



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Autor: Elena Moreno Rodríguez

4ºE-1

Área de Derecho Penal

Tutor: María Concepción Molina Blázquez

Madrid

Abril, 2023

RESUMEN

La participación en los delitos contra la libertad sexual lleva siendo objeto de debate doctrinal desde hace décadas. La naturaleza de este tipo de delitos como delitos de propia mano ofrece dudas en cuanto a los elementos y supuestos que integran la conducta típica. En el presente trabajo se analiza la evolución jurisprudencial que ha tenido esta cuestión, en relación con distintas formas participativas, así como otras problemáticas que se han suscitado al respecto. El análisis se realiza teniendo en cuenta la regulación de los delitos sexuales en el Código Penal español, anterior y posterior a la reforma por la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual, y la teoría jurídica del delito al respecto de la participación.

Palabras clave: libertad sexual, delito sexual, delito de propia mano, participación, autoría, comisión por omisión, continuidad delictiva, concurso de delitos.

ABSTRACT

Participation in sexual offences has been an issue for doctrinal debate since decades. The notion that these types of crimes can only be committed directly and personally by the offender has raised doubts as to the elements and cases which can integrate the criminal action. This research work consists of the analysis of jurisprudential evolution regarding this particular matter, in relation with different forms of participation, as well as the analysis of other issues which have arisen in this respect. Said analysis is done taking into consideration the regulation of sexual offences in the Spanish Penal Code, before and after the amendment by the LO 10/2022 of complete guarantee of sexual liberty, and legal crime theory regarding participation.

Key words: sexual liberty, sexual offence, personally committed crimes, participation, direct perpetration, commission through omission, continuing crime, concurrence of criminal offences.

ÍNDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	1
1. OBJETO DE ESTUDIO	1
2. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS.....	2
CAPÍTULO II. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	2
1. CONCEPTUALIZACIÓN	2
1.2. Bien jurídico protegido	2
1.3. Tipificación	3
2. REGULACIÓN	4
2.1. Tipificación antes de la LO 10/2022, de 6 de septiembre	4
2.1.1. <i>Las agresiones sexuales</i>	4
a. Tipo básico (art. 178 CP).....	4
b. Tipo agravado: el delito de violación (art. 179 CP)	5
c. Agravantes del art. 180 CP	5
2.1.2. <i>Los abusos sexuales</i>	5
2.2. Tipificación tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre	6
2.2.1. <i>Tipo básico (art. 178 CP)</i>	6
2.2.2. <i>Tipo agravado: el delito de violación (art. 179 CP)</i>	7
2.2.3. <i>Agravantes del art. 180 CP</i>	8
2.2.4. <i>Crítica y criterios interpretativos</i>	8
2.3. Tipificación en la Proposición de Ley para la reforma de la LO 10/2022, de 6 de septiembre	10
CAPÍTULO III. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS	11
1. TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO: EL SUJETO ACTIVO	11
2. LA AUTORÍA	12
2.1. La autoría directa o inmediata	12
2.2. La coautoría	12
2.3. La autoría mediata	13
3. LA PARTICIPACIÓN	14
3.1. La inducción	14
3.2. La cooperación necesaria	15

3.3. La complicidad	16
CAPÍTULO IV. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	17
1. REFERENCIA A LOS DELITOS DE PROPIA MANO	17
2. LA COAUTORÍA, LA COOPERACIÓN NECESARIA Y LA COMPLICIDAD .18	
2.1. La agravante de actuación conjunta	18
2.2. Antes de “La Manada”	19
2.2.1. <i>Delimitación doctrinal</i>	19
2.2.2. <i>Delimitación jurisprudencial</i>	20
a. Coautoría vs. cooperación necesaria	20
b. Referencia a la agravante de actuación conjunta	24
2.3. “La Manada” (STS 344/2019, de 4 de julio)	25
2.4. Después de “La Manada”	27
2.4.1. <i>Delimitación doctrinal</i>	28
2.4.2. <i>Delimitación jurisprudencial</i>	30
a. Con la regulación anterior a la LO 10/2022, de 6 de septiembre	30
b. Con la regulación posterior a la LO 10/2022, de 6 de septiembre	32
3. LA INDUCCIÓN Y LA AUTORÍA MEDIATA.....	34
CAPÍTULO V. PROBLEMÁTICAS EN LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	36
1. LA COMISIÓN POR OMISIÓN.....	36
1.1. Concepto	36
1.2. Delimitación doctrinal y jurisprudencial	37
2. CONTINUIDAD DELICTIVA VS. CONCURSO DE DELITOS	39
2.1. Concepto	39
2.1.1. <i>La continuidad delictiva y la unidad de acto</i>	39
2.1.2. <i>El concurso de delitos</i>	40
2.2. Delimitación doctrinal y jurisprudencial	41
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	46

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

ART: Artículo

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

LO: Ley Orgánica

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DE ESTUDIO

Los delitos sexuales, en el marco de derecho penal, siempre han sido una cuestión compleja, tanto a nivel sociológico como legislativo. Ciertamente, han recibido concepciones de lo más dispares en nuestro país: desde los orígenes con los “delitos contra la honestidad”, pasando por ser considerados ataques a la moral sexual antes de la reforma de 1989 del Código Penal, hasta la actualidad, en que la opinión generalizada es que suponen un atentado contra la libertad sexual. Más allá de la calificación que reciban, cuestiones más controvertidas han sido las relativas al consentimiento,¹ la penalidad que conllevan,² la pertinencia o impertinencia de distinguir entre abusos y agresiones sexuales, y las actuaciones conjuntas o participación en delitos de esta índole.

La STS 344/2019, de 4 de julio, más comúnmente conocida como el caso “La Manada”, ya desde el día en que ocurrieron los hechos, un 7 de julio de 2016, trasladó a las calles aquellas discusiones que parecían meramente doctrinales o jurisprudenciales. La proclamación de “no es abuso, es agresión” y el anhelo por moldear un “no es no” en un “solo sí es sí”, han desembocado en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual,³ que no ha entrado en vigor falta de críticas y propuestas de reforma.⁴

El objeto de este trabajo irá precisamente destinado a realizar un profundo análisis de una de las cuestiones más controvertidas en el marco de los delitos sexuales: la participación. Ciertamente, no sin olvidar el contexto actual en cuanto a la tipificación de esta clase de delitos, así como los hitos que más han influido en su actual regulación y consideración.

¹ Su validez, la edad mínima para prestarlo...

² No solo en cuanto a la duración de la pena privativa de libertad, sino también en cuanto a si ésta debiera ser la única pena posible y no también la de multa.

³ Monge Fernández, A., *‘Las Manadas’ y su incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 31-38

⁴ Rincón, R. y Rodríguez, J.A., “Así quedan las penas en la ‘ley del solo sí es sí’ con la reforma del PSOE”, *El País*, 6 de febrero de 2023 (disponible en <https://elpais.com/espana/2023-02-06/asi-quedan-las-penas-en-la-ley-del-solo-si-es-si-con-la-reforma-del-psoe.html>; última consulta 07/02/2023)

2. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

Para acarrear el análisis de la cuestión objeto de estudio, se seguirá una metodología centrada en la investigación e interpretación, tanto de documentos propiamente jurídicos (doctrina, leyes, códigos, sentencias judiciales...), como de aquellos de corte más académica (monografías de derecho penal), así como otros de distinta clase (revistas y artículos de prensa). La investigación tendrá el objetivo de extraer información de las piezas documentales más relevantes al respecto de la cuestión principal. Seguidamente, se procederá a un análisis e interpretación de tales documentos con el fin de obtener ideas, opiniones o conclusiones que faciliten el entendimiento de la construcción de la participación en los delitos contra la libertad sexual.

El trabajo comenzará por exponer la doctrina en materia de delitos contra la libertad sexual, haciendo una comparación entre la legislación actual tras la entrada en vigor de la LO 10/2022 y la inmediatamente anterior (Capítulo II). Posteriormente, a efectos introductorios, se plasmará la teoría jurídica relativa a la autoría y la participación delictiva (Capítulo III). Tras ello, se entrará en el fondo del asunto, con un análisis más extenso de la participación en los delitos sexuales, tomando para ello en consideración casos, sentencias, y discusiones tanto jurisprudenciales como doctrinales (Capítulo IV). Finalmente, se hará una breve mención a otras problemáticas relevantes que han surgido en este contexto, concretamente, la comisión por omisión y la continuidad delictiva en oposición al concurso de delitos (Capítulo V).

CAPÍTULO II. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

1. CONCEPTUALIZACIÓN

1.2. Bien jurídico protegido

Los delitos sexuales se encargan de proteger la libertad,⁵ concretamente la sexual, en aquellos casos en que se actúa en contra de la voluntad sexual de la víctima o se

⁵ La consideración de libertad sexual como parte de la esfera de la libertad individual, y como el verdadero bien jurídico protegido por los delitos sexuales, fue primeramente defendida por la doctrina de Díez

involucra en actos sexuales a personas que no tienen la capacidad de formar esa voluntad (menores o incapaces).⁶ De manera añadida, se pretende proteger la integridad física de la víctima.⁷

No obstante, parte de la doctrina considera que el bien jurídico protegido en el caso de menores o incapaces no puede ser la libertad sexual, ya que no gozan de libertad *per se* y, por tanto, sería más procedente hablar de indemnidad o intangibilidad sexual.⁸ En efecto, “delitos contra la libertad e indemnidad sexual” era la rúbrica que encabezaba el título de los delitos sexuales hasta la última reforma del Código Penal.⁹

1.3. Tipificación

Los delitos contra la libertad sexual se encuentran enmarcados en el Título VIII del Código Penal bajo la rúbrica “delitos contra la libertad sexual”. Dentro de este título, el análisis se centrará en los delitos incluidos en el actual Capítulo I “de las agresiones sexuales”.¹⁰ Resulta relevante hacer mención a la reforma reciente de este título del Código Penal, a raíz de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual,¹¹ comúnmente conocida como la Ley del “solo sí es sí”.¹² En líneas generales, la Ley Orgánica ha modificado la categorización tradicional de los delitos sexuales eliminando la categoría de “abusos sexuales” y dejando únicamente la de “agresiones sexuales”. Asimismo, el legislador, por primera vez, ha elaborado una definición del consentimiento en el marco de estos tipos delictivos.

Ripollés (vid. Díez Ripollés, J.L., *La protección de la libertad sexual: Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 15 y ss.)

⁶ Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal -Estudios-* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 955 y ss.

⁷ Concretamente cuando los actos sexuales indeseados involucran violencia o agresión (vid. Morales Prats, F. y García Alberó, R., “Capítulo I. De las agresiones sexuales [arts. 178 a 180]” en Morales Prats, F. (7ª ed.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I y II* (7ª ed.), Aranzadi (consultado en ProView), Pamplona, 2016, RL-1.43)

⁸ Muñoz Conde, F., Berdugo Gómez de la Torre, I. y García Arán, M., *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 19 y ss.

⁹ Código Penal (modificación publicada el 01/05/1999)

¹⁰ Código Penal, Capítulo I, Título VIII

¹¹ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE 7 de septiembre de 2022)

¹² BBC News Mundo, “Solo sí es sí: en qué consiste la nueva y polémica ley de consentimiento sexual en España”, *BBC News Mundo*, 26 de agosto de 2022 (disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-62694510>; última consulta 29/01/2023)

Objeto de múltiples críticas desde su propuesta,¹³ la LO 10/2022 ha supuesto un cambio radical en la regulación de los delitos contra la libertad sexual, lo cual hace conveniente, previo análisis, realizar una comparativa con la tipificación anterior.

2. REGULACIÓN

2.1. Tipificación antes de la LO 10/2022, de 6 de septiembre

Con anterioridad a la reforma, los tipos delictivos se encuadraban en el Título VIII denominado “delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, repartidos en el Capítulo I “De las agresiones sexuales” y Capítulo II “De los abusos sexuales”,¹⁴ distinción relevante y ahora inexistente.

2.1.1. Las agresiones sexuales

La diferencia básica entre las agresiones y los abusos sexuales radicaba en el medio comisivo. Los hechos se podían calificar como agresión sexual en el momento en que mediara violencia (*vis física*) o intimidación (*vis compulsiva*) en el atentado contra la libertad sexual de la víctima. Además, la mayor parte de la doctrina coincidía en que bastaba con que tal violencia o intimidación fueran lo suficientemente idóneas para alcanzar la consecución del delito, sin tener que ser desmesuradas.¹⁵

a. Tipo básico (art. 178 CP)

El precepto castigaba a “*el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación...*”. La penalidad asignada a este tipo delictivo era prisión de uno a cinco años,¹⁶ pena mayor a la de los abusos por suponer, adicionalmente, una vulneración de la integridad física o “atentado” contra el bien jurídico protegido.¹⁷

¹³ Manzanares Samaniego, J.L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, *Diario La Ley*, n. 10143, 2022.

¹⁴ Código Penal (modificación publicada el 01/05/1999)

¹⁵ Monge Fernández, A., ‘*Las Manadas*’ y su incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-80

¹⁶ Código Penal, artículo 178 (modificación publicada el 23/06/2010)

¹⁷ Morales Prats, F. y García Albero, R., “Capítulo I. De las agresiones sexuales [arts. 178 a 180]” en Morales Prats, F. (7ª ed.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I y II* (7ª ed.), Aranzadi (consultado en ProView), Pamplona, 2016, RL-1.43

b. Tipo agravado: el delito de violación (art. 179 CP)

El delito de violación se concibe como una agresión sexual agravada, pues comparte todos los elementos del tipo, pero con un añadido, que 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...”. La pena en este caso era de seis a doce años de prisión,¹⁸ de las penalidades más severas del código, teniendo en cuenta que el marco penal asignado al homicidio es de diez a quince años.¹⁹

c. Agravantes del art. 180 CP

El artículo 180 del Código Penal incluía un listado de circunstancias agravantes comunes para los tipos delictivos anteriores, aunque con un aumento distinto de la penalidad: de cinco a diez años en el caso del art. 178 y de doce a quince en el del art. 179. En total había cinco, aunque cabe hacer especial mención a una en concreto: “cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”,²⁰ que será objeto de análisis posteriormente.

2.1.2. Los abusos sexuales

Los abusos sexuales fueron objeto de una profusa regulación, aunque ahora se haya suprimido como categoría. Se caracterizaban por la inexistencia o vicio del consentimiento, pero en casos en los que no hubiera intervenido violencia o intimidación. De este modo, se clasificaban esencialmente en tres categorías: el tipo básico (antiguos arts. 181.1 y 2 CP), un tipo de prevalimiento (antiguo art. 181.3) y el “abuso fraudulento”, únicamente para casos en que la víctima fuera mayor de 16 y menor de 18 años (antiguo art. 182.1 CP). El tipo básico se caracterizaba por una *ausencia* de consentimiento, bastando por tanto un consentimiento, aunque fuera tácito, por parte de la víctima para que la conducta fuera atípica.²¹ El artículo 181 en su segundo apartado mencionaba

¹⁸ Código Penal, artículo 179 (modificación publicada el 26/11/2003)

¹⁹ Código Penal, artículo 138

²⁰ Código Penal, artículo 180 (modificación publicada el 05/06/2021)

²¹ Siempre referido a víctimas mayores de 16 años.

expresamente en qué casos se consideraba que no había consentimiento, incluyendo víctimas privadas de sentido (en coma o dormidas), aquellas que sufran de un trastorno mental, o víctimas de una “sumisión química”. Por su parte, el abuso por prevalimiento se caracterizaba por un *vicio* en el consentimiento, concretamente a causa de que el sujeto activo se aprovechara de una situación de superioridad con respecto a la víctima, que revistiera la “entidad suficiente” para conseguir doblegar la voluntad de aquélla. Por último, el “abuso fraudulento” concurría cuando mediaba engaño o prevalimiento, además de la característica de la edad concreta en el sujeto pasivo.

En comparación con las agresiones sexuales, los abusos recibían un castigo inferior: prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses,²² por no existir esa circunstancia cualificada de la agresión a la víctima. No obstante, también se preveían una serie de supuestos agravados: aquellos casos en que hubiera “acceso carnal”, concurrieran la especial vulnerabilidad de la víctima o prevalimiento/parentesco (antiguos arts. 181.4 y 5, 182.2 CP).²³

Como se ha podido observar, antes de la reforma el legislador creyó conveniente hacer una distinción entre abuso y agresión sexual, como hechos delictivos autónomos y con diferencias penológicas, pero la LO 10/2022 entiende agresión cualquier conducta sexual llevada a cabo sin consentimiento²⁴ y así se ha reflejado en el Código Penal.

2.2. Tipificación tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre

Como mencionado con anterioridad, el mayor impacto de la reforma al Código Penal por parte de la Ley Orgánica 10/2022 ha sido la supresión de la diferencia entre agresiones y abusos, dejando únicamente la categoría de agresión sexual. Con esto, la actual redacción del Título VIII quedaría de la siguiente manera:

2.2.1. Tipo básico (art. 178 CP)

²² Código Penal, artículo 181.1 (modificación publicada el 23/06/2010)

²³ Monge Fernández, A., *‘Las Manadas’ y su incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 215-216

²⁴ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE 7 de septiembre de 2022), Preámbulo III

El actual artículo 178 CP establece una prisión de uno a cuatro años a “*el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*”, recibiendo la calificación de agresión sexual. Un aspecto muy polémico de la nueva redacción del precepto sería lo que estipula a continuación: “*Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*” Algunos autores consideran que esta definición expresa del consentimiento podría poner en riesgo la presunción de inocencia protegida bajo el art. 24.2 CE, cuestión en la que se profundizará más adelante.

Por otro lado, el segundo apartado del artículo hace mención expresa a las circunstancias que, en caso de concurrir, convertirán necesariamente los hechos en agresión sexual: “*violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.*” Se puede observar que el legislador se ha dedicado a unificar las circunstancias que hasta la fecha calificaban los hechos de agresión sexual (violencia o intimidación) y las del abuso sexual.

Por último, se ha incorporado la posibilidad de que el tribunal aplique la pena inferior en grado en atención a las circunstancias del caso (art. 178.3 CP).

2.2.2. Tipo agravado: el delito de violación (art. 179 CP)

Por su parte, el delito de violación contenido en el artículo 179 ha mantenido su redacción anterior, y sigue siendo considerado como una agresión sexual agravada, en el momento en que haya penetración o introducción de miembros u objetos, pero con un cambio en su penalidad: prisión de cuatro a doce años. Así, se puede observar que ha habido una reducción relevante en el mínimo del marco penal (antes seis, ahora cuatro años),²⁵ con la consiguiente reducción de penas e incluso excarcelación de agresores sexuales convictos conforme a la antigua ley.²⁶

²⁵ Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*

²⁶ Escrivá, A. y Lozano, A., “Leopoldo y los otros 31 violadores excarcelados por la ley del ‘solo sí es sí’”, *El Mundo*, 28 de enero de 2023 (disponible en

2.2.3. *Agravantes del art. 180 CP*

Las agravantes aplicables a los tipos anteriores quedan prácticamente intactas, con algunas salvedades. Por un lado, de nuevo, un cambio en la penalidad: de dos a ocho años en el caso del tipo básico y de siete a quince para las violaciones. Además, se añaden dos circunstancias agravantes: violencia de género, es decir, el carácter de mujer en la víctima (art. 180.1. 4ª CP) y la “sumisión química” (art. 180.1. 7ª CP).

Los artículos 181 y siguientes se encuadran dentro de un nuevo Capítulo II “de las agresiones a menores de dieciséis años”, tratando lo que antes se concebía como “indemnidad sexual”, casos en que se atenta contra la sexualidad de menores sin mediar consentimiento o con éste viciado. Así, se suprimen completamente los preceptos anteriormente dedicados a los abusos sexuales.

2.2.4. *Crítica y criterios interpretativos*

La Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual ha sido objeto de críticas severas, incluso desde su Anteproyecto. Parte de la doctrina considera que no supone un avance positivo en la legislación española, a pesar de estar bienintencionada. Los cambios más relevantes, como expuesto anteriormente, han sido la unificación de todo tipo de actos sexuales in consentidos bajo la agresión sexual, su enfoque hacia la protección de la mujer como víctima (*vid.* art. 180.1.4ª CP), y la introducción de una definición de “consentimiento”. Los efectos que está teniendo la aplicación de la nueva ley no parecen estar siendo los pretendidos; principalmente dificultades procesales y la reducción de penas a convictos, antes mencionada.

En primer lugar, la unificación en agresiones sexuales de todas las posibles vulneraciones a la libertad sexual está siendo recibida por parte de la doctrina como excesiva, teniendo en cuenta que la unificación se ha producido hacia el tipo más grave. Asimismo, la calificación conceptual parece no ser la más acertada, pues el término “agresión” parece exigir que medie algún tipo de violencia, física o psíquica, en la

<https://www.elmundo.es/cronica/2023/01/28/63d41c36e4d4d820298b45af.html>; última consulta 29/01/2023)

comisión del delito y, de acuerdo con la reforma, ya no es el caso. El hecho de elevar a lo más grave todo tipo de acto sexual cometido sin la voluntad de la víctima, podría acarrear, llevándolo a un extremo, la equiparación de una agresión sexual *stricto sensu* con, por ejemplo, un tocamiento indeseado. Esto, a su vez, conlleva la calificación de “agresor sexual” a todo sujeto activo, independientemente de la gravedad de su conducta.

Por otro lado, cuestión más polémica ha sido la expresión en la norma de una definición de consentimiento, lo cual nunca había estado presente en el Código Penal ni parece encontrar su amparo en el derecho comparado, pues es algo que se venía acotando en el ámbito procesal. La exigencia de una falta de consentimiento se configura como un elemento negativo del tipo que implicaría para la acusación demostrar, en el caso concreto, la efectiva ausencia de éste en el ínterin de las relaciones sexuales. No obstante, podría acarrear el peligro de precisamente lo contrario: que sea el propio acusado el que deba demostrar que sí hubo consentimiento, claramente prestado, lo cual supondría una inversión de la carga probatoria, contrariando el art. 24 CE. A mayor abundamiento, la definición de consentimiento otorgada en el tipo ha dado lugar a dudas interpretativas, no pareciendo suficiente la enumeración abierta que ofrece el art. 178.2 CP de casos en que se entenderá “*en todo caso*” que no media consentimiento.²⁷

En este sentido, resulta pertinente tener en consideración lo dispuesto en la Circular 1/2023 de la Fiscalía, que establece criterios a seguir por el Ministerio Fiscal tras la reforma, ya que podrían ayudar a esclarecer algunas dudas interpretativas. En primer lugar, se establece que no debe entenderse que la definición de consentimiento en el art. 178.1 CP implique inversión de la carga probatoria, siendo éste un elemento más del tipo que deberá probarse de acuerdo con los principios procesales y constitucionales. Asimismo, ofrece criterios para interpretar la existencia o ausencia de consentimiento en situaciones ambiguas: el sujeto pasivo debe realizar algún acto comunicativo afirmativo de su voluntad de mantener las relaciones sexuales (por lo que la actitud pasiva o el silencio se entenderán como ausencia de consentimiento), y el sujeto activo debe haber actuado diligentemente en recabar el consentimiento de la otra parte. En este sentido, la jurisprudencia ofrece ejemplos, tales como convencer a la víctima del uso de preservativo

²⁷ Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*

siendo esto incierto o el profesional sanitario que se excede en la exploración del sujeto pasivo que solo la había consentido con fines médicos.²⁸

A pesar de la buena intención de la reforma, que no es más que garantizar la mayor protección de la mujer frente a este tipo de agresiones,²⁹ en líneas generales, un amplio sector de la doctrina la percibe como precipitada, pobre en técnica legislativa, y reclama una reforma que consiga erradicar las problemáticas que suscita.³⁰

2.3. Tipificación en la Proposición de Ley para la reforma de la LO 10/2022, de 6 de septiembre

En efecto, las críticas y preocupación generalizadas con respecto a la nueva normativa de delitos sexuales han tenido como resultado el registro de una Proposición de Ley por parte del Grupo Socialista, cuyo objeto es reformar la referida LO 10/2022 en algunas cuestiones relevantes.

El cambio esencial radica en la elevación del marco penal en los casos en que medie violencia o intimidación en la agresión sexual, o bien la víctima “tenga anulada por cualquier causa su voluntad”. Esto vendría recogido en el artículo 178.3 CP, con una pena de uno a cinco años de prisión, en el caso de agresiones sexuales sin penetración. Por su parte, el anterior apartado 3 quedaría configurado como un nuevo apartado (art. 178.4 CP), por lo que se mantendría el tipo atenuado, pero no teniendo cabida aplicar dicha atenuación si se dieran las circunstancias del apartado 3. Asimismo, se aumentaría el marco penal asignado a la violación en el caso de que concurriesen las circunstancias mencionadas, castigándose con una pena de seis a doce años de prisión en un nuevo apartado (art. 179.2 CP).

La reforma también pretende corregir algunas cuestiones relativas a delitos sexuales con víctimas menores de 16 años (principalmente, se recupera el marco penal

²⁸ Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, pp. 16 y ss.

²⁹ Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*

³⁰ Iglesias Canle, I.C., “Libertad sexual y violencia sexual”, *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 293

anterior) y adecuar los artículos 180 y 181 a la nueva redacción de las agresiones sexuales a mayores de 16 años.

La exposición de motivos de esta Proposición de Ley proclama su firmeza en el mantenimiento de la unificación de abusos y agresiones sexuales, así como la definición de consentimiento.³¹

CAPÍTULO III. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS

1. TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO: EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del delito se configura como un elemento más del tipo. El Código Penal, en su parte especial, determina quién o quiénes pueden cometer un hecho delictivo y, por tanto, ser merecedores de imputación de la conducta y de la pena asignada al delito concreto. En este sentido, cabe hacer una distinción entre “autoría” y “participación”, pues en función de la conducta llevada a cabo y de la manera de intervención en la consumación del delito, el sujeto recibirá una u otra calificación, relevante por la diferencia de penalidad que puede existir entre ambas.³²

Parte de la doctrina (Díez Ripollés) establece la distinción entre autor y participe por el grado de realización de la conducta antijurídica, de manera que autor sería el que realice (directa o indirectamente) todos o parte de los elementos del tipo, y participe sería un mero colaborador en la realización de la conducta antijurídica.³³ No obstante, otro sector de la doctrina (Muñoz Conde, García Arán) establece la distinción según quién tenga el dominio funcional del hecho. De acuerdo con esta teoría, el autor es el que ostenta el dominio del hecho o, en otras palabras, aquel que toma las decisiones fundamentales para la ejecución del hecho delictivo, y participe sería aquel que interviene en ese hecho delictivo dominado por el autor.³⁴

³¹ Proposición de Ley Orgánica para la modificación de la Ley Org. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Org. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 6 de febrero de 2023

³² Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 139

³³ Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal Español Parte General* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 375

³⁴ Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General* (11ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 400

Al margen de la concepción jurídica que se adopte, lo que aquí compete es aclarar cuáles son los elementos, de acuerdo con el Código Penal y la doctrina dominante, que convierten a un sujeto activo en autor o en un mero partícipe, importante para el posterior análisis de la participación delictiva concreta en los delitos contra la libertad sexual.

2. LA AUTORÍA

“*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.*” El artículo 28 del Código Penal nos proporciona así el concepto legal de autoría. La alusión al término “realizan” nos reafirma de nuevo lo que caracteriza a un autor, y es que realice, *ejecute*, el hecho antijurídico.³⁵ Pero lo especialmente relevante del precepto es que hace una distinción dentro de la propia categoría de autoría:

2.1. La autoría directa o inmediata

“*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos...*”³⁶ La autoría directa se caracteriza por una ejecución del delito de manera autónoma, sin ningún otro interviniente.³⁷ El autor directo o inmediato ejecuta el hecho directamente, sin auxilio ni cooperación por parte de terceros. Por razones evidentes, esta calificación no ofrece problemas en cuanto a la atribución de responsabilidad o el tipo de acción.

2.2. La coautoría

“*Son autores quienes realizan el hecho... conjuntamente...*”³⁸ Otra forma de autoría sería, precisamente, la conjunta, es decir, dos o más personas. La coautoría viene caracterizada principalmente por dos elementos: en primer lugar, la co-ejecución del hecho delictivo³⁹ y, en segundo lugar, lo que se conoce como “la teoría del acuerdo previo”, o lo que es lo mismo, que todos los coautores tengan la voluntad (elemento

³⁵ Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal Español...*, *op. cit.*, p. 386

³⁶ Código Penal, artículo 28

³⁷ Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal Español...*, *op. cit.*, p. 387

³⁸ Código Penal, artículo 28

³⁹ Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 142

subjetivo) de cometer el delito. Así, si alguno de los coautores se excede de lo acordado, no habrá coautoría respecto al exceso.⁴⁰

Aquí la problemática surge del hecho de que ese “acuerdo previo” no tiene en cuenta en qué medida ha colaborado cada coautor en la ejecución del hecho. Resulta clara la cuestión de que los coautores intervienen solo parcialmente, ninguno realiza por sí solo todos los elementos del tipo,⁴¹ pero pueden surgir conflictos según las circunstancias del caso; por ejemplo, cuando uno de los coautores realiza más actos de los acordados, casos en que inicialmente solo hay un autor ejecutando los hechos y posteriormente se unen más personas consumando el delito conjuntamente...En este sentido, especial mención merecen las problemáticas que surgen en aquellas situaciones en que hay un reparto de tareas (pluralidad de hechos y personas), como puede suceder en los delitos sexuales (uno penetra, otro sujeta, otro intimida...), y aquellas circunstancias delictivas en que hay algún elemento de omisión (de nuevo, la persona que se dedica meramente a presenciar e intimidar en los delitos sexuales),⁴² pues estas cuestiones serán objeto de análisis posterior.

2.3. La autoría mediata

“*Son autores quienes realizan el hecho...por medio de otro del que se sirven como instrumento.*”⁴³ El último subtipo dentro de la autoría sería la mediata. En este caso también se produce la intervención de más de una persona, pero es distinto a la coautoría pues el autor que denominamos “instrumento” no actúa de acuerdo con su propia voluntad. Al único que podríamos realmente calificar como autor sería al comúnmente denominado “hombre de atrás”, es decir, aquél que utiliza al “instrumento” para cometer el hecho delictivo,⁴⁴ normalmente engañándolo o coaccionándolo, física o psíquicamente. De esta manera, la jurisprudencia considera que el único autor imputable es el autor mediato, pues es el que verdaderamente comete el hecho delictivo, aunque sea sirviéndose

⁴⁰ Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal Español...*, *op. cit.*, pp. 378-398

⁴¹ Nos encontraríamos entonces en la autoría directa o inmediata y no en una coautoría.

⁴² Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *op. cit.*, pp. 142-143

⁴³ Código Penal, artículo 28

⁴⁴ Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal Español...*, *op. cit.*, pp. 388-389

de otra persona para ejecutar los actos materiales. Normalmente, el autor instrumental no es responsable penalmente pues se estaría dando un caso de ausencia de acción.⁴⁵

3. LA PARTICIPACIÓN

“La participación consiste en contribuir a la conducta de los autores.” La participación viene caracterizada por esa “contribución”, ese elemento de accesoriedad, dependiendo así del autor para la consecución del hecho delictivo. De manera similar a la coautoría, la participación se da siempre y cuando haya una cooperación autor-partícipe en la ejecución del hecho (elemento objetivo) y un acuerdo de voluntades entre ambos (elemento subjetivo).⁴⁶ Precisamente, es por ello por lo que no se admite la participación imprudente;⁴⁷ el partícipe debe tener la voluntad de participar, cooperar o auxiliar en la comisión del delito. No obstante, cabe apuntar que sí cabe la forma de participación omisiva.⁴⁸

El Código Penal distingue entre tres tipos de participación: la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. Aunque materialmente puedan resultar muy similares y todos sean, al fin y al cabo, formas de participación delictiva, es conveniente establecer una distinción entre ellas por la distinta penalidad que les asigna la ley.⁴⁹

3.1. La inducción

“*También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*” El artículo 28 CP sitúa a los inductores en la misma posición de los autores, pues recibirán una penalidad equiparada a la de aquellos.⁵⁰

El Tribunal Supremo ha declarado que el inductor, para ser considerado como tal, debe “hacer nacer en otra persona la voluntad criminal que no tenía.”⁵¹ Por tanto, la

⁴⁵ Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 143

⁴⁶ Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal Español...*, *op. cit.* pp. 403-405

⁴⁷ No obstante, existe doctrina que sí la acepta (*Ibid*, pp. 424-426)

⁴⁸ Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 144

⁴⁹ Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 409 y ss.

⁵⁰ Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 144

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 949/2016, de 15 de diciembre [versión electrónica – base de datos VLEX. Ref. 656593321].

inducción consiste precisamente en conseguir que otra persona (el inducido) cometa un hecho antijurídico que, sin esa inducción, no habría cometido. Se considera que la inducción debe lograrse a través de medios psíquicos⁵² (intimidación, mandato, consejo, promesa) o a través de precio o recompensa. En definitiva, el inductor debe hacer uso de cualquier medio que sea idóneo y *eficaz* para convencer al inducido y que éste lleve a cabo la conducta típica. Además, se requieren una serie de requisitos adicionales, tales como que la inducción sea anterior a la comisión del delito, que el inductor haya, al menos, comenzado su ejecución, y que la inducción *per se* vaya dirigida a persona concreta y se haga con dolo (tanto de inducir como de que se ejecute el delito).⁵³

3.2. La cooperación necesaria

*“También serán considerados autores: b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”*⁵⁴ En el caso de los cooperadores necesarios sucede lo mismo que con los inductores, el Código Penal los eleva a categoría de autor a efectos de penalidad.

Por su parte, la cooperación necesaria se fundamenta, como cualquier clase de participación, en una colaboración para cometer el delito, pero para ser calificado como tal, esa colaboración debe ser cualificada o una “aportación indispensable” para la consumación de la conducta antijurídica.⁵⁵

Esta categoría ha sido objeto de profunda crítica doctrinal y se han elaborado diversas teorías para explicar el fundamento de su cualificación con respecto a la complicidad. Por una parte, nos encontramos la teoría causal de la equivalencia de las condiciones, basada en la idea de que la actuación del cooperador es una *conditio sine qua non*, es decir, que, sin su auxilio, el delito no podría consumarse. Y, por otra parte, tenemos la teoría de los bienes escasos, según la cual, la participación indispensable del cooperador necesario se fundamenta en el hecho de que, para la comisión del delito,

⁵² Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal Español...*, *op. cit.*, p. 408

⁵³ Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 144

⁵⁴ Código Penal, artículo 28

⁵⁵ Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 144-145

aporta medios comisivos (físicos o psíquicos) que no cualquiera podría aportar, que son escasos, otorgándole entonces esa calificación de “esencial” en la ejecución del tipo.

Tampoco es infrecuente la confusión entre la cooperación necesaria y la coautoría. Debido a estas problemáticas, la doctrina (Díez Ripollés) ha establecido un criterio general que permite hacer una distinción apropiada entre la cooperación necesaria y las demás formas de intervención en los delitos: si, atendiendo a las circunstancias del caso (haciendo una valoración *ex ante*), se puede determinar que existe un nexo causal claro entre la contribución del partícipe y la comisión del delito, y que dicha contribución tiene carácter esencial para su ejecución, nos encontramos ante una cooperación necesaria.⁵⁶

3.3. La complicidad

La última categoría participativa nos la ofrece el artículo 29 del Código Penal: *“Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.”*

Pese a la dificultad que supone distinguir la complicidad de otras categorías, tales como la coautoría o la cooperación necesaria, tanto jurisprudencia como doctrina coinciden en que la complicidad se basa en tener un papel secundario en todo lo relativo a la conducta antijurídica. Como cualquier otro tipo de participación, el cómplice coopera en la comisión, pero su aportación no es esencial; se trata de una aportación de menor importancia, secundaria, que, de nuevo, podrá hacerse por acción u omisión, a través de medios materiales o morales. La cuestión fundamental para distinguirla del resto de modalidades radica en que la actuación del cómplice no sea trascendental para la consumación del tipo, es decir, que el delito pudiera cometerse igualmente independientemente de su intervención y que en ningún momento tenga el dominio de la conducta penal.⁵⁷

Con todo, las distinciones discutidas no tienen únicamente una trascendencia doctrinal, o desde el punto de vista de la teoría jurídica del delito, sino fundamentalmente a efectos de penalidad. Mientras el art. 61 CP nos indica que las penas establecidas en los

⁵⁶ Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal Español...*, *op. cit.*, pp. 413-417

⁵⁷ Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 414 y 415

delitos se asignan a los autores correspondientes (estando incluidos a estos efectos los inductores y cooperadores necesarios)⁵⁸, el art. 63 establece: “*a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito.*”⁵⁹ Indudablemente, para el acusado, que se le califique de cómplice en vez de cualquier otra modalidad participativa o autora será una cuestión de suma importancia. Concretamente, como se analizará a continuación, en los delitos sexuales, la distinción entre coautoría, cooperación necesaria y complicidad ha supuesto un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, con la consecuente disparidad de penas en algunos casos.

CAPÍTULO IV. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Existe una discusión latente respecto a las formas participativas que admite la comisión de los delitos contra la libertad sexual. Con carácter general, se admiten la autoría, la cooperación necesaria y la complicidad, aunque el carácter distintivo de la intervención en unas y otras también ha sido objeto de debate.⁶⁰ Por el contrario, la inclusión de la inducción y la autoría mediata en la comisión de un delito sexual no ha sido tan evidente.

El punto de partida parece encontrarse en la naturaleza de los delitos sexuales como delitos de propia mano, consideración generalmente aceptada en la doctrina,⁶¹ pero cuya interpretación ha dado lugar a posturas dispares en lo referido a la participación en este tipo de delitos.

1. REFERENCIA A LOS DELITOS DE PROPIA MANO

Los delitos de propia mano aparecen en aquellos delitos en que la acción y el sujeto activo están estrechamente vinculados. Se configuran como un tipo de delitos especiales en atención a la conducta, pues son aquellos que están condicionados por la

⁵⁸ Código Penal, artículo 28

⁵⁹ *Ibid.*, artículo 63

⁶⁰ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal Parte Especial* (24ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 248 y ss.

⁶¹ Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal...op. cit.*, pp. 967 y ss.

forma en la que el tipo describe la conducta a realizar. De esta forma, la naturaleza de la conducta típica determina quien puede ser autor material del delito en cuestión, pues solo lo podrá ser aquél que haya realizado la conducta concretamente descrita. Estas conductas suelen consistir, bien en un contacto corporal con la víctima (por ejemplo, delito sexual), bien en la realización personal de la conducta (por ejemplo, delito de conducción temeraria).⁶²

Como se verá en los apartados siguientes, la interpretación más o menos restrictiva de los delitos sexuales como delitos de propia mano dará lugar a la inclusión de un mayor o menor número de supuestos en la conducta típica,⁶³ lo que determinará, a su vez, la consideración de una forma participativa u otra en función de la conducta realizada por el sujeto activo.

2. LA COAUTORÍA, LA COOPERACIÓN NECESARIA Y LA COMPLICIDAD

2.1. La agravante de actuación conjunta

El artículo 180 CP ofrece un listado de agravantes específicas, aplicables a los delitos de los artículos 178 y 179 CP. En particular, cabe destacar la primera de ellas: “*1ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*” Esta agravante es de aplicación imperativa para el juez (“*Las anteriores conductas serán castigadas (...) cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias...*”) y supone el incremento del marco penal tanto cuando concurra en el contexto de una agresión sexual (de dos a ocho años de prisión), como en el de una violación (de siete a quince años de prisión).⁶⁴

En el texto original de nuestro actual Código Penal ya estaba prevista esta agravante específica, pero requería la intervención de “*tres o más personas actuando en grupo*”.⁶⁵ Con la reforma de la LO 11/1999, de 30 de abril, se modificó la redacción a la que se encuentra vigente actualmente, exigiendo únicamente la intervención de “*dos o*

⁶² Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General* (8ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 287

⁶³ Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal...op. cit.*, pp. 967 y ss.

⁶⁴ Código Penal, artículo 180.1

⁶⁵ Código Penal (texto original, publicado el 24/11/1995), artículo 180.2ª

más personas”,⁶⁶ con el fin de que la agravante pudiera abarcar un mayor número de supuestos.

La creación de esta agravante específica responde a razones político-criminales, pues se entiende que la existencia de más de un interviniente en actos no consentidos de índole sexual ahonda el sentimiento intimidatorio y degradante en la víctima. A pesar de haber consenso sobre la razón de ser de esta agravación, ha habido discordancia respecto de su interpretación y aplicación,⁶⁷ cuestión en la que se profundizará en los apartados siguientes.

2.2. Antes de “La Manada”

2.2.1. Delimitación doctrinal

Con la regulación anterior, y antes de la sentencia del caso “La Manada”, existía discusión en la doctrina respecto a los casos en que debía apreciarse una coautoría y aquellos en los que debía apreciarse una cooperación necesaria, incluso una complicidad.

Parte de la doctrina (Muñoz Conde) consideraba que había coautoría cuando uno de los sujetos activos se dedicaba a infligir la violencia o intimidación⁶⁸ en la víctima (sujetándola o amenazándola), para que el otro pudiera realizar el contacto sexual (tipo básico) o acceder carnalmente (violación). Este sector doctrinal partía de considerar que la acción típica de los delitos sexuales estaba conformada, no solo por el contacto corporal con la víctima (por su naturaleza de delito de propia mano) sino también por la violencia e intimidación. Por esta razón, en tanto el sujeto activo realizara alguno de los elementos de la conducta típica (fuera el contacto sexual, fuera la violencia o intimidación, o ambas) debía ser considerado autor o coautor.⁶⁹ En cambio, otro sector de la doctrina (Orts Berenguer) era defensor de que autor sería únicamente aquel que ejerciese el contacto

⁶⁶ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal (BOE 1 de mayo de 1999)

⁶⁷ Rebollo Vargas, R. *et al.*, *Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I). Delitos contra las personas* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1143-1144

⁶⁸ Ha de tenerse en cuenta que en este momento estaba vigente la regulación anterior de delitos sexuales, en que para existir una agresión sexual se exigía violencia o intimidación.

⁶⁹ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal Parte Especial* (21ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 194 y ss.

sexual con la víctima, por lo que si la violencia o intimidación no era ejercida por el sujeto activo sino por un tercero, este sería cómplice o cooperador necesario, pero no coautor. Este otro sector doctrinal parte de considerar que la acción típica solo está conformada por el contacto corporal lascivo, y solo aquel que lo realice podrá ser autor, pues la violencia e intimidación, aun siendo elementos del tipo, se consideran meros complementos de la acción.⁷⁰

Trasladando las consideraciones anteriores a la agravante de actuación conjunta, el sector de Muñoz Conde la concebía desde la teoría de la coautoría, en el sentido de que no requiere que las “dos o más personas” que actúan conjuntamente realicen el contacto sexual con la víctima, procediendo su aplicación a cualquiera de los coautores de esa actuación conjunta (tanto a los que ejercieran el contacto sexual como a los que se limitaran a intimidar o agredir al sujeto pasivo).⁷¹ El sector de Orts Berenguer coincidía en que la agravante no exige que todos los participantes tengan contacto lascivo con la víctima, sino simplemente que los intervinientes colaboren en que se produzca la agresión sexual. Esta parte aboga pues por una *colaboración*, más que por una coautoría.

En conclusión, según la primera línea de razonamiento (Muñoz Conde), en una agresión sexual conjunta tendríamos en todo caso coautores, independientemente de que su participación consistiera en contacto sexual con la víctima o no y, de acuerdo con la segunda tesis (Orts Berenguer), cada interviniente sería autor de su agresión sexual (del propio contacto corporal o acceso carnal) y cooperador necesario de la de los demás, aplicándose a cada delito la agravante de actuación conjunta. Como se desarrollará más adelante, esta última formulación encontró controversia pues la aplicación de la agravante a un delito imputado a título de cooperador necesario se vio que podía suponer una vulneración del principio *non bis in ídem*.⁷²

2.2.2. Delimitación jurisprudencial

a. Coautoría vs. cooperación necesaria

⁷⁰ Orts Berenguer, E., “Lección XI. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales” en González Cussac, J.L. (5ª ed.), *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 173 y ss.

⁷¹ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal...*, 2017, *op. cit.*, pp. 199-200

⁷² Orts Berenguer, E., “Lección XI...”, 2016, *op. cit.*, p. 186

Del mismo modo en que hubo discusiones doctrinales al respecto de la diferenciación entre coautoría y cooperación necesaria en los delitos sexuales cometidos por varias personas, también hubo disparidad en las resoluciones jurisprudenciales anteriores al caso de “La Manada”. De nuevo, el debate tomó como punto de partida la consideración de los delitos sexuales como delitos de propia mano. En función del tratamiento que reciba el delito de agresión sexual o violación en este sentido, tendremos dos posibilidades: (1) considerar que es un delito de propia mano en sentido amplio, en cuyo caso cabría la autoría aun cuando no se tenga contacto sexual o acceso carnal con la víctima y (2) considerar que es un delito de propia mano *stricto sensu*, en cuyo caso solo cabría autoría cuando exista ese contacto sexual o acceso carnal y, por tanto, aquel que únicamente ejerza la violencia o intimidación propia quedaría calificado como cooperador necesario.

Inicialmente, el Tribunal Supremo parecía ser más partidario de la primera tesis. La STS 1903/1994, de 2 de noviembre, haciendo uso de jurisprudencia anterior, concluye que el ejercicio de la violencia o intimidación en una violación es suficiente para apreciar autoría: “*toda cooperación necesaria en el momento de la ejecución (por lo tanto, en el delito de violación el ejercicio de la violencia que permite el acceso carnal por parte de otro) constituye una manifestación del dominio del hecho y, consecuentemente, de la autoría en sentido estricto.*” Esto aplicaría igualmente tanto en un supuesto de intercambio de roles (un individuo ejerce la violencia sobre la víctima mientras el otro la penetra y viceversa),⁷³ como en el de reparto de papeles (un individuo ejerce la violencia y el otro la penetra, sin alternatividad). Esto último se ve reflejado en la STS 803/1999, de 24 de mayo, más comúnmente conocido como el caso Alcàsser, que estableció lo siguiente: “*se atribuye al procesado, hoy recurrente, una intervención en los hechos no sólo imprescindible para que se cometiesen los tres asesinatos y las tres violaciones de los que el Tribunal de instancia le ha considerado cooperador necesario, sino constitutiva de una verdadera autoría material por haber tenido en todo momento el dominio funcional del hecho.*” En este caso, la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Valencia, a la luz de los hechos constatados, consideró al procesado

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1903/1994, de 2 de noviembre [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 1994\8386] Fecha de la última consulta: 12 de marzo de 2023. FJ 3

cooperador necesario de tres violaciones en lugar de un coautor. El razonamiento de la Audiencia Provincial se basaba en que el acusado no penetró a las víctimas de dichas violaciones en ningún momento, sino que se limitó a presenciarlas y a sujetarlas mientras el otro sujeto activo accedía carnalmente, por lo que simplemente intervino como un partícipe. Opuesto a esta argumentación se posicionó el Tribunal Supremo en la presente sentencia, pues consideró que los actos del procesado pertenecían “*al núcleo del tipo de la agresión sexual violenta*”. Dichos actos consistieron en sujetar las piernas de las víctimas para inmovilizarlas y presenciar con aquiescencia el acceso carnal llevado a cabo por su acompañante; actos que se consideraron contribuir en causar intimidación en las víctimas y anular su resistencia. En consecuencia, el Tribunal acusó al procesado de tales delitos de violación en calidad de coautoría y no de cooperador necesario, pues concluyó que tuvo en todo momento el dominio funcional del hecho y realizó activamente actos propios e intrínsecos de una agresión sexual.⁷⁴

La aplicación de esta línea doctrinal daba lugar a los siguientes pronunciamientos:

- Supuesto 1 (reparto de roles): A coautor y B coautor, ambos de una sola violación porque solo hay un acceso carnal.
- Supuesto 2 (intercambio de roles): A coautor y B coautor, cada uno de dos violaciones porque hay dos accesos carnales distintos.

Por tanto, el número de violaciones se computaba en función del número de accesos carnales que se hubiera tenido con la víctima, pero no determinaba la calidad de la intervención, pues siempre era considerada coautoría.⁷⁵

Sentencias posteriores discreparon con la línea argumental anterior y abogaron más por la segunda de las posibilidades (cooperación necesaria si no hay contacto sexual o acceso carnal). Existe profusa doctrina del Tribunal Supremo que considera que en los delitos de violación solo es autor aquel que ejerce el acceso carnal con la víctima y será, por tanto, cooperador necesario “*el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno.*” Además, el Tribunal ha añadido que esta contribución no se reduce solo al ejercicio de

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/1999, de 24 de mayo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 1999\3383] Fecha de la última consulta: 9 de marzo de 2023. FJ 6-7

⁷⁵ Sentencia núm. 632/1987, de 14 de abril [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 1987\2568] Fecha de la última consulta: 12 de marzo de 2023. FJ 2

violencia sobre la víctima, sino también a cualesquiera otros actos que se realicen con el objeto y en el ínterin de una violación “*porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un componente intimidatorio mucho más fuerte.*” Este apunte resulta importante pues el Tribunal Supremo asentó doctrina al respecto de la presencia intimidatoria en las violaciones grupales.⁷⁶ Por su parte, la STS 194/2012, de 20 de marzo, tampoco aceptó la apreciación de una coautoría en los casos de agresiones sexuales conjuntas. Aquí el Tribunal Supremo argumenta que, aunque la coautoría se fundamenta en un codominio del hecho, en una intervención esencial en la fase de ejecución, esto se debe exceptuar en los delitos de propia mano, como es el caso de los delitos sexuales. En estos casos, apunta el Tribunal, “*quien aporta algo esencial en la ejecución no puede ser considerado coautor, sino cooperador necesario, incluso aunque su aportación sea de tal naturaleza que se le pueda atribuir un codominio funcional sobre el hecho.*”⁷⁷

La aplicación de esta segunda posibilidad da lugar a la siguiente formulación:

- Supuesto 1 (reparto de roles): A autor y B cooperador necesario, ambos de una sola violación porque solo hay un acceso carnal.
- Supuesto 2 (intercambio de roles): A autor de una violación (por su propio acceso carnal) y cooperador necesario de otra violación (por el acceso carnal de B). Igualmente, B sería autor de su propia violación y cooperador necesario de la cometida por A. Se imputan dos violaciones a cada uno por haber dos accesos carnales distintos, aunque cada una de las violaciones en modalidades distintas de participación.

Esta última línea de razonamiento fue la generalmente aceptada y la que se asentó como doctrina en el Supremo.⁷⁸ Aunque las diferentes formulaciones no parezcan trascendentales, pues a efectos penológicos la cooperación necesaria está equiparada a la autoría, esta distintiva cobró especial relevancia en el contexto de violaciones múltiples

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 455/2009, de 29 de abril [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2009\3199] Fecha de la última consulta: 9 de marzo de 2023. FJ 2

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 194/2012, de 20 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2012\4069] Fecha de la última consulta: 9 de marzo de 2023. FJ 3

⁷⁸ *Ibid.*

o “en manada” a razón de la aplicación de la agravante de actuación conjunta que, en conexión con la cooperación necesaria, hizo surgir problemáticas de *bis in idem*.

b. Referencia a la agravante de actuación conjunta

Debe apuntarse que, en la primera sentencia mencionada (Caso Alcàsser) no se aplicó ni analizó la circunstancia agravante de actuación conjunta pues en aquel momento estaba vigente en su redacción anterior (“*tres o más personas*”)⁷⁹ y solo intervinieron dos individuos.

En el contexto de agresiones sexuales cometidas por varias personas, no cupo duda de que se podía apreciar una actuación conjunta, independientemente de que se hiciera a título de autor, cooperador necesario, incluso cómplice.⁸⁰ La aplicación de la agravante a los delitos cometidos en calidad de autor no sugirieron problemática alguna, pero sí se encontró con un posible *bis in idem* en caso de aplicarse a un acusado de cooperador necesario.⁸¹ La STS 486/2002 establece: “*la autoría por cooperación necesaria en estos casos (de actuación en grupo) exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado.*” El Tribunal Supremo estimó aquí improcedente la aplicación de la agravante a aquellos delitos que se atribuyeron al acusado en concepto de cooperador necesario, y redujo la aplicación del art. 180.1.2^a CP a los delitos imputados únicamente en concepto de autor material. Así, por ejemplo, en el caso de que un sujeto activo sea culpable de dos agresiones sexuales (cometidas en actuación conjunta), una en concepto de autor y otra de cooperador necesario, solo le sería imputable la agravante en el primer delito.⁸²

No obstante, la sentencia mencionada con anterioridad (STS 194/2012) estableció una distintiva fundamental entre los supuestos de cooperación necesaria en que debe considerarse admisible la aplicación de la agravante y aquellos en los que no. Teniendo en

⁷⁹ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, *op. cit.*

⁸⁰ El tipo no exige una autoría conjunta, sino una *actuación conjunta* (STS núm. 194/2012, *op. cit.*)

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 194/2012, *op. cit.*

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 486/2002, de 12 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2002\5439] Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2023. FJ 1

cuenta jurisprudencia anterior en la que se planteó la posible vulneración del *non bis in idem*, el Tribunal Supremo concluye que la aplicación de la agravante no es admisible en supuestos en que la actuación del partícipe conforma, no solo su condición de cooperador necesario, sino también el hecho de que el delito sexual sea perpetrado en actuación conjunta. Esto se cumpliría siempre que la actuación conjunta esté únicamente formada por dos personas (aunque sea inicialmente). Por ello, la agravación solo será admisible en aquellos casos en que el cooperador necesario realice su aportación esencial a un delito que ya esté siendo cometido conjuntamente por otros. Como se puede apreciar, en este último supuesto, la intervención del individuo solo integraría su condición de cooperador necesario, pero no convertiría la agresión en una actuación conjunta, pues aquella ya lo era con anterioridad a su intervención. Solo en estos casos se rompería el *bis in idem*.⁸³ Ya lo estableció así la STS 975/2005, con el siguiente punto de partida: “*el principio de accesoriadad de la participación conduce a valorar la cooperación en relación con el hecho concreto en cuya ejecución se coopera.*” Habrá de atenderse pues, al momento en que se produce la cooperación en la agresión sexual, y si esta estaba siendo cometida por una o varias personas antes de producirse tal cooperación.⁸⁴

2.3. “La Manada” (STS 344/2019, de 4 de julio)

El 7 de julio de 2016 tuvo lugar, tal y como se calificó finalmente por el Tribunal Supremo, una violación múltiple a una joven por parte de cinco varones.⁸⁵ El caso que ha pasado a conocerse como “La Manada” tuvo un gran impacto, no solo a nivel social,⁸⁶ sino también a nivel doctrinal y jurisprudencial. Las sentencias que produjo el proceso judicial, principalmente la dictada por el Tribunal Supremo en julio de 2019, supusieron un cambio en el rumbo doctrinal que se había consolidado hasta la fecha al respecto de delitos sexuales cometidos en grupo, y fue un precursor para los casos que se cometieron “en manada” a partir de entonces.⁸⁷

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 194/2012, *op. cit.*

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 975/2005, de 13 de julio [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2005\6607] Fecha de la última consulta: 11 de marzo de 2023. FJ 2

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019, de 4 de julio [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2019\3382] Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2023

⁸⁶ Javier Portillo y Eva Saiz, “Las protestas contra la sentencia de La Manada vuelven a las calles”, *El País*, 5 de diciembre de 2018 (disponible en https://elpais.com/sociedad/2018/12/05/actualidad/1544022055_043782.html; última consulta 13/03/2023)

⁸⁷ Monge Fernández, A., ‘Las Manadas’...*op. cit.*, pp. 23 y ss.

Inicialmente, la Audiencia Provincial de Navarra, el 20 de marzo de 2018, condenó a cada uno de los acusados por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, en concepto de autor⁸⁸. Esta sentencia se recurrió en apelación y el Tribunal Superior de Justicia de Navarra confirmó la sentencia de instancia el 30 de noviembre del mismo año, desestimando los recursos interpuestos por las partes.⁸⁹ Fue el Tribunal Supremo, el 4 de julio de 2019, el que revirtió en última instancia la decisión de la Audiencia Provincial, condenando a los cinco acusados por un delito continuado de agresión sexual, en su tipo agravado de violación (por existir acceso carnal), con aplicación de las agravantes recogidas en el art. 180.1.1ª y 2ª (actos de carácter vejatorio o degradante y actuación conjunta).⁹⁰

La cuestión más controvertida del caso “La Manada” fue la relativa a la calificación inicial de los hechos como constitutivos de un *abuso* sexual y no de una *agresión* sexual, lo cual marcaba una diferencia importante a efectos penológicos. El quid de la cuestión estuvo en la apreciación de una violencia o intimidación en la consecución de los hechos acaecidos aquel 7 de julio. Aunque inicialmente, tanto la AP como el TSJ coincidiesen en la inexistencia de una violencia o intimidación suficientes para poder apreciar una agresión sexual,⁹¹ el Tribunal Supremo terminó aceptando esa calificación en base a la construcción de una intimidación ambiental (superioridad numérica de los agresores, diferencia de edad y complejión física entre agresores y víctima, el lugar angosto y recóndito en que ocurrieron los hechos, el estado de embriaguez de la víctima...).⁹² No obstante, la calificación jurídica de mayor relevancia en lo que aquí nos compete es la relativa a la participación en los hechos. En todas las instancias se atribuyó a los acusados el título de autor, lo cual rompió con la calificación que se había consolidado en este sentido en la doctrina (autoría de la propia agresión sexual y cooperación necesaria en la del resto). Esta ruptura se basó, precisamente, en la construcción de la intimidación ambiental, pues el tribunal la fundamentó en la

⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) núm. 38/2018, de 20 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. ARP 2018\149] Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2023

⁸⁹ Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 8/2018, de 30 de noviembre [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. ARP 2019\933] Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2023

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019 *op. cit.*

⁹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) núm. 38/2018 *op. cit.*, FJ 4

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019 *op. cit.* FJ 6

intervención de varios individuos que, intercambiando roles, participaron al mismo tiempo en la comisión de la violación múltiple. En supuestos como este, en que la agresión sexual se construye a raíz del carácter conjunto de dicha agresión, parece más acertado apreciar una coautoría, suponiendo así un cambio en relación con el esquema de participación que se había asentado en la doctrina. Más aún, la calificación definitiva rompió de manera general con la práctica habitual de imputación en casos de violaciones múltiples con intercambio de roles, aplicándose la continuidad delictiva del art. 74 CP en lugar de las reglas concursales,⁹³ aunque esta cuestión será analizada en el capítulo siguiente.⁹⁴

Por otro lado, en este caso también hubo un pronunciamiento concreto respecto a la aplicación de la agravante de actuación conjunta y la problemática del *bis in idem*. El Tribunal Supremo se limita a recoger jurisprudencia anterior relativa a dicha cuestión, reafirmando lo establecido en las sentencias más recientes: en supuestos de violaciones múltiples, la agravante de actuación conjunta siempre es admisible cuando se aplica a un delito cometido a título de autor y, cuando sea a título de cooperador necesario, solo cuando tal cooperación no integre tanto su participación en el delito como la circunstancia de actuación conjunta.⁹⁵ No obstante, en este caso la cuestión del *bis in idem* no fue problemática, pues todos los acusados fueron condenados a título de autor y en ningún caso como cooperadores necesarios. Concretamente, el Tribunal Supremo lo justifica en que, en el caso de apreciar la agravación en un delito cometido en concepto de autor, “*una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo*”, es decir, el hecho de que el delito se cometa por la actuación de dos o más personas (medio comisivo que se basa en una contribución eficaz para asegurar el objetivo antijurídico) es independiente de que se cometa en autoría o coautoría. Con todo, lo relevante del razonamiento por parte del tribunal a razón de la agravante radica en el extenso análisis que hace de la misma, trayendo a colación la jurisprudencia más relevante al respecto y confirmándola.⁹⁶

2.4. Después de “La Manada”

⁹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) núm. 38/2018 *op. cit.*

⁹⁴ *Vid.* Capítulo V (apartado 2)

⁹⁵ Doctrina expuesta anteriormente en relación con la STS 194/2012

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019 *op. cit.* FJ 6

El caso “La Manada” supuso un antes y un después. A nivel legislativo ha alentado la aprobación de la Ley del “solo sí es sí”, y a nivel jurisprudencial supuso un cambio interpretativo en la apreciación de las agresiones sexuales, la intimidación y las modalidades participativas en los supuestos de violaciones múltiples.⁹⁷

2.4.1. Delimitación doctrinal

En el plano doctrinal, aún tras la STS 344/2019, siguen existiendo dos posturas claramente diferenciadas: aquellos que abogan por apreciar coautoría en las agresiones sexuales en grupo (Muñoz Conde) y aquellos que se mantienen firmes en la cooperación necesaria (Orts Berenguer). El razonamiento de Muñoz Conde se basa en que, mientras todos los participantes realicen alguno de los elementos de la acción típica (sea el contacto sexual o acceso carnal, sea la violencia o intimidación) se está ante una coautoría, reafirmando así la línea jurisprudencial tradicional (*vid.* Caso Alcàsser).⁹⁸ Por su parte, Orts Berenguer, continúa discrepando con el sector doctrinal anterior, pues mantiene que la agresión sexual se constituye como un delito de propia mano *stricto sensu* y únicamente podrá ser autor aquél que realiza el contacto sexual o accede carnalmente. A pesar de reconocer las problemáticas que han suscitado en los últimos años la participación en los delitos sexuales, defiende los supuestos en que se ha apreciado cooperación necesaria, toda vez que se califique de “cooperador necesario” al partícipe que coadyuve a otro u otros en la ejecución del acceso carnal o, incluso, contribuyan en el incremento de la intimidación, incluida la ambiental.⁹⁹

Al respecto de la agravante de actuación conjunta, las consideraciones doctrinales van en consonancia con lo anterior; ambos sectores coinciden en que para aplicar la agravante en ningún caso es necesario que todos los intervinientes tengan contacto

⁹⁷ Monge Fernández, A., ‘Las Manadas’ y su incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 31-38

⁹⁸ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal Parte Especial* (24ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 244-248

⁹⁹ Orts Berenguer, E., “Lección XI. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales” en González Cussac, J.L. (7ª ed.), *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 228-229

corporal con la víctima o accedan carnalmente,¹⁰⁰ aunque sí aprecian las consideraciones jurisprudenciales en lo que se refiere a la problemática del *bis in idem*.¹⁰¹

Cabe apuntar que estas apreciaciones doctrinales se desarrollaron en consonancia con la regulación anterior de los delitos sexuales. Como ya se ha explicado (*vid.* Capítulo II), anteriormente, para conformar el tipo de agresión sexual, era necesaria la violencia o intimidación en la comisión delictiva¹⁰² y no así con la regulación actual. Se podría afirmar que esta nueva configuración del tipo modula en cierto modo las posturas doctrinales anteriores. Por ejemplo, en el caso de cometerse una agresión sexual en grupo del tipo básico actual (art. 178 CP), sería indiferente qué tipo de participación tuviera cada uno de los intervinientes, pues con el simple hecho de que no medie el consentimiento de la víctima y se ejecute la agresión sexual, se colma el tipo. No tendría entonces cabida distinguir entre modalidades de autoría o participación en base a quién ejerciese el contacto sexual con la víctima y quién la violencia o intimidación, pues esto último ha pasado de ser un presupuesto básico a dos elementos más del *numerus apertus* de conductas que pueden integrar el tipo (art. 178.2 CP). Las formulaciones anteriores se deberían concebir de la siguiente manera: si consideramos que la acción típica está formada tanto por el contacto sexual con el sujeto pasivo como por el ejercicio de alguno de los medios que suponen “*en todo caso*” la falta de consentimiento de la víctima, incluidos en el art. 178.2 CP, nos acercaríamos más a la doctrina de Muñoz Conde (coautoría). No obstante, dado que el listado del artículo 178.2 CP es meramente ejemplificativo¹⁰³ y, en ocasiones, la falta de consentimiento de la víctima puede existir *per se*, sin necesidad de acometer contra ella ningún tipo de acto violento o intimidatorio,¹⁰⁴ resulta complicado afirmar que ello sea parte de la acción típica, y parecería más acertado limitarla al contacto corporal de índole sexual con la víctima. En consecuencia, con la nueva regulación de delitos sexuales, resulta más pertinente la doctrina de Orts Berenguer (cooperación necesaria cuando no hay contacto sexual).

¹⁰⁰ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal...*, 2022, *op. cit.*, p. 244

¹⁰¹ Orts Berenguer, E., “Lección XI...”, 2022, *op. cit.*, p. 241

¹⁰² Código Penal, artículo 178 (modificación publicada el 23/06/2010)

¹⁰³ Código Penal, artículo 178

¹⁰⁴ Por ejemplo, una situación de vulnerabilidad o, simplemente, que la voluntad de la víctima sea contraria a mantener relaciones sexuales con el sujeto activo.

Sí podrían perdurar, sin embargo, la discusión anterior en el caso del delito de violación, pues continúa siendo necesario el acceso carnal para su apreciación.¹⁰⁵ Aquí, de nuevo, en función de la interpretación más o menos restrictiva que se haga de lo que conforma la acción típica, seremos más proclives a apreciar una cooperación necesaria o una coautoría.

Si en algo no cabe duda, es que con la nueva regulación la distinción entre modalidades participativas se podría percibir más difusa, pues ahora la forma de contribuir o coadyuvar en la ejecución del delito de agresión sexual admite muchos más supuestos. Se podría entonces adelantar que, a partir ahora, la apreciación de una coautoría, una cooperación necesaria o una complicidad se habría de basar más en la intensidad o el grado de contribución en la comisión conjunta del delito, con independencia de en qué consista esa contribución concreta (sujetar o amenazar a la víctima, presenciar el acto, abuso de superioridad, etc.)

2.4.2. Delimitación jurisprudencial

a. Con la regulación anterior a la LO 10/2022, de 6 de septiembre

Ya en las primeras sentencias dictadas tras el caso “La Manada” se puede observar un cambio en la valoración de las circunstancias participativas en supuestos de violación múltiple. El Tribunal Supremo, en la Sentencia núm. 145/2020, de 14 de mayo, en un supuesto de violación cometida por tres individuos, valoró su participación en los hechos en función del *grado* y el *momento* de su participación.¹⁰⁶ Lo que hasta la STS 344/2019 se hubiera calificado como una violación en autoría por el propio acceso carnal y dos violaciones en cooperación necesaria por las agresiones de los demás,¹⁰⁷ en este caso se aprecia como una coautoría. El razonamiento inicial del Supremo se basa en diferenciar en qué fase de la ejecución tiene lugar la contribución al delito por parte de los intervinientes. Considera que, si la “aportación esencial” ocurre únicamente en la fase previa, será cooperación necesaria, pero si ocurre en la fase ejecutoria, coautoría. Con

¹⁰⁵ *Ibid.*, artículo 179

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 145/2020, de 14 de mayo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2020\1020] Fecha de la última consulta: 19 de marzo de 2023. FJ 5

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 194/2012, *op. cit.*

esto, el Tribunal Supremo concluye: “quien violenta in situ a la víctima, mientras otro la penetra, o agrede sexualmente, mucho más si luego ambos actores intercambian las posiciones de protagonismo típico en el nuevo acceso, es, en puridad, coautor.” Se trataría entonces de una corresponsabilidad en la ejecución de un delito de violación, en que la comisión del delito es grupal, pero las responsabilidades se consideran individuales.¹⁰⁸ Por otro lado, la aplicación de la agravante de actuación conjunta se mantuvo en línea con lo asentado por la jurisprudencia; aquí no suscitó problemática alguna porque se condenó a los sujetos activos a título de autor material.¹⁰⁹

Por su parte, en la STS 444/2022, de 5 de mayo, ocurrió algo similar que en lo expuesto respecto al caso “La Manada”. La sentencia de instancia condenó a cada uno de los tres intervinientes en una agresión sexual grupal, por un delito continuado de violación a título de autor, con la agravante de actuación conjunta. Lo que resulta interesante, a efectos de la participación en el delito, es que se continúa apreciando coautoría, antes que cooperación necesaria, cuando los intervinientes realizan elementos del tipo *esenciales* en la fase de ejecución.¹¹⁰ En este supuesto, el Tribunal apreció una coautoría incluso en el caso del sujeto activo que no accedió carnalmente, pues consideró que ejecutó actos de violencia, intimidación y otros de índole sexual, bastantes para apreciar su autoría y no una mera cooperación. Lo que se establece con más claridad es que la coautoría se debe apreciar siempre que hay intercambio de roles en una violación grupal, no tanto así cuando hay un claro reparto de papeles, en que uno de los sujetos participa de manera más superficial y no accediendo carnalmente, en cuyo caso parecería más apropiado apreciar una cooperación necesaria.¹¹¹

Así, el esquema de participación se configuraría de la siguiente manera:

- Supuesto 1 (reparto de roles): A tiene acceso carnal con la víctima y B no. A autor y B cooperador necesario de una violación.
- Supuesto 2 (intercambio de roles): A y B, ambos acceden carnalmente, intercambiando papeles. A y B serían coautores de dos violaciones.¹¹²

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 145/2020, *op. cit.* FJ 5

¹⁰⁹ *Ibid.*, FJ 14

¹¹⁰ De nuevo, se atiende al *grado* de participación en la comisión del delito.

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 444/2022, de 5 de mayo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2022\2362] Fecha de la última consulta: 19 de marzo de 2023. FJ 7

¹¹² Esto último lo confirma la STS 444/2022, de 5 de mayo.

b. Con la regulación posterior a la LO 10/2022, de 6 de septiembre

Se debe puntualizar que tras la aprobación de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, parece que ha vuelto a haber un cambio jurisprudencial al respecto de la participación en agresiones sexuales conjuntas. La STS 10/2023, de 19 de enero, ante una presunta violación cometida en grupo por parte de cinco individuos, condena a tres de ellos con la siguiente calificación: a dos de ellos por un delito de violación a título de autor (por su propio acceso carnal) y por otro delito de violación a título de cooperador necesario (por el acceso carnal del otro), y al tercero como cooperador necesario de los dos delitos de violación perpetrados por sus compañeros (pues este fue el único que mantuvo relaciones sexuales consentidas con la víctima). El tribunal basa su calificación en la inexistencia del consentimiento de la víctima en dos de las relaciones sexuales (único presupuesto necesario para apreciar un delito del actual artículo 178 CP). El Tribunal aquí interpreta que la falta de consentimiento ha sido tácita, por la existencia de intimidación ambiental. Precisamente por considerar que dicha intimidación estuvo integrada por la superioridad numérica de los agresores y su acuerdo previo de intercambiar papeles para mantener, todos ellos, relaciones sexuales con la víctima, se consideró que no podía apreciarse la circunstancia del actual artículo 180.1.1ª CP (actuación conjunta de dos o más personas).¹¹³

La STS 108/2023, de 16 de febrero, sirve de ejemplo para concluir cuáles son las líneas generales en que se basa actualmente la jurisprudencia. En primer lugar, para distinguir entre coautoría o cooperación necesaria en las agresiones sexuales de los compañeros, sigue el mismo razonamiento que en la mencionada STS 145/2020 al considerar que, si la contribución esencial del agresor acontece en la fase preparatoria, será cooperador necesario, pero si se da en la fase ejecutoria, será coautor. No obstante, esta sentencia aprecia lo que antes se ha adelantado y dice así: “*la naturaleza del delito como de propia mano, servirá para rebajar la aportación causal de la fase de ejecución a cooperación necesaria, pero jamás podría degradarla a complicidad.*” Pues bien, el Supremo parece afirmar que, a partir de ahora, se habrá de valorar, no solo en qué fase de

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 10/2023, de 9 de enero [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2023\522] Fecha de la última consulta: 20 de marzo de 2023. FJ 11

la ejecución se realiza la aportación causal, si no, además, en qué consiste esa aportación y con qué intensidad se ha llevado a cabo. Tanto es así que, aun cuando la aportación causal se realizase durante la fase ejecutoria, si tal contribución no involucra acceso carnal, no cabrá apreciar coautoría y sí cooperación necesaria. No obstante, si algo queda claro es que siempre que se califique dicha contribución de “esencial” o “causal”, no podrá rebajarse la participación a una complicidad. Ciertamente, lo común será apreciar que la aportación en la comisión del delito es esencial, pues aun cuando los intervinientes se limiten a presenciar los actos de índole sexual cometidos por el resto, se considera que dicha presencia es intimidatoria y, por tanto, *esencial* para la perpetración de la agresión sexual conjunta basada en la ausencia de consentimiento por parte de la víctima.¹¹⁴ Tan complicada será la apreciación de una complicidad, que normalmente se estará antes ante una absolución. Por ejemplo, en la STS 10/2023 citada anteriormente, consta que uno de los intervinientes absueltos permaneció en el vehículo mientras sus compañeros acometían las agresiones sexuales, tras lo cual se aproximó a la víctima para hacerle unas preguntas y se marchó. Este podría parecer un supuesto de complicidad, pero el Tribunal siquiera lo apreció como tal, absolviendo al acusado. Parece entonces que la calificación variará entre la cooperación necesaria y la absolución, siendo infrecuente que se aprecie una complicidad.¹¹⁵

En conclusión, la jurisprudencia parece estar retrocediendo a este esquema de participación:

- Supuesto 1 (reparto de roles): A autor y B cooperador necesario de una violación.
- Supuesto 2 (intercambio de roles): A autor de su propia violación y cooperador necesario de la de B (siempre y cuando su cooperación no consista en acceso carnal). Igualmente, B autor de su propia violación y cooperador necesario de la de A. Si hubiera un tercer partícipe C, en tanto no tuviera acceso carnal con la víctima, será cooperador necesario de las violaciones de A y B.

Como he sostenido con anterioridad, esta última formulación es la que parece más correcta. Existe consenso en la doctrina respecto a la naturaleza de los delitos sexuales

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 108/2023, de 16 de febrero [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. JUR 2023\92601] Fecha de la última consulta: 20 de marzo de 2023. FJ 8

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 10/2023, *op. cit.*

como delitos de propia mano, lo que hace el contacto sexual con la víctima un presupuesto necesario para su imputación.¹¹⁶ Si bien es cierto que la regulación anterior a la Ley del “solo sí es sí” admitía debate respecto a si la violencia o intimidación estaban dentro de la acción típica de la agresión sexual, la tipificación actual no permite hacer tal interpretación de manera clara. Dada la amplitud de supuestos, medios comisivos y formas que pueden acarrear una falta de consentimiento en la víctima, lo más seguro parece ser afirmar que la acción típica está únicamente conformada por el contacto sexual con la víctima, siendo la ausencia de consentimiento y el medio comisivo utilizado elementos adicionales del tipo, pero no pertenecientes al núcleo del delito sexual como delito de propia mano. Así las cosas, solo debería ser autor directo aquél que realice el elemento indispensable e intrínseco de un delito de esta naturaleza (el contacto sexual o acceso carnal) y cooperador necesario o cómplice aquél que no. Por su parte, en lo que respecta a la agravante de actuación conjunta, no veo problemática en su apreciación en tanto en cuanto la actuación grupal no se emplee para apreciar, además de la agravante, otro de los presupuestos del delito (sea la intimidación ambiental, sea la cooperación necesaria o la complicidad, etc.). Así, la agravación solo debería tener cabida cuando la actuación grupal únicamente integre dicha circunstancia agravante.

3. LA INDUCCIÓN Y LA AUTORÍA MEDIATA

El reconocimiento de la inducción y la autoría mediata en el marco de los delitos contra la libertad sexual ha suscitado intenso debate. De nuevo, ligado a la interpretación más o menos estricta de los delitos sexuales como delitos de propia mano, aceptaremos o no la comisión de un delito sexual por estas vías. Como bien apunta Díez Ripollés, si adoptamos una interpretación amplia, se podrían incluir más supuestos de conducta típica, cuya realización implicarían autoría directa. Si, por el contrario, se adopta una interpretación estricta, se aceptarán menos supuestos de acción típica y autoría material, debiendo calificarse al sujeto activo de inductor o autor mediato por no realizar directamente el contacto sexual con la víctima. Aparecen así distintas hipótesis:

- El sujeto pasivo es determinado a realizar el contacto corporal sobre sí mismo: si adoptamos una postura flexible, incluyéndolo como una posible conducta típica,

¹¹⁶ Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal...op. cit.*, pp. 968

solo cabría apreciar autoría directa (Díez Ripollés).¹¹⁷ Si, por el contrario, se adopta una postura restrictiva, cabría plantearnos al sujeto activo como un posible autor mediato que, a base del miedo o la coacción, se sirve del propio sujeto pasivo como autor inmediato instrumental, pero manteniendo en todo caso el dominio funcional del hecho. Incluso, si adoptásemos la postura más restrictiva de todas, habría que reconducir este supuesto a otros delitos como coacciones, amenazas o provocación sexual (Muñoz Conde).¹¹⁸

- El sujeto pasivo es determinado a realizar el contacto corporal sobre un tercero o a soportarlos de aquél: si seguimos un sentido amplio, el sujeto activo sería autor directo, porque lo entenderíamos *per se* una acción típica.¹¹⁹ Por el contrario, una interpretación restrictiva nos permitiría apreciar una inducción o autoría mediata (en función de que se traslade o no el dominio funcional del hecho al tercero) o, de nuevo, reconducirlo a otros tipos delictivos, como los de prostitución.¹²⁰

Por último, cabe apuntar que la determinación a realizar actos sexuales sobre sí mismo o sobre tercero se encuentra tipificado en el artículo 181.1 CP, en los casos en que la víctima sea menor de 16 años.¹²¹ Si bien es cierto que la determinación, a efectos jurídicos y penológicos funciona de manera distinta cuando la víctima es mayor de 16 años, la realidad fenomenológica es la misma y el Código Penal lo reconoce como delito sexual. Por tanto, nada obstaría acercar el tipo del art. 181 a los del 178 y 179, aunque modulando lo que se aprecia como autoría directa en el caso de menores, a una inducción o incluso una autoría mediata cuando el sujeto pasivo sea mayor de 16 años.

Con el objeto de esclarecer el debate doctrinal resultaría pertinente traer a colación consideraciones jurisprudenciales al respecto, pero existe escasa si no nula jurisprudencia en esta materia.

¹¹⁷ *Ibid.* pp. 967 y ss.

¹¹⁸ Muñoz Conde, F., *et. al.*, *La reforma penal de 1989*, *op. cit.* p. 39

¹¹⁹ Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal...op. cit.*

¹²⁰ Muñoz Conde, F., *et. al.*, *La reforma penal de 1989*, *op. cit.*

¹²¹ Código Penal, artículo 181.

CAPÍTULO V. PROBLEMÁTICAS EN LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

1. LA COMISIÓN POR OMISIÓN

1.1. Concepto

Los delitos impropios de omisión, también denominados de comisión por omisión, se encuentran bajo la regulación del artículo 11 del Código Penal: *“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”*¹²²

De acuerdo con el precepto, tendríamos los siguientes elementos: una situación típica, en la que el sujeto activo tenga una capacidad objetiva concreta de realizar la acción que evite el resultado típico, la no realización de esa acción, y la posición de garante en la persona del omitente (según el art.11 derivada bien de una obligación legal o contractual, bien de haber creado él mismo la situación de riesgo previamente). Como consecuencia de la concurrencia de los elementos anteriores, la omisión o no evitación del resultado, se equipara con haber actuado en la producción de dicho resultado.¹²³

Trasladado a los delitos sexuales, en principio parecería no suscitar problema la apreciación de esta forma comisiva, pues el delito de agresión sexual se configura como un delito de resultado, al exigir ese atentado contra la libertad sexual de la víctima que, a pesar de ser un resultado difuso y casuístico, sin duda se ha venido requiriendo para apreciar la comisión de un delito contra la libertad sexual.¹²⁴ No obstante, la problemática surge en tanto el tipo exige *“cualquier acto que atente contra la libertad sexual de la víctima”* (art. 178) y, en el caso de la violación, un acceso carnal o una introducción de

¹²² Código Penal, artículo 11.

¹²³ Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal Español Parte General...op. cit.*, pp. 249 y ss.

¹²⁴ Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal...op. cit.*, p. 970

miembros corporales u objetos.¹²⁵ Aparece aquí el debate, mencionado en varias ocasiones, al respecto de la consideración de los delitos sexuales como delitos de propia mano que, en una interpretación estricta, requerirían para su comisión el efectivo contacto sexual con la víctima y, por tanto, que el sujeto activo lleve a cabo una *acción* y no una omisión.

1.2. Delimitación doctrinal y jurisprudencial

Tradicionalmente, ya existían discusiones doctrinales al respecto de la admisión de la comisión por omisión en esta clase de delitos. La STS de 31 de enero de 1986 estableció, además de la necesaria concurrencia del elemento normativo (la posición de garante en el sujeto activo), la necesidad de un elemento objetivo, es decir, una causalidad entre omisión y resultado en el caso de la autoría o cooperación necesaria y una omisión eficaz en el caso de la complicidad, y de un elemento subjetivo o voluntad de cooperar al resultado (autoría o auxilio necesario) o facilitarlo (complicidad). Al concluir que todos los elementos concurrían en uno de los procesados, el Tribunal le condenó por un delito de violación en comisión por omisión. El sujeto activo en cuestión se limitó a permanecer en el vehículo mientras sus compañeros se dedicaban a tener acceso carnal con la víctima, previamente recogida en autostop. Lo relevante del caso fue, no solo el hecho de que presenciara con aquiescencia los hechos e hiciera caso omiso a las demandas de auxilio de la víctima, sino el hecho de que el acusado tenía una relación de parentesco y amistad con ella. De hecho, su presencia y relación con la víctima se consideró causal en la comisión de la violación múltiple pues, de no haber existido, aquella no hubiera accedido a subirse al vehículo en un primer momento. En conclusión, lo que aquí se estableció como determinante fue la posición de garante que ostentaba el sujeto activo que debería haber evitado la producción del resultado.¹²⁶

Seguidamente, la STS 213/2007 condenó por cooperación necesaria de un delito de agresión sexual en comisión por omisión al procesado que, tras un intento de robo a la víctima, abandonó la sala mientras su compañero acometía dicha agresión sexual contra ella. Aquí el Supremo argumentó que el procesado en cuestión tenía una posición de

¹²⁵ Código Penal, artículos 178 y 179.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1986 [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 1986\211] FJ 2

garante con la víctima, por haber ejercido anteriormente actos de vigilancia y control sobre ella, razón por la cual se argumentó que el sujeto activo tenía bajo su control la seguridad de la víctima frente a otras agresiones, por haber creado esa situación de riesgo previa.¹²⁷ En este caso la doctrina se mostró reticente a la apreciación de una comisión por omisión, habiendo sido más acertado la imputación de un delito de omisión del deber de socorro (art. 450 CP).¹²⁸ Además, los hechos, tal como quedaron constatados, en la actualidad parecerían ser constitutivos de una intimidación ambiental, lo cual se imputa como acción y no omisión.

De manera más reciente, en la mencionada STS 108/2023, se condenó a varios de los acusados como cooperadores necesarios en comisión por omisión. El Supremo recoge doctrina al respecto de esta figura comisiva y establece el punto clave en la existencia de una posición de garante en el sujeto activo, superior a la mera infracción de su deber solidario como ciudadano en el socorro de la víctima (art. 450 CP). En el presente caso se atribuyó esa posición de garante por su forma de actuar previa que, intimidando a la víctima entre varios, generaron una situación de riesgo para ella y el ambiente idóneo para la comisión de reiteradas violaciones por algunos de sus compañeros. Precisamente por ello, aunque permaneciesen fuera del habitáculo en el que estaban teniendo lugar las violaciones, tenían la capacidad de intervenir y detenerlas, cosa que no hicieron. Este comportamiento omisivo se equivalió a la causación del resultado, cumpliendo así con las exigencias del art. 11 CP.¹²⁹

En conclusión, y a mi parecer, la comisión por omisión es una figura generalmente aceptada por jurisprudencia y doctrina. En efecto, en tanto en cuanto se admitan formas participativas que no supongan contacto sexual con la víctima (cooperación necesaria en algunos casos, complicidad, inducción y autoría mediata) y medios comisivos como la intimidación ambiental, nada obsta igualmente aceptar la comisión de un delito sexual de forma omisiva. Si bien es cierto, y a efectos de respetar las exigencias normativas del artículo 11 CP, siempre debería justificarse una posición de garante en el sujeto activo para poder imputársele el delito en comisión por omisión. Siendo esto casuístico, siempre

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 213/2007, de 15 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2007\3269] FJ 1

¹²⁸ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal Parte Especial* (24ª ed.), *op. cit.*, p. 248

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 108/2023, *op. cit.*, FJ 6

habrá casos claros (madre que consiente al padre violar a su hijo) y no tanto así (cuando la posición de garante derive de la creación de una situación de riesgo previa). Lo que no deja espacio a duda es que cualquier omisión que no resulte causal o sea cometida por persona ajena a los hechos delictivos, debería reconducirse a la vía del art. 450 CP.

2. CONTINUIDAD DELICTIVA VS. CONCURSO DE DELITOS

2.1. Concepto

2.1.1. *La continuidad delictiva y la unidad de acto*

La unidad de acción típica, en el contexto de los delitos contra la libertad sexual, supone que varias acciones naturales conforman una única unidad de acción típica, lo cual supone, a su vez, la realización de un solo tipo (por ejemplo, penetraciones sucesivas en una violación). Por lo general, se entiende que una unidad de acción típica da lugar a una unidad de delito. No obstante, también puede suceder que varias unidades de acción típica impliquen la comisión de un solo delito (unidades de acción típica en sentido amplio). Para ello, se requiere que dichas unidades de acción estén estrechamente vinculadas, es decir, se produzcan en el mismo ámbito temporal y espacial, y bajo el mismo dolo (por ejemplo, varios accesos carnales no sucesivos pero cometidos en un breve periodo de tiempo, darán lugar a un solo delito de agresión sexual). Esto último se encuentra íntimamente vinculado con el delito continuado, que se origina cuando se dan varias unidades de acción que vulneran igual o similar bien jurídico, y se dan bajo un mismo plan o en idéntica ocasión. En realidad, según la opinión de Díez Ripollés, nos encontramos ante una unidad de delito en que la conexión entre las unidades de acción es menos estrecha.

La continuidad delictiva está regulada en el artículo 74 CP: *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.*”

Con carácter general, cuando se trata de la vulneración de bienes jurídicos personalísimos, no se admite la continuidad delictiva. No obstante, esto está exceptuado, entre otros, en el caso de los delitos contra la libertad sexual (art. 74.3 CP), en cuyo caso se exigen requisitos adicionales: mismo sujeto pasivo y que el juez atienda a la naturaleza del hecho y al precepto infringido.¹³⁰

Aunque estrechamente vinculados, el hecho de que se aprecie una continuidad delictiva en lugar de una unidad de acto en un delito sexual supone importantes diferencias penológicas (*vid.* art. 74.1 CP). En este sentido, igual de relevante es la diferenciación entre las figuras anteriores y la pluralidad de delitos, pues también tiene repercusión en la imposición de las penas.

2.1.2. *El concurso de delitos*

La pluralidad o concurso de delitos supone lo contrario a la unidad de delito: varias unidades de acción típica dan lugar a varios delitos. Existen diversas tipologías: concurso ideal (una unidad de acción típica da lugar a varios delitos), concurso medial (varias unidades de acción dan lugar a varios delitos, entre los cuales hay una relación de medio a fin) y concurso real (varias unidades de acción dan lugar a varios delitos). Este último puede ser heterogéneo, si los diversos delitos son de distinta naturaleza, u homogéneo si son de la misma naturaleza (lo cual es comúnmente el caso de las violaciones múltiples).

La imputación del concurso real supone lo establecido en el art. 73 CP: “*Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.*” Es decir, implica la suma de las penas establecidas para cada uno de los delitos imputados al sujeto activo, aunque con límites (*vid.* art. 76 CP). Se puede observar aquí una diferencia penológica clara con las figuras anteriores.

¹³⁰ Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal Español Parte General*, *op. cit.*, pp. 595 y ss.

En el contexto de teoría jurídica del delito existe gran dificultad para diferenciar entre las unidades de acción típica en sentido amplio, el delito continuado y el concurso real homogéneo, todos los cuales pueden darse en el marco de los delitos contra la libertad sexual. En opinión de Díez Ripollés, la clave de diferenciación reside en que el concurso real homogéneo carece de una conexión entre las unidades de acción típica, en cambio sí existentes en las dos primeras figuras.¹³¹ No obstante, habrá que estar a lo establecido por la generalidad de la jurisprudencia y doctrina.

2.2. Delimitación doctrinal y jurisprudencial

La STS de 31 de enero de 1986 estableció que la jurisprudencia ya había venido aceptando de manera general que pudiera aplicarse la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, aunque no se hubiera aceptado la aplicación de dicha figura cuando el bien jurídico lesionado fuera eminentemente personal. Esto resulta relevante dado que aquello no se reconoció expresamente en la norma hasta la redacción de nuestro Código Penal actual, de 1995, lo cual indica que la posibilidad de apreciar un delito continuado en delitos de esta índole estaba amparada por la jurisprudencia incluso antes de encontrar amparo en la ley. Si bien, en esta sentencia el Tribunal Supremo indica en qué casos es pertinente apreciar unidad de acto antes que continuidad delictiva: *en los casos de iteración inmediata del acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, es decir, entre los «mismos» sujetos y en el marco de una «misma» ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar debe apreciarse la existencia de una sola acción punible.*¹³²

No obstante, parece ser la STS 870/2016 la que nos da la solución definitiva de diferenciación entre unas figuras y otras. En primer lugar, la distinción entre la unidad de acción y el delito continuado reside en que haya o no disolución de continuidad entre los actos que integren la agresión sexual o violación. Trayendo a colación lo establecido en la sentencia antes mencionada, si se produce una iteración inmediata y bajo el mismo furor erótico, estando los actos tan vinculados en tiempo y espacio que un espectador imparcial lo percibiría como una unidad de acción, nos encontramos claramente ante una

¹³¹ *Ibid.*, pp. 602 y ss.

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1986, *op. cit.*, FJ 1

unidad de acto y, por tanto, un solo delito. Si, por el contrario, dichos actos se prolongan en el tiempo, aunque se den bajo idéntica ocasión y entre los mismos sujetos, podríamos estar ante un delito continuado. En efecto, en la presente sentencia, se apreció continuidad delictiva porque los dos actos de penetración estaban separados por varias horas, pero sucedieron bajo una misma situación violenta e intimidatoria. Por último, nos encontraremos ante un concurso real cuando los actos sexuales se produzcan en distintas circunstancias de agresión o intimidación y sean diferenciables en el tiempo.¹³³

Así las cosas, en las agresiones sexuales grupales, en las que mientras un sujeto ejerce el contacto sexual con la víctima el otro la intimida y viceversa, parece más acertado aplicar un concurso real de delitos, pues los actos sexuales son diferenciados e intervienen distintos sujetos activos.¹³⁴ De hecho, como expuesto anteriormente, esa era la solución común de la jurisprudencia (concurso real de tantas violaciones como accesos carnales hubiera habido con la víctima por parte de los distintos sujetos activos).¹³⁵ No obstante, cabe mencionar que ciertas sentencias relevantes han condenado violaciones grupales bajo la figura del delito continuado como, por ejemplo, en el caso de “La Manada” o en la STS 444/2022 expuestas en el capítulo anterior.¹³⁶ Si bien, aquellos pronunciamientos se debieron a cuestiones procesales, pues las partes no impugnaron la continuidad delictiva en casación, debiendo resaltar lo que declaró el Tribunal Supremo al respecto en el caso de “La Manada”: *“El hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva, lo que es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado en los que hay intercambio de roles, cuando un sujeto accede y otro intimida, para luego intercambiar sus posiciones, lo que normalmente ha sido subsumido por esta Sala en las normas concursales.”*¹³⁷

En conclusión, a pesar de que el delito continuado sea una figura susceptible de aplicación en los delitos contra la libertad sexual, su apreciación debería hacerse siempre

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 870/2016, de 18 de noviembre [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2016\5609] FJ 7

¹³⁴ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal Parte Especial* (24ª ed.), *op. cit.*, pp. 249-250

¹³⁵ *Vid.* Capítulo IV

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 444/2022, *op. cit.*

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019, *op. cit.*, FJ 6

a tenor de lo expuesto en el art. 74 CP y de la jurisprudencia aquí expuesta. Asimismo, en el marco de las agresiones sexuales en grupo, especialmente cuando haya intercambio de papeles, será más acertado aplicar el concurso real de delitos.

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES

La participación en los delitos contra la libertad sexual ha sido el origen de numerosos debates en jurisprudencia y doctrina en las últimas décadas. La naturaleza de los delitos sexuales como delitos de propia mano parece haber sido el núcleo, pues su interpretación más o menos amplia supone la inclusión de más elementos o supuestos en la conducta típica, lo cual influye a multitud de cuestiones.¹³⁸ En primer lugar, la distinción entre coautoría y cooperación necesaria en la comisión de una agresión sexual estuvo marcada por la forma de interpretar la conducta del partícipe concreto. Tradicionalmente, autor era tanto el que realizara el contacto sexual, como la violencia o intimidación sobre la víctima, pues se consideraba que todo aquello integraba el núcleo de la acción típica del delito sexual.¹³⁹ Más adelante este razonamiento cambió, empezando a calificarse de cooperador necesario a aquél que no realizase el contacto sexual, sino que meramente coadyuvaba en la agresión sexual del otro sujeto activo, apareciendo entonces una concepción más restrictiva de la conducta típica.¹⁴⁰ Esta última formulación encontró asiento en la doctrina, al menos hasta el emblemático caso “La Manada” (STS 344/2019 de 4 de julio). Su importancia no radica únicamente en la agitación social que generó, sino también en la calificación jurídica de los hechos que se hicieron en las sentencias que emanaron del proceso.¹⁴¹ La condena final a los acusados, como autores de un delito continuado de violación, rompió con la doctrina anterior.¹⁴² A partir de entonces, continuaron siendo frecuentes los delitos sexuales perpetrados “en manada” y las sentencias subsiguientes a la STS 344/2019 siguieron una imputación similar.¹⁴³ Ahora bien, la reforma de los delitos sexuales a raíz de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha supuesto nuevas consideraciones en la materia. En suma, parece que se está retrocediendo a la apreciación de cooperación necesaria cuando la intervención no

¹³⁸ Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal...op. cit.*

¹³⁹ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal...*, 2017, *op. cit.*

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 194/2012, *op. cit.*

¹⁴¹ Monge Fernández, A., *‘Las Manadas’...op. cit.*

¹⁴² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019, *op. cit.*

¹⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 444/2022, *op. cit.*

acarrea contacto sexual con la víctima, pero, a diferencia de la jurisprudencia tradicional, se tienen en cuenta más elementos, como la fase comisiva en la que se intervenga, el medio empleado y la relevancia de la intervención.¹⁴⁴ Por su parte, la complicidad ha sido de difícil apreciación, pues en la mayoría de los casos la intervención en un delito de esta índole se considera esencial o causal, lo cual implica cooperación necesaria, y una intervención superficial preferentemente recibirá la absolución.¹⁴⁵ También cabe hacer mención a la agravante de actuación conjunta, cuya conclusión doctrinal es que resulta aplicable siempre que el hecho de que participen dos o más sujetos en el delito sexual únicamente se aprecie para aplicar la agravante en cuestión.¹⁴⁶

Otras figuras participativas como la inducción y la autoría mediata han sido igualmente objeto de análisis. De nuevo, se reconduce a la noción amplia o estricta de la conducta típica. En el primer caso, se admitirán más supuestos de autoría directa y será complicada la apreciación de otras formas participativas.¹⁴⁷ En el segundo caso, se admitirán inducción y autoría mediata en supuestos en que el sujeto activo no tenga contacto sexual con la víctima (por ejemplo, cuando ésta es determinada a tener relaciones sexuales con un tercero).¹⁴⁸

Finalmente, se han expuesto dos problemáticas adicionales en el contexto de la participación en los delitos contra la libertad sexual. En primer lugar, la comisión por omisión. Tras análisis de jurisprudencia y doctrina se ha concluido que es una figura generalmente aceptada, siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 11 CP.¹⁴⁹ En segundo lugar, la continuidad delictiva y el concurso de delitos. A pesar de haber habido discrepancias al respecto, la continuidad delictiva se admite en los delitos sexuales, siempre que su apreciación vaya en consonancia con lo dispuesto en el artículo 74 CP.¹⁵⁰ No obstante, en los casos de agresiones sexuales cometidas en grupo, especialmente con intercambio de roles, será más acertado aplicar el concurso real de delitos.¹⁵¹

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 108/2023, *op. cit.*

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 10/2023, *op. cit.*

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 194/2012, *op. cit.*

¹⁴⁷ Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal...op. cit.*

¹⁴⁸ Muñoz Conde, F., *et. al., La reforma penal de 1989, op. cit.*

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 108/2023, *op. cit.*

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 870/2016, *op. cit.*

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019, *op. cit.*

En conclusión, el ámbito de los delitos contra la libertad sexual ha sido un área muy discutida, en numerosos aspectos. En concreto, la participación en delitos de esta índole ha hecho surgir problemáticas tanto a nivel legislativo, como a nivel doctrinal y judicial. No obstante, como se puede extraer del trabajo de investigación, es un área que cuenta con amplia doctrina y jurisprudencia al respecto, lo cual no debe ignorarse. Llevar a cabo un análisis de jurisprudencia y doctrina, tanto tradicional como actual, siempre servirá de guía interpretativa para cualquier jurista, en especial en momentos de incertidumbre tras una modificación legislativa, lo cual ha ocurrido recientemente con la Ley del “solo sí es sí”.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre

Código Penal

Código Penal (texto original, publicado el 24/11/1995)

Código Penal (modificación publicada el 01/05/1999)

Código Penal (modificación publicada el 26/11/2003)

Código Penal (modificación publicada el 23/06/2010)

Código Penal (modificación publicada el 05/06/2021)

Constitución Española

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal (BOE 1 de mayo de 1999)

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE 7 de septiembre de 2022)

Proposición de Ley Orgánica para la modificación de la Ley Org. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Org. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 6 de febrero de 2023

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) núm. 38/2018, de 20 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. ARP 2018\149]

Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 8/2018, de 30 de noviembre [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. ARP 2019\933]

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1986 [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 1986\211]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 632/1987, de 14 de abril [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 1987\2568]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1903/1994, de 2 de noviembre [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 1994\8386]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/1999, de 24 de mayo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 1999\3383]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 486/2002, de 12 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2002\5439]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 975/2005, de 13 de julio [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2005\6607]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 213/2007, de 15 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2007\3269]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 455/2009, de 29 de abril [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2009\3199]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 194/2012, de 20 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2012\4069]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 870/2016, de 18 de noviembre [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2016\5609]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 949/2016, de 15 de diciembre [versión electrónica – base de datos VLEX. Ref. 656593321]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019, de 4 de julio [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2019\3382]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 145/2020, de 14 de mayo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2020\1020]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 444/2022, de 5 de mayo [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2022\2362]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 10/2023, de 9 de enero [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. RJ 2023\522]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 108/2023, de 16 de febrero [versión electrónica – base de datos Aranzadi Digital jurisprudencia. Ref. JUR 2023\92601]

3. OBRAS DOCTRINALES

- Díez Ripollés, J.L., *La protección de la libertad sexual: Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985
- Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal Español Parte General* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal -Estudios-* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- Iglesias Canle, I.C., “Libertad sexual y violencia sexual”, *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022
- Monge Fernández, A., ‘*Las Manadas*’ y su incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- Morales Prats, F. y García Alberó, R., “Capítulo I. De las agresiones sexuales [arts. 178 a 180]” en Morales Prats, F. (7ª ed.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I y II* (7ª ed.), Aranzadi (consultado en ProView), Pamplona, 2016
- Muñoz Conde, F., Berdugo Gómez de la Torre, I. y García Arán, M., *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989
- Muñoz Conde, F., *Derecho Penal Parte Especial* (21ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- Muñoz Conde, F., *Derecho Penal Parte Especial* (24ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General* (11ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022
- Orts Berenguer, E., “Lección XI. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales” en González Cussac, J.L. (5ª ed.), *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016
- Orts Berenguer, E., “Lección XI. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales” en González Cussac, J.L. (7ª ed.), *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022
- Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- Rebollo Vargas, R. et al., *Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I). Delitos contra las personas* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021

4. RECURSOS DE INTERNET

BBC News Mundo, “‘Solo sí es sí’: en qué consiste la nueva y polémica ley de consentimiento sexual en España”, *BBC News Mundo*, 26 de agosto de 2022

Escrivá, A. y Lozano, A., “Leopoldo y los otros 31 violadores excarcelados por la ley del ‘solo sí es sí’”, *El Mundo*, 28 de enero de 2023

Javier Portillo y Eva Saiz, “Las protestas contra la sentencia de La Manada vuelven a las calles”, *El País*, 5 de diciembre de 2018

Manzanares Samaniego, J.L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, *Diario La Ley*, n. 10143, 2022, (S.P.)

Rincón, R. y Rodríguez, J.A., “Así quedan las penas en la ‘ley del solo sí es sí’ con la reforma del PSOE”, *El País*, 6 de febrero de 2023