



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por

Silvia Fernández Santafé

Con objeto de

Analizar los posibles motivos de la acusación particular para recurrir en casación, ante el Tribunal Supremo, la Sentencia condenatoria por abuso sexual a menor de dieciséis años a la «Manada de Manresa».

Director

Don Miguel Ángel Boldova Pasamar

Facultad de Derecho

Máster de Acceso a la Abogacía

Curso 2.021-2.022

Diciembre de 2.021

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
<u>I.- INTRODUCCIÓN.....</u>	6
<u>II.- ANTECEDENTES DE HECHO.....</u>	8
<u>III.- CUESTIONES OBJETO DE DICTAMEN.....</u>	13
<u>IV.- NORMATIVA APLICABLE.....</u>	14
<u>V.- FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....</u>	15
1. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años: el artículo 183.....	16
<u>1.1 Introducción.....</u>	16
<u>1.2 Bien jurídico protegido: la indemnidad sexual.....</u>	17
<u>1.3 Abusos sexuales.....</u>	19
<i>A) Concepto y regulación.....</i>	19
<i>B) Elemento subjetivo.....</i>	20
<i>C) Clases: abusos sin consentimiento o con consentimiento viciado. Especial mención al consentimiento en personas privadas de sentido.....</i>	21
<u>1.4 Agresión sexual.....</u>	22
<i>A) Concepto y regulación.....</i>	22
<i>B) Elemento subjetivo.....</i>	23
<i>C) Modalidades comisivas.....</i>	23
<i>a) Violencia.....</i>	24
<i>b) Intimidación.....</i>	25
<u>1.5 Abuso y agresión sexual con penetración.....</u>	26
<i>A) Concepto y regulación.....</i>	26

<i>B) Modalidades comisivas: especial mención al acceso carnal.....</i>	<i>27</i>
<i>C) Grados de realización del delito.....</i>	<i>28</i>
<u>1.6 Tipos agravados comunes a los abusos y agresiones sexuales a menores: especial mención a la agravante por actuación conjunta.....</u>	<u>29</u>
2. El consentimiento del menor de dieciséis años: el artículo 183 quater.....	33
3. Cuestiones procesales.....	37
<u>3.1 Primera Instancia.....</u>	<u>38</u>
<u>3.2 Segunda Instancia.....</u>	<u>40</u>
<u>3.3 El recurso de Casación.....</u>	<u>41</u>
<i>A) Conceptos previos.....</i>	<i>41</i>
<i>B) El Recurso de casación penal.....</i>	<i>43</i>
<i>a) Introducción.....</i>	<i>43</i>
<i>b) Resoluciones recurribles en casación.....</i>	<i>44</i>
<i>c) Motivos de casación penal.....</i>	<i>44</i>
<u>VI.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....</u>	<u>47</u>
1. Calificación jurídica de los ataques sexuales consumados por los miembros de «La Manada de Manresa» sobre la víctima menor de edad.....	48
<u>1.1 Calificación de los hechos llevada a cabo por los órganos judiciales de primera y segunda instancia: el abuso sexual.....</u>	<u>49</u>
<u>1.2 Calificación de los hechos desde el punto de vista de la acusación particular: la agresión sexual. Especial mención a la intimidación ambiental.....</u>	<u>54</u>
2. Autoría y participación.....	64
3. Cuestión concursal: especial mención al delito continuado.....	67
4. Existencia de error de tipo o prohibición sobre la edad de la víctima.....	73

5. Medios de prueba y valoración. Especial mención a la declaración de la víctima.....	75
6. Responsabilidad civil derivada del delito.....	79
7. Viabilidad y motivos para recurrir en casación, ante el Tribunal Supremo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.....	82
<u>VII.- CONCLUSIONES.....</u>	86
<u>VIII.- BIBLIOGRAFÍA.....</u>	91
1. Libros.....	91
2. Artículos de revista.....	92
3. Recursos web.....	94
<u>IX.- JURISPRUDENCIA.....</u>	95
1. Tribunal Constitucional.....	95
2. Tribunal Supremo.....	95
2.1 Sentencias del Tribunal Supremo.....	95
2.2 Acuerdos del Tribunal Supremo.....	100
3. Tribunal Superior de Justicia.....	100
4. Audiencia Provincial.....	101
5. Otras fuentes: Circulares de la Fiscalía General del Estado.....	101

ABREVIATURAS

AP.- Audiencia Provincial.

Apdo.- Apartado.

Art.- Artículo.

Arts.- Artículos.

CE.- Constitución Española.

CENDOJ.- Centro de Documentación Judicial.

Cit.- Cita.

Coord.- Coordinador.

Coords.- Coordinadores.

CP.- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Dir.- Director.

Dirs.- Directores.

Edic.- Edición.

Et al.- Y otros.

Etc.- Etcétera.

LECrim.- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO.- Ley Orgánica.

Ss.- Siguietes.

TS.- Tribunal Supremo.

TSJ.- Tribunal Superior de Justicia.

Vid.- Véase.

SSTS.- Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Pág.- Página.

Págs.- Páginas.

Núm; nº.- Número.

I.- INTRODUCCIÓN

Atendiendo a las bases ofrecidas por la guía docente del Trabajo Final de Máster, el presente dictamen tiene por objeto la realización de una síntesis de los delitos sexuales en los que interviene, como sujeto pasivo, un menor de edad así como un análisis de las distintas resoluciones judiciales que han fallado el supuesto de hecho objeto de estudio.

Actualmente, la comisión de delitos sexuales es más común de lo que parece y debería. Aunque, los delitos contra la libertad e indemnidad no son los más cometidos, las estadísticas ofrecidas por la Fiscalía General del Estado crean gran alarma social pues reflejan la relevancia del problema ya que, los delitos sexuales forman un gran número de las infracciones penales ejecutadas. Es sabido, que el objetivo de la normativa penal es evitar la comisión de delitos futuros pero, anualmente, la delincuencia sexual aumenta, lo que muestra, la insuficiencia de la normativa actual.

El caso elegido para elaborar este dictamen, es un caso real que, sin duda, no ha pasado desapercibido ni en el ámbito del derecho ni en la ciudadanía. El mediático caso objeto de estudio conocido como «La Manada de Manresa» haciendo referencia así a los hechos que tuvieron lugar la noche del 29 de octubre de 2.016 en una fábrica abandonada sita en Manresa (Barcelona).

Así las cosas, el presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, de la jurisprudencia y doctrina en la materia para, finalmente, lograr el propósito primordial del dictamen: analizar los posibles fundamentos jurídicos de la acusación particular para impugnar ante el Tribunal Supremo la Sentencia del Tribunal de Justicia Catalán que confirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso de «La manada de Manresa».

Así pues, como punto de partida, antes de realizar un pronunciamiento en la materia o, más concretamente, adoptar la postura de acusación particular y, por tanto, de tutelar los intereses de la víctima de cara a lograr que el Tribunal Supremo, case la Sentencia perjudicial para los intereses de la menor, debemos hacer un estudio pormenorizado y objetivo del caso, de los elementos jurídicos del tipo, de la doctrina y jurisprudencia en la materia, un análisis de los pronunciamientos en primera y segunda instancia, un

deslinde entre el delito de abuso y agresión sexual, profundizar en la cuestión concursal, la autoría y participación, el consentimiento, etc.

Elaborado este estudio ecuánime, examinamos la viabilidad de las distintas posibilidades de actuación de cara a dirigirnos al Tribunal Supremo todo ello, como hemos adelantado, desde la perspectiva de la acusación particular y, lógicamente, con ánimo de que, la víctima menor de edad, obtenga la tutela judicial efectiva que la Constitución Española le garantiza¹.

Finalmente, tal y como figura de forma más extensa en el apartado dedicado a las conclusiones, esta parte considera plenamente recurrible en casación la Sentencia de Segunda instancia que, como sabemos, confirma el pronunciamiento que tuvo lugar en la Audiencia Provincial de Barcelona siendo el motivo en el que más debemos centrarnos, la existencia de un delito de agresión sexual y no de abuso sexual existiendo, por tanto, los elementos objetivos para que el tipo “violación” entre en juego: violencia o intimidación (elemento diferencial). *Sensu contrario*, lógicamente y, siendo la acusación particular, descartamos la libre absolución de los autores.

¹ Art. 24.1 de la C.E: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

Dictamen emitido por Silvia Fernández Santafé, alumna del segundo curso del Máster Universitario de Acceso a la Abogacía, a solicitud de Doña Cándida Cándida Cándida, menor de edad, víctima de varios ataques sexuales consumados por distintos sujetos con el objeto de adoptar la postura de acusación particular y recurrir en casación la resolución judicial perjudicial para los intereses de la menor.

II.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Cerca de la medianoche del día 29 de octubre de 2.016 un grupo de jóvenes (entre los que se encontraban personas menores de edad) se congregaron para realizar un botellón dentro de una fábrica abandonada situada en el término municipal de Manresa (Barcelona), que contaba con dos casetas en desuso.

SEGUNDO.- Entre las personas que estaban presentes la noche de los hechos que van a ser narrados a continuación se encontraban los siguientes sujetos²:

- Maximiliano, español, mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Ramón, cubano, mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Julio, cubano, mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Luis Ángel, cubano, mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Pio, español, mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Lucio, argentino, mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Lázaro, español, mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Cándida (víctima de los hechos), menor de edad (14 años en el momento de los hechos), nacida en 2.002.
- Marí Luz, Anselmo, Argimiro y Arturo (testigos de los hechos narrados), menores de edad.

TERCERO.- Hacia medianoche, Cándida, Mari Luz y Anselmo, abandonaron durante un breve lapso de tiempo la fábrica donde se encontraban de fiesta para encontrarse con una tía de Cándida regresando al “botellón” alrededor de la una de la madrugada.

² Los nombres utilizados no son los reales de las personas que intervinieron en los hechos. Las denominaciones empleadas para designar, a los sujetos intervinientes son aquellos que figuran en los hechos probados de la Sentencia 813/2.019 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección vigesimosegunda), de fecha 31 de Octubre de 2.019 accesible a través de la página web del Consejo General del Poder Judicial que, en base a la Ley de Protección de Datos, borra los nombres y apellidos de los sujetos y los sustituye por otros ficticios.

CUARTO.- Entre tanto, Cándida, persona con baja tolerancia al alcohol, ingirió bebidas alcohólicas con anterioridad a la visita de su tía así como con posterioridad, al volver de la fiesta momento en el que, además, consumió estupefacientes, en concreto, marihuana.

QUINTO.- Consecuencia de lo anterior, la menor, llegó a perder totalmente la conciencia de lo que sucedía y hacía aquella noche, conciencia, que no recuperó hasta horas después del consumo de tóxicos, siendo esto, ya por la mañana.

SEXTO.- Todas las personas que, en ese momento, se encontraban congregadas en la misma caseta, eran conscientes de la situación de la víctima, es decir, de que estaban ante una menor de 16 años así como de que se encontraba en estado de inconsciencia.

SÉPTIMO.- Fue entonces cuando, Maximiliano, cogió con sus brazos a Cándida, la cual conocía desde hacía tiempo, y marchó con ella a la otra caseta abandonada la cual, se encontraba vacía pues, en ese preciso instante, no había nadie en ella. Así, con ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos, metió varios dedos de su mano en la vagina de la menor.

OCTAVO.- Posteriormente, Maximiliano, dejó a Cándida sola en la caseta donde había tenido lugar el ataque sexual y, se dirigió a la otra, donde se encontraban el resto de asistentes a la fiesta.

NOVENO.- Una vez ahí, Maximiliano, se dirigió a los hombres presentes diciéndoles: “ahora podéis ir vosotros”.

DÉCIMO.- Uno detrás de otro, Luis Ángel, Pio, Lucio y Ramón, se dirigieron a la caseta donde se encontraba Cándida y, para satisfacer sus deseos sexuales, introdujeron sus penes en la vagina de la menor.

UNDÉCIMO.- Mientras esto sucedía en la caseta donde se encontraba la víctima inconsciente, Julio (otro de los asistentes) estaba en la otra, con el resto del grupo y, en un momento dado, tuvo en sus manos lo que parecía una pistola.

DUODÉCIMO.- Más tarde, y cuando ya habían marchado la mayor parte de los reunidos en la fiesta, Maximiliano y Ramón, al mismo tiempo, cogieron a Cándida, liberaron sus respectivos penes de los pantalones y los pusieron sobre la cara de la

menor para que, ésta, los masturbara consiguiendo así, de nuevo, satisfacer sus deseos libidinosos con las felaciones que la víctima les realizó.

DÉCIMO TERCERO.- Al día siguiente, la víctima despertó en casa de su amiga Mari Luz y le hizo saber que no recordaba con claridad lo ocurrido de media noche en adelante pues, solamente tenía recuerdos, “flashes” que eran como imágenes.

Por ello, fue su amiga quien tuvo que narrarle los hechos acaecidos la noche anterior en la fábrica abandonada donde se encontraban celebrando un botellón.

DÉCIMO CUARTO.- El día 30 de Octubre de 2.016, Maximiliano y Anselmo (amigo de Cándida) intercambian unos mensajes en los que consta que todos los encausados pasaron por la caseta donde Maximiliano, había situado a Cándida. En ellos, los interlocutores afirman que todos (Luis Angel, Pio, Lucio y Ramón) cometieron actos sexuales uno tras otro “*en fila india*” y que, habían copulado con la menor todos “*menos tú y yo*” puesto, que Maximiliano se muestra satisfecho al afirmar que “*le metí los dedos y estaba que se quejaba*”.

DÉCIMO QUINTO.- Transcurridos unos días, Maximiliano contactó con Mari Luz, Anselmo, Argimiro y Arturo, antes de que estos declararan como testigos en la causa y les dijo que no hablaran de lo ocurrido si no querían tener problemas.

DÉCIMO SEXTO.- Tras los hechos narrados en los apartados precedentes, tiene lugar la apertura de la fase de instrucción que tiene lugar en el Juzgado de Instrucción número 2 de Manresa por delitos, entre otros, de abuso sexual a menor de 16 años siendo procesados: Julio, Lázaro, Lucio, Maximiliano, Pio, Ramón y Luis Ángel.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Concluida la fase de instrucción y abierta la fase de juicio oral, la Audiencia Provincial de Barcelona, autoridad competente para enjuiciar y fallar sobre los hechos acaecidos³ emite la siguiente resolución: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 813/2.019 (sección vigésimo segunda) de 31 de octubre de 2.019.

La citada resolución judicial falla lo siguiente:

³ Art. 14 LECrim.

- Se condena a Maximiliano, como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual sobre menor de dieciséis años en actuación conjunta de dos o más personas de los artículos 183.1, 3 y 4 apartado b) y 74 del Código Penal a las penas de 12 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de esta condena, libertad vigilada durante 10 años, a cumplir tras la pena privativa de libertad, prohibición de aproximarse a Cándida, a su domicilio o cualquier lugar que frecuente a una distancia inferior a 1.000 metros, por un tiempo superior a 10 años a la pena de prisión y, durante este mismo tiempo, prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio.

- Se condena a Ramón, como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual sobre menor de dieciséis años en actuación conjunta de dos o más personas de los artículos 183.1, 3 y 4 apartado b) y 74 del Código Penal a las penas de 12 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de esta condena, libertad vigilada durante 10 años, a cumplir tras la pena privativa de libertad, prohibición de aproximarse a Cándida, a su domicilio o cualquier lugar que frecuente a una distancia inferior a 1.000 metros, por un tiempo superior a 10 años a la pena de prisión y, durante este mismo tiempo, prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio.

- Se condena a Luis Ángel, como autor responsable de un delito de abuso sexual sobre menor de dieciséis años de los artículos 183.1 y 3 del Código Penal a las penas de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de esta condena, libertad vigilada durante 10 años a cumplir tras la pena privativa de libertad, prohibición de aproximarse a Cándida, a su domicilio o cualquier lugar que frecuente a una distancia inferior a 1.000 metros, por un tiempo superior en 10 años a la pena de prisión y, durante este mismo tiempo, prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio.

- Se condena a Pío, como autor responsable de un delito de abuso sexual sobre menor de dieciséis años de los artículos 183.1 y 3 del Código Penal a las penas de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de esta condena, libertad vigilada durante 10 años a cumplir tras la pena privativa de libertad, prohibición de aproximarse a Cándida, a su domicilio o cualquier lugar que

frecuente a una distancia inferior a 1.000 metros, por un tiempo superior en 10 años a la pena de prisión y, durante este mismo tiempo, prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio.

- Se condena a Lucio, como autor responsable de un delito de abuso sexual sobre menor de dieciséis años de los artículos 183.1 y 3 del Código Penal a las penas de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de esta condena, libertad vigilada durante 10 años a cumplir tras la pena privativa de libertad, prohibición de aproximarse a Cándida, a su domicilio o cualquier lugar que frecuente a una distancia inferior a 1.000 metros, por un tiempo superior en 10 años a la pena de prisión y, durante este mismo tiempo, prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio.
- A su vez, los autores son condenados a indemnizar conjunta y solidariamente a Cándida en la cantidad de 12.000€ en concepto de responsabilidad civil derivada del delito.

Así, se condena a cinco miembros de la «Manada de Manresa» por abusos sexuales descartando, de forma rotunda la existencia de violencia o intimidación (elementos objetivos del delito de violación⁴) así como, la consumación de otros delitos como amenazas, obstrucción a la justicia u, omisión de los deberes de impedir delitos de los que venía acusando la acusación particular y el Ministerio Fiscal.

Lo cierto es que, ninguno de los testigos permitió fijar como hecho probado que Julio profiriese amenazas sobre los presentes en la fiesta. Por otro lado, Maximiliano no llegó a obstruir a la justicia como tal debido a que, a pesar de su advertencia, los testigos declararon en la causa en los términos en los que se les requirió. Por último, tampoco quedó probado que el acusado por omisión de deber de socorro (Lázaro) tuviera medios a su alcance para evitar la comisión de los ataques sexuales sobre la víctima.

DÉCIMO SEXTO.- La sentencia de Primera Instancia fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por los condenados así como por la Fiscalía y la acusación particular.

⁴ Vid. art. 179 C.P.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Finalmente, el Tribunal Catalán en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3/2.021 (sección de apelación de la sala Civil y Penal) de fecha 26 de enero de 2.021 ha estimado en parte los recursos de apelación de la Fiscalía y la acusación particular y, aunque mantiene la existencia de los delitos ya apreciados por la Audiencia Provincial (descartando, expresamente, la existencia de intimidación ambiental), eleva la indemnización para la víctima a 60.000€ frente a los 12.000€ finados inicialmente teniendo en cuenta la: *«gravedad del ataque a la indemnidad sexual que sufrió la menor, que en sentencia de instancia se califica de extremadamente intenso y especialmente denigrante»*.

III.- CUESTIONES OBJETO DE DICTAMEN

Como punto de partida es necesario reiterar que el presente dictamen se emite en asistencia y representación de Cándida, menor de edad, víctima de distintos delitos sexuales que, de forma indudable, lesionaron de forma grave su indemnidad sexual.

A nuestro juicio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en primera instancia así como, la resolución judicial del Tribunal Superior de Justicia Catalán, en segunda instancia, no satisfacen el derecho a la tutela judicial efectiva de mi representada motivo por el cual, he de pronunciarme sobre la viabilidad y fundamentación de un recurso de casación que de nuevo, solicite que se tutelen de forma efectiva los intereses de la menor acudiendo, para ello, al Tribunal Supremo.

Inicialmente, debemos tener claramente delimitadas, vistos los hechos probados, unas cuestiones teóricas sobre, como es lógico, los delitos sexuales en menores de dieciséis años. Lo cierto es que, los hechos probados que figuran en los antecedentes de hecho del presente dictamen, podrían ser subsumibles en otros delitos previstos y penados en nuestro Código Penal pero, dada la relevancia penal de los delitos sexuales así como, a tenor de lo solicitado por mi representada, nos ceñiremos a la valoración de los delitos sexuales consumados la noche del 29 de octubre de 2.016.

Así las cosas, en primer lugar, conoceremos la teoría jurídica de los delitos sexuales que tienen como sujeto pasivo a un menor de dieciséis años siendo éstos, aquellos regulados en los arts. 183 y ss. C.P. Resulta necesario tener claro el plano teórico de los delitos objeto de pronunciamiento para así, poder cumplir con el objetivo principal del presente

dictamen siendo éste, los motivos de recurso de casación desde la postura de la acusación particular.

Tras tener los conocimientos teóricos necesarios en materia de delitos contra la indemnidad sexual, nos plantearemos, las cuestiones procesales que han tenido lugar a lo largo del procedimiento penal así como aquellas relativas al recurso de casación.

Finalmente, a lo largo del presente dictamen se habrá dado un pronunciamiento sobre los posibles motivos para recurrir en casación la Sentencia condenatoria por abuso sexual a la «Manada de Manresa» teniendo presente que, este pronunciamiento, viene realizado por quien tutela los intereses de la víctima, esto es, por la acusación particular.

Con todo lo anterior, se pretende dar prioridad a los intereses de la menor víctima de varios ataques sexuales, reclamar una tutela judicial efectiva por parte del Tribunal Supremo y, por tanto, formular acusación contra los miembros de la conocida «Manada de Manresa».

IV.- NORMATIVA APLICABLE

Para la redacción del presente dictamen, ha sido necesario acudir a la siguiente normativa con ánimo de fundamentar jurídicamente todo lo expuesto:

- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.- Art. 2.
- Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.
- Constitución Española.- Artículo 9.3, 17, 24.
- Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, del Código Penal.- Artículo 14.1, 27, 28, 55, 57, 73, 74, 77, 109, 110, 113, 123, 179, 181, 183, 570 bis, 570 ter.
- Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial.- Artículo 57.1 a).

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1.882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.- Art. 14, 109, 111, 112, 299, 520, 637.1 2ª, 846 bis a), 846 bis a), 946 bis b), 846 bis c) 847, 849, 850, 854, 855 y ss., 873 y ss., 901 y 904.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.- Art. 1.902.
- Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.- Art. 178.

V.- FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Antes de cumplir con el objetivo principal del dictamen, necesitamos tener claras unas bases puramente teóricas acerca de los delitos objeto de pronunciamiento: los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años regulados en los artículos 183 y ss. C.P.

En este enfoque teórico no solo analizaremos las acciones típicas sino que, para realizar un análisis completo es necesario conocer los siguientes extremos: bien jurídico protegido, sujeto activo, autoría y participación, cuestiones concursales, consentimiento del menor de edad, agravante por actuación conjunta, existencia de violencia o intimidación, etc.

Al margen del derecho material, debemos tener presente, especialmente, a la hora de estudiar la posible interposición de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el derecho procesal siendo éste, las normas jurídicas que ordenan el proceso que debemos seguir para lograr la tutela judicial efectiva para nuestra mandante.

Tras tener bien sentadas estas bases, lograremos cumplir con el objetivo principal del presente estudio: analizar las posibles vías o motivos de recurso de casación frente a la Sentencia de «La Manada de Manresa».

1. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años: el artículo 183.

1.1 Introducción

Como consta en los datos más actuales, la delincuencia sexual cuya víctima es un menor de dieciséis años aumenta de manera exponencial en nuestro país. La ley penal debe castigar las conductas reprochables penalmente con ánimo de evitar la comisión de delitos futuros de manera que, si hay un crecimiento de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, es necesario reforzar la protección normativa en este ámbito.

La alarma social ocasionada junto con la necesidad de armonizar nuestro ordenamiento con la normativa europea⁵ puso en el punto de mira al legislador penal español obligándolo a tipificar nuevas conductas delictivas. Así, en la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 se introdujo el nuevo capítulo II bis dentro del título VIII que tipificaba de manera diferenciada los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años del resto de sujetos pasivos (mayores de esa edad).

De esta manera, se otorgaba mayor protección y tutela a la indemnidad sexual de los menores de edad (menores de trece años) que estaban siendo víctima de múltiples ataques sexuales ilícitos.

Ahora bien, en 2015, con la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015 la edad del menor de edad al que se le da mayor protección en materia de abusos y agresiones sexuales se aumenta a dieciséis años.

⁵ Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Esta reforma se traduce en una protección penal más intensa y en el incremento de las penas en aquellos supuestos en los que la víctima de un delito sexual es un menor de una concreta edad que, tras la última reforma en la materia, se sitúa en dieciséis años⁶.

En consecuencia, no debe pasar desapercibido que, con esta última reforma se aumenta la edad del consentimiento sexual, privando al menor de dieciséis años de autodeterminación sexual y ofreciendo una protección total a la indemnidad sexual en cumplimiento, de nuevo, de la necesidad de armonizar nuestro ordenamiento a las directivas europeas. De esta manera, tal y como establece la Directiva 2011/93/UE, se fija: «la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor».

Consecuencia de lo anterior, actualmente, encontramos una amplia regulación en la materia pues, en nuestro Código Penal encontramos el Título VIII «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» que, a su vez, alberga el capítulo II bis regulador «De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años».

1.2 Bien jurídico protegido: la indemnidad sexual.

La evolución del Derecho Penal sexual ha sido muy controvertida en cuanto al objeto de protección de los delitos sexuales. Finalmente, el bien jurídico protegido se deduce del Título VIII del Código penal siendo éste la libertad e indemnidad sexual.

Históricamente, el bien jurídico protegido a través de los delitos sexuales fue el de la “honestidad”, entendido como la moral sexual colectiva o dominante en una época concreta.

Con la transición democrática, se comienzan a concebir los delitos sexuales como atentados contra la libertad sexual.

Posteriormente, con la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, aparece un nuevo bien jurídico protegido complementario al anterior: la indemnidad sexual que, ha ido adquiriendo una dimensión muy especial por

⁶ BOLDOVA PASAMAR, M.Á., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en *Derecho Penal parte especial conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de Marzo*, Romeo et al. (coord.), Comares, Granada, 2016, pág. 202.

el mayor contenido de lo injusto que presentan los ataques sexuales que tienen como sujeto pasivo un menor frente a aquellos, que lesionan la libertad sexual de un mayor de edad (mayor de dieciséis años).

Así pues, la doctrina define de forma clara y concisa la indemnidad sexual como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado así como el derecho a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor⁷.

Por su parte, hay un buen sector de la doctrina⁸ que ha sido muy crítico con este nuevo bien jurídico protegido considerando, que la indemnidad no representa un valor con significado propio y que sólo puede ser entendida en relación con la libertad sexual siendo, esta afirmación irrelevante a efectos de considerar la existencia de un delito sexual del art. 183 C.P en el caso que nos ocupa.

Finalmente, la jurisprudencia⁹ es tajante y afirma que se considera una lesión a la indemnidad sexual cualquier acto consistente en un contacto corporal de contenido sexual no consentido o consentido inválidamente por un menor de dieciséis años.

De este modo, conociendo, exclusivamente, el bien jurídico protegido, podemos afirmar que nuestra representada ha sido víctima de un delito sexual pues, sin duda, ha quedado probada la existencia de distintos ataques sexuales no consentidos y lesivos de su indemnidad sexual.

Ahora, debemos conocer los elementos jurídicos del injusto que forman cada uno de los delitos sexuales cometidos sobre menores de dieciséis años para, posteriormente, proceder a la subsunción de los hechos probados en aquél que más nos encaje atendiendo a nuestra labor de tutelar los intereses de la víctima.

⁷ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», *cit.*, pág. 193.

⁸ ROPERO CARRASCO, J., «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores», en *el proyecto de 2013, estudios penales y criminológicos*, nº 34, 2014, p. 245.

⁹ Sentencia 433/2018 del Tribunal Supremo (sala de lo Penal), de 28 de septiembre de 2018.

1.3 Abusos sexuales

A) Concepto y regulación

En primer lugar, el delito de abuso sexual a menor de dieciséis años se regula en el artículo 183.1 del Código Penal¹⁰.

Con carácter general, legislador, define los abusos sexuales como ataques sexuales lesivos de la libertad o indemnidad sexual de otra persona realizados sin violencia o intimidación y, lógicamente, sin consentimiento. De esta manera vemos como, en contraposición al delito de agresión sexual, este delito se caracteriza por la existencia de un acto sexual no consentido bien porque no concurre el consentimiento o porque es inválido o viciado pero, sin la utilización de violencia o intimidación como medios comisivos (siendo este el elemento diferencial clave).

Debemos tener en cuenta la amplitud del concepto «actos de carácter sexual» y plantearnos, ¿Qué debemos entender por actos sexuales? La jurisprudencia¹¹ nos da las claves englobando, en el concepto, tres elementos:

«(i) Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual, en principio sin que represente acceso carnal.

(ii) Ese elemento objetivo puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de consentir libremente.

(iii) Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuridicidad la conducta y que se expresa en el clásico “ánimo libidinoso” o propósito de obtener una satisfacción sexual».

Por su parte, la redacción anterior del precepto citado¹² exigía, expresamente, que el ataque sexual lesionara la indemnidad sexual. Actualmente, resultaría superflua esa

¹⁰ «El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años».

¹¹ Sentencia 44/2012 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección tercera), de 13 de noviembre de 2.012.

¹² Anterior a la redacción actual introducida por la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015.

mención expresa en tanto en cuanto, se entiende que cualquier acto sexual no consentido o cuyo consentimiento sea inválido cometido sobre un menor de 16 años, lesiona la indemnidad sexual.

Finalmente, vemos como el precepto, aparentemente, establece una norma general que es castigar como autor de un delito de abuso sexual a cualquier sujeto que realice actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años (sin emplear violencia o intimidación). Ahora bien, esta afirmación admite prueba en contrario de manera que, no todos los actos sexuales consumados sobre un menor serán constitutivos de delito sexual, tal y como veremos en el apartado dedicado al consentimiento del menor de edad. Así, a mi juicio, se evita un automatismo en la apreciación del delito siempre que estemos ante un acto sexual de un mayor con un menor de edad.

B) Elemento subjetivo

Actualmente, la jurisprudencia mantiene el criterio de considerar el delito de abuso sexual como un tipo cuyo elemento subjetivo, está compuesto, únicamente, por el dolo. De esta manera, no se exige la concurrencia del conocido «ánimo libidinoso» como elemento subjetivo adicional al dolo.

En esta línea, el Tribunal Supremo¹³ considera lo siguiente: «Respecto al elemento subjetivo en los delitos contra la libertad sexual [...] la tipicidad del delito de abuso sexual no exige un elemento subjetivo distinto del dolo de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima. No puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad de la víctima en los que, sin embargo, el propósito del autor no sea necesariamente el de obtener una satisfacción sexual [...] Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, afecta negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima».

Por último, de forma especialmente acertada, el Alto Tribunal añade: «Generalmente concurrirá un ánimo tendencial consistente en el propósito de obtener una satisfacción sexual, pero este ánimo no viene exigido por el tipo [...]».

¹³ Sentencia 60/2016 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo penal) de 4 de febrero de 2.016. Vid. también Sentencia 411/2014, del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo penal) de 26 de mayo de 2.014.

Así pues vemos como la jurisprudencia actual se aparta del criterio anteriormente establecido que requería la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo. En esta línea, entendemos que ese elemento subjetivo –dolo- es imprescindible para delimitar las conductas típicas de los abusos sexuales de las atípicas.

C) Clases: abusos sin consentimiento o con consentimiento viciado. Especial mención al consentimiento en personas privadas de sentido.

En el caso que nos ocupa, debemos tener en cuenta que la víctima se encuentra inconsciente durante la consumación de los ataques sexuales. Es indudable, por tanto, la ausencia de consentimiento pues, no es que el consentimiento pueda ser inválido (por no cumplir los requisitos legales) o viciado sino que, es imposible que la víctima lo haya prestado.

Sobre este extremo, el art. 181.2 C.P.¹⁴ contiene supuestos que siempre van a entenderse como no consentidos y, así, serán subsumibles en un delito de abuso sexual¹⁵. Entre este elenco de supuestos encontramos aquellos en que la víctima sea una persona privada de sentido pues, el sujeto pasivo de los actos sexuales no se halla en condiciones de decidir con arreglo a sus intereses pero lo cierto es que, ni tiene, ni se le da oportunidad de pronunciarse sobre dicha relación sexual¹⁶.

Por su parte, sin entrar a valorar las modificaciones que se encuentran, todavía, en fase de tramitación, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual considera que son constitutivos de agresión sexual aquellos actos que se ejecuten sobre personas privadas de sentido y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad¹⁷.

Igualmente, la norma penal regula supuestos en que la víctima llega a consentir el acto pero, penalmente, tal consentimiento se entiende inválido e ineficaz aunque, teniendo en

¹⁴ «[...] Se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad natural o química idónea a tal efecto».

¹⁵ Vid. Sentencia 191/2018 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección vigesimoséptima) de 19 de marzo de 2018.

¹⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Agresiones y abusos sexuales a menores» en Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial, Lameiras et.al (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 69.

¹⁷ Vid. art. 178 del ya citado Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

cuenta las circunstancias del caso que nos ocupa, no tiene relevancia detenernos en estos extremos.

Finalmente, teniendo en cuenta los hechos, como punto de partida, estaremos ante un delito de abuso sexual debiendo valorar, como veremos en epígrafes posteriores, la existencia de elementos (violencia o intimidación) que permitan subsumir los hechos en preceptos más graves por estar ante un mayor injusto.

1.4 Agresión sexual.

A) Concepto y regulación

A la hora de conocer la acción típica debemos acudir, al art. 183.2 C.P.¹⁸ que regula la agresión sexual a menores de dieciséis años. El precepto es claro y establece que cuando el ataque sexual cometido, sea consumado utilizando violencia o intimidación, estaremos ante un delito de agresión sexual. Este concepto abarca el delito de agresión sexual genérico, esto es, ataque sexual (no consentido) con violencia o intimidación, pero, estaremos ante otro delito distinto y más grave cuando, además, exista acceso carnal (Vid. punto IV, apartado 1, epígrafe 1.5).

Con carácter general, se clasifican las agresiones sexuales en dos grandes grupos en relación a la gravedad de la conducta llevada a cabo: la violación (agresión sexual consistente en acceso carnal) y las restantes agresiones sexuales (ataque sexual utilizando violencia intimidación).

En conclusión, tras la lectura del precepto vemos como no estamos más que ante un delito de abusos sexuales al que se le ha sumado la concurrencia de violencia o intimidación¹⁹.

¹⁸ «Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

¹⁹ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.019, pág. 122.

B) Elemento subjetivo

El elemento subjetivo del injusto en los delitos de agresión sexual está compuesto por el dolo y, por un elemento subjetivo adicional: ánimo lúbrico o libidinoso.

En esta línea, la jurisprudencia²⁰, considera conducta punible: «toda acción lúbrica proyectada en el cuerpo de otra persona» o «cualquier acción que implique un contacto corporal incontinido, con significación sexual en la que concurra el ánimo tendencial libidinoso y que implique un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre».

Independientemente de subsumir los hechos en un delito de abuso o de agresión sexual, la existencia de un ánimo libidinoso suele tener lugar casi siempre, igualmente en los delitos de abuso sexual que, como sabemos, no se exige más concurrencia que la del elemento subjetivo por excelencia: el dolo. A pesar de ello, en los hechos probados que constan en sentencia figura, expresamente, la necesidad de los sujetos activos de satisfacer sus deseos sexuales (“deseos libidinosos”) mediante los ataques sexuales consumados sobre mi representada.

C) Modalidades comisivas

El elemento diferenciador del delito de agresiones sexuales es la utilización de uno de los siguientes medios comisivos: violencia o intimidación.

A modo introductorio podemos identificar la violencia con el empleo de fuerza física corporal y, la intimidación con la utilización de la amenaza²¹.

El Código Penal habla de violencia o intimidación como elementos diferenciadores del tipo y, resulta indudable que son imprescindibles para subsumir la conducta delictiva en un precepto (abuso sexual) u otro (agresión sexual). Ahora bien, lo cierto es que nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados de modo que resulta necesaria una

²⁰ Sentencia 576/2019 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 26 de noviembre de 2019.

²¹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», *cit.*, pág. 195 y SIERRA LÓPEZ, M., «La cualificación del número 1 del artículo 180 del Código Penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o la intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio», en *Revista penal*, nº.17, 2006 p. 196.

interpretación para su aplicación a supuestos concretos²², motivo por el cual, tenemos que acudir a la doctrina y jurisprudencia.

Actualmente, ha estado en tela de juicio la necesidad o no de que exista una efectiva resistencia por parte de la víctima a la hora de delimitar las agresiones de los abusos sexuales.

La jurisprudencia, de forma acertada, no considera la resistencia un elemento necesario para que los hechos sean constitutivos de agresión sexual en aquellos casos en que el autor ejerce una fuerza o amenaza clara y suficiente²³. A mi juicio, en ningún caso la actitud de la víctima ha de ser un elemento determinante del tipo debiendo ser, siempre y en todo caso, la actitud o actividad desarrollada por el sujeto activo.

En contra de lo anterior, existe jurisprudencia más antigua que consideraba que la resistencia de la víctima, aunque no ha de ser heroica o desesperada, debe resultar evidente y manifestada a través de actos físicos obstaculizadores, no bastando una mera oposición verbal²⁴.

Finalmente, de forma acertada la jurisprudencia considera que para que exista un delito de agresión sexual no debemos estar a la menor o mayor resistencia ejercida por la víctima sino a la falta del consentimiento y, lógicamente, a la conducta del autor²⁵.

a) Violencia

La violencia presupone que la víctima se opone a la acción sexual de forma expresa, tácita o presunta, dando lugar a una efectiva resistencia (aun pasiva) o, a una previsión de que se va a resistir durante la consumación del acto sexual²⁶.

La jurisprudencia más reciente, como hemos visto, ya no exige la existencia de una resistencia para apreciar el tipo o, más concretamente, la concurrencia de violencia o intimidación.

²² JAEN VALLEJO, M., «A propósito de la problemática significación de los conceptos de violencia, intimidación y prevalimiento de superioridad en los delitos contra la libertad sexual», en *EL DERECHO.COM*, 3/5/2012, publicación on-line (<https://elderecho.com/a-proposito-de-la-problematica-significacion-de-los-conceptos-de-violencia-intimidacion-y-prevalimiento-de-superioridad-en-los-delitos-contra-la-libertad-sexual>).

²³ Sentencia 1030/2010 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 2 de diciembre de 2.010.

²⁴ Sentencia 1546/2002 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo penal) de 23 de Septiembre de 2.002.

²⁵ Sentencia 981/2005 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 18 de julio de 2.005.

²⁶ DIEZ RIPOLLÉS J.L., «Abusos sexuales» en Comentarios al Código Penal Parte Especial, Díez *et. al* (coords.) Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 289.

Ahora bien, la violencia debe ser un elemento eficaz para doblegar la voluntad de la víctima a fin de someterla al acto sexual no consentido sin que sea, necesaria una resistencia razonable ante el agresor y bastando, por tanto, la constatación de la voluntad contraria de la víctima²⁷.

En la medida en que esa violencia tenga la capacidad de situar a la víctima en una posición de inferioridad respecto del agresor que, le impida oponer resistencia, habrá de concluirse que cumple los requisitos típicos²⁸.

Finalmente, podemos definir, de forma muy acertada la violencia como medio comisivo de la siguiente manera: «toda energía física exterior a la víctima que, proyectada inmediatamente sobre ésta, la determina, por haber vencido su resistencia (doblegando su voluntad), a padecer o realizar un determinado acto sexual²⁹».

Por último, el poder judicial considera que, en aquellos supuestos en los que se emplea violencia física ha de ser estrictamente la «necesaria» para la consumación del delito pues, si fuera más allá, existiría un concurso de delitos³⁰.

b) Intimidación

«Constituye intimidación toda prolación de un mensaje intimidatoria intenso mediante el que un sujeto amenaza a otro con causarle un mal grave, futuro y verosímil en alguno de sus intereses más preciados si no accede a padecer o realizar un determinado acto sexual³¹».

De nuevo, la intimidación debe alcanzar la magnitud idónea para superar la capacidad de resistencia o doblegar la voluntad de la víctima³². La magnitud necesaria va referida a la capacidad de la intimidación para modificar o prevenir la decisión de la víctima de resistirse a la consumación del comportamiento sexual³³.

La gravedad de la acción intimidatoria radica en su idoneidad para provocar en la víctima un estado de tal miedo o temor que se vea avocada a escoger, como salida

²⁷ JAEN VALLEJO, M., «A propósito...», *cit.*, publicación on-line.

²⁸ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Agresiones y abusos...», *cit.*, pág. 67.

²⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Agresiones y abusos...», *cit.*, pág. 67.

³⁰ Sentencia 62/2018 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 5 de febrero de 2.018.

³¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Agresiones y abusos...», *cit.*, pág. 68.

³² BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», *cit.*, pág. 195.

³³ DIEZ RIPOLLÉS J.L., «Abusos...», *cit.*, pág. 302.

menos gravosa, la consumación del acto sexual que satisfaga el ánimo libidinoso del agresor³⁴.

Para concluir, en el caso que nos ocupa es necesario hacer referencia a la intimidación ambiental que, posteriormente, será desarrollada y valorada en el apartado dedicado a los fundamentos jurídicos (por tratarse de un aspecto plenamente jurídico-práctico de desarrollo jurisprudencial).

La intimidación ambiental cobra especial relevancia en los supuestos de agresiones en grupo considerando, los tribunales, que existe un ambiente intimidatorio por naturaleza cuando, por ejemplo, la agresión es perpetrada por varios individuos, en lugares aislados, cuando es llevada a cabo por autores físicamente superiores a la víctima, etc. Con estas bases mínimas dadas sobre el concepto de intimidación ambiental, ya podemos prever que es posible que concurra en el caso que nos ocupa de manera que, analizaremos su existencia, de manera más extensa y práctica en párrafos posteriores.

Finalmente, podemos afirmar que no debemos buscar una definición única y taxativa de lo que debemos entender por violencia o intimidación. Es un concepto jurídico indeterminado y, conociendo a las bases fijadas en la jurisprudencia y doctrina, debemos estar, siempre, al caso y las circunstancias concretas para evitar automatismo a la hora de subsumir unos hechos en un determinado tipo delictivo.

1.5 Abuso y agresión sexual con penetración

A) Concepto y regulación

Se regula en el artículo 183 del Código Penal³⁵. Nos encontramos con una conducta típica que, al igual que en los delitos sexuales generales (cuya víctima es mayor de 16 años) agrava la pena cuando el ataque sexual consista en acceso carnal³⁶.

³⁴ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal...*, cit., pág. 124.

³⁵ «Cuando el ataque consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2».

³⁶ Así, el legislador castiga en el art. 183.3 C.P lo que el artículo 179 C.P denomina violación denominación que, no existe en los delitos sexuales contra menores de 16 años para hacer referencia a las agresiones sexuales consistentes en acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos.

La agravación de la pena respecto al abuso y agresión sexual expuestos anteriormente es lógica en tanto en cuanto la conducta descrita implica un mayor desvalor de la acción y del resultado. Así, la lesión al bien jurídico protegido es mayor y, por tanto, nos encontramos ante la modalidad más grave de abusos o agresiones sexuales.

B) Modalidades comisivas: especial mención al acceso carnal.

El perfeccionamiento del delito tiene lugar mediante el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o, mediante la introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal.

De nuevo, nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados de gran importancia: acceso carnal, miembro corporal y objeto. Siendo, el primero de ellos aquél que crea mayor controversia y, por tanto, aquel que estudiaremos más profundamente teniendo en cuenta, además, el supuesto de hecho objeto de dictamen.

Así, por un lado, por miembro corporal debemos entender cualquier parte del cuerpo humano que esté diferenciada del tronco. A su vez, el concepto “objeto” es amplio y comprende cualquier elemento material de cierta entidad que pueda aparecer como sustantivo del órgano genital masculino o de un miembro corporal³⁷.

Por otro lado, lo cierto es que la existencia de acceso carnal es un elemento necesario para apreciar la acción típica pero, ¿Qué debemos entender por acceso carnal? La norma penal habla de él como un elemento del tipo pero, no ofrece definición alguna. Es por ello por lo que debemos acudir a la jurisprudencia y doctrina en la materia que, lógicamente ha ido evolucionando a lo largo del tiempo con ánimo de ofrecer mayor protección al bien jurídico protegido.

Actualmente, tras una evolución del concepto, se parte de la base de que el acceso carnal típico es la penetración del órgano sexual masculino en alguna de las cavidades típicas (vagina, ano o boca) pero, no se exige que tal penetración sea total y completa sino que basta con una introducción parcial, exigiéndose, en el caso de acceso carnal por

³⁷ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», *cit.*, pág. 196.

vía vaginal, que se traspasen los labios mayores para considerarse producida la penetración vaginal³⁸.

La doctrina y jurisprudencia ha tenido que ir adaptándose a las necesidades actuales en tanto en cuanto se observaban problemas en relación con el sujeto activo cuando el delito se consumaba mediante acceso carnal. Así por ejemplo, tradicionalmente, se consideraba que la mujer, por causas naturales, no podía ser sujeto activo de esta modalidad típica. Sin embargo, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2.005, considera que es equivalente acceder carnalmente que hacerse acceder convirtiendo, así, a la mujer en posible sujeto activo de un delito de abuso o agresión sexual con acceso carnal³⁹.

C) Grados de realización del delito

A tenor de la jurisprudencia y doctrina vemos como, para consumir el delito no es precisa la penetración completa pues, se considera suficiente el llamado «coito vestibular» entendido como la penetración en la esfera genital externa anterior al himen⁴⁰. La jurisprudencia concreta el concepto de coito vestibular y lo define como la “*coniunctio membrorum*” del órgano sexual masculino con la zona vestibular de la víctima⁴¹.

En contraposición a la jurisprudencia expuesta anteriormente, existe doctrina que considera que los supuestos de coito vestibular o, dicho de otro modo, de no penetración incompleta, tendrían que castigarse como tentativa por faltar elementos del tipo siendo éstos, una mínima introducción o acceso⁴².

Ofrecidas estas nociones teóricas y, poniéndolas en relación con los hechos probados que figuran en el presente escrito, el lector puede deducir que la víctima ha sido sujeto pasivo de un delito de abuso o agresión (se dilucidará en los últimos apartados la calificación exacta) consistente en el acceso carnal por vía vaginal pues, como consta en

³⁸ Doctrina invocada ya desde la Sentencia del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 13 de diciembre de 1993 o Sentencia del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 22 de septiembre de 1992.

³⁹ *Vid.* también Sentencia 1295/2006 (sala segunda, de lo penal) de 13 de diciembre de 2.006 que aplica el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 25 de mayo de 2005.

⁴⁰ Sentencia 13/2019 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 17 de enero de 2019 y Sentencia 29/2018 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 15 de enero de 2.018.

⁴¹ Sentencia 403/2007 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 16 de mayo de 2007.

⁴² DIEZ RIPOLLÉS J.L., «Abusos...», *cit.*, págs. 344 y ss.

los antecedentes de hecho, los sujetos intervinientes en los distintos actos sexuales, introdujeron, entre otros, sus penes o dedos en la vagina de la víctima.

1.6 Tipos agravados comunes a los abusos y agresiones sexuales a menores: especial mención a la agravante por actuación conjunta.

El apartado cuarto del artículo 183 del Código Penal agrava (en su mitad superior) las penas que castigan las conductas previstas en los apartados anteriores: abuso sexual, agresión sexual y abuso o agresión sexual con penetración cuando concurra, alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

En los delitos sexuales que tienen como sujeto pasivo a un menor de edad ya existe una especial vulnerabilidad en su origen motivo por el cual, el legislador penal crea estos tipos penales específicos que tutelan la indemnidad sexual.

Por su parte, la agravante alude a una indefensión total, de nuevo, a un plus que cree una situación de desamparo en la víctima y superioridad en el autor.

b) Cuando los hechos se cometan por actuación conjunta de dos o más personas.

El fundamento de la agravación es la mayor facilidad del sujeto activo para consumar el acto sexual que deriva de una actuación colaborativa entre varias personas frente a la víctima lo cual, supone un mayor desvalor de la acción⁴³.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Cuando estamos ante un delito de agresión sexual, la violencia o intimidación van íntimamente ligadas al tipo.

Por su parte, la agravante tiene lugar cuando exista un plus o daño adicional a dignidad del sujeto pasivo. Así, estaremos ante un mayor grado de injusto por exceder, la

⁴³ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», *cit.*, pág. 197.

violencia e intimidación, más allá de la estrictamente necesaria para doblegar la voluntad de la víctima⁴⁴.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

Se traduce en una especial vulnerabilidad del sujeto pasivo consecuencia de la ausencia o limitación de posibilidades de defensa de la víctima frente al agresor que se encuentra en superioridad de condiciones y aprovechándose de tal situación.

e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

Actualmente, se ha modificado la redacción del supuesto de hecho respecto de la regulación precedente. Así, no se exige la utilización de armas u objetos peligrosos para crear tal situación, tampoco que exista dolo en la conducta permitiéndose, también, la creación de peligro por imprudencia.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal (Vid. art. 570 bis y ter C.P) que se dedicare a la realización de tales actividades (utilizar a menores con fines sexuales o de explotación sexual).

Las agravantes previstas en las letras b) a d) son una mera reproducción de las circunstancias agravantes previstas para los abusos, agresiones sexuales y violaciones cuya víctima es mayor de dieciséis años y, lo cierto, es que su redacción es bastante clara por lo que no merecen demasiada explicación.

Atendiendo, al caso que nos ocupa, nos centraremos en la agravante que tiene lugar cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. En ella, sin duda, se coloca al sujeto pasivo en una situación de indefensión notable llegando a debilitar, toda posibilidad de defensa de la víctima lo que crea una situación de mayor vulnerabilidad⁴⁵.

Es lógico que en esta situación se agrave la pena pues, la comisión en grupo disminuye las posibilidades de una eficaz autodefensa por parte del sujeto pasivo por haber creado

⁴⁴ Sentencia 159/2007 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal), de 21 de febrero de 2.007.

⁴⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal...*, cit., pág. 134.

una situación en la que existe un gran desequilibrio de fuerzas entre los sujetos activos y la víctima. Ahora bien, como es lógico, ha de darse la presencia física de todos los intervinientes en el lugar y momento de consumación del delito, conociendo la finalidad común de realizar los actos sexuales pero, no siendo preciso que todos los ejecuten⁴⁶.

Para aplicar esta agravante, como vemos, no es necesario que exista coautoría, es decir, que todos los presentes durante el acto sexual abusen o agredan sexualmente al menor bastando, por tanto, con que uno consume el delito y, el resto, lleven a cabo actos de cooperación o mero auxilio.

Hasta hace unos años, en aquellos supuestos de abusos o agresiones sexuales en grupo en las que los autores se turnan para llevar a cabo distintos actos sexuales sobre la víctima mientras los demás cooperan o realizan actos de auxilio cada sujeto solía ser condenado como autor de su abuso o agresión sexual y como cooperador necesario de las realizadas por otros sujetos en su presencia.

Así las cosas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁷ excluyó la posibilidad de aplicar la agravante a los cooperadores necesarios: «por cuanto la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo: dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente a actuación conjunta en grupo que describe el subtipo agravado».

En consecuencia, la agravante sería aplicable, exclusivamente, cuando se castigue al autor y no a los cooperadores necesarios para evitar, por tanto, el quebrantamiento del principio “*non bis in ídem*”. No es posible aplicarle al cooperador necesario la agravación por actuación conjunta en su conducta, pues no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de, al menos, un autor cuya ejecución coopere⁴⁸.

En contraposición, encontramos otra línea jurisprudencial más actual que considera que, tan autor es quien ejecuta el acto sexual como aquel que crea la situación de violencia o

⁴⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Agresiones y abusos...», *cit.*, pág. 73.

⁴⁷ Sentencia 486/2002 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 12 de marzo de 2002. *Vid.* también Sentencia 235/2012 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo penal) de 4 de mayo de 2012 y Sentencia 757/2011 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 12 de julio de 2011.

⁴⁸ Sentencia 421/2010 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 6 de mayo de 2010.

intimidación que permite consumir el delito⁴⁹. Si los actos de auxilio consisten en el ejercicio de violencia o intimidación sobre la víctima estamos ante elementos típicos y, en consecuencia, ante autoría, de modo que si existen sucesivas agresiones sexuales sobre la víctima, procede apreciar un delito continuado sobre todos los intervinientes con la agravante de actuación conjunta⁵⁰.

Así las cosas, tenemos dos opciones desde el punto de vista de la acusación particular. Por un lado, si solicitamos la condena en concepto de autores de aquellos que consuman el acto sexual y de cooperadores necesarios de los que realizan actos de cooperación o auxilio, la agravante solo operará sobre los autores que, efectivamente, han consumado el acto sexual⁵¹. Por otro lado, si solicitamos la condena como autores de un delito sexual de aquellos que consuman el acto así como de aquellos que han creado la situación violenta o intimidatoria, podemos aplicar la agravante a todos los intervinientes que, solicitaremos sean condenados como autores de un delito sexual continuado con agravante por actuación conjunta⁵².

Finalmente, es obvio que el hecho de cometer el delito en grupo opere como una agravante específica que, puede elevar la pena de forma notable, especialmente cuando exista acceso carnal. Es indiscutible la mayor situación de indefensión en que se encuentra la víctima, el daño es mayor al sufrir varios contactos sexuales llevados a cabo por varias personas sobre ella e, incluso si no llega a sufrir contactos sexuales con todos los intervinientes existiendo, por tanto, cooperadores que tienen como función crear una situación de indefensión o mayor vulnerabilidad de la víctima que asegure la consumación del acto sexual.

En los términos que se exponen en el apartado dedicado a los fundamentos jurídicos, veremos de forma extensa y bien fundamentada la aplicación de esta agravante al caso que nos ocupa siendo deducible, desde el principio, la aplicación de tal circunstancia al supuesto objeto de estudio.

⁴⁹ Sentencia 849/2009 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 27 de julio de 2009.

⁵⁰ Sentencia 585/2014 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 14 de julio de 2014.

⁵¹ Castigaremos, por tanto, a los sujetos que consuman el acto sexual como autores de un delito sexual agravado por actuación conjunta y, a los sujetos que realizan actos de auxilio como cooperadores necesarios de un delito sexual no agravado.

⁵² Considerando autores a todos los intervinientes (los que consuman el acto y los que cooperan), serán castigados como autores de un delito sexual continuado con la agravante por actuación conjunta.

2. El consentimiento del menor de dieciséis años: el artículo 183 quater.

El consentimiento es un elemento de gran relevancia en el Derecho Penal sexual⁵³ ya que, especialmente, cuando interviene un menor de edad, es determinante de la existencia de responsabilidad criminal.

Con carácter general, el consentimiento es la clara voluntad de permiso o aceptación y, concretamente, en Derecho Penal se considera una aceptación de un acto punible por parte del titular del bien jurídico protegido que supone la renuncia a la protección penal⁵⁴.

En cualquier caso, el consentimiento ha de prestarse, antes de que se lleve a cabo el acto sexual. La jurisprudencia⁵⁵, considera que, además, el consentimiento válido debe ser continuado y, por tanto, aparecer antes del acto sexual y, además, seguir apareciendo durante la relación sexual.

Sentadas unas bases generales acudimos al artículo 183 quater CP⁵⁶ que regula cuándo el consentimiento del menor de dieciséis años para realizar un acto sexual exime de responsabilidad penal al sujeto activo.

Nos encontramos ante una clausula exigente pero que, a su vez, solo se aplica a los delitos del capítulo II bis del Código Penal (delitos sexuales que tienen como sujeto pasivo a un menor de dieciséis años).

Como sabemos, con la reforma de la norma penal operada por la LO 1/2015, se elevó la edad del consentimiento sexual de los menores de los 13 a los 16 años debido a que, según la directiva 2011/93/ UE, los Estados en su normativa penal deben fijar la edad por debajo de la cual, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor. En consecuencia, el legislador español eleva la edad del consentimiento sexual a 16 años.

⁵³ Vid. Sentencia 396/2018 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 26 de Julio de 2018 que muestra la relevancia del consentimiento sexual pues, sienta doctrina y considera que cualquier acto corporal sin consentimiento es constitutivo de delito sexual por constituir una lesión al bien jurídico protegido.

⁵⁴ RIOS ARENALDI, J., «El consentimiento en materia penal», en *Política criminal*, nº 1, 2006 p.6.

⁵⁵ Sentencia 4/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (sala de lo civil y penal, sección primera) de 13 de junio de 2018.

⁵⁶ «El consentimiento libre del menor de dieciséis, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

Lo cierto es que es una disposición muy importante pues se traduce en la presunción de que todo contacto sexual con un menor de dieciséis años es lesivo de la indemnidad sexual, delictivo y lleva consigo, por tanto, la atribución de responsabilidad penal al sujeto activo. Dicho de otro modo, el consentimiento del menor para mantener relaciones sexuales es jurídicamente irrelevante y, por tanto, al no excluir la tipicidad de la conducta, será penalmente reprochable y constitutiva de un delito de abuso sexual.

Resulta llamativo que la norma reguladora del consentimiento del menor en materia sexual parte de la incapacidad para decidir en materia sexual. Así, se presume que, como punto de partida, que los menores de 16 años carecen de libertad sexual positiva⁵⁷.

A pesar de ello, esta privación de autodeterminación en el plano sexual a los menores, contiene una excepción por lo que nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*⁵⁸. Así, la norma general (todo acto sexual con un menor de 16 años es delictivo) se puede desvirtuar cuando, el menor, lleva a cabo actos sexuales consentidos con otro sujeto próximo a él en edad, grado de desarrollo y madurez. Por el contrario, hasta el año 2.015, la ausencia de consentimiento en el menor de trece años era una presunción *iuris et de iure*⁶⁰.

Lo cierto es que esta causa de atipicidad opera de manera eficaz no solo cuando exista el consentimiento libre del menor sino, cuando además, el autor cumpla unos requisitos adicionales: ser una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. *Sensu contrario*, son penalmente reprochables las relaciones sexuales con un menor de dieciséis años consentidas pero asimétricas en edad, desarrollo o madurez.

Nos encontramos, de nuevo, ante conceptos de gran relevancia penal pero indeterminados ¿Qué debemos entender por asimetría de edad? La norma no establece una diferencia de edad concreta para considerar que existe asimetría de edad entre los sujetos que intervienen en el acto sexual pero, de existir, el acto sexual será constitutivo de abuso sexual.

⁵⁷ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», *cit.*, pág. 209.

⁵⁸ Presunción que admite prueba en contrario.

⁵⁹ *Vid.* Art. 2 b) Directiva 2011/93/UE: «Edad de consentimiento sexual: la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor».

⁶⁰ Presunción que no admite prueba en contra.

En la misma línea, encontramos otro elemento de gran importancia pero valorativo y, a mi juicio, subjetivo y de difícil determinación siendo éste, la proximidad en grado de desarrollo o madurez, que obliga a atender tanto al desarrollo físico como psicológico del menor⁶¹.

Es indudable la importancia de esos parámetros pues, si el juez considera que concurren en el supuesto de hecho los requisitos legales (proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez) tendrá lugar el sobreseimiento de la causa por abuso pues, el acto sexual, será atípico por existir, un consentimiento válido y eficaz⁶².

El legislador penal, como vemos, establece unos requisitos para que el consentimiento del menor de dieciséis años sea eficaz que adolecen gran indeterminación. Por un lado, encontramos un criterio cronológico (proximidad en edad de los intervinientes en el acto sexual) y, por otro, un criterio biopsicosocial (similitud de grado de desarrollo y madurez).

Ante la indeterminación por parte del legislador y la subjetividad de los parámetros aludidos, La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2017 de 6 de junio, ofrece unos criterios orientadores de gran utilidad que sirven, para determinar cuando el acto sexual en el que interviene un menor de 16 años será atípico.

En primer lugar, realiza una propuesta muy acertada al legislador al afirmar que, establecer un criterio plenamente cronológico para determinar la asimetría de edad, ofrecería una ventaja que pondría fin a los problemas que derivan de la indeterminación de los conceptos del artículo 183 quater C.P.

Actualmente, el legislador contempla un sistema mixto que engloba la edad (criterio cronológico) y, el desarrollo o madurez (criterio biopsicosocial) imponiendo así, a la autoridad judicial, la obligación de realizar un complejo examen para concluir si existe consentimiento y, en mi opinión, haciendo temblar la seguridad jurídica que ha de presidir en los procedimientos judiciales⁶³.

⁶¹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», *cit.*, pág. 208.

⁶² Art. 637.2ª LECrim: «Procederá el sobreseimiento libre: 2º. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito».

⁶³ *Vid.* art. 9.3 C.E.

En cuanto al criterio cronológico, la Fiscalía efectúa una división por segmentos de edad para aceptar o no la interacción sexual entre jóvenes clasificándolos en: impúberes⁶⁴ (prohibición absoluta de interactuar sexualmente), púberes⁶⁵ (pueden mantener relaciones sexuales lícitas con sujetos de hasta 18 años) y jóvenes⁶⁶ (pueden mantener relaciones sexuales atípicas con sujetos de hasta 20 y, excepcionalmente, hasta 24 años).

Lo cierto es que, estos criterios orientadores son de utilidad pero no operan de forma taxativa, se debe evitar el automatismo a la hora de subsumir o no los hechos en el tipo y, además, ni siquiera vinculan al juez que deberá estar al caso concreto.

En el caso que nos ocupa, debemos tener en cuenta que la víctima menor de edad se encuentra privada, total o parcialmente, de sentido por lo que la lógica, nos lleva a no estudiar la existencia de consentimiento válido y eficaz en las relaciones sexuales objeto de estudio. Es obvio que nuestra clienta no consintió la conducta no por nada más allá de por el hecho de encontrarse inconsciente o semi-inconsciente, independientemente de las circunstancias que la llevaran a ese estado. En tal situación, no pudo emitir consentimiento válido y eficaz.

Por ello, la ya citada SAP de Barcelona 813/2019 que condena a la «Manada de Manresa» afirma de manera rotunda que las relaciones sexuales de los procesados con la menor fueron no consentidas y por tanto, subsumibles en el art. 183 quater CP invocando, a su vez, la Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado que, en sus conclusiones, dice así: «El fundamento de la excepción contemplada en el art. 183 quater CP radica al evitar interpretaciones estrictas que castigan las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto a la edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso».

Así, como punto de partida, las relaciones sexuales consumadas sobre la menor, Cándida, en su origen, ya son constitutivas de delito (típicas) y penalmente reprochables en tanto en cuanto, de forma incuestionable, fueron no consentidas.

⁶⁴ Menores de cuatro años.

⁶⁵ Comprende menores desde el inicio de la pubertad hasta los 13 años.

⁶⁶ Hace referencia a sujetos de 14 y 15 años.

3. Cuestiones procesales

El derecho penal tiene como objeto evitar la comisión de delitos futuros y, para ello, con sus normas, castiga mediante la imposición de penas o medidas a los autores y partícipes de los delitos previstos y penados en el Código Penal.

Hasta aquí, venimos aludiendo al derecho material pero, ¿y el derecho procesal? Es un derecho que va unido al derecho sustantivo siendo, estrictamente necesario para cumplir con la finalidad de determinar la culpabilidad o no así como, para la imposición de la consecuencia jurídica derivada del delito a los autores del mismo.

El carácter público del delito define la necesidad de poseer un método para la resolución de conflictos de relevancia y naturaleza penal. Así pues, «el proceso penal es, principalmente, una consecuencia de la absoluta prohibición por parte del Estado de la autotutela como medio para resolver conflictos de esa naturaleza⁶⁷».

El derecho procesal, regula el procedimiento⁶⁸ que, dentro de la administración de justicia, ha de seguirse desde la comisión de unos hechos que revisten caracteres de delito hasta la existencia de una resolución firme.

Finalmente, en los siguientes párrafos dedicados al procedimiento penal, nos detendremos en el recurso de casación más que en el análisis de la primera y segunda instancia por encontrarse, a día de hoy, ya concluidas ambas fases.

Lo cierto es que existe una resolución judicial definitiva (que no firme pues es recurrible en casación⁶⁹) que finalizó la segunda instancia pero, a pesar de ello, para facilitar la comprensión del procedimiento penal llevado a cabo para el enjuiciamiento y fallo de los hechos objeto de análisis se hará una breve referencia teórico-práctica a lo ocurrido en primera y segunda instancia.

⁶⁷ DEL RIO LABARTHE, G., «El proceso penal. Funciones» en Derecho Procesal Penal, Fuentes (coord.), 2º edic., tirant lo Blanch, Valencia, 2.020, pág. 25.

⁶⁸ Entendido como una serie de trámites que tienen lugar en el seno de la administración de justicia (*Vid.* diccionario del español jurídico).

⁶⁹ Presumimos que en el momento de emisión del dictamen se acaba de notificar la sentencia de Segunda Instancia y, por ello, no ha transcurrido el plazo legal para presentar el recurso de casación.

3.1 Primera Instancia.

Tras los hechos que tuvieron lugar la noche del 29 de octubre de 2.016, se procede a su denuncia en dependencias policiales dando así, conocimiento, a una autoridad de la existencia de unos hechos que revisten caracteres de delito.

Por ello, todos los procesados son detenidos por los Mossos d' esquadra y, antes del transcurso del máximo legal⁷⁰ fueron puestos a disposición del Juez de Instrucción de guardia de Manresa.

Así, se inicia el proceso penal estrictamente regulado en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1.882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).

Durante la fase de instrucción o sumario nº 1/ 2017 (primera fase dentro del procedimiento penal que, tiene lugar tras la denuncia) se acuerdan, por el Juez de Instrucción competente (Juez de Instrucción nº2 de Manresa, lugar de comisión de los hechos⁷¹) una serie de diligencias que, tienen como objeto la preparación del juicio así como hacer constar la existencia de delitos con todas las circunstancias relevantes que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando, siempre y en todo caso, la presencia de las personas en el seno del procedimiento así como su responsabilidad civil⁷².

Tras la práctica de tantas diligencias como fueron necesarias para aportar datos sobre los hechos delictivos y sus autores⁷³, el Juez Instructor remitió los autos y piezas de convicción al Tribunal Competente para conocer del delito siendo éste, la Audiencia Provincial de Barcelona por encontrarnos ante delitos sexuales que tienen prevista una pena máxima mayor de 5 años⁷⁴.

Así las cosas, el Tribunal de Barcelona procede a dictar auto acordando la apertura de la segunda fase del proceso penal: fase de juicio oral que tiene como objetivo, el enjuiciamiento y fallo de los hechos que revisten caracteres de delito.

⁷⁰ Art. 520 LECrim y 17 C.E.

⁷¹ Art. 14.2 y 15 LECrim.

⁷² Art. 299 LECrim.

⁷³ Declaración de testigos (incluida la víctima) y procesados, inspección ocular, examen médico forense, informe pericial médico, etc.

⁷⁴ Art. 183 C.P y 14 LECrim.

Así pues, siguiendo las normas procesales se dio traslado al Ministerio Fiscal y, posteriormente a la acusación particular para que elaboraran el escrito de calificaciones provisionales también conocido como escrito de acusación. En estos escritos, figuran los hechos, la subsunción de los mismos, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la autoría y participación, la pena solicitada, la responsabilidad civil y las pruebas propuestas para practicarse en la vista.

El Ministerio Fiscal subsumió los hechos y formuló acusación contra los procesados por: un delito de obstrucción a la justicia, cuatro delitos de agresión sexual sobre menor de dieciséis años y dos delitos de agresión sexual continuados sobre menor de dieciséis años agravados. Subsidiariamente, tipificó los delitos contra la indemnidad sexual como cuatro delitos de abuso sexual sobre menor de dieciséis años y dos delitos de agresión sexual continuados.

Por su parte, la acusación particular consideró que existían cuatro delitos de agresión sexual a menor de dieciséis años agravados o subsidiariamente cuatro delitos de abuso sexual agravados y dos continuados de agresión sexual a menor de dieciséis años agravados, siete delitos de amenazas, un delito de omisión del deber de impedir delitos y cuatro delitos de obstrucción a la justicia.

Así mismo, en atención a su labor de defensa, la representación de los procesados instó la libre absolución de todos sus representados.

Así las cosas, el Tribunal procede a la cita para la celebración del Juicio donde, tras la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida por el órgano judicial, se elevan las conclusiones provisionales a definitivas y, quedan los hechos: “vistos para sentencia”.

Finalmente, el día 31 de octubre de 2.019 se emite sentencia número 813/2019 en la que la Audiencia Provincial, subsume los hechos y condena a los investigados como autores de dos delitos continuados de abuso sexual a menor de dieciséis años con agravante por actuación conjunta y, tres delitos de abuso sexual a menores de dieciséis años. En concepto de responsabilidad civil, el tribunal condena a los autores a indemnizar de forma conjunta y solidaria a la menor a la cantidad de 12.000€ (frente a los 250.000€ solicitados por la acusación particular).

3.2 Segunda Instancia.

Concluida la primera instancia con la emisión de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, se abre un lapso de tiempo en que la citada resolución judicial carece de firmeza, lo cual, quiere decir, que es recurrible en apelación durante los diez días siguientes a la última modificación⁷⁵.

Teniendo en cuenta que el recurso de casación penal es un método para la revisión de sentencias extraordinario podríamos decir que, la apelación puede ser entendida como un recurso ordinario que permite la impugnación con ánimo de obtener la modificación, revocación o invalidación de una sentencia.

La apelación es un recurso que no exige unos concretos motivos excesivamente tasados pudiendo, así, examinar cualquier infracción de derecho material o procesal cometida por el órgano jerárquicamente inferior⁷⁶.

La doctrina lo define así: «remedio procesal encaminado a que un órgano judicial jerárquicamente superior con respecto al que dictó una resolución que se estima injusta, la revoque total o parcialmente⁷⁷». Tal y como dispone la norma procesal⁷⁸ el recurso de apelación se interpone contra resoluciones judiciales dictadas en primera instancia, en este caso, en el ámbito de la Audiencia Provincial y es competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

En el caso que nos ocupa, en cumplimiento del derecho que la ley procesal penal confiere a las partes⁷⁹, la acusación particular, el Ministerio Fiscal y la defensa, interpusieron en tiempo y forma recurso de apelación con ánimo de modificar o revocar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular solicitaron, de nuevo, la apreciación de existencia de violencia o intimidación en los hechos para que así, nos encontrásemos ante delitos de agresión y no abuso sexual. Igualmente, se solicitó la elevación de la cantidad a pagar en concepto de responsabilidad civil derivada del delito.

⁷⁵ Art. 846 bis b) LECrim.

⁷⁶ Art. 846 bis c) LECrim.

⁷⁷ ENRIQUE PALACIO, L., *Derecho procesal civil*, Lexis Nexis, 1.999, Buenos Aires, pág. 80.

⁷⁸ Art. 846 bis a) LECrim.

⁷⁹ Art. 846 bis b) LECrim.

Por el contrario, la defensa, solicitó, de nuevo, la libre absolución de los cinco condenados por los hechos ocurridos en Manresa en octubre de 2.016.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma la condena a los cinco miembros de la «Manada de Manresa» por la comisión de dos abusos sexuales continuados a menor de dieciséis años con agravante por actuación conjunta y, tres delitos de abuso sexual a menor de dieciséis años. Descartando, por tanto, de forma inequívoca la existencia de un delito de agresión por no quedar probado que existiera violencia o intimidación así como por tratarse de una víctima que estaba inconsciente. Por el contrario, revoca la sentencia de primera instancia en lo que a la responsabilidad civil se refiere, elevándola a la cuantía de 60.000€.

Resulta interesante, especialmente, para la acusación particular, que la Sentencia cuenta con el voto particular del magistrado Don Carlos Mir que aboga por condenar a los cinco jóvenes por un delito de agresión sexual todo ello, sin necesidad de modificar los hechos probados. Sostiene de forma acertada que en una agresión múltiple y de estas características «existe inevitablemente una suerte de intimidación teniendo en cuenta que la concurrencia de dos o más individuos concertadas para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual o indemnidad sexual de una víctima conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio, especialmente cuando la agresión se acomete simultánea o sucesivamente».

3.3 El recurso de Casación

A) Conceptos previos

La Constitución Española garantiza el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el artículo 24. El derecho a recurrir una decisión judicial es una garantía del proceso judicial que, sin duda, se engloba dentro del ya citado derecho fundamental. De este modo, existe la posibilidad de que se revise una resolución judicial perjudicial o injusta. Igualmente, se garantiza uno de los principios constitucionales de gran importancia en la función jurisdiccional: la seguridad jurídica⁸⁰ evitando, por tanto, que existan decisiones judiciales contradictorias.

⁸⁰ Art. 9.3 C.E: «La Constitución garantiza [...] la seguridad jurídica».

Así, la doctrina define el recurso como el «acto de parte por el que se solicita la modificación de una resolución que produce un gravamen al recurrente⁸¹» o «aquellos medios concedidos a los litigantes que estando disconformes con el contenido de una resolución judicial solicitan que se vuelva a resolver sobre lo ya resuelto, reformando o anulando la resolución impugnada⁸²».

Con carácter general, antes de valorar la viabilidad de la impugnación o, más concretamente los argumentos posibles para recurrir en casación una resolución judicial perjudicial para los intereses de nuestro cliente, debemos conocer el plano teórico del posible recurso.

Así pues, es sabido que los recursos tienen objeto lograr la modificación, revocación o invalidación de una resolución judicial que, lógicamente no ha de ser firme⁸³.

Teniendo en cuenta que los abogados tutelan los intereses de sus representados, lo lógico es que el recurso sea interpuesto por la dirección letrada de la parte que haya visto desestimadas en todo o en parte sus pretensiones siempre que, lógicamente, existan fundamentos jurídico-materiales y procesales que doten de robustez el mismo.

En el caso que nos ocupa, en cuanto a los delitos sexuales se refiere, la acusación particular, vio desestimada su petición en tanto en cuanto, en primera y segunda instancia se solicitó la subsunción de los antecedentes de hecho en, entre otros, distintos delitos de agresión sexual. Por su parte, tanto la Audiencia Provincial de Barcelona como el Tribunal Superior de Justicia Catalán⁸⁴, han considerado que los distintos ataques sexuales que tuvieron lugar sobre mi representada, son constitutivos de abuso sexual y, no de agresión sexual por no concurrir los elementos diferenciadores del tipo: la violencia o intimidación.

⁸¹ HINOJOSA SEGOVIA, R., «Los recursos» en Derecho Procesal Penal, De la Oliva (coord.) 2ª edic, Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 1.999, pág. 613.

⁸² MARTINEZ ARRIETA, A., *El recurso de casación y revisión penal*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013, pág. 66.

⁸³ El Diccionario panhispánico del Español jurídico define sentencia firme como: «aquella contra la que no cabe interponer recurso alguno, bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado».

⁸⁴ En la anteriormente citada SAP Barcelona 813/2.019 de 31 de octubre de 2.019 y, posteriormente, en la ya citada STJ de Cataluña 3/2.021 de 26 de enero de 2.021.

Es por ello por lo que, como punto de partida, al ver desestimadas las peticiones de esta parte, parece que, la acusación particular, puede interponer recurso de casación con ánimo de obtener un fallo distinto que, concretamente, estime la existencia de violencia o intimidación en los hechos acaecidos en Manresa la noche del 26 de octubre de 2016 y por tanto, los actos sexuales sean subsumibles en varios delitos de agresión sexual a menores de dieciséis años.

Dicho lo anterior, es cuando debemos centrarnos en la viabilidad de este recurso así como los motivos de impugnación tutelando, siempre, los intereses de la menor víctima de diversos ataques sexuales no consentidos.

B) El recurso de casación penal

a) Introducción

El Diccionario del Español jurídico define el recurso de casación penal como: «Medio de impugnación extraordinario que se formaliza contra determinadas resoluciones penales definitivas, por motivos tasados, mediante el cual la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo examina la correcta aplicación del derecho, la posible vulneración de un precepto constitucional y la regularidad de las formas esenciales del procedimiento».

De todo lo escrito se deduce que el Tribunal competente para el conocimiento de tal recurso es el Tribunal Supremo pero, lógicamente, tiene su fundamentación jurídica pues, el artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es aquella que atribuye competencia exclusiva al Alto Tribunal.

Siempre que queramos interponer un recurso debemos acudir a su regulación que, lógicamente, es derecho procesal y, al encontrarnos en el orden jurisdiccional penal, acudiremos a los artículos 847 y ss. LECrim. Estos preceptos, ofrecen los requisitos básicos que se deben cumplir siempre y cuando nos dirijamos al Tribunal Supremo con ánimo de, obtener la tutela judicial efectiva para nuestro patrocinado.

Por su parte, la doctrina, define el recurso de casación penal como «un medio de impugnación extraordinario con motivos tasados. Con él, se pretende la nulidad de la

sentencia (casación por infracción de ley) o del proceso y, consiguientemente, de la sentencia (casación por quebrantamiento de forma)⁸⁵».

b) Resoluciones recurribles en casación

Como sabemos, tenemos una resolución judicial perjudicial para los intereses de nuestra cliente, víctima menor de edad de varios ataques sexuales no consentidos. Tal resolución judicial, en segunda instancia, es emitida por el Tribunal Superior de Justicia Catalán.

Así pues, resulta incuestionable que, como punto de partida, nos encontramos ante una sentencia recurrible en casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo pues, el artículo 847 LECrim dispone que procede interponer recurso de casación por infracción de ley contra las sentencias dictadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia.

En el caso que nos ocupa, se pretende recurrir la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Así pues, estamos, lógicamente, ante una sentencia dictada en apelación por la Sala de apelación de lo Civil y lo Penal de un Tribunal de Justicia y, por tanto, recurrible.

c) Motivos de casación penal

Lo cierto es que no hay diferencias sustanciales entre los motivos de apelación y casación por lo que, habiendo solicitado la revocación de la sentencia perjudicial para mi representada en segunda instancia, no debe existir especial dificultad en hacer lo mismo ante el Tribunal Supremo siempre y cuando, como es el caso, el motivo o motivos de recurso sean los mismos.

En esta línea, existe un Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 22 de julio de 2.008 que señala que la referencia que el artículo 847 LECrim (en sede del recurso de apelación) hace al recurso de casación por infracción de ley contra sentencias del Tribunal Superior de Justicia, incluye los motivos 1 y 2 del artículo 849 del mismo texto legal.

⁸⁵ CORTÉS DOMINGUEZ, V., «Los recursos en el proceso penal» en Derecho procesal penal, Catena, (coord.), 9ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2.019, pág. 637.

Además, es importante que los letrados recurrentes tengamos en cuenta que el Tribunal Supremo es contrario a admitir cuestiones jurídicas nuevas pues, considera que: «la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación⁸⁶».

Como establece la ley procesal penal⁸⁷, las resoluciones judiciales serán recurribles en casación cuando, además, hayan infringido una ley o, exista quebrantamiento de forma siendo, el primer motivo, aquel en el que vamos a detenernos en los próximos párrafos.

Lo cierto es que, antes de la elección de los motivos casacionales debemos tomar una serie de decisiones:

- 1) ¿Vamos a cuestionar la prueba del proceso? La respuesta es clara y es que no pues, el tribunal de primera instancia ya hace una valoración positiva del testimonio de mí representada dándole, gran valor probatorio.
- 2) ¿Ha sido correcta la aplicación de los preceptos? Teniendo en cuenta que tutelamos los intereses de la menor de edad víctima de los hechos narrados anteriormente, podemos aducir, como veremos, este motivo de casación. Como acusación particular -en los extremos que veremos en los próximos epígrafes- consideramos que los hechos probados no han sido subsumidos en el precepto penal correcto de manera que, nuestro motivo principal para acudir al Tribunal Supremo, será este: infracción de un precepto penal de carácter sustantivo.

⁸⁶ Vid. Sentencia 255/2007 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo penal) de 2 de abril de 2.007; Sentencia 41/2009 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo penal) de 20 de enero de 2.009 y; Sentencia 438/2012 (sala segunda, de lo penal) de 16 de mayo de 2.012, entre otras.

⁸⁷ Arts. 849 y 850 LECrim.

- 3) ¿Existen vicios formales? Entendemos que no, dado que los datos que tenemos para este dictamen son aquellos que constan en sentencia no podemos afirmar que defectos legales que afecten de forma grave a la esencia de la resolución judicial.

Por su parte, debemos ser cuidadosos con las cuestiones nuevas, esto es, aquellas cuestiones jurídicas no planteadas anteriormente ante los tribunales de primera y segunda instancia y, por tanto, que no han sido resueltas en sentencia. El Tribunal Supremo es un órgano judicial de revisión, no una tercera instancia⁸⁸.

«Es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa “*ex novo*” y “*per saltum*” formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocado, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. En tal caso el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas⁸⁹».

Así pues, el artículo 849 LECrim regula las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia recurribles en casación por infracción de ley siendo éstas las siguientes:

- Aquellas que, dados los hechos declarados probados, hubieren infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal.
- Aquellas en las que exista error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

De esta manera, la ley faculta a esta representación para interponer el recurso de casación por infracción de ley en tanto en cuanto, consideramos que, la Audiencia Provincial y el Tribunal Superior de Justicia que se han pronunciado sobre los hechos

⁸⁸ PRAT WESTERLINDH, C., *Manual práctico del recurso de casación penal*, Tirant lo Blanch, abogacía práctica, valencia, 2015, pág. 40

⁸⁹ Vid. Sentencia 46/2021 del Tribunal Supremo (sala de lo penal) de 21 de enero de 2021.

probados, han errado en la subsunción de los mismos. Así pues, el recurso, no tiene como objeto un error de derecho procesal sino de derecho material siendo éste, de forma global, la subsunción de los hechos probados en un delito de abuso sexual y no de agresión sexual a menor de dieciséis años.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que cualquier tipo penal tiene dos elementos o tipos: subjetivo y objetivo pero, teniendo en cuenta que ambos forman parte del tipo, es posible cuestionar el error en cualquiera de ellos⁹⁰.

Así pues, como veremos de forma más extensa en los párrafos posteriores, en el supuesto que nos ocupa, sería viable la presentación de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley y, en ningún caso, por quebrantamiento de forma.

Por último, debemos tener en cuenta que el Tribunal Supremo afirma que «El cauce casacional del art. 849.1 de la LECrim implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada; sin que con base de este precepto, pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia. De ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto de íntegro de los hechos probados en sentencia⁹¹».

VI.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Hasta ahora, especialmente en lo que al punto V se refiere, nos hemos centrado en sentar unas bases teóricas necesarias para realizar el presente dictamen eso sí, para que sean de mayor utilidad, se ha tratado de darles un enfoque práctico durante su estudio.

En el presente apartado, vamos a centrarnos en un análisis práctico de los pronunciamientos judiciales de primera y segunda instancia para proceder a realizar una valoración fundada sobre los posibles motivos para recurrir en casación la resolución judicial que, sin duda, no tutela de forma efectiva los intereses de la víctima menor de edad.

⁹⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 840/2012 (sala segunda, de lo Penal) de 31 de octubre de 2.012, Sentencia del Tribunal Supremo 218/2014 (sala segunda, de lo Penal) de 13 de marzo de 2.014, entre otras.

⁹¹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 950/2012 (sala segunda, de lo Penal) de 28 de diciembre de 2.012.

De nuevo, reiterar que esta parte adopta la postura de acusación particular de manera que es predecible la interposición del recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Catalán que confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona dictada en primera instancia. Como punto de partida y eje central del recurso, consideramos que se han subsumido los hechos en varios delitos de abuso sexual siendo que, los actos sexuales consumados sobre mi mandante, son constitutivos de distintos delitos de agresión sexual a menor de dieciséis años.

Focalizamos en los delitos sexuales, como hemos adelantado anteriormente, por su relevancia penal. Así mismo, debemos tener en cuenta que los recursos de apelación presentados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, solicitaron la modificación de la sentencia de primera instancia en lo que a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años se refiere por considerar, que teniendo en cuenta los hechos probados, no se hizo una subsunción correcta.

Así las cosas, en los siguientes epígrafes nos centraremos en dictaminar, de forma práctica, los motivos por los que solicitamos que se tutelen los intereses de nuestra cliente ante el Tribunal Supremo todo ello, analizando, igualmente, desde un punto de vista práctico, los pronunciamientos realizados por los tribunales que han conocido, en ulteriores instancias, del caso objeto de estudio.

Con todo ello, concluiremos y habremos logrado, en el presente dictamen, ofrecer los motivos por los que la acusación particular puede recurrir en casación, ante el Tribunal Supremo, de la Sentencia condenatoria por abuso sexual a la «Manada de Manresa» emitida por el TSJ Catalán que, como sabemos, confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona dictada en Primera Instancia.

1. Calificación jurídica de los ataques sexuales consumados por los miembros de «La Manada de Manresa» sobre la víctima menor de edad.

En primer lugar, este apartado se dedica a analizar el pronunciamiento ofrecido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que, en segunda instancia, es confirmada por el Tribunal Superior de Justicia Catalán.

En primera y segunda instancia se condena a los miembros de «La manada de Manresa» como autores criminalmente responsables de dos delitos continuados de abuso sexual agravados y tres delitos de abuso sexual a menor de dieciséis años.

Así pues, el primer subapartado del presente epígrafe se limita a analizar la subsunción de los hechos llevada a cabo por el poder judicial competente para conocer del supuesto. Así, en cuestiones distintas a la calificación de los hechos como delito de abuso sexual (y no de agresión) nos detendremos en apartados posteriores.

En segundo lugar, el siguiente subapartado se dedica a la subsunción de los hechos que, como acusación particular, considero tutela de manera más reforzada los intereses de mi cliente. Como se ha podido deducir a lo largo de este escrito, los hechos se van a subsumir, de cara a un recurso de casación, en varios delitos de agresión sexual a menor de dieciséis años todo ello, de forma fundada en derecho y, reforzando nuestra postura con la jurisprudencia y doctrina más reciente.

1.1 Calificación de los hechos llevada a cabo por los órganos judiciales de primera y segunda instancia: el abuso sexual.

A tenor de los hechos probados que figuran en sentencia, la Audiencia Provincial realiza una subsunción que, a juicio del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, es ajustada a derecho.

Así pues, como punto de partida, los hechos acaecidos no tienen el consentimiento de la menor lo cual, ya muestra que los hechos son constitutivos de delito, pero, habrá que dilucidar, de qué delito sexual en concreto.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona parte de la falta de consentimiento por parte del sujeto pasivo por lo que, de forma indudable, encontramos una lesión a la indemnidad sexual. Por ello, la resolución judicial de primera instancia considera, de forma lógica y correcta, que es totalmente inaplicable al caso la eximente de responsabilidad penal que figura en el art. 183 quater C.P.

Por otro lado, como sabemos, el fallo de la sentencia de primera instancia confirmada por el tribunal de apelación, condena a los miembros de «La Manada de Manresa» como autores criminalmente responsables de dos delitos de abuso sexual continuados y, de tres delitos de abuso sexual a menor de dieciséis años. A su vez, se absuelve a los

encausados del resto de delitos que venían siendo acusados: obstrucción a la justicia, omisión del deber de impedir determinados delitos, agresión sexual y amenazas.

Lo cierto, es que, como el presente dictamen tiene como objeto pronunciarse sobre los delitos sexuales a menores de dieciséis años nos detendremos en ellos, teniendo en cuenta, además, que en ellos se centran los recursos interpuestos por la Fiscalía y acusación particular frente a la sentencia de primera instancia.

Así las cosas, la Audiencia Provincial falla lo siguiente:

- Condena a Maximiliano como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual sobre menor de dieciséis años cometido en actuación conjunta de dos o más personas de los artículos 183.1, 3, 4 b) y 74 C.P.
- Condena a Ramón como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual sobre menor de dieciséis años cometido en actuación conjunta de dos o más personas de los artículos 183.1, 3, 4 b) y 74 C.P.
- Condena a Luis Ángel, como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual sobre menor de dieciséis años del artículo 183.1 y 3 C.P.
- Condena a Pio, como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual sobre menor de dieciséis años del artículo 183.1 y 3 C.P.
- Condena a Lucio, como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual sobre menor de dieciséis años del artículo 183.1 y 3 C.P.

Los tribunales que han conocido del mismo supuesto consideran que los hechos, esto es, los actos sexuales cometidos por los miembros de «La Manada de Manresa» son constitutivos de distintas modalidades de abuso sexual descartando, plena y expresamente, el delito de agresión sexual consecuencia de la inexistencia de violencia o intimidación.

A continuación, vamos a analizar los fundamentos ofrecidos por las resoluciones judiciales que justifican la elección del delito de abuso sexual.

El aspecto central en el que se focalizan los fundamentos de la resolución judicial así como, lógicamente, el eje central de nuestro recurso es el relacionado con la calificación de los hechos como abusos sexuales y no agresiones sexuales.

Al igual que hemos venido haciendo en el presente escrito, el tribunal parte de la diferenciación esencial entre el abuso y agresión sexual, siendo éste la existencia de violencia o intimidación a la hora de consumir el ataque sexual.

Hecha tal diferenciación, la Audiencia Provincial considera que, tras la prueba practicada la menor se encontraba en estado de inconsciencia y, sin saber qué hacía y, por tanto, sin poder determinarse a aceptar y oponerse a las relaciones sexuales.

Ahora bien, la situación en la que se encontraba la víctima en el momento de consumir los actos sexuales ha de tenerse en cuenta para la afirmación de que es imposible que consintiera las relaciones sexuales. A mi juicio, no debería, el estado de inconsciencia, ser determinante de que exista violencia o intimidación pues, lo determinante de que exista violencia o intimidación y, por tanto, agresión sexual, no ha de ser la conducta de la víctima sino la del sujeto activo. A esto se añade que, como veremos posteriormente, el estado de inconsciencia total es cuestionable, al menos, en algunas secuencias que tienen lugar durante la noche pues, en los hechos probados figuran extremos como que, la menor se quejaba cuando la agredían o, que la víctima recuerda “flashes”.

La sentencia, fundamenta la ausencia de violencia o intimidación en la máxima de que al encontrarse la víctima privada de sentido, los autores, no necesitaron acudir al uso de violencia o intimidación para doblegar su voluntad pues, no pudo existir oposición o falta de consentimiento cuando la menor no estaba en condiciones de poderlo dar.

Por ello, la AP encuadra los hechos en el supuesto previsto en el artículo 181.2 C.P.⁹² que considera abusos sexuales no consentidos, a pesar de que en este caso el

⁹² Art. 181.2 C.P: «A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecutan sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusares, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto».

consentimiento sería irrelevante, los que se ejecutan sobre personas que se encuentren privadas de sentido.

De esta manera, como eje central de la sentencia, el tribunal afirma que los hechos son constitutivos de abuso sexual excluyendo, por tanto, la existencia de violencia o intimidación como elementos determinantes de un delito de agresión sexual.

Sentado que no existe agresión sexual y, *sensu contrario* que los hechos son constitutivos de abuso sexual, la Audiencia aplica la agravante por actuación conjunta sobre la actuación llevada a cabo por Maximiliano y Ramón. Por el contrario, considera que, respecto del resto de procesados que atacaron sexualmente a la menor (Luis Ángel, Pio y Lucio), no existe prueba de cargo que permita aplicar la agravante.

Por su parte, respecto del resto de encausados considera que la prueba practicada no permite concretar en la comisión de que delitos fueron presenciados por algún miembro más aparte de la víctima y el agresor. Por ello, no se pueden agravar los accesos carnales consumados por Lucio, Pio y Luis Ángel por actuación conjunta pues no se conoce que papel jugaban el resto de encausados cuando, cada uno, consumaba el acto sexual cuestión.

Posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia Catalán, confirma la condena a los cinco miembros del grupo por abusos sexuales pero, debemos tener en cuenta que, de cara a efectuar la acusación particular, la sentencia de segunda instancia cuenta con un voto particular. Así, el presidente del tribunal, Don Carlos Mir, consideró, frente al resto de magistrados, que los miembros de «La Manada de Manresa» debían ser condenados por agresión y no abuso sexual a menor de dieciséis años.

El Tribunal Superior de Justicia, rechaza subsumir los hechos en agresión sexual descartando, expresamente, que los hechos probados se desarrollaran en un contexto de intimidación ambiental.

Afirma así, de forma rotunda que: «se trata inequívocamente de un delito de abuso sexual al quedar demostrado que la víctima estaba inconsciente y sin poder determinarse y aceptar u oponerse a las relaciones sexuales». Consideró que actuaron «sin usar ningún tipo de violencia o intimidación para vencer una oposición que no existió u obtener un consentimiento que la mujer no estaba en condiciones de poder dar».

Así las cosas reitero mi postura, de forma sucinta, considerando que la respuesta o actuación de la víctima ante un acto sexual debe ser determinante a la hora de atender a la existencia de consentimiento pues, inequívocamente, el consentimiento válido depende, como punto de partida, del sujeto pasivo. En contraposición a lo anterior, la existencia de violencia o intimidación, no ha de apreciarse en relación a la actuación de la víctima sino, atendiendo a la conducta de los agresores para llevar a cabo los actos sexuales no consentidos.

En ambas instancias, se fundamenta la inexistencia de intimidación o violencia atendiendo a que la víctima estaba inconsciente dejando, por tanto, la apreciación de la existencia de un medio comisivo de gran importancia a la respuesta de la víctima ante las relaciones sexuales. De este modo, no se tiene en cuenta, en ningún caso, la situación claramente intimidatoria por naturaleza derivada de la presencia de una menor, inconsciente, siendo agredida sexualmente por varios individuos mayores de edad.

Finalmente, como hemos adelantado, la segunda instancia deja un pequeño “resquicio” a la acusación particular pues, el magistrado Don Carlos Mir, en discrepancia al resto del tribunal considera que debe estimarse el motivo de recurso que solicita la condena por agresión sexual.

El magistrado, a tenor de lo solicitado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, considera que, sin necesidad de modificar el relato de hechos probados que figura en la sentencia de primera instancia, los hechos pueden subsumirse en:

- Dos delitos de agresión sexual continuados cometidos en actuación conjunta de dos o más personas de los arts. 183.2, 3, 4b) y 74 C.P por Maximiliano y Ramón.
- Tres delitos de agresión sexual a menor de dieciséis años del artículo 183.2 y 3 C.P cometidos por Pio, Luis Ángel y Lucio.

El fundamento que ofrece el magistrado en su voto particular es clave pues alude a la intimidación ambiental. Así, afirma que a la hora de determinar si existe intimidación ambiental, a tenor de la jurisprudencia, debe atenderse, en el caso concreto, a las circunstancias que rodean la acción, esto es: la edad y constitución física de los

intervinientes, concurrencia de diversos agresores, circunstancias de lugar y tiempo, contexto o ambiente en el que se produce el acontecimiento, afectación de la víctima por bebidas alcohólicas, fármacos o drogas... y, a esto se añade, además, en la línea de lo defendido por esta parte, que no se precisa una acción irresistible, invencible o de gravedad inusitada, ni tampoco se requieren conductas heroicas por parte de la víctima.

De forma acertada, además, el magistrado pone en relación lo anterior con el artículo 183 CP considerando, que el precepto, parte de «la irrelevancia del consentimiento del menor de 16 años, por lo que en principio no es necesario que la víctima exteriorice una negativa expresa al contacto sexual, para que pueda darse el delito, siendo el bien jurídico protegido la indemnidad sexual, y no la libertad sexual».

Profundizando más en la intimidación, afirma que la jurisprudencia en el supuesto de actuación conjunta considera que «existe inevitablemente, una suerte de intimidación teniendo en cuenta la concurrencia de dos o más individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual o indemnidad sexual de una víctima conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio, especialmente cuando la agresión se acomete simultánea o sucesivamente por todos ellos».

Así las cosas, el magistrado presidente, en su voto particular considera que en el caso que nos ocupa nos encontramos no ante un mero aprovechamiento de la menor privada de sentido «sino de una persona condicionada por el consumo de tóxicos y, además, condicionada por una conducta intimidatoria por parte de los acusados que intervinieron en los hechos, dominando la situación, capaz de anular toda posibilidad de oposición o resistencia de la víctima, que solo tenía 14 años».

Finalmente, un fallo así, revocaría la sentencia de primera y segunda instancia y, supondría, lógicamente, la modificación de las penas impuestas al alza para todos los autores criminalmente responsables.

1.2 Calificación de los hechos desde el punto de vista de la acusación particular: la agresión sexual. Especial mención a la intimidación ambiental.

De forma sintetizada, nos encontramos en la siguiente situación: una menor de 16 años (14 años en el momento de los hechos) se encuentra en un botellón en una fábrica

abandonada, inconsciente debido a la ingesta de alcohol y drogas. En este orden de cosas, un grupo de mayores de edad, realizan distintas conductas sexuales sobre ella.

Con la lectura de este resumen, ya se deduce el ambiente claramente hostil, humillante, vejatorio e intimidatorio que, sufrió la víctima. Así mismo, es obvio que los sujetos activos llevaron a cabo los actos sexuales abusando del estado de embriaguez en que se encontraba la menor, así como la evidente superioridad física y de desarrollo o madurez que tenían sobre ella.

En lo que al consentimiento respecta, es más que sabido que no existió por, entre otros extremos, ser muy complicado que la víctima lo prestara de manera clara, expresa e inequívoca. Por ello, los hechos, sin duda, son constitutivos de delito siendo, a partir de ahora, cuando nos centramos en la subsunción de los hechos en un delito de abuso o agresión sexual atendiendo, a la existencia o no de los medios comisivos que la segunda modalidad delictiva exige: violencia o intimidación.

Los sujetos activos accedieron carnalmente por vía vaginal e introdujeron miembros corporales en la vagina de la víctima, tal y como consta en los hechos probados de la resolución judicial de primera instancia. Así, como punto de partida, estamos, de forma incuestionable, ante un acto sexual consumado sobre un menor consistente en acceso carnal por vía vaginal así como en introducción de miembros corporales (dedos) en la vagina de la víctima.

Lo anterior, lleva a ubicarnos, inicialmente, al igual que hace la sentencia, en el artículo 183.3 CP que castiga los ataques sexuales consistentes en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

Ahora bien, a la hora de determinar la consecuencia jurídica a imponer a los autores de los hechos, es importante diferenciar entre si el acceso carnal tiene lugar mediante el uso de violencia o intimidación pues, si así fuera, la pena cambiaría al alza por estar, ante una lesión más grave de la indemnidad sexual.

En primer lugar, consideramos que lo determinante para apreciar intimidación a la hora de consumir los hechos, no debe ser la conducta de la víctima. Para apreciar un ambiente intimidatorio, ha de atenderse a las conductas llevadas a cabo por los autores y

no dejar la respuesta de la víctima como determinante de que exista violencia o intimidación y, por tanto, un delito de agresión sexual⁹³. Siempre y en todo caso, la conducta constitutiva de un delito es la conducta de los sujetos activos.

Como acusación particular considero que tanto en primera como en segunda instancia, los tribunales atienden a los actos llevados a cabo de la víctima para estimar la existencia de un abuso sexual y no agresión. Esto es así en tanto en cuanto, ambas salas afirman que no puede apreciarse la existencia de intimidación debido a que la víctima no pudo oponerse. Lo anterior muestra cómo, de forma clara, se atiende, exclusivamente, a la conducta de la menor como elemento determinante de la inexistencia de intimidación.

En el caso que nos ocupa, es obvio que la víctima no pudo oponer una resistencia efectiva –teniendo en cuenta la situación en la que se encontraba-. Ahora bien, lo anterior no ha de ser determinante para negar la existencia de un ambiente intimidatorio pues, entre otros extremos, como consta en los hechos probados, la menor fue apartada de sus amigos para ser llevada a una sala donde estaba sola, con sus agresores que, “uno detrás de otro” iban manteniendo relaciones sexuales con ella. A esto se añade la existencia de otros elementos fácticos que, sin duda, concurren en el supuesto entre los que destaca la especial vulnerabilidad por razón de la edad, la asimetría de edad, grado de desarrollo y madurez de los agresores respecto de la víctima, el estado de embriaguez en el que la menor se encontraba, el hecho de que despertara en un lugar apartado, oscuro, desconocido y distinto al que se encontraba instantes antes, etc. ¿Cómo no va a ser esta situación intimidante para la víctima?

A esto se añade algún extremo -favorable a efectos de acusación particular- que figura en la Sentencia de Primera Instancia. El hecho de que la menor recordara “flashes” pone de relieve que no se encontraba en situación de inconsciencia plena o, dicho de otro modo, muestra que se encontraba semi-consciente. En la misma línea, Maximiliano afirma que, cuando introdujo los dedos en la vagina de la víctima “estaba como que se quejaba” lo cual, muestra, que el estado de inconsciencia no era total.

⁹³ Vid. Sentencia 1030/2010 del Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal) de 11 de diciembre de 2010.

En la misma línea, es cierto que la defensa reitera, para considerar que no existió intimidación ambiental, que la menor se encontraba inconsciente lo cual, resulta algo contradictorio con el hecho probado de que, Cándida, realizara felaciones y lamiera los genitales de Maximiliano y Ramón. Es incuestionable que este acto sexual se realiza, al menos, estando despierta la víctima pues, si realmente estuviera con una pérdida de conciencia total, es imposible que Maximiliano y Ramón la obligaran a masturbarles o realizarles felaciones.

En esta línea, el voto particular que figura en la sentencia de segunda instancia, nos da un resquicio que concuerda con la postura de esta acusación particular pues alude a la intimidación ambiental como medio comisivo que, como veremos a continuación, concurre en el supuesto de hecho.

La jurisprudencia⁹⁴, desde la creación del concepto considera que: «Debe haber condena de todos los que participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en actuación conjunta con el autor principal [...]».

A su vez, algunos autores⁹⁵ entienden que la actuación conjunta no puede subsumirse en un delito de abuso sexual pues el Código Penal considera que la superioridad numérica es una de las formas en que puede manifestarse la violencia o intimidación que, es incompatible con el abuso.

Con el tiempo, debido al aumento de la comisión de agresiones sexuales y, fruto de la necesidad de otorgar mayor protección a la víctima, la jurisprudencia va más allá. Así, actualmente, debemos seguir el reciente e ilustrativo pronunciamiento del Tribunal Supremo en la conocida Sentencia de «La Manada de Pamplona»⁹⁶ que considera que no solo ha de atenderse al plano psíquico/subjetivo y mental de la víctima para

⁹⁴ Sentencia 1291/2005 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 8 de noviembre de 2.005.

⁹⁵ PLASENCIA CASTRO, F., «La “actuación conjunta de 2 o más personas” convierte automáticamente el delito contra la libertad sexual en una violación», en *Confilegal*, 28/4/2018, publicación on-line. (<https://confilegal.com/20180428-la-actuacion-conjunta-de-2-o-mas-personas-convierte-automaticamente-el-delito-contra-la-libertad-sexual-en-una-violacion/>).

⁹⁶ Sentencia 344/2019 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 4 de julio de 2.019.

determinar que existe intimidación pues, se debe valorar la concurrencia de circunstancias externas e intimidatorias que por su naturaleza, son intimidantes.

Consecuencia de ello, la Audiencia Provincial de Madrid⁹⁷ en el caso conocido como «La Manada de Villalba» acude al concepto de intimidación ambiental creado por el Tribunal Supremo para sentenciar a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de agresión sexual. La sentencia dice así: «La jurisprudencia admite que el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la agresión sexual, ya que la presencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental a la vez que provocar un efecto de reforzamiento psicológico de quien se ve rodeado de otras personas que lo animan».

Coincidiendo con lo anterior, la doctrina considera que la resistencia que puede haber por parte de la víctima debe ser un indicio probatorio de la falta de consentimiento⁹⁸. Así, entendemos que no se debe atender a ella para valorar la existencia de intimidación añadiendo, el Tribunal Supremo en la Sentencia condenatoria a la «Manada de Pamplona», de forma acertada, que si el sujeto activo ejerce una violencia o intimidación clara y suficiente, la resistencia de la víctima es innecesaria e irrelevante pues lo que determina la existencia del tipo es la actividad del autor y no la de la víctima.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el elemento fáctico consistente en la intervención o presencia de varios sujetos en el momento de consumación de distintos actos sexuales, no va a ser tenido en cuenta, por esta representación, para valorar la existencia de intimidación ambiental. Ocurre que, si así lo hiciésemos, estaríamos vulnerando un principio fundamental del derecho penal: “*non bis in ídem*”, en tanto en cuanto, no podemos utilizar la actuación conjunta como elemento para apreciar la existencia de intimidación ambiental y, además, como elemento clave para apreciar la agravante. Por ello, como se verá a continuación, la actuación conjunta se tiene en cuenta, exclusivamente, a efectos de agravar la pena mientras que, otros elementos fácticos

⁹⁷ Sentencia 2/2019 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección vigesimonovena) de 1 de febrero de 2019.

⁹⁸ CUERDA ARNAU, M^a.L., «Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado», en La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Faraldo y Acale (Dirs.), tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 129.

como la vulnerabilidad de la menor, la superioridad de los autores, las circunstancias del lugar... son tenidos en cuenta para apreciar, la indudable existencia de intimidación ambiental.

Por su parte, en este error incurre, a mi juicio y a tenor de lo afirmado por mi director del presente Trabajo en su obra –citada con posterioridad- dedicada al caso «La Manada de Pamplona», el Tribunal Supremo pues, acude al elemento fáctico de que actúen conjuntamente cinco individuos como fundamento para afirmar tanto la existencia de intimidación ambiental como la aplicación de la agravante por actuación conjunta.

Actualmente, vemos como el Tribunal Supremo va más allá a la hora de considerar la existencia de intimidación ambiental, partiendo, para su apreciación, no, exclusivamente, de la conducta de la víctima sino, como es lógico y viene defendiendo esta parte, de la concurrencia de circunstancias externas y objetivas que, por naturaleza, son intimidatorias. A modo de ejemplo, la jurisprudencia ha considerado que tiene lugar una situación intimidatoria en su origen cuando: la agresión se perpetra por sujetos cuya edad es superior a la menor, en lugares aislados, es llevada a cabo por autores de una complexión superior a la de la víctima, etc.

Así, la mencionada sentencia de «La Manada de Pamplona» considera que existe intimidación ambiental y, por tanto, han de considerarse los hechos constitutivos de agresión sexual: «al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito (un portal), con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión [...]».

Dicho lo anterior, el caso que nos ocupa encajaría en un supuesto de agresión sexual por intimidación ambiental en tanto en cuanto, existen varias personas mayores de edad lesionando la indemnidad sexual de una víctima menor de dieciséis años (14 años en el momento de los hechos probados). Los elementos fácticos que nos permiten situar el caso en un supuesto de intimidación ambiental son múltiples y van desde el aprovechamiento de las circunstancias personales de la víctima (menor de 14 años en estado de embriaguez), hasta las circunstancias del lugar (oscuro, apartado, desconocido) pasando por la situación de desamparo en la que se encontraba tras ser agredida sexualmente por primera vez o, tras recuperar la plena conciencia en un lugar distinto al que antes de ser trasladada por Maximiliano se encontraba.

Lo cierto es que a mi juicio, se debe respaldar el concepto amplio de intimidación ambiental de manera que podemos encajar en tal término la concurrencia de varias personas en el lugar de los hechos, el aprovechamiento de las circunstancias del lugar e incluso la superioridad física y mental del autor sobre la víctima siendo, tales circunstancias, incuestionables en el caso que nos ocupa.

Así, el Tribunal Supremo, considera que el componente externo capaz de provocar intimidación es lo que conocemos como intimidación ambiental. Por ello, se considera que se actúa bajo intimidación cuando concurren, a la hora de consumar los actos sexuales sobre la víctima, determinadas circunstancias externas idóneas para anular tanto la capacidad de resistencia de la víctima como de cualquier persona que se hubiese encontrado en su misma situación, castigando, a los autores, por tanto, como responsables penales de un delito de agresión sexual.

De esta manera, el Alto Tribunal cesa en el enjuiciamiento de la actuación de la víctima como elemento determinante de la existencia de intimidación para atender, a otras circunstancias que concurren en el momento de la consumación del delito penándose, así, como agresión sexual supuestos que anteriormente no podían castigarse como tal por no quedar debidamente acreditada la intimidación.

Tras tal pronunciamiento, los juzgados y tribunales españoles han venido aplicando la intimidación ambiental, de forma acertada a casos muy similares al que nos ocupa considerándolos, por tanto, constitutivos de agresión sexual. Así, la jurisprudencia⁹⁹ acude al «carácter de intimidación ambiental del lugar donde se ejecutan los hechos».

De nuevo, vemos como, tras los pronunciamientos en la materia llevados a cabo por el Tribunal Supremo, se amplía el concepto de intimidación que, como sabemos, es un concepto jurídico indeterminado pues, el Código Penal, no nos ofrece una definición. En consecuencia, debemos estar a la jurisprudencia en la materia de mayor actualidad que, sin duda, se ha ido transformando hasta consolidarse con la ilustrativa sentencia de «La Manada de Pamplona».

En el caso que nos ocupa, como muestran los hechos probados encontramos varias conductas determinantes de la existencia de intimidación ambiental. Por un lado, de una manera o de otra, hay un grupo de personas que intervienen en crear una situación

⁹⁹ Sentencia 145/2020 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 14 de mayo de 2.020.

claramente intimidatoria pero, como hemos dicho, con ánimo de mantener intacto el principio “*non bis in ídem*”, dejaremos este elemento como determinante de la existencia de actuación conjunta y, lo apartamos, para la apreciación de intimidación ambiental por, existir, en el caso, otros elementos fácticos que permiten apreciarla.

Igualmente, hemos visto como la jurisprudencia amplía el concepto de intimidación ambiental valorando, también, si en el contexto objeto de estudio existen otros elementos como, por ejemplo un lugar cerrado, oscuro, aislado, superioridad física y mental de los agresores sobre la víctima, etc. En el caso que nos ocupa, igualmente, podemos entender que existe intimidación ambiental debido a que todos los sujetos agresores, son mayores de edad mientras que la víctima, tiene 14 años y se encuentra semi-inconsciente (en estado de embriaguez) así como, los hechos tienen lugar en una fábrica abandonada, alejada de la localidad de Manresa, y donde solo entran y salen aquellas personas que han atacado o van a atacar sexualmente a la víctima.

Por último, nuestra postura de acusación particular, en lo que a la existencia de intimidación ambiental se refiere, obtiene más fuerza cuando conocemos el voto particular que figura en segunda instancia que, lógicamente, sirve como fundamento adicional a nuestras pretensiones de cara a acudir al Tribunal Supremo.

Como hemos visto, el magistrado presidente del TSJ Catalán, en la sentencia de segunda instancia, cree conveniente emitir su acertadísimo voto particular en el que pone en relación el caso de la «Manada de Pamplona» con los hechos objeto de dictamen y, señala, que, en este caso, concurre intimidación ambiental atendiendo, entre otros, a las siguientes circunstancias externas y objetivas que rodean la acción: edad y constitución física del agresor y víctima, concurrencia de diversos agresores, circunstancias de lugar y tiempo, contexto o ambiente en que se producen los actos sexuales, afectación de la víctima por el consumo de alcohol y otras drogas, etc.

En relación a lo anterior cabe traer a colación que, si los hechos se hubieran cometido tras la entrada en vigor del ahora Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual, no sería necesaria la acreditación de forma tan exhaustiva de la existencia de intimidación ambiental pues, sin entrar a valorar el acierto, con la posible y futura nueva regulación, ya no habrá diferencia entre abuso y agresión sexual

castigando, como agresión sexual todos los actos de contenido sexual ejecutados sobre personas privadas de sentido.

En suma, tras lo anterior podemos ubicarnos, sin duda, en un delito de agresión sexual con acceso carnal del art. 183.1.2 y 3 CP en tanto en cuanto, son probados varios accesos carnales e introducción de miembros corporales en la vagina de la menor así como, queda fundada jurídicamente (sin necesidad de modificar los hechos probados) la existencia de uno de los dos medios comisivos de la agresión sexual siendo éste, la intimidación –más concretamente, intimidación ambiental-. De todo lo anterior, se deduce de que cada uno de los autores ha cometido el delito de agresión sexual con acceso carnal al que venimos haciendo referencia pero, posteriormente, modularemos la responsabilidad penal de cada uno de ellos (Maximiliano, Ramón, Luis Ángel, Pio y Lucio) en atención a, lógicamente, su conducta y, por tanto, a la existencia de agravantes, concursos, autoría y participación, etc.

Tras subsumir los hechos en un delito de agresión sexual, debemos analizar la concurrencia o no de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal que, como sabemos, se encuentran, especialmente reguladas, en el artículo 183.4 C.P.

Todas ellas, han sido analizadas de forma más extensa en los fundamentos teóricos por lo que, ahora, nos centraremos en el estudio, exclusivamente, de aquella que concurre en el caso que nos ocupa siendo esta, aquella que figura en el apartado b): «cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas».

A la hora de subsumir los hechos en esta agravante, debemos tener en cuenta, por un lado, los actos sexuales en los que intervienen Maximiliano y Ramón y, por otro, aquellos en los que intervienen, Pio, Lucio, Ramón y Luis Ángel tras la provocación (“ahora podéis ir vosotros”) llevada a cabo por Maximiliano.

Así pues, nada tiene que objetar esta parte respecto de la apreciación de la agravante sobre la agresión sexual consumada por Maximiliano y Ramón pues, es indudable y consta en los hechos probados que, ambos, acudieron al local abandonado donde se encontraba Cándida (previamente la había situado ahí Maximiliano) y, de forma simultánea, liberaron sus penes de los pantalones y los pusieron en la cara de la chica que, los masturbó y lamió. De este modo, no solo consumaron su acto sexual

individualmente sobre la víctima sino que ambos, estuvieron presentes y cometieron los actos sexuales a la vez, existiendo así, una agresión sexual en grupo.

Así las cosas, resulta indudable la comisión de dos delitos de agresión sexual con acceso carnal a menor de dieciséis años con agravante por actuación conjunta cometido por Maximiliano y Ramón previstos y penados en el art. 183.1, 2, 3 y 4 b) C.P.

Ahora bien, mayor controversia suscita la apreciación de la agravante por actuación conjunta sobre las conductas llevadas a cabo por el resto de encausados: Luis Ángel, Pio y Lucio.

En los hechos probados figura que, tras el incentivo de Maximiliano para que, los presentes, acudieran a la caseta donde se encontraba la víctima, éstos acudieron y, “uno detrás de otro” introdujeron sus penes en la vagina de la menor.

Como sabemos, los hechos probados en ulteriores instancias no pueden ser modificados ahora, en casación motivo que, sin duda, nos impide solicitar la agravante por actuación conjunta sobre Luis Ángel, Pio y Lucio teniendo en cuenta, además, que en segunda instancia esta representación –así como el Ministerio Fiscal- no han solicitado la aplicación de esta agravante sobre los sujetos mencionados.

La jurisprudencia, para apreciar la agravante (como hemos visto en los fundamentos teóricos) no exige una coautoría sino que basta con la presencia física, rotación de roles o actos de cooperación o auxilio. El problema radica en que, aunque es bastante probable que así fuera, no queda probado que, exista, siquiera, rotación de roles o actos de cooperación o auxilio lo que, impide poder solicitar la apreciación de esta circunstancia agravante al Tribunal Supremo pues quebrantaríamos una norma clave: imposibilidad de, en vía de recurso, modificar los hechos probados.

En conclusión, tras este largo apartado, queda fundamentado jurídicamente que, todos los actos sexuales llevados a cabo por los encausados sobre mi mandante son constitutivos de agresión sexual con acceso carnal por, existir, intimidación ambiental como medio comisivo.

Además, solicitaremos que, las agresiones sexuales llevadas a cabo por Maximiliano y Ramón sean agravadas (como se vino haciendo en primera y segunda instancia) por la actuación conjunta de dos o más personas.

Por otro lado, respecto de Luis Ángel, Pio y Lucio, solicitamos, que se condene por tres delitos de agresión sexual con acceso carnal a menor de dieciséis años a Luis Ángel, Pio y Lucio sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

2. Autoría y participación

Lo cierto es que la subsunción de los hechos en un delito de abuso o de agresión sexual, no aporta ninguna diferencia en el ámbito de la autoría y participación.

Es totalmente posible la participación criminal en todas sus modalidades dentro de los delitos sexuales pasando, por tanto, por la posibilidad de que exista desde autoría hasta cooperación necesaria y complicidad.

Debemos tener en cuenta, por un lado, que la aplicación de la agravante por actuación conjunta, en los términos que se ha expuesto en los fundamentos teóricos, tiene consecuencias directas sobre la autoría y participación (también, como veremos, sobre la apreciación de un delito continuado).

Como hemos visto, la agravante de actuación conjunta se aplica por el hecho de que, aunque no todos los presentes durante la consumación de una agresión sexual estén agrediendo a la menor, de alguna manera, están presentes en el escenario lo cual, permite que apliquemos a todos los intervinientes la agravante de actuación conjunta que, aumentará la pena que, conlleva el delito de agresión sexual que cada uno de ellos, efectivamente, ha cometido.

En las violaciones en grupo con rotación de roles, en las que los violadores se turnan para acceder carnalmente mientras aquel que no accede, coopera, con su presencia, manteniendo el ambiente intimidatorio, cada sujeto solía ser condenado como autor de su violación y, como cooperador necesario de las consumadas por los demás.

Actualmente y de forma acertada, la jurisprudencia tiende a estimar, que nos encontramos ante una coautoría pues, el Tribunal Supremo considera que tan autor es quien crea el ambiente intimidatorio como quien efectivamente consuma el acto sexual.

Además, debemos tener en cuenta que, en el caso que nos ocupa, cuando, por ejemplo, Maximiliano o Ramón están presentes pero, no agreden a la menor es porque

anteriormente ya lo ha hecho o, con posterioridad va a hacerlo (presencia física y rotación de roles).

Así pues, resulta lógico hacer tan autores de una determinada agresión sexual a los que acceden carnalmente como a los que crean el ambiente intimidatorio pues, como hemos dicho, igualmente, éstos últimos, agreden, antes o después, a la víctima.

En conclusión, nos decantamos por, considerar a todos los miembros de «La Manada de Manresa» que actúan, de forma probada, de manera conjunta (Maximiliano y Ramón), autores criminalmente responsables de su agresión sexual así como de aquellas en las que han estado presentes cooperando a crear un ambiente intimidatorio.

Esta teoría ya la sigue la Audiencia Provincial de Barcelona pues, condena a Maximiliano y Ramón como autores de un abuso sexual con agravante por actuación conjunta siendo así, castigados por el acto sexual que consuman así como por el que presencian.

Ahora bien, la sentencia de primera instancia, al aplicar la agravante por actuación conjunta sobre Maximiliano y Ramón (en los términos expuestos en el apartado precedente), considera, por un lado y de forma coherente con la jurisprudencia actual que, si se aplica la circunstancia modificativa de la responsabilidad citada no se puede castigar a cada procesado como autor del delito cometido por él y cooperador necesario de los cometidos por otro pues, se vulneraría el principio “*non bis in ídem*”.

Por otro lado, resulta llamativo que se descarta la idea más defendida actualmente consistente en, aplicar la agravante prevista en el art. 183.4 b) C.P a todos los intervinientes considerándolos autores del delito efectivamente consumado por cada uno de ellos y como coautores de todos los delitos cometidos por el resto en su presencia. Esta línea, es la que ha venido defendiendo esta acusación con ánimo de poder aplicar de forma correcta y a tenor de la jurisprudencia y doctrina más reciente la agravante en base a la máxima de qué tan autor es quien agrede sexualmente como quien está presente creando un ambiente intimidatorio que permite asegurar la consumación del acto sexual.

Pues bien, finalmente, el Tribunal, respecto de Maximiano y Ramón (únicos encausados sobre los que aprecia la agravante por actuación conjunta) fundamenta su decisión en el

mero hecho de que: «cada cual tiene que responder del hecho que protagonizó y del cual tenía dominio, pero cómo se aprovechó de las facilidades que objetivamente comportaba una actuación conjunta, su comportamiento adquirió una mayor antijuridicidad, que tiene que tener como reflejo la agravación de la pena a que conduce la apreciación de la circunstancia de que se trata».

Al respecto y de forma muy acertada, el profesor Boldova Pasamar aboga por considerar superada la concepción de agresión sexual como delito de propia mano que sólo comete quien lleva a cabo directa y personalmente la acción sexual con la víctima¹⁰⁰.

Como vemos, la agravante por actuación conjunta, modula la autoría y participación. En la misma línea, vamos a ver cómo, la intimidación ambiental hace plantearnos la existencia de cooperación necesaria.

La intimidación ambiental se caracteriza por la presencia de una o varias personas distintas del que consuma el acto sexual que contribuyen, generalmente, a la creación de una situación intimidatoria de la que se aprovecha el autor¹⁰¹.

En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰² es clara y reitera, en múltiples resoluciones, que: «En la llamada “intimidación ambiental”, debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 Código Penal. En estos casos cada uno es autor del nº1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido».

A pesar de ello, debemos tener en cuenta que, esta representación, no ha tenido en cuenta la actuación conjunta como elemento determinante de la existencia de

¹⁰⁰ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”», en *Diario La Ley*, nº 9500, sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2019, pág.6.

¹⁰¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «Agresiones y abusos...», *cit.* pág. 68.

¹⁰² Sentencia 1291/2005 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 8 de noviembre de 2005 y las ya citadas STS 344/2019 y STS 882/2020.

intimidación ambiental por utilizarlo, para apreciar la existencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal.

Así, en el presente apartado hemos valorado, tras aplicar la agravante por actuación conjunta a Maximiliano y Ramón, la posibilidad de condenarlos como autores de todos los actos sexuales o, como autores de su agresión sexual y cooperadores necesarios de las cometidas en su presencia por otro autor.

Lo cierto es que, penológicamente hablando, este aspecto, no variará la consecuencia jurídica, pues, la pena que se les va a imponer será la misma sean considerados autores, coautores o cooperadores necesarios. Ocurre que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27 y 28 CP, son responsables criminalmente de los delitos los autores y, se consideran autores quienes realizan el hecho por sí solos (autores) o conjuntamente (coautoría) así como, los que cooperan a la ejecución de un delito (cooperadores necesarios).

Finalmente, y a tenor de la jurisprudencia más reciente, al aplicar la agravante de actuación conjunta, sobre Maximiliano y Ramón, optamos por considerar a cada uno de ellos como autor de su agresión sexual y de aquellas en que, aun accediendo carnalmente otro de los sujetos, ellos han participado cooperando a mantener un ambiente claramente intimidatorio.

3. Cuestión concursal: especial mención al delito continuado

El hecho de subsumir los hechos en agresiones sexuales con intimidación ambiental y, posteriormente agravarlas por actuación conjunta, tiene consecuencias, como ya hemos visto sobre la autoría y participación y, como veremos a continuación, sobre la cuestión concursal.

La subsunción realizada hasta ahora, lleva a concluir que Maximiliano y Ramón son autores de un delito de agresión sexual agravado por actuación conjunta cometido por cada uno de ellos así como coautores del cometido por el otro estando presentes. Por el contrario, respecto del resto de encausados (Luis Ángel, Pio y Lucio) es incuestionable la existencia de intimidación ambiental pero, no queda probada la actuación conjunta de ellos motivo por el cual, no se puede aplicar la agravante.

A la hora de valorar la existencia de concursos delictuales podemos plantearnos varias opciones teniendo en cuenta, que han existido, en cualquier caso, varias penetraciones

sobre nuestra representada que, han sido consumadas por distintos sujetos (Luis Ángel, Pío, Lucio, Maximiliano y Ramón):

a) Apreciar un solo delito.- Apreciaremos un solo delito, cuando la víctima sea objeto de varios accesos carnales por el mismo agresor en unidad de tiempo y lugar. La jurisprudencia atiende a si las sucesivas penetraciones, además, se han producido en el contexto de una misma “eclosión erótica”. Cuando esto ocurre, el Tribunal Supremo, siempre, ha venido señalando que a efectos penales no se debe considerar que exista pluralidad de acciones, sino una única acción desarrollada de modo progresivo según el concepto de unidad natural de la acción.

Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo¹⁰³ desde 1.997 lleva manteniendo la línea jurisprudencial que considera que: «el número de violaciones no se debe identificar con el número de penetraciones, de la misma manera que la cantidad de delitos de lesiones no depende del número de puñetazos».

En conclusión, cuando existen varios accesos y, por tanto, varias penetraciones con solución de continuidad, nos hallaremos ante un solo delito. Ahora bien, a mi juicio, el número de penetraciones, a pesar de que, al existir unidad de acción, no deban constituir varios delitos sino un único delito, el Tribunal debe tener en cuenta la existencia de pluralidad de penetraciones a la hora de individualizar la pena.

Así las cosas, constituirá un delito de agresión sexual cada “acto sexual” independientemente de que, el mismo, haya llevado consigo varias penetraciones siempre que hayan sido consumadas por el mismo sujeto en unidad de tiempo y lugar – esto ocurre con la conducta de Luis Ángel, Pío y Lucio-.

b) Apreciar un delito continuado.- Una alternativa que, en casos como el que nos ocupa, cobra especial relevancia es la posibilidad de apreciar un delito continuado a tenor de lo dispuesto en el artículo 74.1 C.P que, permite castigar como autor de un delito continuado a quien, aprovechándose de la situación, realice una pluralidad de acciones que ofrendan a un sujeto, infringiendo así, el mismo precepto penal u, otro de la misma naturaleza.

¹⁰³ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 15 de febrero de 1.997.

La norma penal permite la apreciación del delito continuado en el ámbito de los delitos sexuales siempre, atendiendo a la naturaleza de los hechos del caso concreto y del precepto infringido, y siempre y cuando los actos sexuales tengan la misma víctima o sujeto pasivo (Art. 73.4 C.P.)¹⁰⁴.

Con esta definición legal del delito continuado y, teniendo en cuenta que castigamos, en el caso que nos ocupa, como autores de un delito de agresión sexual a quienes lo consuman así como coautores -en virtud de la agravante por actuación conjunta- a quienes están presentes en el acto sexual de otro (creando un ambiente intimidatorio), podemos pensar que tiene cabida¹⁰⁵.

Esta consideración de la coautoría en caso de penetraciones repetidas, es la que justifica el desplazamiento de la aplicación tradicional de la jurisprudencia del único delito que, como hemos visto, llevaba consigo la calificación de cooperadores necesarios a los sujetos que creaban una situación violenta o intimidatoria que facilitaba, a los autores materiales, la consumación del delito. Esto es debido a la concepción ya superada de que el delito de violación es un delito de propia mano y, como tal, solo pueden ser castigados como autores del mismo aquellos sujetos que, efectivamente, consuman el acceso carnal¹⁰⁶.

Lo cierto es que la figura del delito continuado está reservada para aquellos casos en los que tienen lugar sucesivas agresiones separables y diferenciables entre sí pues, al contrario que en el supuesto anterior, no existe unidad temporal pues se dan en un lapso de tiempo más o menos prolongado y bajo una misma situación violenta o intimidatoria.

La ilustrativa sentencia del Alto Tribunal¹⁰⁷, entre otras, muestra los requisitos que esta sala exige para apreciar la continuidad delictiva y, que son los siguientes:

«i) cuando se produce repetición de actos sexuales de manera seguida e inmediata con el mismo sujeto pasivo.

ii) si ello acontece en el marco de la misma ocasión, con análogas circunstancias de tiempo y lugar bajo la misma situación de fuerza o intimidación.

¹⁰⁴ Vid. Sentencia 548/2007, del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 27 de junio de 2.007.

¹⁰⁵ Vid. Sentencia 493/2017 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 29 de junio de 2017.

¹⁰⁶ Vid. Sentencia 452/2012 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal), de 18 de junio de 2012.

¹⁰⁷ Sentencia 48/2009 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 30 de enero de 2.009.

iii) Cuando todos los actos respondan también al mismo impulso libidinoso no satisfecho hasta la realización de esa pluralidad delictivo». Este último requisito es aquel que suele resultar más controvertido así que, debemos saber que es suficiente con que todos los agresores hayan accedido carnalmente a la víctima. Es indudable que los actos sexuales, aun siendo consumados por distintos autores materiales, conforman un estado permanente de sometimiento de la víctima a los deseos sexuales (libidinosos) de los sujetos activos por lo que constituyen un “*continuum*” en la configuración de su comportamiento¹⁰⁸.

Poniendo todo lo que antecede en relación con los requisitos que establece la jurisprudencia para apreciar el delito continuado, es indudable que nos encontramos ante una sucesión de actos, realizados con aprovechamiento de ocasiones similares sobre el mismo sujeto pasivo (por un lado, se crea una situación intimidatoria que perdura mientras agreden a la menor que permanece durante la consumación de los actos sexuales conjuntos de Maximiliano y Ramón).

A los anteriores requisitos añadimos uno primordial que figura, igualmente, en la jurisprudencia de la sala segunda del Alto Tribunal¹⁰⁹ siendo éste, una conexidad temporal entendiendo tal por que no haya transcurrido un lapso de tiempo excesivo entre los actos sexuales. De forma indudable, no transcurre un lapso de tiempo excesivo en el caso objeto de estudio pues, por un lado, Maximiliano y Ramón consuman sus actos sexuales a la vez mientras que, por su parte, Luis Ángel, Lucio, Pio, y Ramón lo hacen de forma sucesiva, más concretamente, como consta en los hechos probados “uno detrás de otro” motivo por el cual, excluimos la aplicación de la continuidad delictiva sobre éstos encausados –así como también, hemos excluido la aplicación de la agravante por actuación conjunta-.

Así pues, por un lado, podríamos englobar en un supuesto de delito continuado los actos sexuales consumados por Maximiliano en presencia de Ramón y viceversa, castigando, por tanto, a ambos (tal y como ha venido haciéndolo la sentencia de primera instancia), como autores de un delito continuado de agresión sexual a menor de dieciséis años con la agravante de actuación conjunta.

¹⁰⁸ ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales» en *Derecho Penal, parte especial*, González Caussac (coord.), 6º edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 221.

¹⁰⁹ Sentencia 667/2008 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 5 de noviembre de 2008.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, tras la aplicación de la agravante por actuación conjunta, de forma lógica, se castiga a estos dos sujetos como autores de un delito continuado de abuso sexual agravado. No ocurre así con el resto de encausados pues, como hemos visto, sobre Pio, Lucio y Luis Ángel, se ha descartado la aplicación de la agravante debido a que, no queda probado que actuaran de forma conjunta sino, “uno detrás de otro”.

Así las cosas, como hemos puesto de relieve con anterioridad, la aplicación de la agravante del artículo 183.4 b) C.P modula, entre otros, la cuestión concursal llevando a adoptar, como postura correcta, el castigo como autores de un delito continuado del art. 74 C.P a quienes, previamente, se les ha aplicado la agravante por actuación conjunta.

Lo cierto es que, el delito continuado tiene una especialidad adicional pues, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para apreciar su existencia, es necesario que se formule acusación –motivo por el cual esta parte viene a ofrecer, en casación, la posibilidad de apreciar esta continuidad delictiva-. *Sensu contrario*, no es posible que el juzgador condene por un delito continuado de oficio pues, en este caso, se vulneraría el principio acusatorio¹¹⁰.

Así pues, de alguna manera, la posibilidad de apreciar un delito continuado deriva de la aplicación de la agravante por actuación conjunta de dos o más personas. En la misma línea, la apreciación de la citada agravante, como hemos visto en el epígrafe precedente, tiene como consecuencia castigar a cada sujeto como autor de su agresión sexual y coautor de las consumadas por el resto de sujetos en su presencia (mientras creaban un ambiente intimidatorio).

c) Apreciar un concurso real de delitos.- Por último y, en contraposición de lo anterior, existe la posibilidad de apreciar un concurso real de delitos¹¹¹. Se viene castigando por varios delitos de agresión sexual en concurso real en aquellos supuestos en los que, - como es lógico y dada la consecuencia jurídica de subsumir los hechos en varios delitos en concurso real-, no exista nexo de unión entre los distintos accesos carnales, esto es, cuando no exista unidad de acción, ni de tiempo, ni de lugar.

¹¹⁰ Sentencia 127/2009 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal), de 11 de febrero de 2009.

¹¹¹ Art. 74 C.P: «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultaneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas».

Actualmente, la continuidad delictiva se tiende a aplicar a los casos de violaciones grupales. Tradicionalmente, a estos supuestos, se les aplicaba el concurso real de delitos lo cual, además de llevar consigo penas desmesuradas, podía ser englobado, de forma más precisa, a mi juicio, en un delito continuado.

La apreciación de un concurso real de delitos o un delito continuado, son dos opciones entre las que existe un auténtico abismo penológico pues, la aplicación del delito continuado comporta la imposición de una sola pena para cada interviniente (la prevista para la infracción más grave en su mitad superior) y, en cambio, la aplicación del concurso real implica la suma de varias penas, tantas como delitos se aprecien para cada interviniente.

Además, como hemos visto, el caso objeto de dictamen cumple de forma clara todos los requisitos previstos por la norma penal así como por la jurisprudencia más reciente en materia de continuidad delictiva. Para más inri, esta acusación, considera que las exigencias de la jurisprudencia para apreciar el concurso real de delitos para casos como el que nos ocupa, no se cumplen de forma clara pues, la jurisprudencia¹¹² dice así: «Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva [...] Cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos) son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos».

En base a lo anterior, debemos tener en cuenta que el hecho de que, Maximiliano y Ramón agredan sexualmente a la menor bajo el mismo ambiente intimidatorio esto es, que ambos se valgan, para consumir la agresión, de la misma intimidación nos lleva a descartar el concurso real de delitos y a focalizar nuestra subsunción en la continuidad delictiva. Lo mismo ocurre teniendo en cuenta que no existe una distinción de lugar, tiempo y circunstancias entre los distintos actos sexuales que consuman estos sujetos lo que impide apreciar, de nuevo, el concurso real.

¹¹² Sentencia 462/2003 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 26 de marzo de 2003.

En consecuencia, a tenor del criterio jurisprudencial más reciente, hemos considerado a Maximiliano y Ramón como autores de todos y cada uno de los accesos carnales, tanto los que consumaron directamente como los que ayudaron a perpetrar, bajo la máxima de que, tan autor es quien consuma el acceso carnal como aquellos que, con su presencia, crean la situación de intimidación ambiental.

Lo cierto es que, a pesar de que, esta acusación ha tenido que tomar distintas decisiones hasta ahora en lo que a la agresión sexual en grupo se refiere, en la jurisprudencia y doctrina es una cuestión muy controvertida lo cual, a los letrados, nos da margen de apreciación y nos ofrece un abanico de posibilidades relativamente amplio para subsumir los hechos de la forma más favorable a los intereses de nuestro cliente.

En conclusión, en base a los múltiples fundamentos ofrecidos por esta parte así como, teniendo en cuenta que tutelamos los intereses de la menor víctima de distintas agresiones sexuales, subsumimos los hechos en un delito continuado de agresión sexual con agravante por actuación conjunta consumado por cada uno de los coautores siendo éstos, Maximiliano y Ramón. Por otro lado, los actos sexuales llevados a cabo por los restantes encausados son constitutivos de un delito de agresión sexual, esto es, un único delito cometido por Luis Ángel, otro por Pío y otro por Lucio.

4. Existencia de error de tipo o prohibición sobre la edad de la víctima

Tal y como se deduce de la lectura teórica que hemos hecho de los artículos 183 y ss. CP que regulan los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, en estos delitos, el dolo ha de alcanzar la edad del menor.

Por ello, podemos encontrarnos ante supuestos en los que exista error de tipo o error de prohibición. Nos encontraremos ante un error de tipo, por ejemplo, cuando nos encontremos ante menores que, físicamente, aparenten una edad superior siendo, éste error, como veremos, plenamente descartado por la Audiencia Provincial de Barcelona. Por otro lado, el error de prohibición hace referencia a aquellos supuestos en que el sujeto activo desconoce, de forma justificada, la regulación actual en nuestro país sobre, en el caso que nos ocupa, abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años¹¹³.

¹¹³ Por ejemplo, existieron casos de error de prohibición ligados al desconocimiento de la reforma legislativa que elevó la edad límite para el consentimiento sexual de los 13 a los 16 años [Vid. Sentencia 782/2016 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo penal) de 19 de octubre de 2016].

Como mantiene la doctrina¹¹⁴, el error sobre la edad del sujeto pasivo podría excluir el delito de abuso sexual (no el de agresión sexual), pero es poco probable en la medida en que se admite el dolo eventual¹¹⁵.

Así las cosas, atendiendo a la defensa llevada a cabo por los letrados de los encausados, dedicamos este apartado a fundamentar, de nuevo, como nos opondríamos a la alegación de la existencia de un error de tipo sobre la edad de nuestra representada en casación.

Lo cierto es que la Sentencia de primera instancia confirmada por el tribunal de apelación se pronuncia sobre el conocimiento o no de la edad de la víctima ante el planteamiento de la defensa de los procesados consistente en que, entre otros extremos, Pio y Luis Ángel, no conocían la edad de Cándida motivo por el cual, solicitaban se estimase la existencia de error invencible sobre la edad.

A juicio de la Audiencia y de forma acertada, el error no determinaría la impunidad del comportamiento debido a que, en la situación en que se encontraba la menor, jamás pudo consentir el acto sexual por lo que, en su origen, independientemente del conocimiento o no de la edad de la víctima, ya estamos ante un acto sexual típico.

Igualmente, el tribunal examinó el físico de la víctima que, al momento del juicio oral tenía ya 16 años (frente a los 14 que tenía cuando ocurrieron los hechos). Así, consideró que, si en el momento de la vista su apariencia era de adolescente incipiente, tres años antes, era imposible que aparentase, al menos, dieciséis años.

A su vez, la resolución judicial reprocha a los encausados que no se informaran sobre la edad de la víctima siendo que, además, en el lugar de los hechos, se encontraban amigas de Cándida conocedoras de tal información. Así, se trae a colación jurisprudencia del Tribunal Supremo que dice así: «Quien se encuentra en una situación que se conoce como ceguera voluntaria no está excluido de responsabilidad criminal [...]»¹¹⁶. Pudiendo aplicar, por último, la Sentencia del Tribunal Supremo que, considera que: «el desconocimiento evitable, derivado de la indiferencia, no es un error, y no puede

¹¹⁴ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», *cit.*, pág. 203.

¹¹⁵ Sentencia 159/2005 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 11 de febrero de 2005 y Sentencia 187/2005 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 23 de febrero de 2005.

¹¹⁶ Sentencia 633/2009 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 10 de junio de 2009 y Sentencia 395/2019 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 24 de julio de 2019.

provocar una descarga de la responsabilidad. No puede errar aquel que no tiene interés en conocer¹¹⁷».

Por su parte, más increíble resulta este argumento llevado a cabo por la defensa de Maximiliano en tanto en cuanto, conocía y tenía relación con la víctima con anterioridad por haber sido, además, pareja de un amigo suyo.

En consecuencia, podemos afirmar que resulta tan ilógico como inestimable por parte de los Tribunales la existencia de error sobre la edad de la víctima que conlleve, la libre absolución de los encausados.

5. Medios de prueba y valoración. Especial mención a la declaración de la víctima.

La prueba en el proceso, tiene gran relevancia, particularmente, en el proceso penal pues, tiene como objetivo principal, desvirtuar la presunción de inocencia. Así, las partes, especialmente, la acusación particular, ha de recabar pruebas indiciarias o directas de cargo, que desvirtúen de forma suficiente la presunción de inocencia – derecho fundamental¹¹⁸ titularidad de los investigados durante el proceso penal- en virtud, de la cual, todos son inocentes hasta que se demuestre lo contrario en sentencia judicial firme.

Los medios que sirven para acreditar unos hechos que revisten caracteres de delito así como, para desvirtuar la presunción de inocencia son un elenco amplísimo lo cual, nos permite, a los letrados, acudir a cualquiera de ellos para tutelar los intereses de nuestro representado. Ahora bien, posteriormente, tras su práctica, será el tribunal quien proceda al análisis y valoración del resultado arrojado por ellas en base a la sana crítica.

En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que nos encontramos ante delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cobra especial relevancia un medio probatorio: la testifical de la víctima. La importancia de esta prueba es obvia en tanto en cuanto, generalmente, se trata de delitos en los que el autor o autores materiales buscan intimidad, secretismo para consumir el acto sexual.

¹¹⁷ Sentencia 374/2017 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 24 de mayo de 2017.

¹¹⁸ Art. 24.2 C.E: «Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

Por ello, normalmente, estos procesos se componen de múltiples pruebas indiciarias pues, por norma general, no hay testigos directos del delito.

En el caso que nos ocupa, la acusación particular tenemos suerte en tanto en cuanto, además de la testifical de la víctima se cuenta con la testifical de Mari Luz, amiga de la víctima que estuvo presente en el botellón ocurrido el 26 de octubre de 2016 en Manresa. La credibilidad de esta testifical radica en que, además, existen pruebas biológicas que confirman los hechos así como prueba documental consistente en capturas de pantalla de conversaciones en las que los acusados, narraban los hechos acaecidos (en lo que a los actos sexuales se refiere).

A pesar de lo anterior, en múltiples ocasiones, existe, el testimonio de la víctima como único elemento incriminatorio y, la lógica, lleva a pensar que, esta prueba puesta en relación con el interrogatorio de los acusados nos lleve a encontrar una situación tal que así: la palabra del o los acusados contra la palabra de la víctima.

Esta situación es compleja y, por ello, ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia que ha logrado crear un equilibrio entre la presunción de inocencia y la necesidad de evitar la impunidad de delitos graves que, es lo que ocurriría si, el testimonio de la víctima (cuando sea el único medio probatorio directo disponible), nunca pudiera ser prueba de cargo que sustente una condena.

Como punto de partida, el Tribunal Constitucional¹¹⁹ ha establecido de forma reiterada que: «la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador».

En la misma línea el Tribunal Supremo¹²⁰ considera que: «la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Encuadrable en la prueba testifical, su valoración corresponde al Tribunal de instancia [...]. La credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por la sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba pero en su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el

¹¹⁹ Sentencia 258/2007 del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2007.

¹²⁰ Sentencia 650/2008 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo penal) de 23 de octubre de 2008.

sentido de cargo que tiene [...] Por ello el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hechos como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias, como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación».

Así, la jurisprudencia¹²¹ es clara y los tribunales reconocen a la declaración de la víctima virtualidad suficiente para destruir la presunción de inocencia siempre y cuando reúna los siguientes requisitos:

- i) Audiencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio.
- ii) Verosimilitud del testimonio que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones de carácter objetivo obrantes en el proceso.
- iii) Persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo.

En esta cuestión procesal resulta interesante la valoración de la declaración de la víctima llevada a cabo por la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos del caso «Arandina». Así pues, se muestra como los magistrados han llegado a la convicción sobre los hechos probados apoyándose en la declaración de la víctima (además de contar con una prueba periférica adicional: el informe del equipo psicosocial).

Ahora bien, la sentencia de primera y segunda instancia en el citado caso, muestran disparidad de criterio en cuanto a la declaración de la menor. Por un lado, la Audiencia Provincial de Burgos¹²² dice así: «Para llegar a las conclusiones expuestas en el “*factum*” de la presente se ha tomado en consideración todas las pruebas practicadas en el Plenario, y habiendo sido negados los hechos por todos los acusados, rechazando haber mantenido relaciones sexuales con la denunciante, hemos acudido a la declaración de la víctima, en la medida que resultase corroborada por testimonios de referencia, documentales, e informes psicológicos». Así, vemos como el tribunal toma como referencia la testifical de la víctima como suficiente prueba de cargo, comprobando, para ello, la concurrencia de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo.

¹²¹ Sentencia 391/2019 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 24 de julio de 2019.

¹²² En la ya citada Sentencia 379/2019 de la AP de Burgos de 11 de diciembre.

Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia¹²³ considera que: «la declaración de la víctima goza de plena credibilidad en cuanto a la realidad de los hechos ocurridos en el salón del piso, pero carece de ella en cuanto a la forma en que se produjeron».

De esta manera, vemos como a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrece unos criterios orientativos a la hora de cómo valorar la declaración de la víctima cuando ésta, es la única prueba de cargo directa existente en el proceso, se trata de bases que, además de no ser vinculantes para los jueces y magistrados, son subjetivas -por lo que podemos encontrar resoluciones contradictorias-.

Por último, focalizando la atención en el caso que nos ocupa la Sentencia de Primera Instancia dedica el fundamento tercero a la valoración de la prueba practicada, especialmente, en el plenario. Al contrario que en la Sentencia del caso «Arandina» la Audiencia Provincial de Barcelona, da especial importancia a la testifical que ofrece Mari Luz, amiga de la víctima que, estuvo presente, la noche de los hechos. La confianza, credibilidad y relevancia de la testifical citada radica, de forma lógica y acertada, en la corroboración de la declaración por otras pruebas practicadas de carácter sustancial.

Por el contrario, la Sentencia afirma que la declaración de la víctima no constituye prueba de cargo suficiente a pesar de que, el Tribunal, la considera verídica. El problema, radica en que la menor se encontraba inconsciente o semi-inconsciente de durante la consumación de los distintos ataques sexuales. Lo cierto es que este extremo resulta, de algún modo, “indiferente” en tanto en cuanto, la declaración de Cándida concuerda plenamente con la de Mari Luz.

Esta valoración llevada a cabo por los Tribunales de la declaración de Cándida resulta perjudicial para los intereses de la víctima pero, lo cierto es que, frente a ello, existe el testimonio de Mari Luz al cual, se le ha dado veracidad y, por tanto, fuerza probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de Luis Ángel, Pio, Lucio, Ramón y Maximiliano. Todo ello, se deduce de la claridad de la sentencia que cuenta con frases clave como las siguientes: «El relato de hechos probados de esta sentencia se fundamenta básicamente en el testimonio de Mari Luz, pero no por una confianza arbitraria en la veracidad de la testigo, ni sólo en su testimonio, el cual merece

¹²³ Sentencia 14/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sala de lo Civil y Penal, sección primera) de 18 de marzo de 2020.

suficiente crédito precisamente porque oras pruebas confirman aspectos relevantes de su declaración al plenario»; «La confianza y credibilidad que nos merece el testimonio de Mari Luz no es fruto de un acto de fe, sino la consecuencia lógica de constatar que se encuentra corroborado por otras pruebas en aspectos sustanciales».

De esta manera vemos como, de forma acertada, en casos tan particulares y delicados como el que nos ocupa, ante la ausencia de una declaración de la víctima con fuerza probatoria por la especialidad de las circunstancias, los tribunales pueden dotar de tal valor probatorio a otras testificales permitiéndoles, de esta manera, ser el sustento del quebrantamiento del derecho a la presunción de inocencia de los encausados.

6. Responsabilidad civil derivada del delito

Con carácter general, del delito nace responsabilidad penal y civil siendo ésta última, la conocida como responsabilidad civil derivada del delito que se encuentra regulada en los artículos 109 a 122 y 124 a 126 de la Ley de enjuiciamiento Criminal.

Es una responsabilidad extracontractual regulada en una norma penal¹²⁴ ya que el presupuesto es el delito pero, su naturaleza, es civil. Por ello, el elemento distintivo es que es una responsabilidad *ex delicto*¹²⁵.

El artículo 110 C.P muestra el contenido y alcance de la citada responsabilidad civil. En materia de delitos sexuales debemos centrarnos en el resarcimiento por equivalente que alcanza tanto los daños materiales como morales. Como es lógico, el problema, a la hora de determinar la responsabilidad civil, radica en la fijación de la cuantía indemnizatoria –especialmente en lo que a los daños morales se refiere- pues, la norma penal, escasamente prevé criterios para ello por lo que, será el tribunal quien fije la suma de manera motivada y, por tanto, atendiendo a las circunstancias del caso.

En los delitos sexuales siempre ha sido especialmente compleja la determinación del daño moral siendo éstos, los daños más relevantes que, siempre van a causarse a la víctima. En esta materia, la doctrina, establece tres perjuicios que integran los daños morales sufridos por la víctima: perjuicio de ocio, perjuicio juvenil y, precio sexual

¹²⁴ Art. 1902 C.C: «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal».

¹²⁵ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., «La responsabilidad civil derivada del delito: especial consideración a las personas jurídicas y entes colectivos», en *AFDUA*, n.º. 2003, 2002-2003, págs. 228 y 229.

(alteración del concepto sexualidad)¹²⁶. Por norma general, estos perjuicios son inherentes a la consumación de un delito sexual, especialmente, cuando el sujeto pasivo es un menor de edad.

Centrándonos en el caso que nos ocupa, desde el principio, nuestra mandante tiene el derecho a exigir o renunciar a la responsabilidad civil derivada del delito (art. 109 LECrim), pudiendo optar, como ha venido haciendo aconsejada por esta representación, por el ejercicio conjunto de la acción penal y la acción civil en el procedimiento penal (art. 111 y 112 LECrim).

Desde el primer momento, esta parte tuvo claro que, actualmente, ha venido resultando “barato” cometer delitos sexuales y, no debemos olvidar, que el golpe psíquico de una agresión sexual puede permanecer durante años y, teniendo en cuenta, que la víctima es menor de edad, es probable que la lesión psíquica le acompañe toda su vida pues, se ha impedido, de forma grave, su madurez y desarrollo sexual con normalidad.

Así pues, hay que acudir a la jurisprudencia que, al encontrarnos ante conceptos tan subjetivos, será un tanto dispar. A pesar de ello, debemos valorar caso por caso e intentar hacer una valoración del perjuicio real y cuantificarlo de manera que ayude, a la víctima, a recuperar su vida y desarrollo sexual de la manera más digna posible.

Los problemas psicológicos, la pérdida de calidad de vida, la intromisión en el correcto desarrollo, crecimiento y madurez de la menor son incuestionables en tanto en cuanto, ha sido víctima de unos delitos que revisten especial gravedad y que, por naturaleza, causan a cualquier persona un sentimiento de indignidad, desprotección, vejación o humillación que ha de ser susceptible de valoración pecuniaria¹²⁷. Todo ello, tiene su base en la protección que, en materia sexual, la norma penal otorga al menor en tanto en cuanto, el bien jurídico protegido tiene especial importancia así como, gravedad, la acción lesiva del mismo.

Como afirma la jurisprudencia¹²⁸, en delitos sexuales la producción de daños morales es indiscutible pues: «En los delitos sexuales se puede hablar de una presunción implícita

¹²⁶ SOLETO, H., GRANE, A., *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019, pág. 346.

¹²⁷ Vid. Sentencia 105/2005 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 29 de enero de 2005 y Sentencia 40/2007 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 26 de enero de 2007.

¹²⁸ Sentencia 327/2013 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal), de 4 de abril de 2013.

de daños morales que no necesita ulteriores explicaciones. La indemnización de los daños morales viene impuesta no solo mediante el genérico art. 113 C.P, sino también de forma específica para estas infracciones mediante el art. 193 C.P».

En primera instancia, de forma indudable, no se cumple con el objetivo de la responsabilidad civil pues, de forma sorprendente, frente a los 250.000€ solicitados por esta representación y a los 60.000€ solicitados por Fiscalía, la Audiencia Provincial condena, de forma solidaria al pago de 12.000€ a Luis Ángel, Pio, Lucio, Maximiliano y Ramón.

Me resulta especialmente llamativo este “*quantum*” indemnizatorio pues, fijar el pago de 12.000€ en concepto de responsabilidad civil resulta contradictorio con la afirmación de la Audiencia Provincial que dice así: «el ataque a la indemnidad sexual de la víctima fue extremadamente intenso y especialmente denigrante, y además se produjo sobre una menor que se encontraba en situación de desamparo [...]».

Seguidamente, en segunda instancia, tras el recurso de apelación presentado por la Fiscalía y la acusación particular solicitando el aumento de la indemnización por daños y perjuicios, se eleva la responsabilidad civil a la suma de 60.000€ consecuencia de «la gravedad del ataque a la indemnidad sexual que sufrió la menor, que en la sentencia de instancia se califica de extremadamente intenso y especialmente denigrante».

Ahora, ante el Tribunal Supremo, la subsunción de los hechos en dos delitos continuados de agresión sexual a menor de dieciséis años agravados por actuación conjunta y tres delitos de agresión sexual sobre menor de dieciséis años llevará consigo la elevación de la responsabilidad penal y, por consiguiente, la elevación de la responsabilidad civil consecuencia del mayor grado de injusto así como de la mayor lesión al bien jurídico protegido.

Es cierto, como advierte la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo¹²⁹ el “*quantum*” indemnizatorio por daños morales no puede hacerse con arreglo a criterios reglados o aritméticos lo cual, resulta incompatible con la naturaleza del daño. Ahora bien, ante tal falta de determinación podemos acudir a los pronunciamientos judiciales que, con anterioridad, para casos similares –teniendo en cuenta que debemos estar a las

¹²⁹ Vid. SSTs 733/2016 (ya citada).

circunstancias del caso concreto-, se han pronunciado en materia de responsabilidad civil.

Así pues, en materia de delito continuado de agresión sexual cometido en actuación conjunta es muy ilustrativa la ya citada Sentencia condenatoria de la «Manada de Pamplona». En ella, se condena a los autores a indemnizar conjunta y solidariamente a la víctima en la suma de 100.000€.

El Alto Tribunal debe tener en cuenta que, en el caso de la conocida «Manada de Pamplona» la víctima es una mujer mayor de edad mientras que, en el caso que nos ocupa, la víctima es una menor, concretamente una niña de 14 años. El bien jurídico protegido en el primer caso, es la libertad sexual mientras que, en el segundo, es la indemnidad sexual siendo, éste, un bien jurídico al que la norma penal otorga una protección reforzada debido a la vulnerabilidad de sus titulares (menores de dieciséis años).

Así las cosas, resulta indudable la necesidad de obtener una indemnización mayor a la fijada por este Tribunal para una agresión sexual en grupo cometida sobre una víctima mayor de edad. La tutela penal que se les ofrece a los menores de edad ha de ser siempre reforzada debido a su vulnerabilidad, especialmente, en materia de delitos sexuales pues, la gravedad del daño es elevadísima e incuestionable.

Por todo lo anterior, esta parte solicita, al Tribunal Supremo –manteniendo la petición de primera y segunda instancia- la elevación de la Responsabilidad civil que, consistirá en la obligación de abonar, de forma solidaria, por todos los responsables penales, la suma de 250.000€ por los motivos ya aludidos y en los términos solicitados.

7. Viabilidad y motivos para recurrir en casación, ante el Tribunal Supremo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Como sabemos, el procedimiento penal ya se encuentra en la recta final en tanto en cuanto, hemos tenido una primera y segunda instancia que, ha desestimado nuestras

pretensiones y por tanto, consideramos que, a día de hoy, no se le ha dado todavía la tutela judicial efectiva a mi patrocinada¹³⁰.

Así pues, para la interposición del recurso de casación que anule la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Catalán que confirma, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, debemos comprobar la concurrencia de una serie de requisitos, así como, tener claros y exponer los motivos que fundamentan nuestro recurso.

Como punto de partida, resulta incuestionable la existencia de un perjuicio para la víctima pues, en ulteriores instancias, se han visto desestimadas sus peticiones, especialmente, en cuanto a la existencia de violencia o intimidación y, por tanto, de un delito de agresión sexual se refiere.

En esta situación, lo más lógico es que esta parte, recurra, ante el Tribunal Supremo, la sentencia perjudicial para los intereses de su patrocinada.

Como hemos adelantado en el apartado dedicado a los fundamentos teóricos, el motivo del recurso va a ser la infracción del derecho sustantivo –infracción de ley- pues, como ha venido sosteniendo esta parte a lo largo del presente dictamen, los hechos probados no han sido subsumidos en el precepto penal correcto. Por todo lo anteriormente expuesto –que no vamos a mencionar ahora por evitar repeticiones innecesarias- consideramos que los hechos probados son constitutivos, de varios delitos de agresión sexual -por existir, intimidación ambiental en la consumación de los distintos accesos carnales- concretamente de, dos delitos continuados de agresión sexual sobre menor de dieciséis años con agravante por actuación conjunta y, un tres delitos de agresión sexual sobre menor de dieciséis años.

Finalmente, la elevación de la responsabilidad penal derivada de la subsunción de los hechos en cinco delitos de agresión sexual continuada con actuación conjunta, llevará

¹³⁰ Esquema procesal aclarativo.- Tras los hechos, se inició procedimiento penal correspondiente en primera instancia, concluyendo con Sentencia de la AP de Barcelona por encontrarnos ante el enjuiciamiento y fallo de delitos que llevan consigo una pena privativa de libertad de más de 5 años de prisión. Como el fallo no fue favorable a los intereses de la víctima que represento, se interpuso un recurso de apelación ante la sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, de nuevo, desestimó nuestras peticiones motivo por el cual, podemos solicitar la revocación de la sentencia una vez más mediante la interposición de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

consigo, la elevación de la responsabilidad civil solicitando, por tanto, la suma 250.000€ que deberán abonar, los cinco condenados, de forma solidaria.

Así pues, tras detectar la infracción de ley llevada a cabo por el Tribunal Superior de Justicia Catalán y, realizar la subsunción de los hechos en los delitos que, consideramos correctos y favorables a los intereses de nuestra representada, procedemos a la preparación del recurso que, se sustanciará ante el Tribunal Superior de Justicia que ha dictado la resolución objeto de recurso.

Los artículos 855 y ss. LECrim regulan una serie de requisitos que debe reunir el escrito de preparación del recurso de casación que, deberá ser presentado dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de sentencia y, que serán examinados por el Tribunal Sentenciador.

Es doctrina constitucional¹³¹ que el derecho al recurso está integrado por el derecho a la tutela judicial efectiva y, como derecho de prestación exige para su viabilidad el cumplimiento de todos los requisitos legalmente establecidos, pero sin interpretaciones excesivamente formalistas que puedan constituirse en un obstáculo adicional e innecesario.

Seguidamente, tendrá lugar la interposición del recurso ante la sala segunda del Tribunal Supremo cuyo plazo, es de 15 días, teniendo en cuenta que vamos a recurrir una resolución dictada por un Tribunal con sede en la península ibérica¹³². De nuevo, existen una serie de requisitos de fondo y forma que debe cumplir el recurso de casación¹³³ el cual, tiene gran importancia, especialmente, teniendo en cuenta que ahí se fijarán los términos del debate casacional.

Así, indicaremos, como punto de partida, que nuestro motivo casacional es la infracción de una ley por parte del Tribunal de segunda instancia, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3/2.021 de 26 de enero de 2.021. Así, especificaremos brevemente, como hemos hecho a lo largo del presente dictamen, lo que el Tribunal de instancia ha dicho sobre la cuestión debatida, expondremos la doctrina de la sala segunda sobre esta cuestión y, especialmente, haremos referencia a sus resoluciones en

¹³¹ Vid. Sentencia 98/1991 del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 1991 y 181/1993 de 31 de mayo de 1993.

¹³² Vid. Art. 873 LECrim.

¹³³ Arts. 874 y ss. LECrim.

materia de intimidación ambiental dotando de robustez, nuestra subsunción de los hechos en un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años.

Así las cosas, la petición quedaría así:

«Solicitamos la condena a Maximiliano, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de agresión sexual sobre menor de dieciséis años con agravante por actuación conjunta de los artículos 183.1, 2, 3 y 4 apartado b), 192 y 74 C.P pidiendo la pena, de 20 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, libertad vigilada durante 10 años, prohibición de acercarse a Cándida, Mari Luz, Anselmo, Argimiro y Arturo, a sus domicilios o cualquier lugar que frecuenten, a una distancia inferior a 1.000 metros, por un tiempo superior en 10 años a la pena de prisión y, durante ese mismo tiempo, prohibición de comunicarse con los mismos por cualquier medio».

«Solicitamos la condena a Ramón, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de agresión sexual sobre menor de dieciséis años con agravante por actuación conjunta de los artículos 183.1, 2, 3 y 4 apartado b), 192 y 74 C.P pidiendo la pena, de 18 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, libertad vigilada durante 10 años, prohibición de acercarse a Cándida, Mari Luz, Anselmo, Argimiro y Arturo, a sus domicilios o cualquier lugar que frecuenten, a una distancia inferior a 1.000 metros, por un tiempo superior en 10 años a la pena de prisión y, durante ese mismo tiempo, prohibición de comunicarse con los mismos por cualquier medio»¹³⁴.

«Solicitamos la condena a Luis Ángel, Pio y Lucio, como autores criminalmente responsables, cada uno de ellos, de un delito de agresión sexual sobre menor de dieciséis años de los artículos 183.1, 2, 3 y 192 C.P pidiendo la pena, de 15 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, libertad vigilada durante 10 años, prohibición de acercarse a Cándida, Mari Luz, Anselmo, Argimiro y Arturo, a sus domicilios o cualquier lugar que frecuenten, a una distancia inferior a

¹³⁴ La petición de una pena más grave sobre Maximiliano deriva, entre otros, del hecho de que, en todo momento, este encausado intentó “coordinar” los actos sexuales consumados por el resto de miembros de la «Manada de Manresa» pues, en hechos probados, constan frases como la que el sujeto emitió tras finalizar su primer acto sexual sobre la víctima: “ahora podéis ir vosotros”.

1.000 metros, por un tiempo superior en 10 años a la pena de prisión y, durante ese mismo tiempo, prohibición de comunicarse con los mismos por cualquier medio».

«También, solicitamos, que los encausados, indemnicen conjunta y solidariamente a la víctima en la suma de 250.000€ por los graves e incuestionables daños morales sufridos».

«Todo ello, con expresa imposición de costas procesales a los procesados a tenor de lo dispuesto en el artículo 123 C.P¹³⁵».

Seguidamente, tras la interposición del recurso llega la fase de sustanciación del recurso donde nuestra labor como abogados se ve mermada en tanto en cuanto, se llevan a cabo trámites por los miembros del Alto Tribunal como, por ejemplo, la designación del Magistrado ponente.

Seguidamente, obtendremos una decisión que esperamos, sea fundada en derecho y tutele los intereses de nuestra representada y, por tanto, estime los motivos de casación alegados por esta parte declarando haber lugar al recurso y casando y anulando la resolución recurrida¹³⁶. Esta estimación, le llevaría, al Alto Tribunal a dictar una nueva sentencia que proceda conforme a derecho.

Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo no es objeto de recurso conforme a lo señalado en el art. 904 LEC. Ahora bien, este precepto no obsta para que, en caso de que, de nuevo, no se tutelaran los intereses de mi mandante, podamos acudir al Tribunal Constitucional solicitando amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

VII.- CONCLUSIONES

Este último apartado tiene como objetivo sentar unas conclusiones que muestren de forma clara y concisa la postura adoptada de cara a formular, ante el Tribunal Supremo, recurso de casación por la representación letrada de la víctima de los actos sexuales consumados por los miembros conocida «Manada de Manresa». Todo ello, lógicamente, con ánimo de, en representación de los intereses de Cándida, lograr una tutela judicial efectiva para una menor de edad, que ha visto lesionada, de forma grave, su indemnidad

¹³⁵ «Las costas procesales se entienden impuesta por la Ley a los criminalmente responsables».

¹³⁶ Art. 901 LECrim.

y libertad sexual¹³⁷ fruto de la consumación de una pluralidad de actos sexuales no consentidos.´

Hoy en día, los múltiples casos mediáticos como el de la «Manada de Manresa» reflejan la problemática actual en lo que a la violencia sexual se refiere. Los delitos sexuales que implican a menores de edad, constituyen un gran número del total de las infracciones penales que se cometen actualmente lo que muestra, la insuficiencia de la norma penal teniendo en cuenta que, ésta, tiene como objetivo impedir la comisión de nuevos delitos. Todo ello, pone de relieve la necesidad urgente de otorgar, a las víctimas, la necesaria tutela judicial y, por ende, una protección penal reforzada de la indemnidad sexual.

La elaboración del presente dictamen ha tenido lugar, desde el inicio, ante una ausencia de tutela judicial efectiva a una víctima de distintos delitos sexuales que lesionan, de forma grave, la libertad e indemnidad sexual de un sujeto especialmente vulnerable teniendo en cuenta, además, la concurrencia de otros elementos fácticos como: la superioridad física y mental de los agresores, las circunstancias del lugar, tiempo y de la víctima que, durante la consumación de los hechos, se encontraba afectada por la ingesta de bebidas alcohólicas y drogas.

Como punto de partida –y, teniendo en cuenta que, este extremo nunca ha sido discutido- contamos con unos hechos no consentidos y, por tanto, típicos, consistentes en unos ataques sexuales como, por ejemplo, masturbaciones, tocamientos o penetraciones por distintas vías. En consecuencia, estamos ante una indiscutible lesión a al bien jurídico protegido de especial gravedad y relevancia jurídico penal. Ahora bien, el problema central radica en dilucidar ante qué delito sexual nos encontramos.

En este orden de cosas esta dirección letrada parte de un problema grave siendo éste que, los pronunciamientos de primera y segunda instancia, no han tutelado, de forma correcta, los intereses de la víctima. El hecho de apreciar abuso sexual es sinónimo de un error en la subsunción de los elementos fácticos motivo por el cual, esta representación está facultada para la interposición del presente recurso de casación ante

¹³⁷ En los delitos sexuales con menores de dieciséis años, cuando no hay consentimiento válido, el bien jurídico inmediatamente lesionado –además de la indemnidad sexual- es la libertad sexual pues, en el caso, la menor no ha podido manifestar su consentimiento. Todo ello nace de la idea de que los menores gozan libertad sexual positiva (derecho –aunque condicionado- a participar en un acto sexual) y negativa (derecho a negarse a participar en un acto sexual).

el Tribunal Supremo que será quien, efectivamente, tutele los intereses de la joven Cándida.

La distinción entre el abuso y la agresión sexual es de gran relevancia jurídico-penal pues, el segundo tipo, presenta una mayor lesión del bien jurídico protegido y, por consiguiente, un mayor grado de injusto. Ello nace de la idea de que, el elemento diferencial clave entre un delito y otro es la concurrencia de uno de estos medios comisivos: violencia o intimidación.

La diferencia entre ambas figuras delictivas parece clara pero, la dificultad radica en el momento en que Cándida, se encuentra en estado de intoxicación consecuencia de la ingesta de alcohol y drogas.

Los tribunales que han enjuiciado y fallado el supuesto, consideran, que los hechos son constitutivos de dos abusos sexuales continuados agravados por actuación conjunta y tres abusos sexuales sin circunstancias modificativas de la responsabilidad. Todo ello, entre otros, debido a que se ha atendido, continuamente, a la conducta de la víctima y sus circunstancias personales en el momento de los distintos accesos carnales como elementos determinantes de la existencia de un delito u otro.

Por todo lo que antecede y dados los hechos probados, consideramos necesaria la interposición de un recurso que revoque la resolución judicial pues existe, un error en la subsunción de los hechos probados y, por ende, una infracción de ley (infracción de un precepto penal de carácter sustantivo).

A juicio de esta representación y a tenor de la jurisprudencia y doctrina más reciente, concurre, en la consumación de los distintos accesos carnales, un elemento clave: la intimidación ambiental. Es por ello por lo que, el eje central de la impugnación radica en la calificación de los hechos como agresión y no abuso sexual.

Para ello, procedemos a valorar, distintos elementos fácticos que, sin duda, crean un ambiente hostil, humillante, vejatorio e intimidante, para la víctima que, además, como muestran los hechos probados, no se encontraba en estado de inconsciencia total.

Así pues, esta parte no necesita acudir a la actuación conjunta de dos personas para afirmar la existencia de un ambiente intimidatorio (este extremo se utiliza para agravar la responsabilidad criminal evitando así quebrantar el principio “*non bis in ídem*”). Para

llegar a tal pronunciamiento nos basamos, en múltiples elementos de hecho que concurren durante la consumación de los distintos accesos carnales, siendo éstos, entre otros, las circunstancias personales de la menor, la condición física de los agresores, las circunstancias del lugar (oscuro, recóndito, abandonado, sin nadie más que los agresores...), tiempo, etc.

Todo lo anterior lleva a concluir que, los hechos son constitutivos de varios delitos de agresión sexual por la concurrencia de un elemento clave del injusto que diferencia los abusos de las agresiones sexuales: la intimidación ambiental.

Seguidamente, consideramos, que sobre la conducta de Maximiliano y Ramón concurre la circunstancia agravante de actuación conjunta pues, como muestran los hechos probados, mientras un sujeto consumaba el acceso carnal el otro estaba presente creando, un ambiente intimidatorio que facilitaba la perpetración del delito. Por el contrario, la ausencia de prueba de cargo –que acredite la presencia física de los encausados- impide aplicar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal sobre Luis Ángel, Pio y Lucio.

A su vez, una de las máximas que permite aplicar la agravante consistente en que, tan autor es quien consuma el acto sexual como quien, con su presencia física, contribuye a ello, nos lleva a ubicarnos, respecto de la conducta de Maximiliano y Ramón en un delito continuado. Ambos encausados, realizan una sucesión de actos sexuales con aprovechamiento de una idéntica situación sin ruptura de la unidad temporal, de lugar y circunstancias.

Es por todo lo anterior por lo que esta parte considera viable la interposición del recurso de casación ante el Tribunal Supremo reclamando, la tutela de los intereses de una víctima de varios ataques sexuales no consentidos que, sin duda, revisten especial gravedad y han lesionado, notablemente, la indemnidad sexual de la menor.

En conclusión, la representación técnica de Cándida considera ajustada a derecho la sentencia del Tribunal Supremo que subsuma los hechos en dos delitos de agresión sexual continuados sobre menor de dieciséis años con agravante por actuación conjunta cometidos por Maximiliano y Ramón y, tres delitos de agresión sexual a menor de dieciséis años consumados por Luis Ángel, Pio y Lucio. Todo ello, debe llevar consigo el aumento de la Responsabilidad Civil derivada del delito en cuantía suficiente para

“paliar” la lesión psíquica que sufre mi representada que impide su madurez y desarrollo sexual con normalidad. Debiendo imponer, además, las costas procesales a la parte recurrida.

Esta es la opinión que emito como dictamen y que someto a otra mejor fundada en derecho.

En Zaragoza, a 14 de diciembre de 2.021.

Fdo. Silvia Fernández Santafé

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

BOLDOVA PASAMAR, M.Á., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en Derecho Penal parte especial conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de Marzo, Romeo (coord.), Comares, Granada, 2016, págs. 193, 195, 196, 197, 202, 203, 208, 209.

CORTÉS DOMINGUEZ, V., «Los recursos en el proceso penal» en Derecho procesal penal, Catena (coord.), 9ª edic. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 637.

CUERDA ARNAU, M^a.L., «Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado», en La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Faraldo et.al (dirs.), tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 129.

DEL RÍO LABARTHE, G., «El proceso penal. Funciones», en Derecho Procesal Penal, Fuentes (coord.), 2º, edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 25.

DIEZ RIPOLLÉS J.L., «De los abusos sexuales» en Comentarios al Código Penal Parte Especial, Díez et. al, (coords.), Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 289, 302 y 344 y ss.

ENRIQUE PALACIO, L., *Derecho procesal civil*, Lexis Nexis, 1999, Buenos Aires, pág. 73, 80.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Los recursos» en Derecho Procesal Penal, De La Oliva (coord.) 2ª edic, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1.999, pág. 613.

MARTINEZ ARRIETA, A., *El recurso de casación y revisión penal*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, valencia, 2.013, pág. 66.

ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales» en Derecho Penal, parte especial, González Caussac (coord.), 6º edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 221.

PRAT WESTERLINDH, C., *Manual práctico del recurso de casación penal*, tirant lo Blanch, abogacía práctica, valencia, 2015, pág. 40

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 122, 124, 134.

SOLETO, H., GRANE, A., *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019, pág. 346.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Agresiones y abusos sexuales a menores», en Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial, Lameiras et. al. (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 67, 68, 69,73.

2. Artículos de revista

BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”», en *Diario La Ley*, nº 9500, sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2019, pág.6.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F., «La responsabilidad civil derivada del delito: especial consideración a las personas jurídicas y entes colectivos», en *AFDUA*, n.º. 2003, 2002-2003, págs. 228 y 229.

JAEN VALLEJO, M., «A propósito de la problemática significación de los conceptos de violencia, intimidación y prevalimiento de superioridad en los delitos contra la libertad sexual», en *EL DERECHO.COM*, 3/5/2012, publicación on-line (<https://elderecho.com/a-proposito-de-la-problematica-significacion-de-los-conceptos-de-violencia-intimidacion-y-prevalimiento-de-superioridad-en-los-delitos-contra-la-libertad-sexual>).

PLASENCIA CASTRO, F., «La “actuación conjunta de 2 o más personas” convierte automáticamente el delito contra la libertad sexual en una violación», en *Confilegal*, 28/4/2018, publicación on-line (<https://confilegal.com/20180428-la-actuacion-conjunta-de-2-o-mas-personas-convierte-automaticamente-el-delito-contra-la-libertad-sexual-en-una-violacion/>).

RIOS ARENALDI, J., «El consentimiento en materia penal», en *Política criminal*, n.º 1, 2006, pág. 6.

ROPERO CARRASCO, J., «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores», en *el proyecto de 2013, estudios penales y criminológicos*, n.º 34, 2014, pág. 245.

SIERRA LÓPEZ, M., «La cualificación del número 1 del artículo 180 del Código Penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o la intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio», en *Revista penal*, n.º.17, 2006 pág. 196.

VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «La reforma del Código Penal de 2.015», *en foro, nueva época*, vol. 18, núm. 1, 2015, págs. 331 y 332.

3. Recursos web

<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

(Consultado a lo largo de la realización de todo el dictamen).

<https://www.tirantonline.com/tol/>

(Consultado a lo largo de la realización de todo el dictamen)

<https://dpej.rae.es/>

(Consultado a lo largo de la realización de todo el dictamen).

<https://elderecho.com/a-proposito-de-la-problematica-significacion-de-los-conceptos-de-violencia-intimidacion-y-prevalimiento-de-superioridad-en-los-delitos-contr-la-libertad-sexual>

(Consultado en fecha 31 de Octubre de 2.021).

<https://confilegal.com/20180428-la-actuacion-conjunta-de-2-o-mas-personas-convierte-automaticamente-el-delito-contr-la-libertad-sexual-en-una-violacion/>

(Consultado en fecha 14 de octubre 2.021).

<https://hj.tribunalconstitucional.es/>

(Consultado en fecha 2 y 10 de noviembre de 2.021).

IX.- JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Constitucional

- Sentencia 98/1991 del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 1.991. ECLI:ES:TC:1991:98. SISTEMA HJ (buscador de Jurisprudencia Constitucional).
- Sentencia 181/1993 del Tribunal Constitucional de 31 de mayo de 1.993. ECLI:ES:TC:1993:181. SISTEMA HJ (buscador de Jurisprudencia Constitucional).
- Sentencia 258/2007 del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2.007. ECLI:ES:TC:2007:258. SISTEMA HJ (buscador de Jurisprudencia Constitucional).

2. Tribunal Supremo

2.1 Sentencias del Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 22 de septiembre de 1.992 ECLI:ES:TS:1992:7026. TIRANT ONLINE.
- Sentencia del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 13 de diciembre de 1993. ECLI:ES:TS:1993:8602. TIRANT ONLINE.
- Sentencia del Tribunal Supremo 175/1997 (sala segunda, de lo Penal) de 15 de febrero de 1.997. ECLI:ES:TS:1997:1038. TIRANT ONLINE.

- Sentencia 486/2002 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 12 de marzo de 2002. ECLI:ES:TS:2002:1773. CENDOJ.
- Sentencia 1546/2002 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 23 de Septiembre de 2.002. ECLI:ES:TS:2002:6077. CENDOJ.
- Sentencia 462/2003 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 26 de marzo de 2.003. ECLI:ES:TS:2003:2093. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 105/2005 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 29 de enero de 2.005. TOL591.067. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 159/2005 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 11 de febrero de 2005. ECLI:ES:TS:2005:816. CENDOJ.
- Sentencia 187/2005 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 23 de febrero de 2005. TOL928.552. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 981/2005 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 18 de julio de 2005. ECLI:ES:2005:5130. CENDOJ.
- Sentencia 1291/2005 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 8 de noviembre de 2005. ECLI:ES:TS:2005:6833. CENDOJ.
- Sentencia 1295/2006 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 13 de diciembre de 2.006. ECLI:ES:TS:2006:8772. CENDOJ.
- Sentencia 40/2007 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 26 de enero de 2007. TOL1.038.357. TIRANT ONLINE.

- Sentencia 159/2007 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal), de 21 de febrero de 2.007. ECLI:ES:TS:2007:1468. CENDOJ.
- Sentencia 255/2007 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal), de 2 de abril de 2.007. TOL.1069.832. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 403/2007 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 16 de mayo de 2007. ECLI:ES:TS:2007:3425. CENDOJ.
- Sentencia 650/2008 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 23 de octubre de 2008. TOL1.401.641. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 41/2009 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 20 de enero de 2.009. TOL1.441.110. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 48/2009 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 30 de enero de 2.009. TOL1.441.124. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 127/2009 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal), de 11 de febrero de 2009. TOL1.466.684. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 633/2009 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 10 de junio de 2009. ECLI:ES:TS:2009:3936. CENDOJ.
- Sentencia 849/2009 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 27 de julio de 2009. ECLI:ES:TS:2009:5096. CENDOJ.
- Sentencia 421/2010 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 6 de mayo de 2010. ECLI:ES:TS:2010:2303. CENDOJ.
- Sentencia 1030/2010 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 2 de diciembre de 2.010. ECLI:ES:TS:2010:6816. CENDOJ.

- Sentencia 757/2011 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 12 de julio de 2011. ECLI:ES:TS:2011:5357. CENDOJ.
- Sentencia 235/2012 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 4 de mayo de 2012. ECLI:ES:TS:2012:3458. CENDOJ.
- Sentencia 438/2012 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 16 de mayo de 2.012. ECLI:ES:TS:2012:3978. CENDOJ.
- Sentencia 452/2012 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal), de 18 de junio de 2012. TOL2.578.884. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 840/2012 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 31 de octubre de 2.012. ES:TS:2012:7075. CENDOJ.
- Sentencia 950/2012 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 28 de noviembre de 2.012. TOL2.705.775. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 327/2013 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal), de 4 de abril de 2.013. TOL.3.706.682. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 218/2014 del Tribunal Supremo, (sala segunda, de lo Penal) de 13 de marzo de 2.014. ES:TS:2014:1184. CENDOJ.
- Sentencia 411/2014, del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 26 de mayo de 2.014. ECLI:ES:TS:2014:2092. CENDOJ.
- Sentencia 585/2014 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 14 de julio de 2014. ECLI:ES:TS:2014:3129. CENDOJ.

- Sentencia 60/2016 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 4 de febrero de 2.016. ECLI:ES:TS:2016:295. CENDOJ.
- Sentencia 183/2016 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 4 de Marzo de 2016. ECLI:ES:TS:2016:833. CENDOJ.
- Sentencia 782/2016 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 19 de octubre de 2016. ECLI:ES:TS:2016:4517. CENDOJ.
- Sentencia 374/2017 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 24 de mayo de 2017. ECLI:ES:TS:2017:1885. CENDOJ.
- Sentencia 493/2017 del Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal) de 29 de junio de 2017. ECLI:ES:TS:2017:2585. CENDOJ.
- Sentencia 29/2018 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 15 de enero de 2.018. ECLI:ES:TS:2018:71. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 62/2018 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 5 de febrero de 2018. ECLI:ES:TS:2018:217. CENDOJ.
- Sentencia 396/2018 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 26 de Julio de 2018. ECLI:ES:TS:2018:3104. CENDOJ.
- Sentencia 433/2018 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal), de 28 de septiembre de 2.018. ECLI:ES:TS:2018:3522. CENDOJ.
- Sentencia 13/2019 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 17 de enero de 2019. ECLI:ES:TS:2019:39. CENDOJ.
- Sentencia 344/2019 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 4 de julio de 2.019. ECLI:ES:TS:2019:2200. CENDOJ.

- Sentencia 391/2019 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 24 de julio de 2019. ECLI:ES:TS:2019:2673. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 395/2019 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 24 de julio de 2019. ECLI:ES:TS:2019:2615. CENDOJ.
- Sentencia 576/2019 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 26 de noviembre de 2019. ECLI:ES:TS:2019:3859. CENDOJ
- Sentencia 145/2020 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 14 de mayo de 2.020. ECLI:ES:TS:2020:882. CENDOJ.
- Sentencia 46/2021 del Tribunal Supremo (sala segunda, de lo Penal) de 21 de enero de 2.021. ECLI:ES:TS:2021:38. CENDOJ.

2.2 Acuerdos del Tribunal Supremo

- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2.005.
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2.008.

3. Tribunal Superior de Justicia

- Sentencia 4/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (sala de lo civil y Penal, sección primera) de 13 de junio de 2.018. ECLI:ES:TSJNA:2018:235. CENDOJ.

- Sentencia 14/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sala de lo Civil y Penal, sección primera) de 18 de marzo de 2020. ECLI:ES:TSJCL:2020:62. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 3/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sección de apelación de la sala Civil y Penal) de 26 de enero de 2.021.

4. Audiencia Provincial

- Sentencia 44/2012 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección tercera), de 13 de noviembre de 2.012. ECLI:APB:2019:12726. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 191/2018 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección vigesimoséptima) de 19 de marzo de 2018. ECLI:ES:APM:2018:16673. CENDOJ.
- Sentencia 2/2019 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección vigesimonovena) de 1 de febrero de 2.019. ECLI:ES:APM:2019:2. CENDOJ.
- Sentencia 813/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección vigesimosegunda), de 31 de Octubre de 2.019. ECLI:ES:APB:2019:12726. TIRANT ONLINE.
- Sentencia 379/2019 de la Audiencia Provincial de Burgos (sección primera) de 11 de diciembre de 2.019.

5. Otras fuentes: Circulares de la Fiscalía General del Estado

5.1 Circulares de la Fiscalía General del Estado

Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal.