser penetrada o que permita reconocer bienestar, disfrute o comodidad. Esta se encuentra sometida a la voluntad de los acusados, quienes “la utilizan como un mero objeto para satisfacer sus deseos sexuales”. En otro de los vídeos se muestra a la víctima encogida y acorralada contra la pared, rodeada de los procesados, lo que evidencia que estaba atemorizada y sometida a la voluntad de estos.

Respecto de las fotos realizadas, además de manifestar la situación de sometimiento de la denunciante, refleja a uno de los autores posar con “gesto de ostentación y alarde por la conducta que esta llevando a cabo”, manifestando un desprecio evidente hacia la dignidad de la víctima.

En conclusión, las facultades de raciocinio de la denunciante quedaron anuladas por completo, mostrando una actitud de sumisión y aislamiento de la realidad dado el estado de shock en el que se encontraba. No entendía la situación, y en consecuencia no podía ni pensar ni reaccionar, haciendo lo que los autores del delito le decían, siempre con los ojos cerrados. También, los Magistrados declararon que “[...] con arreglo a la literatura científica, la ausencia de consentimiento es compatible con la inexistencia de lesiones, de modo que un porcentaje que algunos autores sitúan en el 40, otros en el 30, y otros en el 50 de víctimas atendidas por agresiones sexuales, no presenta ningún tipo de lesión”.

Por todo ello, resulta evidente que no hubo consentimiento. De hecho, es un dato incontrovertido, lo que refuerza nuestra tesis de que nos encontramos ante un delito de agresión sexual. El núcleo de la argumentación del Magistrado discrepante, y por lo que pide la absolucón, es la existencia de un error de tipo del artículo 14 del Código Penal. Como a continuación analizaremos, no se puede considerar el error de tipo, pues resulta incoherente con el desarrollo de los hechos.

6.3 Voto particular

Uno de los Magistrados, como ya hemos comentado antes, mostró su discrepancia con el resto del Tribunal, con lo que su interpretación es merecedora de análisis.

En relación con los vídeos, da una interpretación completamente opuesta a la de los otros dos Magistrados. Describe los mismos como una relación sexual entre desconocidos y sin ninguna afectividad, “en un entorno sórdido, cutre e inhóspito”. Nosotros, consideramos que el lugar en el que se desarrollaron los hechos, por las reducidas dimensiones anteriormente citadas y el hecho de que sólo tuviese una salida, además de poder ser cutre y sórdido, refleja unas características idóneas para amedrentar a la denunciante y que esta optase por una actitud de sometimiento. Por otra parte, si consideramos el dato objetivo de que uno de los vídeos la muestra contra la pared rodeada de los cinco varones apoya la existencia de intimidación ambiental y, por tanto, la falta de consentimiento.

El Magistrado además expone que no puede afirmar con rotundidad que los ojos estuviesen todo el tiempo cerrados ya que podrían estar entornados, pero que en cualquier caso lo considera un detalle absolutamente irrelevante. A nuestro juicio, no creemos que sea un dato irrelevante. El hecho de que durante los aproximadamente 90 segundos en la suma de todos los vídeos que constan, y teniendo en cuenta que entre el primero y el último pasan diez minutos, en todos ellos aparezca con los ojos cerrados muestra que no fue algo circunstancial. En este sentido, si las relaciones sexuales hubiesen sido consentidas, parece más lógico que la expresión facial sea otra, no con los ojos cerrados todo el rato, lo que denota de nuevo esa pasividad, estado de shock y sometimiento.

De cualquier modo, declara que cree más relevante el hecho de que no perciba en su expresión ningún atisbo de “asco, repugnancia, dolor o rechazo”. Estimamos que no es incompatible la inexistencia de gestos o expresiones que denoten esos sentimientos con el hecho de que estuviese en estado de shock y sometida a la voluntad de los procesados.

Por otro lado, el Magistrado expresa que hay una participación voluntaria por parte de la denunciante porque esta agarra el pene de uno de los varones y realiza movimientos masturbatorios durante dos segundos. En primer lugar, el hecho de que realice movimientos masturbatorios en el pene de uno de ellos no implica por si mismo una participación voluntaria y consentida de la denunciante. Es perfectamente posible que sea fruto de la intimidación y el amedrentamiento a la que estaba sometida. Además, sólo se aprecia una supuesta “participación voluntaria” durante dos segundos de los aproximadamente noventa que hay grabados en total, lo que desvirtúa esta hipótesis.

Por otra parte, el Magistrado se apoyó en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo para defender su interpretación:

[...] la declaración de una única testigo víctima será hábil para destruir la presunción de inocencia del acusado siempre que se dé la concurrencia de los conocidos criterios jurisprudenciales (ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación).⁸⁹

De este modo, se basó en la ausencia de estos tres elementos para determinar el consentimiento de las relaciones sexuales, por lo que consideramos que merecen un análisis particular.

6.3.1 Ausencia de incredibilidad subjetiva

La ausencia de incredibilidad subjetiva deriva de las relaciones entre denunciante y acusado, que pongan de manifiesto que el denunciante ha actuado por resentimiento, enemistad, venganza o cualquier otro motivo que impida reflejar certeza a la declaración.⁹⁰

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 263/2017, de 7 de abril, Fto. Jco. 1º.

⁹⁰ HERRERO GIMÉNEZ, Rubén, “El valor, como prueba de la declaración de la víctima”, *Legal Today*, (disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/el-valor-como-prueba-de-la-declaracion-de-la-victima>; última consulta 15/04/2020)

Así, el Magistrado explicó que resulta evidente la inexistencia de una enemistad o resentimiento anterior que pudiera afectar a la veracidad del testimonio de la denunciante, pues se conocieron esa misma noche. Sin embargo, se apoya principalmente en dos motivos para dudar de la credibilidad del testimonio: temor ante la difusión de los vídeos y “el hecho de que las relaciones mantenidas, sin duda de enorme sordidez y crudeza, le hubieran resultado insatisfactorias y emocionalmente traumáticas, lo que podría haber provocado en ella remordimientos una vez concluidas”.

Respecto del primer motivo, mostramos nuestra discrepancia apoyándonos en lo que la mayoría de la Sala expuso, el desconocimiento de la denunciante de la existencia de esos vídeos. La denunciante en su declaración en plenario afirmó sin contradicciones y de manera contundente no haber visto ningún móvil ni nada grabando, y tampoco los acusados le manifestaron que estuvieran grabando. No obstante, una agente de la policía municipal, en su declaración testifical, ante la pregunta del letrado de si “ella (la denunciante) dijo que la grabaron con el teléfono”, respondió “sí, algo ... sí”.

En primer lugar, la declaración de esta agente no es admisible como testimonio de referencia, al contrario del de los agentes que intervinieron inmediatamente después de los hechos, donde la denunciante expuso un relato espontáneo. Además, apreciada en su totalidad, la declaración de la agente se presentó como desganada y escasamente ilustrativa, remitiéndose en su mayor parte al acta. Manifestó no recordar muchas de las declaraciones de la denunciante y sin embargo hace referencia a un hecho de especial relevancia que no estaba en el acta. Posiblemente porque ese mismo día encontraron los vídeos en los móviles de los procesados. Resulta difícilmente creíble que si, la denunciante hubiese hecho esa afirmación, no se hubiese hecho constar en acta. Más aun si tenemos en cuenta que por entonces no se había identificado a los procesados.

La existencia de un posible error en la declaración de la agente se asienta además en el hecho de que la denunciante en ninguna de las manifestaciones hechas a terceras personas hizo referencia a las grabaciones. Ni cuando se le leyó la declaración antes de firmarla en presencia del instructor del atestado, ni al agente que le acompañó después de los hechos, ni en su declaración en presencia judicial.

En cuanto al segundo motivo, la insatisfacción de las relaciones y los remordimientos posteriores, no lo consideramos, desde el máximo respeto al Magistrado, como un argumento serio del que se pueda deducir el consentimiento en las relaciones. Resulta difícil de sostener la hipótesis de que la insatisfacción en las relaciones sexuales llevase a la víctima a denunciar a los procesados. No se podría explicar entonces el trastorno de estrés postraumático que sufre como consecuencia de los hechos si hubiesen sido consentidos libre y voluntariamente. Además, es preciso aclarar que “la denunciante con carácter previo a los hechos no presentaba ningún trastorno de la personalidad ni antecedentes de desestabilización psicológica”.

Por todo ello, consideramos insuficientes los argumentos del Magistrado para poder desacreditar la ausencia de incredibilidad subjetiva de la declaración de la denunciante.

6.3.2 Verosimilitud del testimonio

En relación con la valoración de las declaraciones de los testigos que acuden en auxilio de la víctima en la vía pública después de cometerse los hechos, declara el Tribunal Supremo lo siguiente:

[...] la Sala sentenciadora ha tomado en consideración otros elementos de prueba que según su criterio corroboraban la declaración de la víctima, que gozan de autonomía probatoria, como testimonios de referencia de lo que la víctima les relató espontáneamente cuando fue atendida en la vía pública, y como testigos directos de los que pudieron percibir personalmente, que en muchos de los casos conforman indicios relevantes.⁹¹

En este sentido, tomando en consideración las declaraciones testificales de la pareja (primeras personas que le atendieron) y los agentes de policía municipal, parece un relato de los hechos francamente espontáneo. Todos ellos mantienen que la denunciante estaba llorando desconsoladamente, muy nerviosa y que le costaba hablar de manera continuada, sin frases coherentes. La denunciante afirma a más de un Agente que

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 793/2017, de 11 de diciembre, Fto. Jco. 2º.

había habido penetración. Desde el primer momento sostiene que han atentado contra su libertad sexual cuatro personas, manteniendo en todas sus declaraciones (hasta cuando ya se sabía que eran cinco) que eran cuatro, lo que refuerza el impacto emocional que había sufrido la denunciante.

El Magistrado discrepante basó la inverosimilitud principalmente en matizaciones en su declaración en el plenario respecto a como se produjo la entrada en el portal o el desarrollo de los hechos. En primer lugar, hay que tener en cuenta la confusión y el agobio al que estaba sometida en ese momento tras sufrir un hecho tan impactante emocionalmente como es que atenten contra tu libertad sexual. En segundo lugar, respecto de las frases inconexas y poco coherentes, relata el Médico Forense que “[...] ocurre con cierta frecuencia que la víctima relate hechos aislados, pero no tenga digamos un relato continuado en estos primeros momentos lo que realmente ocurrió y puede haber frases digamos de ciertas lagunas”. Además, como señala el Tribunal Supremo, “[...] ello supone ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima, sin contradecirse, ni desdecirse”.⁹² Consideramos que no hay contradicciones, ni se desdice, sino simplemente matiza determinados hechos que, en cualquier caso, no resultan vitales para la determinación de los hechos.

Por todo ello, podemos inferir la verosimilitud del testimonio de la denunciante. Aunque debemos convenir que hay ciertos datos que han sido matizados, no consideramos por ello que el testimonio sea inverosímil. El estado que presentaba la denunciante, tras analizar los testimonios de los testigos que acudieron en su ayuda, creemos que es incompatible con el de una persona despechada porque los acusados, como así sostuvieron, se marcharon tras tener relaciones consentidas sin ofrecerle “continuar la fiesta juntos”.

6.3.3 Persistencia en la incriminación

Como indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la persistencia en la incriminación debe cumplir con los siguientes elementos: “Ausencia de modificaciones

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 787/2017, de 30 de noviembre.

esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima, concreción en la declaración y ausencia de contradicciones entre las sucesivas versiones que se ofrecen a lo largo del procedimiento [...]”⁹³

Tal y como hemos afirmado en párrafos anteriores, lo que el Magistrado discrepante entiende como graves contradicciones en las declaraciones testificales de la denunciante, nosotros coincidimos con la mayoría de la Sala en que se trata de matizaciones que, en cualquier caso, no tienen gran incidencia en la resolución del proceso. Opinamos que la denunciante ha mostrado persistencia y no lo valoramos desde “[...] un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones”⁹⁴ Además, y pese al gran impacto emocional que le causaron los hechos, la denunciante ha sido lo suficientemente precisa en la narración de las particularidades y de los detalles del caso. Por tanto, consideramos cumplido también este criterio de persistencia en la incriminación.

De cualquier modo, es oportuno precisar el pronunciamiento del Tribunal Supremo a cerca de estos elementos, en virtud de los cuales señala lo siguiente:

Son estas la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud de su versión y la persistencia en la incriminación. Pero incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, eso sí, que motive suficientemente las razones de su proceder.⁹⁵

En definitiva, creemos que la mayoría de la Sala ha actuado con gran diligencia, considerando los hechos como delictivos y especificando el por qué de su pronunciamiento. En cuanto al voto particular, desde el máximo respeto que merece el Magistrado y, teniendo en cuenta que su punto de vista no es ningún despropósito, pues su interpretación se basa en criterios jurisprudenciales pertinentes, no estamos de acuerdo.

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 391/2019, de 24 de julio, Fto Jco 2º.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 849/1998, de 18 de junio, Fto Jco 1º.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 305/2017, de 27 de abril, Fto. Jco. 5º.

Por supuesto que compartimos que cuando la principal prueba de cargo sea el testimonio de la víctima, tenga que pasar un triple filtro que, *per se*, no es válidamente inculpatario, para desvirtuar la presunción de inocencia. No obstante, en este caso consideramos que sí que cumple con esos requisitos. Además, la declaración de la víctima como principal prueba de cargo la creemos corroborada por unos testimonios coherentes y unos vídeos pericialmente valorados, con una prueba médica y psicológica oportunamente debatida. La prueba de cargo, a nuestro juicio, la consideramos válidamente obtenida y lo suficientemente razonable para desvirtuar la presunción de inocencia.⁹⁶

6.3.4 Error de tipo

Por último, el Magistrado se basa en las respuestas de la denunciante para acreditar que los procesados desconocían el no consentimiento de esta y que, por tanto, hubo error de tipo y deberían de ser absueltos. En concreto, las preguntas y las respuestas son las siguientes:

“[...] ante esa situación, desde el punto de vista de los acusados, ¿qué manifestación hizo usted, de cara a ellos, para que supiesen que usted estaba en situación de shock y que estaban teniendo esa situación de relaciones sexuales sin consentimiento por su parte? ¿Cómo pudieron ellos; si usted hizo algo, manifestó algo, verbalizó algo?”, antes de terminar la pregunta, contestó “no, o sea, yo cerré los ojos, si... eh... no hablaba, no, no estaba haciendo nada, estaba sometida y con los ojos cerrados, si eso... o sea, estaba con los ojos cerrados y sin hacer nada, ni decir nada, ni nada, entonces sí...”; y a la siguiente pregunta “desde el punto de vista de los cinco procesados si usted en algún momento hizo algún gesto, alguna manifestación, alguna actuación suya dio a entender...”, la testigo, sin dar lugar de nuevo a que se cierre la pregunta, contesto diciendo “no, no hablé, no, no grité, no hice nada, entonces, eh... que yo cerrara los ojos y no hiciera nada lo pueden interpretar como... eh... como que estoy sometida o como que no.”

En primer lugar, del testimonio de la denunciante podemos inferir claramente que se encontraba en estado de shock, como bien afirmó la Sala mayoritaria, que le indujo a

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 7/2018, de 30 de noviembre.

someterse a la voluntad de los acusados. Precisamente, una persona en estado de shock se encuentra incapacitada para manifestar verbalmente ese estado, por tanto, es incoherente requerir que la víctima expresara verbalmente que estaba en estado de shock. Este testimonio nos da a entender la terrible situación por la que estaba pasando, minando por completo sus facultades de raciocinio y sometiéndose a los procesados dada la intimidación que habían causado en la denunciante.

En segundo lugar, respecto del error de tipo, que los denunciante no supiesen que no quería mantener esas relaciones y que no había oposición por su parte, es profundamente incompatible con el desarrollo de los hechos. No se puede sostener que no actuaran de manera dolosa cuando precisamente forzaron la voluntad de la denunciante mediante la intimidación. Crearon un contexto ideal para amedrentar a cualquiera, con un componente intimidatorio tan fuerte que la víctima fue incapaz de reaccionar. La llevaron a un sitio angosto, oscuro y con una única salida; eran superiores en número, de superior compleción física y con una diferencia de edad de casi 10 años; y la aislaron de la gente, haciendo imposible que la víctima pidiese auxilio. A tan graves hechos, hay que sumarle que uno de ellos era guardia civil. Por supuesto que en la academia le habrían explicado qué son los delitos sexuales, cómo socorrer a una víctima, qué se puede hacer y qué no y la importancia del consentimiento. Resulta llamativo que además fuese este el que extrajera el móvil de la víctima, conocedor de que sin él le sería más difícil pedir auxilio. Otro de los procesados era militar de profesión, por lo que suponemos que también habría recibido cierta formación acerca de estas cuestiones. Que se trate de sostener que sus conductas no fueron dolosas, que no conocían que la víctima no quería mantener relaciones sexuales y que por tanto estaríamos ante un error de tipo del artículo 14.1 del Código Penal, es una absoluta incoherencia.

Es cierto que la reflexión del error de tipo del Magistrado se hizo partiendo de que no hubo intimidación. Pero ni en ese escenario podemos apreciar el error de tipo. La actitud jactanciosa que muestran en los vídeos, el hecho de que uno fuese guarda civil y otro militar o la sustracción del teléfono móvil son claros ejemplos de que eran conscientes de la falta de consentimiento de la víctima.

En conclusión, los procesados sabían lo que hacían en todo momento, intimidaron a la víctima y se aprovecharon del ambiente creado para agredirla sexualmente, siendo inconcebible un error de tipo con la intimidación instaurada.

7. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra fue recurrida en apelación tanto por las partes acusadoras (Ministerio Fiscal, acusaciones populares ejercidas por el Ayuntamiento de Pamplona y por la Administración Foral de Navarra y acusación particular), como por los acusados.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra confirmó los pronunciamientos de la sentencia apelada en relación con la existencia de un delito de abuso sexual con prevalimiento. No obstante, de nuevo no hubo unanimidad en la decisión. Dos de los Magistrados integrantes de la Sala emitieron un voto particular declarando que consideraban los hechos constitutivos de agresión sexual.

Todo ello pone de manifiesto lo controvertido que ha sido el caso y la dificultad que puede llegar a entrañar el enjuiciamiento de los delitos de índole sexual. El hecho de que todas las partes recurriesen la primera sentencia, sumado a que en ninguna de las dos primeras hubiese unanimidad en la decisión y que se haya recurrido en casación, evidencia la controversia que rodea el caso.

En este sentido, el principal motivo de apelación de la defensa fue por vulneración de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española. Alegaron contaminación de las pruebas de cargo y falta de imparcialidad de los juzgadores, como consecuencia de un juicio paralelo mediático. Además, señalaron haberse producido artificialmente un movimiento social que incitaba la condena de los acusados y que el gabinete de prensa de la Audiencia Provincial había proporcionado información sesgada. Consideraron que se había infringido el derecho de los procesados de no ser presentados como culpables públicamente y que los miembros del Tribunal no tuviesen ideas preconcebidas, poniendo el acento en la contaminación de las instancias por la “cacería mediática” de los procesados.

El Tribunal Superior de Justicia, con muy bien criterio a nuestro juicio, desestimó los motivos. En primer lugar, porque la propia Constitución Española, en su artículo 120, reconoce el principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Por tanto, esto no

contradice la tutela judicial efectiva como pretende la defensa, al contrario, la refuerza. “La publicidad del proceso es en sí mismo una garantía del Estado democrático a la vez que un medio eficaz de control del funcionamiento de la administración de justicia, que genera confianza y la arraiga socialmente”.⁹⁷

En relación con la “cacería mediática” y el juicio social paralelo, el Tribunal declaró lo siguiente:

La valoración social de las conductas delictivas es parte esencial de la conformación de la conciencia social y del debate democrático de las leyes penales; y la notoriedad pública de los procesos judiciales no es inevitablemente lesiva de los derechos del procesado, pues propicia el debate social sobre una cuestión reconocida de interés general. No se puede presuponer, como hacen las defensas, que la información periodística haya sido sesgada o manipuladora de la opinión pública, sino parte esencial de un debate social, que manifiesta los anhelos de justicia de la población; sin perjuicio de las acciones civiles y penales que pudieran derivarse de los atentados puntuales contra la intimidad o los derechos fundamentales de los procesados o de la víctima. Y en cuanto al alegado tratamiento adverso por los medios, es patente que los procesados han podido también intervenir en el debate social y hacer declaraciones exculpatorias.⁹⁸

Coincidimos plenamente con esta afirmación. El hecho de que la sociedad opine libremente es reflejo de justicia y de Estado democrático y de Derecho. No creemos que suponga ningún beneficio la excesiva repercusión mediática, ni mucho menos la aparición de juicios paralelos. Pero de ningún modo podemos defender que los jueces hayan actuado sin imparcialidad debido al impacto mediático.

El Tribunal Supremo se ha planteado en diversas sentencias la incidencia en el proceso probatorio de un juicio mediático paralelo. Concluye en que es excepcional que dichas incidencias impliquen la nulidad del juicio por indefensión. En el presente caso, consideramos que no ha habido vulneración de garantías constitucionales ni normas procesales, y que no ha habido indefensión como consecuencia de la presión mediática.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 168/1995, de 14 de febrero.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 7/2018, de 30 de noviembre.

Los jueces han actuado con imparcialidad, desarrollándose un proceso con todas las garantías y con unas pruebas de cargo que demuestran la culpabilidad de los acusados.

Respecto del fallo, como ya hemos comentado anteriormente, el Tribunal los declaró culpables de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento. Con el ánimo de no resultar repetitivos, simplemente queremos recalcar que no estamos de acuerdo con este pronunciamiento por los motivos expuestos en el análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial. Desde el máximo respeto al Tribunal Superior de Justicia, consideramos que hubo intimidación ambiental en los términos definidos por la jurisprudencia a los que hemos hecho mención previamente. Coincidimos con los Magistrados discrepantes del presente Tribunal en que efectivamente hubo intimidación ambiental. Por ello, consideramos los hechos constitutivos de un delito continuado de agresión sexual previsto en los artículos 178 y 179, concurriendo las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 180.1.

Estimamos que hay un carácter especialmente vejatorio en la intimidación ejercida. Queda suficientemente probada por la actitud jactanciosa con la que los acusados se muestran en los vídeos y en las fotos. Además, obligan a la víctima a realizar un “beso negro” sobre uno de los procesados, “manejan” su cabeza para que, de forma simultánea y en varias ocasiones, sea penetrada bucalmente y sustraen el móvil de la víctima una vez terminados los hechos, dejándola sola y desnuda, con la clara finalidad de impedir que la víctima pidiese ayuda de forma inmediata. En definitiva, una serie de hechos que manifiestan un desprecio desmesurado hacia la dignidad de la víctima, aumentando la humillación innecesariamente.

Nos ha suscitado dudas la concurrencia o no de esta agravante, pues el carácter degradante y vejatorio se refiere a la violencia e intimidación, puesto que una agresión sexual *per se* es degradante. No obstante, tomando en consideración diversas sentencias del Tribunal Supremo, sí podemos afirmar con rotundidad que concurra esta circunstancia agravante. En concreto, con los siguientes pronunciamientos:

[...] la aplicación del supuesto agravado del artículo 180.1.1a del Código Penal exige que concurra una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. No es en sí el acto de naturaleza sexual lo que debe revestir tal condición, pues es claro que la

relación sexual impuesta con violencia o intimidación ya es de por sí degradante y vejatoria para cualquier individuo, dado el ataque a su dignidad personal y a su libertad que tal clase de actos suponen. Lo que el tipo exige es que sea la violencia o la intimidación ejercidas las que revistan aquellos caracteres. Pero con ello no solo se hace referencia al acto violento o intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación, sino también a la forma en que han sido ejercidas en relación con la conducta impuesta.⁹⁹

Además, la Sentencia del Tribunal Supremo 889/2007 declaró que “[...] para que la acción del sujeto activo sea merecedora de la agravación legal, es menester la concurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda violación”.¹⁰⁰

Por último, el Auto del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011 señala lo siguiente:

[...] en el hecho probado se narra cómo tras las agresiones sexuales con penetración, el acusado, no contento con ello y con ánimo de humillarla aún más, la obligó a que le lamiera el ano, lo que ha sido considerado como un plus de vejación que no se ve abarcado con la aplicación del tipo básico de la agresión sexual, demandando la mayor punición del artículo 180.1.1a del Código Penal.¹⁰¹

En este contexto, y como ha señalado el Alto Tribunal en repetidas ocasiones, con esta agravante se castiga un plus de antijuridicidad, como bien describe el Código Penal con la expresión “particularmente degradantes o vejatorios”.¹⁰² Por todo ello, podemos afirmar que, en nuestro caso, sí concurre la agravante. Además, como los hechos han sido cometidos “por la actuación conjunta de dos o más personas” (artículo 180.1.2ª), la pena deberá de ser impuesta en su mitad superior.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 194/2012, de 20 de marzo, Fto Jco 4º.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 889/2007, de 24 de octubre, Fto Jco 1º.

¹⁰¹ Auto del Tribunal Supremo núm. 1429/2011, de 13 de octubre, Fto Jco 2º.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 812/2003, de 3 de junio.

8. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo estimó en parte los recursos de casación interpuestos por las partes acusadoras, considerando a los procesados como autores de cinco delitos continuados de agresión sexual de los artículos 178 y 179, con las agravaciones del artículo 180.1.1ª y 2ª, condenándoles a 15 años de prisión y libertad vigilada durante 8 años. La responsabilidad civil se amplía de 50.000 a 100.000 euros, respondiendo solidaria y conjuntamente los cinco culpables. Además, uno de los acusados es condenado como autor de un delito de robo con intimidación del artículo 237 y 242.1 del Código Penal, a la pena de 2 años de prisión.

8.1 Intimidación

El Tribunal declaró definitivamente que sí hubo intimidación. Consideraron que, tomando en cuenta los hechos probados, el Tribunal de instancia incurrió en un error de subsunción jurídica. No hay consentimiento por parte de la víctima. Del “terrible relato de hechos probados” se desprende una situación de intimidación y una coerción de la voluntad de la víctima¹⁰³.

[...] el ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada, ello sin duda le produjo un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma, y sin que sea admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores, como ha dicho esta Sala en múltiples ocasiones.¹⁰⁴

¹⁰³ LARRÁYOZ SOLA, Inés, “Puntos clave de la sentencia de la Manada de San Fermín”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 8, 2019.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019, de 4 de julio.

La existencia de violencia o intimidación, como ha venido exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, requiere la presencia de determinados factores en el momento de la consumación del delito. Por ejemplo, la edad de la víctima y de los agresores, el lugar en el que se desarrollen los hechos, el tiempo etc. En definitiva, el ambiente en el que suceden los hechos delictivos. En este caso, por todo lo expuesto anteriormente, consideramos que se creó una situación con un fuerte componente intimidatorio, provocando en la víctima una actitud de sometimiento de la que se aprovecharon los acusados para consumir la agresión sexual. Que la víctima consintiera a mantener relaciones sexuales o que los agresores lo solicitaran no consta en los hechos probados. Por tanto, acreditada la intimidación y su eficacia para doblegar la voluntad de la víctima, los hechos tienen que ser calificados como agresión sexual.

En este contexto, nos ha resultado interesante la afirmación por parte del Tribunal Supremo de la ausencia de datos en el relato fáctico de la sentencia de instancia que, no obstante, sí se dan por probados en el análisis de la prueba.

En primer lugar, que la víctima se encontraba bajo los efectos del alcohol. Según los peritos, en el momento de los hechos la víctima tenía un nivel de alcohol en sangre de entre 1.3 y 1.2 g/l. Estos son datos superiores a los que se reflejan en los hechos probados, dado que la prueba de alcohol fue realizada seis horas después de los hechos. Esto evidentemente alteró su capacidad de raciocinio, su percepción de la realidad y sus facultades de autocontrol.

En segundo lugar, las afirmaciones del Tribunal que han quedado probadas con dos de los vídeos, en virtud de los cuales “la denunciante estaba agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando”. Además, hay que tener en cuenta que los vídeos, siempre como afirma la Audiencia Provincial, muestran una visión sesgada y fragmentada de los hechos. Se cortan definitivamente y de manera abrupta cuando la denunciante estaba en la posición descrita y gimiendo de dolor “ante el cariz que estaban tomando los hechos”.

En conclusión, podemos afirmar que no hay indefensión de los acusados en la calificación de los hechos como agresión sexual. El Tribunal Supremo señala que no es

necesario modificar los hechos probados ni llevar a cabo una nueva valoración de la prueba para condenar a los acusados por agresión sexual.

8.2 Circunstancias agravantes

El Tribunal Supremo estableció la concurrencia de dos circunstancias agravantes: “carácter particularmente degradante y vejatorio” en la violencia o intimidación (artículo 180.1.1ª del Código Penal) y “actuación conjunta de dos o más personas” (artículo 180.1.2ª del Código Penal).

Respecto de la primera, como hemos afirmado previamente en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, consideramos acertado la concurrencia de esta. En relación con la segunda, debemos aclarar que su apreciación no conlleva la vulneración del principio de *non bis in ídem* en nuestro caso concreto.

Es cierto que esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio "non bis in ídem" cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado.¹⁰⁵

En nuestro caso, la concurrencia de esta circunstancia no implica que se esté valorando la misma situación dos veces por varios motivos. En primer lugar, porque “[...] la conducta desplegada por los acusados actuando en grupo, de común acuerdo y aprovechando la situación creada, tiene un mayor desvalor, pues una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo”.¹⁰⁶ Además, no han sido condenados como cooperadores necesarios en las otras agresiones sexuales, sino simplemente autores directos de sus propias agresiones. Por último, porque el delito podría haberse cometido por una sola persona, lo que bastaría para apreciar la

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1667/2002, de 16 de octubre, Fto. Jco. 6º.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019, de 4 de julio.

intimidación descrita por las circunstancias de los hechos: diferencia de edad entre la víctima y los agresores, fuerte complexión física, lugar angosto y con una salida, la víctima estando bebida, por lo que “[...] no era imprescindible para obtener el efecto intimidatorio sobre la misma, la actuación conjunta de todos”.¹⁰⁷ Por todo ello, no apreciamos vulneración del *non bis in idem* y se debe aplicar la circunstancia agravante 2ª del artículo 180.1.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019, de 4 de julio.

¹⁰⁸ Por último, hemos de señalar que el Tribunal Supremo condenó a uno de los acusados por robo con intimidación cuando tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal de Justicia entendieron que los hechos eran constitutivos de delito leve de hurto. No consideramos oportuno, dado la naturaleza de este trabajo, entrar a valorar de manera exhaustiva la calificación de este delito. Simplemente queremos señalar que estamos de acuerdo con el Tribunal Supremo. Entendemos que uno de los acusados utilizó el ámbito intimidatorio creado por los cinco procesados para perpetrar el delito contra la propiedad.

9. CONCLUSIONES

PRIMERA. Tras el estudio pormenorizado de los delitos de índole sexual, hemos observado que, desde la promulgación de la Ley Orgánica 3/1989, con el reconocimiento de la libertad sexual como bien jurídico protegido, hasta nuestros días, se han seguido sucediendo reformas en este ámbito. Ello refleja la dificultad que entraña el enjuiciamiento de estos delitos y, por otro lado, lo controvertido que es el tema desde el punto de vista jurídico y social.

SEGUNDA. Pese a las numerosas reformas que se han llevado a cabo y, aunque ello pudiera derivar en un problema de inseguridad jurídica, consideramos que todavía son precisas más reformas. Hay preceptos regulados de manera genérica y, en ocasiones, abstracta. La labor que tienen que hacer la doctrina y la jurisprudencia en busca de colmar lagunas legales creemos que es excesiva en este particular ámbito del Derecho Penal.

TERCERA. El anteproyecto de ley de libertad sexual que aprobó recientemente el Consejo de Ministros y que pretende erradicar el delito de abuso sexual, estimamos que tiene múltiples deficiencias.

En primer lugar, a nuestro juicio, eliminar el delito de abuso sexual sería poco adecuado. Creemos que el ataque a la libertad sexual, que es el bien jurídico que se pretende proteger, no será igual si concurren violencia o intimidación. Para la víctima, será mucho más traumático si concurren una de estas dos circunstancias y, por ende, la libertad sexual se verá afectada en mayor medida. Además, con la violencia o intimidación se vulneran otros bienes jurídicos, por lo que creemos que es necesaria la distinción entre ambos delitos.

Por otro lado, el concepto de agresión sexual que pretenden introducir sería excesivamente amplio. Incluiría desde los actos sorpresivos hasta una acción violenta donde se arranque la ropa de la víctima, por ejemplo. Todo ello entraría en el mismo tipo.

Por último, en el anteproyecto de ley, se exige que el consentimiento se “[...] manifieste libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos”.¹⁰⁹ Esto muy probablemente traerá problemas y controversia, porque se está alejando de las costumbres sociales que rodean los actos sexuales. Puede dar lugar a cuestiones de indefensión e injusticias. Además, se está transmitiendo un mensaje desacertado; como si la regulación actual sí permitiese las relaciones sexuales sin consentimiento. Al fin y al cabo, siempre debería de haber un órgano judicial que será el que tratará de determinar si existe o no consentimiento desde la imparcialidad, por más que se quiera acotar, de manera errónea a nuestro juicio, el concepto de consentimiento.

CUARTA. La presunción de inocencia es uno de los pilares básicos de cualquier Estado de Derecho, y como tal está reconocido constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico. Implica que toda persona frente a la que se dirija un proceso será considerada inocente a todos los efectos, mientras no se demuestre lo contrario por sentencia judicial firme. En el caso analizado, se llegó a plantear una vulneración de dicho principio. Por supuesto que defendemos la presunción de inocencia. Es más, bajo nuestro punto de vista, el que un inocente pueda acabar yendo a la cárcel supondría el mayor fracaso para cualquier sistema judicial. Lo que no podemos defender es que siendo tan evidente que se ha cometido un delito, se absuelva a los procesados. Esto sería contravenir el concepto generalizado de justicia.

QUINTA. El hecho de que estos juicios sean tremendamente mediáticos entorpece la labor de nuestros Tribunales y no favorece a ninguna de las partes. La publicidad de las actuaciones judiciales y el principio de libertad de prensa son derechos reconocidos constitucionalmente, y reflejan el Estado de Derecho y democrático en el que vivimos. De esta forma, hay casos en los que es imposible evitar el impacto mediático de un juicio. Si bien consideramos que, si es excesivo, puede llegar a producir algunas trabas en el desarrollo del proceso penal. El único juicio válido es el que se lleva a cabo frente a los Tribunales, con respeto a todos los principios constitucionales y normas procesales que rigen las garantías del acusado.

¹⁰⁹ RINCÓN, Reyes, “Los expertos discrepan de puntos clave del proyecto de ley de libertad sexual”, *El País*, 5 de marzo de 2020, (disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-03-04/los-expertos-discrepan-de-puntos-clave-del-proyecto-de-ley-de-libertad-sexual.html>)

SEXTA. Por último, durante el presente proceso, la imparcialidad de los jueces se ha llegado a poner en tela de juicio. Consideramos que había pruebas de cargo con la entidad suficiente como para anular la presunción de inocencia y condenar a los acusados. El enorme debate social que suscitan estos casos manifiesta la gran preocupación que existe en la sociedad respecto a estos delitos. Sin embargo, ni los medios de comunicación ni la sociedad en general tienen los conocimientos técnicos suficientes para enjuiciarlos con fundamento y de forma precisa. Como han reconocido los Tribunales, esto no quiere decir que dicho debate social sea en sí mismo nocivo, sino que, al contrario, refleja los anhelos de justicia de la población. Afortunadamente, vivimos en un país en el que la justicia no es una utopía, sino una realidad, lo que desgraciadamente no se puede afirmar en todos los países del mundo. Por todo ello, un proceso como el que hemos analizado evidencia el alto grado de fiabilidad que tiene el sistema judicial español.

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1 Obras doctrinales

DE ELENA MURILLO, Victorio, “Comentario al artículo 181 del Código Penal”, en Amadeo Gadea, Sergio (coord.), *Código Penal parte especial. Tomo II. Volumen I.*, Factum Libri Ediciones, 2009, pp. 315 - 349.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, *Revista de derecho penal y criminología*, n. 6, 2000, pp. 69 - 102.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal Español”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 22, 1969, pp. 489 - 510.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II.*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

IÑESTA PASTOR, Emilia, “El Código Penal Español de 1848”, *Revista de estudios histórico jurídicos*, n. 33, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 702 - 706.

LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), *DELITOS. La parte especial del Derecho Penal.*, Dykinson, Madrid, 2018.

LARRÁYOZ SOLA, Inés, “Puntos clave de la Sentencia de la Manada de San Fermín”, *Revista Aranzadi doctrinal*, n. 8, 2019.

TAMARIT SAMALLA, Josep María, “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 421 - 433.

10.2 Referencias de internet

HERRERO GIMÉNEZ, Rubén, “El valor, como prueba de la declaración de la víctima”, *Legal Today*, (disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/el-valor-como-prueba-de-la-declaracion-de-la-victima>; última consulta: 15/04/2020)

RINCÓN, Reyes, “Los expertos discrepan de puntos clave del proyecto de ley de libertad sexual”, *El País*, 5 de marzo de 2020, (disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-03-04/los-expertos-discrepan-de-puntos-clave-del-proyecto-de-ley-de-libertad-sexual.html>)

RUIZ CALVO, Miguel, “La intimidación ambiental desde el conocimiento de los delitos sexuales”, *Legal Today*, (disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-intimidacion-ambiental-desde-el-conocimiento-de-los-delitos-sexuales>; última consulta 02/04/2020)

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional 168/1995, de 14 de febrero.
Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1991, RJ 1991/5526.
Sentencia del Tribunal Supremo 675/1995, de 16 de mayo.
Sentencia del Tribunal Supremo 210/1998, de 12 de febrero.
Sentencia del Tribunal Supremo 434/1998, de 20 de marzo.
Sentencia del Tribunal Supremo 849/1998, de 18 de junio.
Sentencia del Tribunal Supremo 431/1999, de 23 de marzo.
Sentencia del Tribunal Supremo 834/2002, de 13 de mayo.
Sentencia del Tribunal Supremo 1458/2002, de 17 de septiembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 1667/2002, de 16 de octubre.
Sentencia del Tribunal Supremo 812/2003, de 3 de junio.
Sentencia del Tribunal Supremo 909/2005, de 8 de julio.
Sentencia del Tribunal Supremo 1312/2005, de 7 de noviembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 1291/2005, de 8 de noviembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 1386/2005, de 23 de noviembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 96/2006, de 7 de febrero.
Sentencia del Tribunal Supremo 476/2006, de 2 de mayo.
Sentencia del Tribunal Supremo 971/2006, de 10 de octubre.
Sentencia del Tribunal Supremo 439/2007, de 21 de mayo.
Sentencia del Tribunal Supremo 889/2007, de 24 de octubre.
Sentencia del Tribunal Supremo 914/2008, de 22 de diciembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 39/2009, de 29 de enero.
Sentencia del Tribunal Supremo 194/2012, de 20 de marzo.
Sentencia del Tribunal Supremo 9/2016, de 21 de enero.
Sentencia del Tribunal Supremo 132/2016, de 23 de febrero.
Sentencia del Tribunal Supremo 263/2017, de 7 de abril.
Sentencia del Tribunal Supremo 305/2017, de 27 de abril.
Sentencia del Tribunal Supremo 787/2017, de 30 de noviembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 793/2017, de 11 de diciembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 244/2019, de 4 de julio.
Sentencia del Tribunal Supremo 391/2019, de 24 de julio.

Auto del Tribunal Supremo 1429/2011, de 13 de octubre.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 7/2018, de 30 de noviembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 271/2010, de 27 de septiembre.