



**Universidad**  
Zaragoza



# TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Dictamen elaborado por  
Victoria Pardo Marquina

Con objeto de analizar la estrategia de acusación a propósito del caso «La Manada».

Dirigido por  
Miguel Ángel Boldova Pasamar

Facultad de Derecho – Máster Universitario en Abogacía  
Diciembre de 2019



## ÍNDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. LISTADO DE ABREVIATURAS.....</b>   | <b>6</b>  |
| <b>II. INTRODUCCIÓN.....</b>   | <b>7</b>  |
| <b>III. ANTECEDENTES DE HECHO.....</b>   | <b>8</b>  |
| <b>IV. CUESTIONES JURÍDICAS.....</b>   | <b>11</b> |
| <b>V. NORMATIVA APLICABLE.....</b>   | <b>12</b> |
| <b>VI. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....</b>  | <b>15</b> |
| 1. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS RELACIONES SEXUALES MANTENIDAS POR LAS PARTES SIN EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA, EN ORDEN A DETERMINAR SU SUBSUNCIÓN COMO CONSTITUTIVAS DE UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES..... | 15        |
| 1.1. Bien jurídico protegido.....  | 15        |
| 1.2. La agresión sexual.....   | 18        |
| A) <i>Bien jurídico protegido.</i> .....   | 18        |
| B) <i>Tipo básico (art. 178 CP).</i> .....   | 18        |
| a) <i>Tipo objetivo.</i> .....   | 18        |
| b) <i>Modalidades comisivas.</i> .....   | 20        |
| □ <i>Violencia.</i> .....  | 20        |
| □ <i>Intimidación.</i> .....   | 24        |
| C) <i>Tipo subjetivo.</i> .....  | 36        |
| D) <i>Grados de ejecución (iter criminis).</i> .....   | 38        |
| E) <i>Tipo cualificado: el delito de violación (art. 179 CP).</i> .....  | 38        |
| a) <i>Tipo objetivo: el acceso carnal.</i> .....   | 39        |
| b) <i>Iter criminis (grados de ejecución).</i> .....   | 40        |
| c) <i>Tipo subjetivo.</i> .....  | 41        |
| F) <i>Sujetos activo y pasivo.</i> .....   | 41        |
| G) <i>Concursos.</i> .....   | 46        |
| a) <i>Respecto a la agresión sexual básica y la violación.</i> .....   | 46        |
| b) <i>Respecto al delito de lesiones.</i> .....  | 46        |
| c) <i>Respecto a los delitos de amenazas y de coacciones.</i> .....  | 48        |
| d) <i>Respecto al delito de detención ilegal.</i> .....  | 49        |
| H) <i>Concurrencia de varias violaciones o agresiones sexuales en caso de penetraciones repetidas. El delito continuado.</i> .....   | 50        |
| 1.3. Tipos agravados comunes a los arts. 178 y 179 CP: circunstancias agravantes específicas del art. 180 CP. .....  | 55        |

|  |    |
|--|----|
| A) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (art. 180.1.1 <sup>a</sup> CP) .....   | 55 |
| B) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180.1.2 <sup>a</sup> CP) .....   | 57 |
| C) Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el art. 183 CP (art. 180.1.3 <sup>a</sup> CP) ..... | 58 |
| D) Restantes circunstancias agravantes.....  | 59 |
| 1.4. El abuso sexual.....  | 59 |
| A) Bien jurídico protegido.....  | 59 |
| B) Tipo básico.....  | 61 |
| a) Tipo objetivo (artículo 181.1 CP). .....  | 61 |
| C) Abusos sexuales no consentidos (art. 181.2 CP).....   | 62 |
| a) Abuso sexual con prevalimiento (art. 181.3 CP).....   | 62 |
| 2. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA GRABACIÓN Y DIFUSIÓN DE IMÁGENES PESE A LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO .....   | 65 |
| 2.1. Bien jurídico protegido.....  | 65 |
| 2.2. Tipo objetivo.....  | 66 |
| 2.3. Tipo subjetivo.....   | 68 |
| 2.4. Sujetos activo y pasivo.....  | 69 |
| 2.5. Grados de ejecución ( <i>iter criminis</i> ). .....   | 69 |
| 2.6. Requisito de perseguiabilidad.....  | 70 |
| 3. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA APREHENSIÓN DEL TERMINAL MÓVIL DE DOÑA PAULA .....  | 70 |
| 3.1. Bien jurídico protegido.....  | 70 |
| 3.2. Tipo objetivo.....  | 71 |
| 3.3. Tipo subjetivo.....   | 74 |
| 3.4. Sujetos activo y pasivo.....  | 75 |
| 3.5. Grados de ejecución ( <i>iter criminis</i> ). .....   | 76 |
| 4. CONSENTIMIENTO Y MEDIOS DE PRUEBA .....   | 77 |
| 5. RESPONSABILIDAD CIVIL <i>EX DELICTO</i> .....   | 80 |
| 5.1. Introducción.....   | 80 |
| 5.2. Contenido.....  | 80 |
| 5.3. El daño moral: prueba y valoración. ....  | 82 |
| 5.4. Responsables civiles.....   | 85 |
| 6. CUESTIONES PROCESALES.....  | 86 |

|              |   |           |
|--------------|---|-----------|
| 6.1.         | Jurisdicción y competencia .....            | 86        |
| 6.2.         | Tipo de procedimiento .....                 | 87        |
| 6.3.         | Iniciación del procedimiento.....           | 87        |
| 6.4.         | Costas .....                                | 88        |
| <b>VII.</b>  | <b>CONCLUSIONES.....</b>                    | <b>89</b> |
| <b>VIII.</b> | <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>                    | <b>93</b> |
| 1.           | LIBROS CONSULTADOS.....                     | 93        |
| 2.           | ARTÍCULOS DE REVISTAS .....                 | 94        |
| 3.           | ENLACES .....                               | 96        |
| <b>IX.</b>   | <b>JURISPRUDENCIA.....</b>                  | <b>97</b> |
| 1.           | TRIBUNAL SUPREMO .....                      | 97        |
| 1.1.         | Sentencias del Tribunal Supremo.....        | 97        |
| 1.2.         | Autos del Tribunal Supremo .....            | 105       |
| 1.3.         | Acuerdos del Tribunal Supremo .....         | 105       |
| 2.           | AUDIENCIA PROVINCIAL.....                   | 105       |
| 3.           | TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....                | 106       |
| 3.1.         | Autos del Tribunal Constitucional .....     | 106       |
| 3.2.         | Sentencias del Tribunal Constitucional..... | 106       |
| 4.           | OTRAS FUENTES. .....                        | 107       |

## **I. LISTADO DE ABREVIATURAS.**

|             |  |
|-------------|--|
| Art. /Arts. | Artículo/Artículos   |
| ATC         | Auto del Tribunal Constitucional   |
| ATS         | Auto del Tribunal Supremo  |
| APNJ        | Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional  |
| CE          | Constitución Española  |
| CC          | Código Civil   |
| Cit.        | Citado/citada  |
| CP          | Código Penal   |
| DUDH        | Declaración Universal de Derechos Humanos  |
| FGE         | Fiscalía General del Estado  |
| LO          | Ley Orgánica   |
| LEC         | Ley de Enjuiciamiento Civil  |
| LECrim      | Ley de Enjuiciamiento Criminal   |
| LOPDHIPFPI  | Ley Orgánica de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen |
| Núm.        | Número   |
| P./PP       | Página/Páginas   |
| RAE         | Real Academia Española   |
| SAP         | Sentencia de la Audiencia Provincial   |
| STC         | Sentencia del Tribunal Constitucional  |
| STS         | Sentencia del Tribunal Supremo   |
| TC          | Tribunal Constitucional  |
| TS          | Tribunal Supremo   |
| <i>Vid.</i> | Véase  |

## II. INTRODUCCIÓN.

El objeto del presente dictamen consiste en realizar un estudio pormenorizado del mediático caso de «La Manada», acaecido en Pamplona el pasado mes de julio de 2016. El análisis ha partido de un punto de vista totalmente objetivo, focalizado en la calificación jurídica de los distintos tipos perpetrados la noche del 7 de julio de 2016, especialmente por cuanto respecta a los delitos contra la libertad sexual.

Al tratarse de un caso límite, el análisis ha requerido un examen especialmente preciso de cada uno de los elementos que componen los delitos perpetrados, a juicio de esta parte, particularmente centrado en la dicotomía entre la intimidación propia del delito de agresión sexual —y, por tanto, de violación— y el prevalimiento constitutivo de abuso sexual, por ser ésta la principal cuestión a tratar, y decantándose finalmente por la primera de tales opciones.

Una vez efectuada la investigación anterior, esta parte ha examinado la viabilidad de las distintas vías de actuación, desde la perspectiva de la acusación, en aras a obtener la tutela judicial efectiva de la víctima de tales hechos delictivos. Para ello, ha descartado la procedencia de la libre absolución de los agresores, por estimar más que acreditada la perpetración de hechos penalmente reprobables, y ha fundamentado la ejecución de cinco delitos continuados de violación (art. 179 CP) —uno por cada sujeto activo—, un delito contra la intimidad (*ex arts. 197.1 y 197.5 CP*), y un delito de robo con intimidación (*ex arts. 237 y 242.1 CP*).

Para alcanzar tal conclusión, la mecánica empleada ha estribado en realizar una calificación jurídica propia, elaborando argumentos jurídicos en base eminentemente a criterios jurisprudenciales, ajena a la prevista en las distintas resoluciones que han resuelto el caso en las diversas instancias sustanciadas. La lectura de tales sentencias se ha efectuado con posterioridad a la redacción de la tesis de quien emite este dictamen, con el fin de obtener argumentos «no viciados» por los Tribunales que se han pronunciado en relación con el supuesto. Por este motivo, con el objetivo de acreditar tal extremo, ha elaborado el anexo jurisprudencial que acompaña al presente dictamen, que recoge los pronunciamientos empleados para fundamentar cada conclusión plasmada en el mismo.

Finalmente, el presente trabajo incluye una breve referencia a la responsabilidad civil *ex delicto* y a cuestiones procesales básicas, por no ser tal el objeto del presente dictamen.

Dictamen que emite Victoria Pardo Marquina, alumna del Máster Universitario en Abogacía impartido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y la Escuela de Práctica Jurídica del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, como Trabajo de Fin de Máster.

### **III. ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.-** Doña Paula, de 18 años de edad, acudió a la localidad de Pamplona junto con un amigo, en fecha 6 de julio de 2016, en un vehículo particular.

**SEGUNDO.-** Al día siguiente, con motivo de la festividad de San Fermín, Don Isidro (26 años de edad), Don Santiago (24 años), Don Aurelio (27 años), Don Gabriel (27 años) y Don Samuel (26 años) viajaron a Pamplona.

**TERCERO.-** Doña Paula y su amigo se encontraban en la Plaza del Castillo de la reseñada ciudad y conocieron a un grupo de personas. Puesto que el joven abandonó la plaza para dirigirse a su vehículo, Doña Paula se sentó, sola, en un banco de la plaza, en el que se encontraba asimismo Don Isidro. Posteriormente, se acercaron los demás.

**CUARTO.-** En torno a las 2:57 horas, tras una conversación telefónica, la joven comunicó a los reseñados varones que abandonaba el lugar para dirigirse al vehículo estacionado con el que había viajado a la ciudad, y ellos se ofrecieron a acompañarla.

**QUINTO.-** Todos ellos abandonaron el lugar y, habiendo emprendido el camino, dos de los citados varones se acercaron al Hotel Europa, mientras Doña Paula se quedó rezagada. Ambos se dirigieron al encargado del establecimiento, que se encontraba en la puerta, y le pidieron una habitación por horas «para follar», a lo cual aquél no accedió.

**SEXTO.-** Una vez llegaron a la Calle Paulino Caballero, Don Isidro se percató de que una mujer estaba accediendo al portal del inmueble nº 5. Tras mantener una breve conversación con ella en la que simulaba que estaba alojado en el edificio, cogió uno de los ascensores, subió al segundo piso y bajó al portal por las escaleras. Entretanto, Doña Paula y los restantes muchachos permanecieron apoyados en la pared exterior de la edificación.

A continuación, Don Isidro abrió la puerta de acceso al citado portal, momento en el que la joven y Don Santiago estaban besándose en la boca. Seguidamente, y mientras

Isidro sujetaba la puerta y la animaba a entrar, Don Santiago tiró de la joven hacia él. Don Gabriel le cogió la otra mano y ambos la apremiaron a entrar, tirando de ella. En tales circunstancias accedió al inmueble.

**SÉPTIMO.-** Una vez allí, los cinco varones rodearon a Doña Paula (uno de ellos se situó delante de ella y dos detrás) y la dirigieron a un habitáculo situado a continuación del rellano del inmueble, de forma irregular y tamaño reducido ( $3\text{ m}^2$  aproximadamente), sin salida. Sus dimensiones son 2,73 cm de largo, por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia.

**OCTAVO.-** En la referida situación, los muchachos desnudaron a la joven y mantuvieron diversas relaciones sexuales con la joven. Concretamente, fue penetrada bucalmente por los cinco varones, todos ellos sin utilizar preservativo, vaginalmente por Don Gabriel (en una ocasión), Don Isidro (en dos ocasiones) y Don Aurelio (en dos ocasiones). Este último la penetró una tercera vez por vía anal. Asimismo, Don Isidro y Don Aurelio llegaron a eyacular.

La actitud de Doña Paula fue de sometimiento y pasividad: hizo lo que ellos le decían que hiciera, manteniendo los ojos cerrados la mayor parte del tiempo.

**NOVENO.-** Durante el desarrollo de los acontecimientos, Don Aurelio grabó seis vídeos con una duración de 59 segundos con su teléfono móvil y tomó dos fotografías, mientras que Don Gabriel grabó un vídeo del mismo modo, con una duración de 39 segundos.

**DÉCIMO.-** Antes de marcharse del lugar, Don Aurelio se apoderó del terminal del teléfono móvil de la joven, marca Samsung Galaxy nº IMEI NUM0200, valorado en ciento noventa y nueve euros con noventa y nueve céntimos (199,99 €). La joven guardaba su teléfono en la riñonera que portaba y Don Aurelio le quitó la funda, extrajo las tarjetas SIM y de memoria del dispositivo y las arrojó en el habitáculo descrito.

**UNDÉCIMO.-** Los cinco varones abandonaron el lugar de forma escalonada. Una vez la joven lo advirtió, buscó su riñonera y, al darse cuenta de la ausencia de su dispositivo móvil, su inquietud y desasosiego aumentaron y rompió a llorar.

Tras abandonar el edificio, Doña Paula caminó sola y sin cruzarse con nadie durante 20 segundos aproximadamente, tomó asiento en el primer banco situado en la zona central de la Avenida Roncesvalles y siguió llorando de una forma tan desconsolada

que llamó la atención de una pareja. Al verla, se acercaron para atenderla, llamaron al teléfono 112 y poco después se personó una patrulla de la Policía Municipal.

**DUODÉCIMO.-** La joven fue trasladada al Servicio de Urgencias de Complejo Hospitalario de Navarra. A partir de las 5:20 horas, fue revisada ginecológicamente y recibió tratamiento anticonceptivo y profiláctico de urgencia.

Doña Paula presentó lesiones consistentes en lesión eritematosa en zona de horquilla posterior en la zona de las cinco horarias, para cuya curación precisó de una primera asistencia facultativa, todo ello como consecuencia de los hechos. Se le practicó una prueba de detección de alcohol que tuvo un resultado positivo de 0,91 +/- 0,05 g/L en sangre y 1,46 +/- 0,06 g/L de alcohol en orina.

**DECIMOCERCERO.-** Todos los sujetos mencionados, salvo Santiago, pertenecen a dos grupos de WhatsApp llamado “*la Manada*” y “*Disfrutones SFC*”. A las 6:50 horas, Don Isidro envió desde su teléfono móvil a los dos chats anteriormente mencionados los siguientes mensajes. Al primero de tales grupos remitió lo siguiente: «follándonos a una los cinco», «todo lo que cuente es poco», «puta pasada de viaje», «hay vídeo». Al segundo, el siguiente mensaje: «follándonos los cinco a una, vaya puto desfase, del ATC de Madrid era, ja ja».

**DECIMOCUARTO.-** Antes de que tuvieran lugar los hechos, Doña Paula no presentaba ningún trastorno de la personalidad, ni antecedentes de desestabilización psicológica, sino que su adaptación en los ámbitos personal, emocional, social y familiar era adecuada. Como consecuencia de los hechos descritos, la joven padece un trastorno de estrés postraumático y recibe tratamiento psicológico continuo en el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Agresión Sexual de la Comunidad de Madrid desde septiembre de 2016.

**DECIMOQUINTO.-** La asistencia sanitaria que Doña Paula recibió en el Servicio de Urgencia Hospitalaria y el Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Virgen del Camino devengó un total de mil quinientos treinta y un euros con treinta y siete céntimos (1.531,37 €), irrogados al Servicio Navarro de Salud.

#### **IV. CUESTIONES JURÍDICAS.**

Las cuestiones jurídicas a cuyo análisis se procede mediante el presente dictamen son las que a continuación se enumeran:

1. Calificación jurídica de las relaciones sexuales mantenidas por las partes sin el consentimiento de la víctima, en orden a determinar su subsunción como constitutivas de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales.
2. En particular, análisis pormenorizado de la diferencia entre la agresión sexual con intimidación, en concurso de leyes con la violación, y el abuso sexual con prevalimiento.
3. Examen acerca de la diferencia entre el delito continuado y el delito real, dada la pluralidad de sujetos activos.
4. Calificación jurídica de la grabación y difusión de imágenes pese a la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo.
5. Calificación jurídica de la aprehensión del terminal móvil de Doña Paula.
6. Contenido, prueba y valoración de la eventual responsabilidad civil derivada de delito.
7. Cuestiones procesales.

## **V. NORMATIVA APLICABLE.**

- ❖ Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
  - Art. 12
- ❖ Constitución Española de 1978.
  - Art. 17
  - Art. 18
  - Art. 24
  - Art. 124
- ❖ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
- ❖ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
  - Art. 9.3
  - Art. 23
- ❖ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
  - Art. 8.3
  - Art. 13
  - Art. 14
  - Art. 28
  - Art. 33
  - Art. 74
  - Art. 77
  - Art. 109
  - Art. 110
  - Art. 111
  - Art. 113
  - Art. 114
  - Art. 115
  - Art. 116
  - Art. 123
  - Art. 131
  - Art. 132
  - Art. 169

- Art. 178
  - Art. 179
  - Art. 180
  - Art. 181
  - Art. 182
  - Art. 191
  - Art. 197
  - Art. 201
  - Art. 242
  - Art. 450
- ❖ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Art. 7
- ❖ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- ❖ Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.
- Art. 1
  - Art. 2
- ❖ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Art. 40.2
- ❖ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Art. 2.2.a)
- ❖ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.
- ❖ Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud.
- Art. 3.4
- ❖ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Art. 14.4
  - Art. 100
  - Art. 108
  - Art. 112
  - Art. 114

- Art. 240
  - Art. 241
  - Art. 259
  - Art. 262
  - Art. 264
  - Art. 382
  - Art. 650
  - Art. 742
  - Art. 757
  - Art. 773
  - Art. 784
- ❖ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Art. 1.101
  - Art. 1.106
  - Art. 1.137
  - Art. 1.144
  - Art. 1.902
  - Art. 1.964
- ❖ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.
- Art. 9.3

## VI. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

### 1. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS RELACIONES SEXUALES MANTENIDAS POR LAS PARTES SIN EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA, EN ORDEN A DETERMINAR SU SUBSUNCIÓN COMO CONSTITUTIVAS DE UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES.

#### 1.1. Bien jurídico protegido.

Tomando como punto de partida la clara connotación sexual que reviste el *factum* del supuesto objeto de dictamen, considero fundamental analizar en profundidad, en primer lugar, si el mismo es constitutivo de reproche penal, por ser subsumible en un delito contra la libertad e indemnidad sexuales. Los reseñados tipos tienen como fin la salvaguarda de un bien jurídico protegido que la LO 11/1999, de 30 de abril configuró con un carácter dual: la libertad sexual y la indemnidad sexual.

Podemos definir la primera como la determinación de la sexualidad, es decir, como la faceta de la libertad del individuo<sup>1</sup> que le permite elegir, sin ningún condicionante externo, cómo, cuándo y con quién desea mantener una relación sexual<sup>2</sup>. La indemnidad sexual —o intangibilidad sexual<sup>3</sup>—, por su parte, es el derecho de los menores y de las personas con discapacidad a no ser molestados, a no sufrir un daño en el terreno sexual<sup>4</sup>.

El término «indemnidad» se refiere a la integridad sexual de menores, incapaces y personas que padecen trastornos psíquicos, especialmente protegidos en el ordenamiento jurídico español, de modo que la introducción de este bien jurídico como protegido en los delitos de esta naturaleza supone salvaguardar a estas personas, que carecen de capacidad para decidir libremente sobre su sexualidad con terceros, con el fin de lograr que queden exentas de cualquier daño derivado de un encuentro sexual susceptible de causar perturbaciones en su equilibrio psíquico. Ello obedece a que tales

---

<sup>1</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 251.

<sup>2</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Derecho Penal español. Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> Edición, Valencia, 2011, p. 586.

<sup>3</sup> *Vid.* SAP Barcelona (Sección 10<sup>a</sup>) de 16 de mayo de 2001. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2ce09543fea061c6/20040503> (ANEXO I.1.(1)).

<sup>4</sup> VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, 5<sup>a</sup> Edición, Valencia, 2016, p. 199.

personas carecen de autonomía suficiente para decidir sobre si desean o no mantener una relación sexual<sup>5</sup>, de modo que su consentimiento no es válido<sup>6</sup>.

Por lo tanto, nos encontramos ante una esfera de la personalidad especialmente sensible, pues está vinculada a DDFF tales como la intimidad o la salud, aunque todos ellos convergen en la citada esfera personal, dotándola de sentido. Pese a que en la CE no se menciona expresamente, la libertad sexual es una de las concreciones del DF a la libertad, proclamado en el art. 17 del texto constitucional<sup>7</sup>. La misma está protegida en sus dos vertientes. Por un lado, en la positiva-dinámica, consistente en la facultad de mantener una relación sexual voluntaria, en cualquier circunstancia. Por otro lado, en la negativa-estática, relativa al derecho a no soportar actos de índole sexual no consentidos con otra persona<sup>8</sup>.

Tal distinción depende del sujeto pasivo que se vea afectado por la conducta delictiva, pues protegeremos el segundo si la víctima es menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, ya que o bien carecen de libertad sexual actual, o bien no podemos hablar de libertad sexual en términos jurídicos<sup>910</sup>.

La citada STS 587/1998, de 28 de abril<sup>11</sup>, lo enuncia del modo siguiente:

«Como ya ha sido dicho con anterioridad [...], el ataque a la libertad sexual adquiere características y notas especialmente trascendentales en tanto el sexo se constituye en uno de los ejes fundamentales de todo el acontecer humano [...].

Es lo cierto que los hechos delictivos en este área se seguirán produciendo mientras que unos y otros, varones y hembras, no entiendan el mayor respeto a la libertad desde la igualdad de los sexos.

---

<sup>5</sup> *Vid.* STS 476/2006, de 2 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/1d1a500e42478aab/20060525> (ANEXO I.1.(2)).

<sup>6</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español, parte general. Teoría jurídica del delito*, t. II, 6<sup>a</sup> Edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 335.

<sup>7</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*, Silva Sánchez (dir.), 3<sup>a</sup> Edición, Atelier, Barcelona, 2011, p. 119.

<sup>8</sup> MIR PUIG, C., *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 653.

<sup>9</sup> *Vid.* STS 587/1998, de 28 de abril (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/87406b54eaae1c68/20030918>) y STS 609/1996, de 1 de octubre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/5e718570165a3905/20031003>).

<sup>10</sup> El derecho a la indemnidad sexual no aparece recogido como tal en la CE, pero se puede vincular a otros DDFF como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) o al deber de los poderes públicos de protección de la infancia y de los disminuidos psíquicos (arts. 39 y 40 CE).

<sup>11</sup> STS 587/1998, de 28 de abril.

Mientras no entiendan que en el sexo vale todo si la pareja lo acepta, y no vale nada si uno sólo de ellos lo rechaza. Mientras no se entienda que la mujer, al igual que el hombre, tiene derecho a decidir y decir lo que quiere, hasta donde quiere y como lo quiere, sin que sea válido que ante esa definición o postura, la contraparte, generalmente el hombre, adopte actitudes más o menos coactivas».

De este modo, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales están especialmente centrados en la vertiente negativa de la libertad sexual, pues protegen a la persona de cualquier comportamiento sexual no deseado, bien porque no ha emitido su consentimiento<sup>12</sup> para ello, o bien porque sí lo ha emitido, pero está viciado. Esta conceptualización es muy relevante, pues nos permite diferenciar las conductas protegidas por los reseñados tipos de otras conductas delictivas atentatorias contra la libertad tales como amenazas, coacciones, etc.

En este sentido, el hecho de que un sujeto se involucre o no en una relación sexual, afectando por lo tanto a su libertad o indemnidad sexual, se proyecta sobre los tipos penales mencionados a partir del establecimiento del consentimiento como elemento negativo de los mismos —por lo que, de acuerdo con CEREZO MIR, excluye el ataque a la libertad sexual y la correspondiente tipicidad de la conducta<sup>13</sup>—, así como en la exigencia de denuncia previa como indispensable para la persecución penal de una gran parte de ellos. Por lo tanto, en última instancia es la propia persona quien debe decidir si el comportamiento sexual que ha llevado a cabo con otra persona ha sido o no querido por aquélla. Y para que esta decisión sea —jurídicamente— libre, tal consentimiento debe ser válido, para lo cual es necesario que la manifestación de voluntad que lo contiene sea autónoma y consciente, emitida sin coacciones<sup>14</sup>. En consecuencia, las personas que carecen de capacidad para prestar su consentimiento del modo señalado emiten una manifestación de voluntad que no se reconoce jurídicamente como constitutiva de un consentimiento válido<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> En palabras de MIR PUIG, debemos el consentimiento existe cuando «[...] el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento». Referencia bibliográfica: MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, 8<sup>a</sup> Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2010, p. 509.

<sup>13</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español, parte general*. Teoría jurídica del delito, t. II, 6<sup>a</sup> Edición, Tecnos, Madrid, 2006, p. 327.

<sup>14</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., «El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento», en *Derecho Penal, parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Boldova Pasamar (coord.), Comares, Granada, 2013, p. 239.

<sup>15</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 518 – 519.

De acuerdo con el art. 180 CP, si bien en este tipo de conductas pueden verse afectados otros valores o intereses, tales como la honestidad de la víctima, o su intimidad —ya que se le impone un acto de naturaleza especialmente privada<sup>16</sup>—, ello no significa que los mismos sean bienes jurídicos protegidos de este tipo de delitos. Y ello por cuanto que lo que salvaguardan es, tal y como ya se ha indicado, la libertad sexual de todo ser humano, entendida como la facultad privativa de la persona de consentir o rechazar un contacto sexual<sup>17</sup>, así como su dignidad<sup>18</sup>.

Sobre este punto incide asimismo RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS, al considerar que la elevada pena con la que se sancionan este tipo de delitos se debe no solamente a que con tales conductas se está obligando a una persona a realizar o soportar un comportamiento que no desean, sino también al ataque a la dignidad de la misma que ello supone<sup>19</sup>.

## 1.2. La agresión sexual.

### A) *Bien jurídico protegido.*

La libertad sexual es el bien jurídico protegido por el delito de agresión sexual, que se define como un atentado contra aquélla y, por lo tanto, por el hecho de que una persona imponga a otra una conducta sexual que esta última no desea y a la que, en consecuencia, no consiente. Por consiguiente, el Derecho Penal actúa de modo que las personas puedan decidir de forma libre los términos en que desean mantener una relación sexual.

### B) *Tipo básico (art. 178 CP).*

#### a) *Tipo objetivo.*

El tipo básico del delito de agresión sexual castiga cualquier atentado que realiza una persona contra la libertad sexual de otra, empleando para ello violencia o intimidación—la concurrencia de tales elementos, unida a la referencia al contexto sexual

<sup>16</sup> *Vid.* STS 1397/2009, de 29 de diciembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4636303e95652ad3/20100225>) y STS 103/2012, de 27 de febrero (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2de4124df4c4c43b/20120309>).

<sup>17</sup> STS 935/2006, de 2 de octubre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d4081e5345d96b81/20061026>) —ANEXO I.1.(3)—y STS 648/2002, de 12 de abril (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e3fbcc17ede1fddf/20030918>).

<sup>18</sup> STS 1974/2001, de 25 de octubre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/18e7ad6b6bf97c8e/20040614>). (ANEXO I.1.(4)).

<sup>19</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., «Delitos...», cit., p. 130.

o la connotación sexual de la acción permite diferenciar la agresión sexual de los delitos de coacciones y amenazas<sup>20</sup>—, que sean suficientes para doblegar su voluntad, y siempre que tales agresiones no queden abarcadas en el delito de violación. Para ello, de acuerdo con DÍEZ RIPOLLÉS<sup>21</sup>, lo habitual es que el sujeto activo se valga de acciones que tienen por objeto el cuerpo de la víctima, como por ejemplo besos, caricias, tocamientos, etc., que tengan una «inequívoca significación sexual».

Tal conducta puede llevarse a cabo por acción o por omisión<sup>22</sup>, y comprende diversas formas comisivas: tanto casos en los que el actor acomete sobre la víctima directamente<sup>23</sup>, supuestos en que la obliga a realizar tales acciones sobre el cuerpo del autor<sup>24</sup>, como otros en los que le impone la práctica de actos sexuales consigo misma<sup>25</sup>, o con otras personas<sup>26</sup>. Ahora bien, dada la amplitud del tipo objetivo y la multitud de formas de su comisión, el Alto Tribunal exige que la conducta constitutiva de agresión sexual esté claramente identificada, pues describirla de forma genérica es insuficiente para motivar su concurrencia<sup>27</sup>.

Por cuanto atañe a la necesidad o no de que exista contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo, la doctrina no es unánime. Partiendo de la literalidad del precepto, están incluidas en el tipo conductas en las que no haya contacto físico entre los sujetos intervenientes. DÍEZ RIPOLLÉS, sin embargo, sostiene que tal contacto es necesario para poder hablar de agresión sexual pues, en su opinión, cualquier conducta con significado sexual no da lugar a la comisión del reseñado delito, sino que es imperativo que concurra tal requisito de contacto corporal<sup>28</sup>. Por contra, existe una amplia jurisprudencia que no

---

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, parte especial*, 19<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 213.

<sup>21</sup> GARCÍA RIVAS, N., «Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales», en *Derecho Penal español: parte especial (II)*, Álvarez García (dir.), 2<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 592.

<sup>22</sup> *Vid.*, STS 587/1998, de 28 de abril.

<sup>23</sup> *Vid.*, STS 62/2018, de 5 de febrero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/43ea376767e27ff1/20180209>.

<sup>24</sup> *Vid.*, STS 661/2001, de 18 de abril. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/cb207162428669a6/20030808>. (ANEXO I.2.1.A.(1)).

<sup>25</sup> *Vid.*, SAP Madrid (Sección 30<sup>a</sup>) 228/2012, de 8 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/9dccc572a6a321bd/20130805>.

<sup>26</sup> *Vid.*, STS 824/2003, de 5 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/aff38413526c1e9b/20030923>.

<sup>27</sup> *Vid.* STS 39/2009, de 29 de enero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/7a6a32c48c3a8bab/20090305>.

<sup>28</sup> MAYO CALDERÓN, B., «Agresiones y abusos sexuales», en *Lecciones de Derecho Penal, parte especial*, Vizueta Fernández (coord.), 2<sup>a</sup> Edición, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, p. 153.

considera necesaria la exigencia anterior<sup>29</sup>, hecho que permite extender el ámbito típico del delito a conductas sexuales que la víctima es compelida a realizar consigo misma, con el propio sujeto activo o con un tercero.

A la vista de lo anterior, podemos concluir que el primer elemento del tipo consiste en un acto con significado sexual, bien tenga lugar mediante contacto corporal impudico entre los sujetos intervenientes, o bien mediante cualquier otra exteriorización o materialización que tenga un significado lascivo. En el caso analizado, ello concurre porque los cinco varones que intervienen realizan diversos comportamientos claramente sexuales sobre la víctima, consistentes en penetraciones anales, vaginales y anales.

*b) Modalidades comisivas.*

❖ **Violencia.**

El diccionario del español jurídico<sup>30</sup> define la violencia como la «fuerza física que aplica una persona sobre otra y que constituye el medio de comisión propio de algunos delitos, como el robo y los delitos contra la libertad sexual, entre otros».

En este mismo sentido se pronuncia la citada STS 935/2006, de 2 de octubre, que determina que tal violencia:

«[...] equivale a acometimiento, coacción o imposición material [...], el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima [...] y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre o determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto, sin que sea necesario que sea irresistible desde un punto de vista objetivo, pues no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual»<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> *Vid.* STS 1484/2001, de 20 de julio (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b3629eefeed3f0aa/20030808>) —ANEXO I.2.1.A.(2)— y STS 373/2008, de 24 de junio (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/12f744960286f59a/20080717>) —ANEXO I.2.A.(3)—.

<sup>30</sup> *Vid.* <https://dej.rae.es/lema/violencia> (consultado el 12 - 09 - 2019).

<sup>31</sup> *Vid.* STS 883/2001, de 17 de mayo (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b1edf396db1471bc/20030808>) y STS 1546/2002, de 23 de septiembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ffbd8389323cff1/20031030>).

La violencia, por tanto, puede consistir en cualquier acometimiento físico que realiza una persona (no necesariamente el autor de los hechos, pues puede haberla ejercido un cooperador necesario o un tercero) para aplicarla sobre el cuerpo del sujeto pasivo y debe ser de una magnitud tal que, atendiendo a los factores circundantes (tanto las concernientes a los sujetos —edad de las partes, fortaleza física, etc. —, como las propias del lugar, el entorno o la ocasión), resulte idónea y eficaz para vencer a la víctima y doblegar su libre voluntad<sup>32</sup>, desde un punto de vista objetivo. Por lo tanto, y de acuerdo con DÍEZ RIPOLLÉS<sup>33</sup>, la violencia es un factor decisivo para vulnerar la libertad sexual de la víctima.

Para valorar su existencia, debemos partir de que no existe un patrón para valorar cuándo el ejercicio de la misma constituye una agresión sexual; no existe una medida concreta de la violencia empleada por el sujeto activo que permita calificar el ataque a la libertad sexual de la víctima como constitutivo de una agresión sexual, sino que hemos de atender a las circunstancias del caso para determinar su idoneidad, de modo que la misma resulte adecuada objetivamente para eliminar o reducir la capacidad de oposición a la misma del sujeto pasivo frente a tal ataque. El Alto Tribunal comparte la tesis anterior, pues no exige que la misma sea invencible, irresistible, extraordinaria o de una gravedad inusitada<sup>34</sup>, sino que sea suficiente para lograr el objetivo del agresor que la emplea. En definitiva, se mide por su eficacia, no por su cantidad.

No es necesario que tal violencia persista durante toda la ejecución, de modo que puede cesar cuando la víctima ya no oponga resistencia, si es consciente de que ofrecerla no consigue frustrar el fin del agresor. Tampoco se exige que la violencia ejercida sobre la víctima le cause lesiones o secuelas<sup>35</sup> pues, de tener lugar éstas, quedarían absorbidas por el tipo de la agresión sexual, siempre y cuando se tratase de lesiones leves que no requirieran tratamiento médico o quirúrgico<sup>36</sup>. La razón del anterior extremo radica en la multitud de facetas, variedades y posibilidades que ofrece el delito de agresión sexual,

---

<sup>32</sup> *Vid.* STS 39/2009, de 29 de enero.

<sup>33</sup> MAYO CALDERÓN, B., «Agresiones ...», cit., p. 151.

<sup>34</sup> *Vid.* STS 350/2013, de 25 de abril. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/73d0931fae7308da/20130517> (ANEXO I.2.1.B.a.(1)).

<sup>35</sup> *Vid.* STS 254/2019, de 21 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/a273627ba42b308a/20190523> (ANEXO I.2.1.B.a.(2)).

<sup>36</sup> Tales lesiones se consideran habituales en este tipo de delitos (como desgarros vaginales, por ejemplo) y su castigo ya se contempla en la violencia que se ha ejercido sobre el sujeto pasivo. De tratarse de otro tipo de lesiones físicas a las mencionadas, estaríamos ante un concurso de delitos. No obstante, las lesiones psíquicas que padece quien ha sido víctima de un delito contra la libertad sexual sí son relevantes, en relación con la responsabilidad civil derivada del delito.

entre las que no es imprescindible que la violencia (o en su caso, la intimidación) cause lesiones<sup>37</sup>.

Por lo tanto, el primer punto a tratar en relación con la violencia es su magnitud. Trasladándolo al supuesto examinado, si bien Doña Paula no entró voluntariamente en el edificio en el que tuvieron lugar los hechos, no existió como tal un acometimiento físico por medio de desgarros o golpes, sino que fue introducida en el portal por los agresores. De ello se desprende que no accedió de forma voluntaria, aunque ello no implica que mediase violencia, especialmente si tenemos en cuenta que la víctima podía oponerse o incluso tratar de pedir ayuda porque se encontraba en la calle, hecho especialmente importante en comparación con lo que ocurre una vez se encuentra en el habitáculo en el que se produce la acción sexual.

En este sentido, existen resoluciones del TS que sostienen que un simple agarrón, como es el caso, de uno de los intervenientes por el que conduce a la víctima en un contexto tranquilo o de aparente normalidad —como tiene lugar en el supuesto que estamos analizando hasta el momento de la entrada de los sujetos intervenientes en el cubículo escenario de los hechos— no permite hablar de violencia, pues no es en sí misma una acción revestida de tal componente<sup>38</sup>.

Si bien, como hemos constatado, no existe una calibración de la violencia empleada para calificarla como elemento propio del tipo, la misma ha de ser adecuada, en palabras del TS, para evitar que la víctima «actúe según las pautas derivadas del ejercicio de un derecho de autodeterminación». Por tanto, no es necesario que la violencia sea irresistible —pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física—, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. En cuanto a tal resistencia de la víctima, no es propiamente un requisito del tipo, pero se recurre a la misma como hecho indiciario.

En el supuesto analizado, la posible violencia reside en el «agarrón» a la víctima para hacerla entrar en el edificio, frente al que ella no se opone de ningún modo, ni se revuelve (pudiendo hacerlo, pues únicamente la ase un sujeto activo, en plena calle, y no grita ni exterioriza ningún tipo de palabra). Por lo tanto, de tal contexto se desprende que,

<sup>37</sup> *Vid.* STS 686/2005, de 2 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e6bc72a8bdbb594a/20050721>.

<sup>38</sup> *Vid.* STS 249/2019, de 14 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e136470f5ee3d548/20190522>.

aunque la joven no entró en el inmueble porque así lo decidiera libremente, tampoco fue introducida a la fuerza, sino por medio de un agarrón que no reviste la magnitud suficiente para ser calificado como una acción violenta.

La oposición de la víctima, en caso de mediar, no ha de ser desesperada —ya que no es preciso para hallarnos ante una agresión sexual que ésta agote todas las posibilidades de oposición que tenga a su alcance —, sino que es suficiente con que sea real, verdadera y que exteriorice de forma inequívoca su negativa a la conducta sexual. Basta, en conclusión, que exteriorice de forma clara que su voluntad es opuesta al contacto sexual, de modo que éste es completamente ajeno a su consentimiento. Así, el agresor, pese a tal exteriorización, debe acometer el comportamiento lascivo, empleando para tal fin la violencia<sup>39</sup>. En definitiva, y de acuerdo con MUÑOZ CONDE, a mayor resistencia de la víctima, mayor es la energía física que empleará el agresor<sup>40</sup>.

La STS de 20 de mayo de 1991<sup>41</sup> zanjó la polémica existente sobre la necesidad de demostrar la resistencia de la víctima al ataque del agresor, aclarando que no son necesarios actos de resistencia heroica o enérgica por su parte, pues el legislador no lo exige así y podría ser incluso perjudicial para la integridad corporal de la misma — ANEXO I.2.1.B.a.(3)—.

La segunda característica que ha de reunir la violencia (ya sea en su tipo básico, como en el agrado o violación<sup>42</sup>) es que ha de existir un nexo causal entre la misma y la acción sexual, de modo que la segunda se ejecuta porque se ha empleado la primera, pues la violencia tiene carácter funcional<sup>43</sup>. Tal violencia y el contacto sexual deben tener proximidad temporal, aunque en caso contrario deberemos valorar las circunstancias del supuesto de hecho para determinar cómo influyó la misma en la acción sexual.

Tal requisito no se cumple en el supuesto analizado, pues la única acción que podemos calificar como constitutiva de violencia es la ya indicada, y no la determinante del comportamiento sexual no consentido, que es el contexto de intimidación previo al

---

<sup>39</sup> ORTEGA LORENTE, J.M., «Delitos contra la integridad sexual. Bien jurídico protegido», en *Compendio de la parte especial del Derecho Penal, ajustado al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Quintero Olivares (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 131.

<sup>40</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, cit., p. 213.

<sup>41</sup> STS de 20 de mayo de 1991. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/a26e6a40a95fd4ba/20060202> (ANEXO I.2.1.B.a.(3)).

<sup>42</sup> *Vid.* STS 935/2006, de 2 de octubre (ANEXO I.2.1.B.a.(4)).

<sup>43</sup> *Vid.* STS 39/2009, de 29 de enero (ANEXO I.2.1.B.a.(5)).

mismo. Tampoco se trata de un agarrón fuerte que impida a la joven moverse<sup>44</sup>, hecho que, junto con los argumentos anteriores, constituyen a mi juicio base suficiente para descartar la violencia en este supuesto.

❖ Intimidación.

Una vez puntualizado que la violencia constriñe físicamente al sujeto pasivo, la intimidación es otro medio comisivo del tipo que atenta contra la libre formación de su voluntad<sup>45</sup>. Podemos definirla como el «anuncio de un mal a una persona con el fin de amedrentarla o atemorizarla», aunque también podemos definirla como la «presión moral o psicológica»<sup>46</sup>.

El TS la ha conceptuado como el constreñimiento psicológico, la amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto, posible, irreparable y presente que cause miedo, angustia o desasosiego en la víctima, de modo que inhabilite su voluntad, frente al miedo de sufrir un daño mayor<sup>47</sup>. Puede exteriorizarse mediante palabras, gestos, actitudes o actos que lleve a cabo el agente<sup>48</sup>, por lo que podemos concluir que la intimidación admite multitud de formas de expresión<sup>49</sup>. Asimismo, el Alto Tribunal sostiene que la intimidación se castiga tanto si se comete sobre el sujeto pasivo del delito, como sobre un tercero, o sobre el sujeto activo amenazante<sup>50</sup>.

Por lo tanto, los sujetos intervenientes mantienen contacto sexual precisamente por el uso de tal intimidación por parte del agresor, de modo que la víctima actúa presa del miedo y, de este modo, no es necesario que aquél se imponga físicamente a ella. En este sentido, y dado que el miedo es una impresión que puede ser distinta según cada persona, la STS de 5 de noviembre de 2008<sup>51</sup> apostilla lo siguiente:

---

<sup>44</sup> Vid. STS 13/2019, de 17 de enero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b70fdfce40744f9c/20190124>.

<sup>45</sup> Vid. STS 914/2008, de 22 de diciembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f2be7e26f12234fd/20090205> (ANEXO I.2.1.B.b.(1)).

<sup>46</sup> <https://dej.rae.es/lema/intimidaci%C3%B3n> (consultado en fecha 12 – 09 – 2019).

<sup>47</sup> Vid. STS 282/2019, de 30 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/131eb4d09eb9077e/20190607> (ANEXO I.2.1.B.b.(2)).

<sup>48</sup> Vid. STS 487/1996, de 22 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0537fa91fceed0e5/20031003>.

<sup>49</sup> Vid. STS 131/2000, de 2 de febrero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ef85a55fb1b4e70b/20030830> (ANEXO I.2.1.B.b.(3)).

<sup>50</sup> STS 1396/1999, de 1 de octubre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/46cc83ec452375b8/20030823>).

<sup>51</sup> STS 667/2008, de 5 de noviembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8d6f997dd20bf4/20081204>.

«El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. La S.T.S. 1259/04 expone que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado [...].».

El segundo elemento del delito de agresión sexual, por tanto, es que el referido acto con significado sexual se realice con violencia o intimidación. En el supuesto examinado, los cinco varones ejercitaron la intimidación como medio comisivo del comportamiento sexual, extremo que, a mi juicio, ha supuesto que la víctima sea un mero instrumento, utilizado por los agresores para lesionar e impedir su libertad, pues no emitió su consentimiento al acto sexual en ningún momento. Su actitud durante el comportamiento sexual fue pasiva, pero esta parte considera que ello se debe a que la intimidación le impidió claramente resistirse y huir, escapar de la situación en la que tuvieron lugar los hechos<sup>52</sup>, tal y como se detallará a continuación.

El extremo anterior podría acreditarse, a mi modo de ver, mediante un informe pericial psiquiátrico que concluyese que tal pasividad en la víctima responde a una reacción psíquica de *shock*, a una respuesta mental de bloqueo que paraliza asimismo sus músculos como respuesta a estímulo que percibe, es decir, la hostilidad del ambiente ante el inminente —y posteriormente inmediato— ataque a su libertad sexual.

La intimidación, como medio comisivo empleado por los agresores para imponer su voluntad, supone que el consentimiento de la víctima es inexistente<sup>53</sup>, pues, conforme a la citada STS de 24 de abril de 2019, neutraliza el poder de oposición de la víctima, debido al miedo a sufrir un daño mayor. La misma se puede expresar de muy diversas formas, no solamente con el uso de palabras, sino también por gestos, ademanes y expresiones muy variados o actitudes —STS 856/2001, de 9 de mayo<sup>54</sup>—, siempre y cuando sean capaces de causar en la víctima un temor razonable y fundado a un mal más grave.

---

<sup>52</sup> GONZÁLEZ GUERRA, C.M., *Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*, B de f, Montevideo, 2015, p. 7.

<sup>53</sup> Vid. STS 216/2019, de 24 de abril. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/49ff21a12d5b810c/20190426>.

<sup>54</sup> STS 856/2001, de 9 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ce990e077db24017/20030808>.

En relación con la intimidación exteriorizada a partir de gestos, comportamientos o ademanes, la misma podría ser perfectamente subsumible en el *factum* ante el que nos hallamos, pues como expondré más adelante, la existencia de una amenaza explícita no es condición *sine qua non* para hablar de intimidación, de modo que ésta quedaría plenamente acreditada por la forma en la que actuaron los agresores de nuestro caso<sup>55</sup>. Sin embargo, finalmente he decidido descartar la hipótesis anterior en el supuesto objeto de dictamen, por no encontrar ninguna resolución judicial en la que fundamentarla.

Volviendo al punto anterior, el reseñado mal con el que se amenaza a la víctima en la intimidación está directamente relacionado con la pretensión del autor de que la misma acceda a participar en el comportamiento sexual que éste pretende, de modo que si ella se mantiene en su negativa de ceder a los deseos del agresor, el mal se producirá<sup>56</sup> en contra de su voluntad.

El reseñado mal con el que el agresor amenaza a la víctima ha de reunir una serie de caracteres. En primer lugar, ha de ser de entidad suficiente para doblegar su voluntad<sup>57</sup>. Asimismo, ha de consistir en una amenaza objetiva, de modo que no cabe que la misma sea producto de la imaginación de la víctima<sup>58</sup>. En tercer lugar, se ha de referir a un mal inminente y grave, racional y fundado<sup>59</sup>, que ha de revestir una entidad mínima objetiva<sup>60</sup>. Este mal puede ser real o imaginario, siempre y cuando tenga tal magnitud que doblegue la voluntad de la víctima ante lo que se le impone<sup>61</sup>.

En el supuesto objeto de estudio, partimos de una intimidación que se califica como tal por la concurrencia de elementos presentes en el contexto en el que tienen lugar los hechos —que causan en la víctima, tácitamente el miedo a un mal mayor si no cede ante las pretensiones sexuales de los agresores—, y no de una amenaza explícita sobre la

---

<sup>55</sup> El planteamiento anterior permitiría aplicar las circunstancias agravantes previstas en los apartados 1 y 2 del art. 180 CP, ya que suponen salvar la infracción del principio *non bis in idem* a la que posteriormente se aludirá.

<sup>56</sup> *Vid.* STS 9/2016, de 21 de enero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/8b1da16ce54de145/20160128>.

<sup>57</sup> *Vid.* STS 1796/2002, de 25 de octubre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f0c5d499587ebc7c/20031203>.

<sup>58</sup> *Vid.* STS 761/1999, de 3 de junio (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e2b08d354a6e40e2/20030830>) —ANEXO I.2.1.B.b.(4)— y STS 381/1997, de 25 de marzo (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/3b1c42557cde7e7a/20030927>).

<sup>59</sup> *Vid.* STS 978/2002, de 23 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/abb7bc484db2de4e/20030918> (ANEXO I.1.B.b.(5)).

<sup>60</sup> *Vid.* STS 1396/1999, de 1 de octubre —ANEXO I.2.1.B.b.(6)— y STS 935/2006, de 2 de octubre.

<sup>61</sup> *Vid.* STS 1396/1999, de 1 de octubre (ANEXO I.2.1.B.b.(6)).

perpetración de tal mal, hecho que nos lleva necesariamente a preguntarnos si debe concurrir una amenaza expresa para poder hablar de intimidación.

La respuesta al interrogante anterior es necesariamente negativa, en virtud de la creación jurisprudencial de la llamada «intimidación ambiental»<sup>62</sup>, concepto que aparece descrito en la STS 462/2019, de 14 de octubre<sup>63</sup> del modo siguiente:

«En numerosas situaciones la intimidación no se verbaliza de un modo directo, ni siquiera se exterioriza físicamente de una manera determinada y explícita. Son numerosos los supuestos en los que el amedrentamiento [...] puede proyectarse de modo consciente, y de manera paralelamente compresible para el destinatario, sin necesidad de un lenguaje verbal o de un lenguaje gestual manifiesto e incontestable. En el conjunto de las relaciones humanas, en ocasiones, el contexto aporta un significante o un componente material con un contenido comunicacional esencial y determinante, de modo que resultaría absurdo evaluar el comportamiento y la intencionalidad del emisor del mensaje desde una interpretación aislada de la conducta. El contexto, y la forma en que se encadena con la actuación humana, son elementos que - considerando las convenciones humanas y la realidad social en el que se desarrollan- pueden interactuar de una forma tan inseparable y sugerente, que ningún observador ecuánime dudaría sobre su significado o sentido. Se trata de supuestos en los que todos los sujetos que se interrelacionan interpretarían lo que acontece de un modo semejante, permitiendo con ello una perfecta comunicación de mensajes, esto es, que el destinatario o cualquier observador externo descifren el comportamiento con un sentido equivalente al que motivó su emisión. [...] La falta de anuncio de daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación, como tampoco desaparece el amedrentamiento cuando no exista una real intención de causar el mal sugerido. Siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha es materialmente adecuada para modificar la que sería la libre

---

<sup>62</sup> Tradicionalmente, la jurisprudencia ha venido empleando este concepto jurídico en sede de autoría, y no para calificar propiamente la agresión sexual, con el fin de acreditar la cooperación necesaria de aquellas personas que están presentes cuando tienen lugar los hechos delictivos y que, si bien no realizan por sí mismos los elementos del tipo, contribuyen con su presencia a intensificar la citada intimidación y, por ende, lesionan la libertad sexual de la víctima. *Vid.* STS 786/2017, de 30 de noviembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ef191d355ebf1924/20171221> (ANEXO I.2.1.B.b.(7)).

<sup>63</sup> STS 462/2019, de 14 de octubre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/af32ba6b3debc596/20191018>.

opción del destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecerse integra el concepto legal de intimidación. Es a este tipo de intimidación al que podemos denominar intimidación ambiental».

Por lo tanto, en virtud de la definición anterior, no es necesario que el sujeto activo emita expresamente una amenaza a la víctima, sino que lo que hemos de valorar para determinar si existe o no intimidación es el contexto en el que tienen lugar los hechos, así como la forma en que el sujeto activo se vale de tal situación para conseguir su propósito sexual. De forma especialmente clara llega a la misma conclusión la AP de Cádiz en Sentencia de 6 de junio de 2001<sup>64</sup>:

«[...] Elemento que está íntimamente relacionado con el de la intimidación por parte del denunciado intimidador, según el Diccionario de la Real Academia a cuya significación alude la acusación particular significa: "infundir o causar miedo" que no es sinónimo a causar amenaza».

Personalmente, creo que la construcción del concepto de la intimidación ambiental supone dar un paso muy importante en la materia ante la que nos hallamos, pues es reiterada la jurisprudencia que define la intimidación como una amenaza, pese a que es una obviedad que la segunda no es requisito indispensable para que tenga lugar la primera. Prueba de ello es que la presencia simultánea de varias personas en el ataque a la libertad sexual da lugar a intimidación, sin que sea necesaria la emisión de ninguna palabra ofensiva o la profesión de amenazas para ello.

Del mismo modo se pronuncian autores como SUAY HERNÁNDEZ<sup>65</sup>, firme defensora del criterio subjetivo de interpretación del concepto de intimidación en los delitos contra la libertad sexual. Ella sostiene que, si bien la existencia de una amenaza grave puede ser un indicio contundente de la existencia de intimidación, como elemento idóneo de la misma, ello no significa que sea imprescindible para que ésta tenga lugar, pues el tipo no lo exige así. La misma basa su alegato en el principio de legalidad, conforme al cual no cabe extender o reducir el ámbito de lo penalmente reprobable mediante el uso de términos distintos a los que expresamente recoge la ley.

---

<sup>64</sup> SAP Cádiz (Sección 8<sup>a</sup>) 272/2001, de 6 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/21bf7e7953e17ed3/20040508>.

<sup>65</sup> GONZÁLEZ GUERRA, C. M., *Delitos contra...*, cit., p. 105.

Para que la intimidación ambiental pueda tener lugar, el TS indica que han de cumplirse una serie de condicionantes. Para poderse sustanciar como intimidatoria, es necesaria una acción que sea «[...] objetivamente constatable, siquiera pudiera ser sobreentendida, que se dirige a vencer la voluntad de la víctima»<sup>66</sup>. En el caso que nos ocupa, tal extremo tiene lugar en base a la existencia de los elementos que a continuación se enumeran.

En primer lugar, la diferencia de edad entre los sujetos intervenientes<sup>67</sup>. La víctima tenía 18 años en el momento en que ocurrieron los hechos objeto de estudio, frente a los 24 a 27 años de los agresores. Si bien en un principio no supone una gran diferencia, sí es relevante el lapso de edades a efectos de madurez y juicio, así como en cuanto a la capacidad de comprensión de la relevancia de lo que está ocurriendo a cada momento y a los recursos que cada persona tiene para lidiar con la situación.

En segundo lugar, la disparidad en la corpulencia de las partes. La envergadura de los intervenientes es otro de los aspectos a valorar en cuanto a intimidación se refiere, pues la posibilidad de oposición de la víctima es distinta, objetivamente, en función de la misma. En el supuesto examinado, los agresores —entre los cuales se encuentra un militar y un agente de la Guardia Civil— poseen una condición física que les permite sin ningún obstáculo reducir notablemente o incluso eliminar la posibilidad de plantear resistencia en la víctima, una vez se encuentra en el citado cubículo. El anterior es un extremo que la víctima pudo apreciar a simple vista y que sin duda condicionó su actitud pasiva.

Tampoco debemos olvidar la ingesta de alcohol por parte todos los intervenientes. No obstante, lo considero especialmente relevante en la víctima, dado que ello no tiene el mismo impacto en ambas partes, partiendo de su distinta complejión física, extremo especialmente importante a valorar en relación con tal punto. En este sentido, no cabe duda de que el consumo de bebidas alcohólicas nubla los sentidos y merma la capacidad de reacción, pues es evidente que el peligro no se percibe del mismo modo que estando sobrio, especialmente si la tasa de alcohol en sangre es elevada (en el caso de la víctima, era de 0,91 +/- 0,05 g/l).

---

<sup>66</sup> Vid. STS 1458/2002, de 17 de septiembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/072e464ce38dcac7/20030830>) —ANEXO I.2.1.B.b.(8)— y ATS 2585/2010, de 22 de diciembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1931268a5194047a/20110210>).

<sup>67</sup> Vid. STS 368/2010, de 26 de abril. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/faebbf98e27397fa/20100624>.

Otro aspecto que revela la existencia de intimidación es la concurrencia de diversas personas en un lugar de tan reducidas dimensiones hechos —y que en reiterada jurisprudencia del TS constituye en sí mismo la intimidación<sup>68</sup>—. Ello hace especialmente complicado, por no decir imposible dado el ínfimo tamaño y lo recóndito del cubículo, que la víctima logre escapar o zafarse de los agresores.

También el modo en el que se sitúan los agresores en el citado habitáculo es determinante de la intimidación, por cuanto que los cinco varones bloquean la única entrada al cubículo, que a la vez es obviamente su única salida posible. Con tal disposición, lo que hacen es rodearla, con el claro propósito de imponer su evidente superioridad y eliminar todo atisbo de escapar de la situación, del lugar de los hechos y del propósito sexual de los agresores.

Su comportamiento también favorece la acreditación de la intimidación a la que nos venimos refiriendo, pues son los agresores quienes hacen entrar a la víctima en el edificio en el que ocurrieron los hechos, de modo que ya no se encuentra allí *motu proprio*. Siguiendo el mismo esquema, son ellos quienes le quitan la ropa —utilizando por tanto la fuerza de la vía de hecho<sup>69</sup>—, extremo especialmente relevante porque contribuye a reforzar la idea de indefensión y es otra barrera entre la víctima y los sujetos activos que ellos mismos dinamitan sin el consentimiento de ésta. Finalmente, en la propia práctica sexual dominan a la víctima, le ordenan qué debe hacer y cómo, la dirigen cogiéndola del pelo, como si de un ser inerte se tratase... Todos ellos son elementos que no están presentes, por norma general, en una relación sexual mantenida voluntariamente por todos los sujetos intervinientes y que evidencian la clarísima superioridad de los agresores, que se exterioriza de forma patente por medio de la intimidación.

Una vez constatado el primer condicionante exigido por el TS, pasamos a analizar el segundo y último requisito de la intimidación ambiental. Para poder hablar de tal contexto intimidatorio es necesario tener en cuenta que, dado que partimos de una amenaza tácita, es necesaria una «puesta en escena»<sup>70</sup>, o plan preconcebido que «actualiza el signo intimidatorio del grupo, por el reforzamiento sicológico o envalentonamiento,

---

<sup>68</sup> *Vid. STS 368/2010*, de 26 de abril.

<sup>69</sup> *Vid. STS 216/2019*, de 24 de abril.

<sup>70</sup> *Vid. ATS 1348/2011*, de 21 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/30e8ae2b5e69dc4/20111102>.

dirigido a amedrentar a la víctima, y que colma la exigencia de amenaza como elemento subjetivo del tipo penal»<sup>71</sup>.

Los cinco varones que protagonizan el supuesto analizado actúan en equipo desde el primer momento, puesto que existe un claro entendimiento entre ellos. La forma en la que dirigen a la víctima al escenario del delito, cómo se disponen en el cubículo, tal y como se ha indicado, y la manera en que ejecutan los diversos comportamientos sexuales y se coordinan entre sí es una manifestación de la puesta en escena a la que hace referencia la resolución anteriormente transcrita que, sin duda es, de nuevo, un instrumento para reforzar su preponderancia con respecto a la víctima y contribuir a su amedrentamiento.

Por lo tanto, una vez constatados los requisitos de la intimidación ambiental en el caso objeto de estudio, pasamos a considerar los propios de la intimidación en sí misma. De acuerdo con reiterada jurisprudencia del TS, la intimidación debe de ser «seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado»<sup>72</sup>. Asimismo, ha de ser idónea para evitar que la víctima actúe de acuerdo con las pautas propias de su derecho de autodeterminación. Tal idoneidad difiere según el caso concreto, ya que «no basta examinar las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción»<sup>73</sup>. No exige la jurisprudencia que la intimidación sea irresistible, invencible, extraordinaria o de extrema gravedad, sino que es suficiente con el hecho de que sea eficaz e idónea en el caso concreto<sup>74</sup>.

La intimidación, en definitiva, se mide por su eficacia, no por su cantidad, al igual que la violencia, y ha de estar unida al acceso carnal mediante un vínculo causal<sup>75</sup>. Finalmente, ha de ser suficiente, atendiendo para valorar tal extremo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso y, especialmente, «al grado de susceptibilidad de la

---

<sup>71</sup> *Vid.* STS 1142/2009, de 24 de noviembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6daee78cbf83d22c/20091217>.

<sup>72</sup> *Vid.* la SAP Oviedo (Sección 2<sup>a</sup>) 191/2018, de 19 de abril. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4c9c5b4c655ea397/20180502>.

<sup>73</sup> *Vid.* STS 136/2007, de 8 de febrero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c64b91c407f9dea7/20070412>.

<sup>74</sup> *Vid.* STS 1583/2002, de 3 de octubre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/accbf6c0ef81b35b/20030912>) (ANEXO I.2.1.B.b.(9)).

<sup>75</sup> *Vid.* STS 32/2015, de 3 de febrero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/864c60dd9bb0b03e/20150213> (ANEXO I.2.1.B.b.(10)).

víctima para ser amedrentada»<sup>76</sup>. De igual modo se pronuncia la citada STS 914/2008, de 22 de diciembre, en relación con el concepto de estado de intimidación permanente o «situación objetiva intimidante» (ANEXO I.2.1.B.b.(12)).

Para apreciar su concurrencia, la intimidación ha de ser suficiente, pues es el medio que el agresor emplea para doblegar la voluntad de la víctima. Para valorar el extremo anterior no es necesario que el sujeto pasivo oponga resistencia, pues de acuerdo con la STS 608/2007, de 10 de julio<sup>77</sup>, «no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual».

Trasladando lo anterior al supuesto objeto de análisis, la intimidación referenciada cuenta con una entidad suficiente para ser considerada seria, pues logra que la víctima esté agazapada, acorralada contra la pared, con los ojos cerrados, sin gesticular, ni interactuar, simplemente soportando los hechos que están aconteciendo sobre su persona. Dado que empieza antes de ejecutar el comportamiento sexual y persiste durante el mismo, es previa e inmediata. La gravedad de la intimidación es evidente, pues nos hallamos en un contexto en el que, si la joven no accede a sus pretensiones sexuales, ha de lidiar, por sus propios y escasos medios, con cinco varones. En cuanto al último condicionante, pasamos a detallar su concurrencia a continuación.

Resulta relevante que en el supuesto sometido a dictamen no concurra un requisito muy presente en abundante jurisprudencia del Alto Tribunal: el de la negativa clara de la víctima. Sin embargo, sí tiene lugar en el *factum* una intimidación suficiente que anula la voluntad de la víctima<sup>78</sup>, por lo que, pese a que ésta no exteriorizó su parecer de forma expresa, podemos deducir que era contrario al comportamiento sexual que tuvo lugar. En este sentido, la suficiencia en la intimidación existe, de acuerdo con el TS, cuando, partiendo de la perspectiva razonable de un observador imparcial y valorando las circunstancias del caso, «la víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males,

---

<sup>76</sup> Vid. la STS 318/2001, de 23 de abril. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f7d1c2031ed39f8c/20030808> (ANEXO I.2.1.B.b.(11)).

<sup>77</sup> STS 608/2007, de 10 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/11c9c26de8a9e0f5/20070802>

<sup>78</sup> Vid. STS 834/2014, de 10 de diciembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2ef83d52de828fca/20150107>.

implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzadamente a las pretensiones de éste»<sup>79</sup>.

Lo anterior reviste especial importancia en el caso que estamos analizando, pues los agresores no amenazaron de forma expresa en ningún momento a Doña Paula, aunque ello no es obstáculo para que concurra la intimidación, ya que la resolución anterior dispone, expresamente, que no es necesario que la amenaza del mal sea explícita. Una vez puntuizado lo anterior, no podemos olvidar que la víctima no manifestó un «no» rotundo en ningún momento, ni tampoco un «sí», sino que tuvo una actitud pasiva; no colaboró en las conductas sexuales, pero tampoco peleó por abandonar el lugar o zafarse de los sujetos activos. Este extremo, sin embargo, no supone óbice para sostener la concurrencia de intimidación, pues basta que la misma sea suficiente del modo que explica la citada STS 609/2013. En consecuencia, no es necesario que la víctima manifieste su negativa, siempre y cuando podamos argumentar que la intimidación fue tal que el sujeto pasivo no tuvo más remedio que no resistirse, por considerar de forma razonada que tal oposición sería de todo punto inútil. Y ello por cuanto que lo verdaderamente importante es el contenido de la acción intimidatoria<sup>80</sup> que realizan los sujetos activos, en detrimento de la reacción de la víctima frente a la misma<sup>81</sup>.

En el caso concreto, es fácil extraer que las relaciones sexuales que Doña Paula mantiene con los agresores se deben a la intimidación presente en el ambiente y que se proyecta sobre ella ya que, atendiendo a los elementos intimidatorios mencionados, es totalmente comprensible para un observador imparcial que solamente zafarse de los cinco varones era realmente complicado, incluso suponía poner en riesgo de forma clara su integridad física. Y todo ello sin tener en cuenta los caracteres de recóndito y angosto del lugar en el que tienen lugar los hechos, la diferencia de corpulencia entre los sujetos intervenientes y los restantes elementos intimidatorios mencionados.

En este sentido, los actos previos a la acción sexual son absolutamente determinantes de la inexistencia de resistencia por parte de Doña Paula. Éstos influyeron

---

<sup>79</sup> Vid. STS 609/2013, de 10 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/5903376d95944c22/20130729>.

<sup>80</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos 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*, Boldova Pasamar (coord.), Comares, Granada, 2016, p. 195.

<sup>81</sup> GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia», en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 12, enero de 2018, p. 73 – 86.

de forma evidente y clara en el temor de la misma, pues crearon un «clima de intimidación, violencia psíquica e inquietud [...]» que le impidió hacer frente a lo que estaba ocurriendo. Tal clima de intimidación concurre en el caso objeto de estudio, ya que tienen lugar los elementos del mismo ya aludidos, y dio lugar a un temor ambiental que dominaba el contexto en el que se desarrolló el *factum*, pues se comportaban, a ojos de la víctima, de la misma forma que una banda violenta<sup>82</sup>.

Tales actos anteriores deben tenerse en cuenta para valorar la intimidación, junto con los coetáneos e inmediatos al comportamiento sexual, y determinar así si la intimidación determinó, o no, el vencimiento de cualquier acto de oposición serio que pudiera realizar Doña Paula. En palabras de la STS 348/2019, de 4 de julio<sup>83</sup>,

«Hay dos extremos necesarios que deben destacarse en los actos de agresión sexual en orden a la reacción de las víctimas y su oposición: 1.- Exigir a las víctimas de agresiones sexuales un plus de oposición cuando de las circunstancias se evidencia que por el acto de violencia o intimidación la víctima ve claro que cualquier oposición va a ser innecesario, resulta una absoluta ficción. 2.- No se puede o suponer una teorización o idealización del empleo de la oposición bajo cualquier riesgo para la vida de la víctima, lo que no es admisible, al ser legítimo el miedo y temor de la víctima a que acaben con su vida, si llevan a cabo una negativa irresistible a ceder a los instintos libidinosos del agresor».

Nuevamente, entiendo que nos encontramos en un caso límite en el que caben diversas argumentaciones. No obstante, creo que no nos hallamos ante un error de tipo —hecho que tendría lugar si los agresores actuasen considerando que la joven deseaba mantener relaciones sexuales con ellos—, puesto que los hechos se desarrollan en un contexto intimidatorio que empieza desde que la joven es introducida en el reseñado habitáculo y termina cuando los agresores abandonan el lugar. Es decir, tal intimidación es determinante —por ser su causa—, de las relaciones sexuales, de modo que no es verosímil sostener que la pasividad de Doña Paula fue entendida por los agresores como una aquiescencia que jamás se prestó. De este modo, la apariencia del consentimiento

---

<sup>82</sup> *Vid.* STS 136/2006, de 8 de febrero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c64b91c407f9dea7/20070412>.

<sup>83</sup> STS 348/2019, de 4 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4a0824a42e6c6598/20190715>.

emitido en un contexto amenazante no equivale a su prestación, como prevé la STS 482/2013, de 4 de junio<sup>84</sup>:

«Aun admitiendo que la perjudicada lo dijera en los términos en que el recurrente lo expresa, esa apariencia de consentimiento se produce en un contexto de amenazas y forcejeo y va dirigido a que la agresión cese en su intensidad, no va dirigido a expresar un consentimiento en la relación que la perjudicada había negado con reiteración, hasta con temor a su integridad física. En ese contexto, la expresión de consentimiento sólo tiene por objeto cesar en el ataque, pero no la de consentir la relación».

En definitiva, las posibles falsas presunciones sobre el consentimiento de la víctima que pudieran esgrimir los agresores no se pueden utilizar para hacer que una conducta típica y antijurídica sea lícita, de acuerdo con la STS 275/2006, de 6 de marzo<sup>85</sup>. Tampoco puede extraerse el presunto consentimiento de Doña Paula de que conociera previamente la intención de los agresores y no se opusiese a ella, en relación a la conversación mantenida por éstos cuando buscaban una habitación de hotel, ya que ésta tuvo lugar en plena calle, en las fiestas de San Fermín, con el evidente bullicio y ruido presentes en el ambiente, hecho que unido a los efectos del alcohol en la propia víctima hacen de todo punto verosímil que no escuchase la conversación y que, incluso en el supuesto de haberlo hecho, pudiera imaginar que tal búsqueda tuviera como fin perpetrar una agresión sexual en grupo. El extremo anterior podría acreditarse mediante, por ejemplo, una simulación, si bien a juicio de esta parte las circunstancias de tiempo y lugar serían fundamento suficiente, junto con la declaración de la víctima.

Para valorar tal extremo son absolutamente determinantes las circunstancias en las que se desarrollan los hechos, pues dilucidarían si la falta de consentimiento, así como de una negativa clara por parte de la víctima, pueden interpretarse o no como una voluntad favorable a la relación sexual. En la misma línea se pronuncia la STS 238/2007, de 21 de marzo<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> STS 482/2013, de 4 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/8959efb9081de37f/20130625>.

<sup>85</sup> STS 275/2006, de 6 de marzo (Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f03e822e0de37395/20060323>).

<sup>86</sup> STS 238/2007, de 21 de marzo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/43b83a1934b29505/20070412> (ANEXO I.2.1.B.b.(13)).

En el caso analizado, ha quedado plenamente acreditado que la pasividad de la víctima es una clara muestra de sometimiento ante la inutilidad de oponer resistencia, dadas las circunstancias ya matizadas, que en modo alguno equivale a su consentimiento a la práctica sexual. Por tanto, es innecesario que la víctima exteriorice una respuesta negativa en relación a la acción sexual para hallarnos ante un delito de agresión sexual o de violación, pues las circunstancias del caso revelan que su voluntad era contraria al contacto sexual con los agresores.

*C) Tipo subjetivo.*

Todos los delitos contra la libertad sexual son dolosos. Tal dolo, consistente en la conciencia y voluntad de realización de la conducta delictiva, ha de abarcar todos los elementos característicos de cada tipo objetivo, la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo —que es el fundamento del delito<sup>87</sup>, en tanto que la conducta se castiga porque «coarta, limita o anula la libre decisión de una persona, en relación con su actividad sexual»— y las demás circunstancias del mismo, así como los restantes elementos propios de los tipos agravados. Podemos definir, por tanto, el dolo de este tipo como la realización voluntaria de una acción necesariamente violenta o intimidatoria con el fin de obtener un contacto corporal con conocimiento de su significado sexual.

El legislador no ha incluido un elemento subjetivo de lo injusto adicional en el tipo de la agresión sexual, de modo que para que éste tenga lugar no requiere analizar si el autor actuó en base a un determinado ánimo<sup>88</sup>, sino que es suficiente con acreditar que tenía intención de realizar una acción de inequívoca significación sexual con la víctima, precisamente por tener tal naturaleza e independientemente del móvil con el que actuó (venganza, revancha...). Tal intencionalidad lasciva sirve, conforme a la reseñada STS, para diferenciar los delitos de índole sexual de los tipos genéricos que atentan contra la libertad<sup>89</sup>. Algunos autores, como BOLDOVA PASAMAR, defienden la necesidad de tal ánimo lúbrico o libidinoso del autor como elemento subjetivo de lo injusto adicional,

---

<sup>87</sup> *Vid. STS 667/2008, de 5 de noviembre.*

<sup>88</sup> *Vid. SAP Álava (Sección 1<sup>a</sup>) 84/2003, de 30 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3b2607d03fe50392/20030823> (ANEXO I.2.2.A.(1)).*

<sup>89</sup> *Vid. STS 1365/2002, de 22 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b6e1475eff705d4b/20030918>.*

aunque otros sostienen que el mismo consiste en la tendencia a involucrar a otra persona en un contexto sexual<sup>90</sup>.

En definitiva, lo que el tipo exige es que el sujeto activo proceda con dolo de atentar contra la libertad sexual del sujeto pasivo, hecho que comprende, de acuerdo con la STS 132/2013, de 19 de febrero<sup>91</sup>, que sea consciente del comportamiento que está llevando a cabo y de que, con ello, voluntariamente, está poniendo en peligro el bien jurídico que protege el tipo del art. 178 CP, dado su significado sexual<sup>92</sup>.

Tal conceptualización del elemento subjetivo del tipo supone dejar atrás la tesis que tradicionalmente venía sosteniendo la jurisprudencia mayoritaria<sup>93</sup>, en relación con la concurrencia de un ánimo libidinoso en el agresor, consistente en el propósito de obtener una satisfacción sexual, junto con el dolo ya mencionado anteriormente. La doctrina mayoritaria (CARMONA SALGADO, MUÑOZ CONDE, LAMARCA PÉREZ, DÍEZ RIPOLLÉS, ORTS BERENGUER<sup>94</sup>) aducen que exigir la concurrencia de este elemento subjetivo carece de sustento legal, de modo que basta con el dolo de atentar contra la libertad sexual de la víctima para la configuración del delito del art. 178 CP.

Centrándonos en el dolo del sujeto activo, éste no debe abarcar el acceso carnal o la introducción de objetos por vía vaginal o anal, propias del art. 179 CP, pues, si el agresor acomete con ánimo de realizar cualquiera de tales conductas, estaríamos ante una tentativa de un delito de violación. Así lo indica la STS 661/2001, de 18 de abril<sup>95</sup>, en relación con el art. 178 CP.

En el caso objeto de estudio, los agresores llevan a cabo un comportamiento sexual voluntariamente, empleando para ello la intimidación. De su actitud, acreditada mediante los vídeos grabados por dos de los mismos, se desprende de forma meridiana que actuaron con la intención de mantener relaciones sexuales con la víctima ya desde un principio. Alcanzo tal conclusión a partir de detalles tales como la forma en que buscaron la

---

<sup>90</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra la libertad...», cit., p. 195.

<sup>91</sup> STS 132/2013, de 19 de febrero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/17df76881389516d/20130417> (ANEXO I.2.2.(2)).

<sup>92</sup> *Vid.* STS 957/2016, de 19 de diciembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/215dbf5772688c09/20161227>) —ANEXO I.2.2.(3)— y STS 737/2014, de 18 de noviembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b4bdc2014cec3942/20141205>) —ANEXO I.2.2.(4)—.

<sup>93</sup> *Vid.* STS 1365/2002, de 22 de julio —ANEXO I.2.2.(5)— y STS 275/2006, de 6 de marzo—ANEXO I.2.2.(6)—.

<sup>94</sup> GARCÍA RIVAS, N., «Libertad...», cit., p. 594.

<sup>95</sup> STS 661/2001, de 18 de abril.

habitación de hotel, que introdujeron a la joven en el edificio en el que tuvieron lugar los hechos, el contenido de los mensajes difundidos en el grupo de WhatsApp... En consecuencia, el elemento subjetivo del tipo concurre en este supuesto.

Si bien la falta de consentimiento de la víctima es uno de los elementos del tipo objetivo de este delito, el dolo se excluye si el autor ha actuado con un error sobre los elementos del tipo objetivo que le impide conocer el peligro concreto que comporta el resultado típico o los hechos que caracterizan la infracción cometida, de acuerdo con el art. 14 CP<sup>96</sup>. La exclusión del error de tipo, en base a falsas presunciones sobre el consentimiento de la víctima, ya ha quedado acreditada en epígrafes anteriores del presente dictamen.

*D) Grados de ejecución (iter criminis).*

El delito de agresión sexual no exige resultado alguno distinto de la propia acción sexual, sino que es un delito de mera actividad<sup>97</sup>, tal y como recoge la STS 219/2013, de 11 de marzo<sup>98</sup>:

«El delito es una infracción de mera tendencia y actividad, que no requiere resultado material alguno, y que se manifiesta ordinariamente en grado de consumación, sin fases imperfectas, por la propia realización del acto del que se desprenda el móvil libidinoso a través de los tocamientos o contactos corporales ejecutados, aunque no se logre la plena satisfacción de los lúbricos deseos mediante la realización de todos los actos imaginados y queridos».

En consecuencia, tal ilícito penal queda consumado cuando se ejecuta dolosamente un comportamiento de carácter sexual, utilizando para ello el agresor violencia o intimidación sobre la víctima. Por lo tanto, la consumación se produce en el momento en que tiene lugar el acto libidinoso que ejecutan los cinco varones sobre el cuerpo de la víctima.

*E) Tipo cualificado: el delito de violación (art. 179 CP).*

---

<sup>96</sup> *Vid.* STS 275/2006, de 6 de marzo.

<sup>97</sup> CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II, del Código Penal. Agresiones sexuales. Abusos sexuales», en *Compendio de Derecho Penal español (parte especial)*, Cobo del Rosal (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 185.

<sup>98</sup> STS 219/2013, de 11 de marzo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/9a8e7e545d26c1ed/20130415>.

Este delito es un tipo autónomo de la agresión sexual, cualificado, en base a su contenido concreto, e implica un desvalor de la acción y del resultado más grave, pues castiga la agresión sexual en la que se produce un acceso carnal o penetración genital, o se haya introducido un miembro corporal o un objeto por vía vaginal o anal.

*a) Tipo objetivo: el acceso carnal.*

El delito de violación puede cometerse por acceso carnal, ya sea por vía vaginal, anal o bucal. Partiendo de la premisa de que «acceso» implica la presencia del órgano sexual, es necesaria la concurrencia de dos elementos especiales que se añaden al tipo básico: la unión sexual de dos personas y la penetración de la víctima. En este sentido, la expresión «acceso carnal» puede considerarse equivalente a introducción del pene en la vagina, el ano o la boca de otra persona, atendiendo a la evolución de las distintas variaciones que ha ido experimentando la conducta típica de este delito en las distintas modificaciones del CP<sup>99</sup>.

Por ello, el acceso carnal incluye los supuestos en los que el agresor penetra a la víctima, así como aquellos en los que es penetrado por ella, utilizando para ello la violencia o la intimidación ya mencionadas. En este sentido, es imprescindible tener en cuenta que el TS ha indicado que existe violación tanto cuando el sujeto activo accede carnalmente, como cuando el mismo obliga a la víctima a penetrarle, por cualquiera de las tres vías mencionadas. Tal extremo se fundamenta en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2005, conforme al cual la mujer puede ser sujeto activo de esta modalidad comisiva, pues acceder carnalmente equivale a hacerse acceder<sup>100</sup>, concepto conocido como «acceso carnal invertido».

---

<sup>99</sup> En el CP de 1973, la conducta típica de violación era definida como el yacimiento con una mujer, por lo que el delito se circunscribía al coito heterosexual. El CP de 1989 sustituyó tal expresión por acceso carnal, de modo que amplió el campo de conductas y de sujetos pasivos, abarcando en consecuencia cualquier tipo de penetración llevada a cabo por un hombre, tanto a otro hombre, como a una mujer. En 1995, el CP pasó a contemplar en el tipo la introducción de objetos y la penetración bucal o anal además del acceso carnal, por lo que éste ya no se refería solamente a la vía vaginal y equiparaba, por lo tanto, la introducción de cualquier objeto a la penetración efectuada con el órgano sexual. La LO 11/1999, de 30 de abril, limitó la tipicidad de la introducción de objetos cuando fuese llevada a cabo por las vías vaginal y anal.

<sup>100</sup> *Vid.*, STS 1295/2006, de 13 de diciembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/469e5fc79334ddf9/20070412>) —ANEXO I.2.3.A.(1)—, STS 575/2010, de 10 de mayo (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/952d2b48b27c9d86/20100715>) y STS 938/2010, de 27 de octubre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/c09a7030820f2822/20101118>).

La doctrina mayoritaria ha mostrado su conformidad con tal extremo (ORTS BERENGUER, DÍEZ RIPOLLÉS, LAMARCA PÉREZ<sup>101</sup>), pues define el acceso carnal como el «acoplamiento sexual de dos personas». También se posicionó de la misma forma la FGE, a partir de la Circular 2/1990, de 1 de octubre sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal<sup>102</sup>

Si procedemos a trasladar los extremos anteriores al *factum* objeto de dictamen, Doña Paula fue penetrada hasta en diez ocasiones por los agresores, por vía anal, vaginal y bucal, por lo que su comportamiento cumple el tipo objetivo previsto en el artículo 179 CP, en base a la primera modalidad comisiva que prevé el tipo.

*b) Iter criminis (grados de ejecución).*

El Alto Tribunal ha considerado que el delito de violación es de mera actividad<sup>103</sup>, por lo que para el perfeccionamiento del mismo no se exigen resultados ulteriores<sup>104</sup>. En este sentido, el tipo quedará consumado con la penetración del órgano sexual masculino en las cavidades vaginal, anal o bucal, o bien con la introducción de objetos o de miembros corporales en cualquiera de las dos primeras vías citadas. Dado que en este caso ha tenido lugar la primera de tales formas de comisión, el delito de violación ha quedado plenamente consumado, pues Doña Paula fue penetrada un mínimo de diez veces por los varones intervenientes.

El TS no exige que la introducción del pene en tales cavidades sea prolongada, ni que sea completa, ni tampoco la introducción del objeto o del miembro corporal (que, en consecuencia, pueden ser parciales para que quede consumado el tipo), sino que es suficiente con la introducción del pene en los labios vulvares. Por ello, tal delito se consuma cuando el pene y la vagina quedan acoplados de forma directa y en el extremo de lo posible —es el llamado coito vestibular o «coniunctio membrorum», concepto jurídico recogido, entre otras muchas, en la STS 748/1999, de 14 de mayo<sup>105</sup><sup>106</sup>. Ahora

---

<sup>101</sup> GARCÍA RIVAS, N., «Libertad ...», cit., p. 598.

<sup>102</sup> ANEXO I.2.3.A.(2).

<sup>103</sup> *Vid.* STS 1492/2001, de 25 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2a175a8a8afc67e7/20040614>.

<sup>104</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», cit., p. 196.

<sup>105</sup> STS 748/1999, de 14 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b9c323f00a856beb/20030830>. ANEXO I.2.3.B.(1).

<sup>106</sup> *Vid.* STS 55/2002, de 23 de enero (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/983de2c3d2008986/20030830>) —ANEXO I.2.3.B.(2)— y STS 355/2013, de 3 de mayo (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/66c5d90de59a0f90/20130603>).

bien, esta cuestión es controvertida, pues algunos autores, como DÍEZ RIPOLLÉS<sup>107</sup>, sostienen que tal hecho debería castigarse como tentativa, ante la falta de introducción del órgano sexual o de acceso carnal.

No exige el Alto Tribunal español que haya eyaculación, ni tampoco la rotura más o menos completa del himen para que tenga lugar la consumación del tipo. En este sentido se pronuncia la STS 804/2006, de 20 de julio<sup>108</sup> —ANEXO I.2.3.B.(3)—.

*c) Tipo subjetivo.*

En el delito de violación, el dolo comprende —además de lo ya indicado en relación con la agresión sexual—, la conciencia y voluntad de acometer el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o bien la introducción de objetos o de miembros corporales por las dos primeras vías citadas. Y, en ambos casos, utilizando violencia o intimidación para lograr tal finalidad.

La doctrina mayoritaria sostiene que en la modalidad comisiva de introducción de objetos por vía vaginal o anal es preciso exigir el ánimo lúbrico, libidinoso o lascivo, como elemento subjetivo de lo injusto, además del dolo mencionado (como ejemplo de ello, DÍEZ RIPOLLÉS<sup>109</sup>). La jurisprudencia, en contraposición, se ha manifestado en contra de tal extremo, haciendo constar que cabe apreciar delito de violación cuando responda a otros móviles subjetivos distintos, como el de menosprecio o el de venganza<sup>110</sup>.

Tal y como se ha hecho constar con anterioridad, los agresores actúan con plena conciencia y voluntad de llevar a cabo tal conducta. Aplicaríamos, en consecuencia, el razonamiento ya expuesto para llegar a tal conclusión, teniendo en cuenta que se valieron de la intimidación para ejecutar la acción sexual sobre el cuerpo de Doña Paula, con pleno conocimiento de la ilicitud de tal conducta cuando se prescinde del consentimiento del sujeto pasivo.

*F) Sujetos activo y pasivo.*

---

<sup>107</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», cit., p. 196.

<sup>108</sup> STS 804/2006, de 20 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f058071c68d9dfab/20060810>.

<sup>109</sup> MAYO CALDERÓN, B., «Agresiones ...», cit., p. 157.

<sup>110</sup> *Vid.* STS 1492/2001, de 25 de julio. ANEXO I.2.3.C.(1).

El tenor literal del art. 178 se refiere al sujeto activo con la estructura sintagmática «*el que atente* [...]», por lo que podemos concluir claramente que pueden ser autores de los mismos tanto un hombre como una mujer. Y ello se extiende también tanto a las agresiones sexuales básicas —pues son comportamientos al alcance de todos, por lo que cualquier persona puede llevarlas a cabo—, como a las agresiones sexuales cualificadas —consistentes en la introducción de objetos o miembros corporales, o en el acceso carnal por cualquier vía (vaginal, anal o bucal)—, dada la amplitud con la que el precepto describe la conducta punible.

En este mismo sentido se pronuncia la citada STS 1295/2006, de 13 de diciembre:

«Cuando se trata de personas mayores de edad, el bien jurídico protegido en los delitos de agresiones sexuales es la libertad sexual. No existe ninguna razón para actuar penalmente de diferente forma según el titular del derecho, sujeto pasivo de la acción delictiva, sea hombre o mujer. Tampoco en atención al sexo del sujeto activo. Serán las circunstancias que diferencian unas y otras clases de agresiones las que pudieran justificar una reacción punitiva mayor o menor, sancionando más gravemente las agresiones de mayor contenido lesivo para el bien jurídico. Pero el bien jurídico se protege de la misma forma con independencia del sexo del sujeto».

Tradicionalmente ha existido una gran controversia en relación a si el delito de agresión sexual es de propia mano. Un sector doctrinal sostiene que su tipo agravado, la violación, sí lo es, entendiendo por tales delitos aquellos en los que solamente puede ser autor quien realiza la acción corporal que describe el tipo objetivo (en este caso, el acceso carnal o la introducción de objetos o miembros corporales)<sup>111</sup>. Siguiendo esta tesis, quienes ayudan al sujeto activo a llevar a cabo tal conducta punible, utilizando para ello violencia o intimidación, se convierten en cooperadores necesarios.

La manifestación más habitual de cooperación necesaria consiste en la ayuda que realiza tal sujeto al autor, de forma preferentemente física, aunque también puede ser gesticular o verbal, como por ejemplo sujetando, golpeando o amenazando a la víctima<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> *Vid.* STS 462/2019, de 14 de octubre. ANEXO I.2.4.(1).

<sup>112</sup> *Vid.* STS 167/2001, de 12 de febrero (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e05ff15d721331e5/20030808>), STS 1781/2001, de 5 de octubre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/cc90f2bbf1979457/20030808>), STS 2035/2002, de 4 de diciembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2035/20030808>).

El Alto Tribunal —en sentencia de 12 de junio de 1992<sup>113</sup>— también ha apostillado que existe tal figura cuando:

«[...] se produce una violación en la que la presencia de varios individuos, sin previo acuerdo pero con conciencia de la acción que realizan, actúa como componente intimidatorio, aunque no realicen acto alguno, produciéndose lo que puede denominarse gráficamente intimidación ambiental, porque la simple concurrencia de una o varias personas, distintas del agresor efectivo, produce en el agredido un estado de indefensión real o afectivo»<sup>114</sup>.

No obstante, se trata de una cuestión controvertida, pues algunos autores sostienen que la mera presencia pasiva constituye la comisión del delito de omisión del deber de socorro<sup>115</sup>, previsto y penado en el art. 450 CP, mientras que otros sostienen que procede su calificación como cooperación necesaria.

En lo concerniente a si cabe cooperación necesaria por omisión, el TS se ha manifestado en sentido afirmativo cuando concurren los condicionantes siguientes<sup>116</sup>. En primer lugar, es necesaria una omisión, como elemento objetivo. En la coautoría, ha de causar el resultado típico, es decir, ser *conditio sine qua non* del mismo, mientras que en la complicidad es suficiente con que sea eficaz para producir tal resultado. El segundo elemento es subjetivo: la voluntad dolosa de participar en la comisión del resultado, o

---

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/128e81b9434898d6/20030703>), STS 462/2003, de 26 de marzo (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/128e81b9434898d6/20030703>) y STS 923/2012, de 27 de noviembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/1c2d656d5f983d99/20121217>).

<sup>113</sup> STS de 12 de junio de 1992. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/80262183210eb662/20030927>.

<sup>114</sup> *Vid.* STS de 22 de febrero de 1994 (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/80c8d61a825a93b2/20030808>), STS 1531/1999, de 20 de octubre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b19990e5d9cbadf1/20030823>) y STS 33/2001, de 17 de enero (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/a32e17e54dbce684/20030808>).

<sup>115</sup> Tal tipo constituye, junto con el delito previsto en el art. 195 CP, una omisión pura. Debemos entender la omisión, en palabras de RUEDA MARTÍN, como «la no realización de una acción que el sujeto podría realizar en la situación concreta en que se hallaba», de modo que el desvalor de la omisión reside precisamente en que el omitente deja de realizar una acción que podía llevar a cabo. Referencia bibliográfica: RUEDA MARTÍN, M. A., «Consideraciones acerca del concepto de los delitos de comisión por omisión del que se parte», en ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 53 – 54.

<sup>116</sup> *Vid.* STS 19/1998, de 12 de enero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/66d53d66118dc0dc/20030918>. ANEXO I.2.4.(2).

bien de facilitarlo, respectivamente. El último requisito es un elemento normativo, consistente en un deber omitido, que deriva de un precepto jurídico.

Así, el TS, en sentencia de 31 de enero de 1986<sup>117</sup>, castiga como cooperador necesario a quien no evita la violación cometida por un tercero, dada su posición de garante. En otros casos, el Alto Tribunal no ha considerado necesario acudir a tal posición para calificar de cooperador necesario al partícipe pasivo que colabora, pese a su actitud pasiva, en reforzar la intimidación ejercida sobre la víctima<sup>118</sup>.

Otro sector doctrinal, en cambio, sostiene que todas las personas que realizan la acción que prevé el tipo son coautores, tanto si la llevan a cabo directamente, como si ayudan a quien lo hace utilizando en todo caso violencia o intimidación. Ello encuentra su razón de ser en el hecho de que, al hacer uso de las mismas, tales personas realizan un elemento del tipo objetivo, por lo que cometen la conducta punible y deben responder por ello en concepto de autores<sup>119</sup>.

En el *factum* examinado, si bien los agresores crean en común la intimidación ambiental referida, su participación va incluso más allá de la cooperación necesaria, pues todos los ellos penetran bucalmente a Doña Paula, sin utilizar preservativo en ningún momento. Tanto Don Gabriel como Don Isidro penetraron a la joven vaginalmente en dos ocasiones y Don Samuel, analmente, llegando este último y Don Isidro a eyacular. En consecuencia, todos ellos realizan de forma conjunta todos los elementos del tipo de violación, por lo que cumplen lo previsto en el artículo 28 CP y se constituyen como coautores del mismo.

Para acreditar este extremo, deviene de todo punto fundamental la toma de muestras de semen realizada cuando la víctima acude al centro médico para ser explorada. El análisis de tales restos biológicos (ADN, fundamentalmente) mediante técnicas científicas forenses constituye la prueba irrefutable de la perpetración de relaciones sexuales entre los agresores y la víctima, por lo que restaría por acreditar que la

---

<sup>117</sup> STS de 31 de enero de 1986. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/0cd29ce359e5c4fb/20051027>. ANEXO I.2.4.(3).

<sup>118</sup> *Vid.* STS 975/2005, de 13 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d222a29aa85ab23b/20050922>.

<sup>119</sup> Les correspondería el tipo agravado del art. 180.1.2<sup>a</sup> CP, conforme a la STS 803/1999, de 24 de mayo (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/56ee00e4e25569a9/20031030>) o la STS 786/2017, de 30 de noviembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ef191d355ebf1924/20171221>) —ANEXO I.2.4.(4)—.

intimidación causó la ausencia del consentimiento de ésta, para probar completamente el delito de violación.

Para proceder al análisis microscópico, el hecho de que los agresores no emplearan un preservativo permite contar con todas las sustancias susceptibles de examen, lo que abarcaría tanto los restos biológicos de las partes intervenientes, especialmente el fluido seminal, como, en su caso, otras evidencias —a modo de ejemplo, el uso de lubricantes, empleados con frecuencia para ejecutar la penetración anal—, una vez obtenidas las muestras, deberían ser objeto de examen en un laboratorio, para determinar su contenido exacto, realizando para ello el correspondiente tipaje.

Finalmente, la figura del cómplice resulta de aplicación a aquellas personas que realizan una función facilitadora o periférica, como ayudantes no esenciales que se limitan a llevar a cabo labores de vigilancia. La figura de la complicidad, al igual que la de la inducción, cabe tanto en el tipo básico, como en el agravado<sup>120</sup>, pero en el supuesto objeto de dictamen debemos rechazarla, pues los cinco varones que ejecutan el tipo son autores del mismo —por lo que su participación va mucho más allá de la complicidad—, sin la intervención de ningún cómplice.

Por cuanto atañe al sujeto pasivo del tipo, el legislador se refiere al mismo con la expresión «*cualquier persona*», de modo que puede serlo tanto un hombre como una mujer, salvo en el caso en el que el acometimiento sobre la víctima consista en acceso carnal por vía vaginal. Asimismo, es reiterada la jurisprudencia que postula que la víctima es protegida penalmente con independencia del tipo de vida que le sea propio<sup>121</sup>, así como de la relación que la una con el agresor<sup>122</sup>. La misma ha de tratarse, además, de una persona viva, pues, de lo contrario, la conducta no atenta contra el bien jurídico protegido, sino que es constitutiva de un delito de profanación de cadáveres<sup>123</sup>. En nuestro caso, no

---

<sup>120</sup> LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho penal. Parte especial*, 4<sup>a</sup> Edición, Editorial Colex, Madrid, 2008, p. 157.

<sup>121</sup> *Vid.*, STS de 28 de septiembre de 1991 (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/014cd6175b6853cd/20060105>) y STS 1667/2002, de 16 de octubre, en la que se condenó a quien copuló, mediante violencia o intimidación, con una persona que ejercía la prostitución.

<sup>122</sup> *Vid.*, STS 1870/2002, de 18 de noviembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/6e04e8d74124f7f0/20030912>), en la que se condena al marido, que yació con su esposa con empleo de violencia o intimidación.

<sup>123</sup> *Vid.* STS 63/1997, de 22 de enero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f97de78cde5b6c4c/20031018>.

cabe duda de que el sujeto pasivo del delito es Doña Paula, por ser la persona que ha sido agredida sexualmente y finalmente penetrada.

*G) Concursos.*

*a) Respeto a la agresión sexual básica y la violación.*

En materia concursal, por cuanto ataÑe a los citados delitos, hemos de partir de la existencia de un concurso de normas entre la agresión sexual básica y la violación, dada su relación de especialidad. El mismo debe resolverse en favor del delito de violación, siempre que el dolo del agresor fuera el acceso carnal o la introducción de miembros corporales u objetos. Así lo defienden autores como ORTS BERENGUER o LAMARCA PÉREZ<sup>124</sup>, en base a que cualquier violación comprende una agresión sexual, hecho que no tiene lugar a la inversa.

Tal concurso de normas ha de resolverse en virtud del principio de consunción (art. 8.3<sup>a</sup> CP), que tiene lugar cuando los actos típicos de la agresión sexual básica preceden a la violación, de modo que forman un único atentado contra la libertad sexual de la víctima<sup>125126</sup>. Así ocurre en el caso objeto de dictamen, pues la lesión inicial al bien jurídico protegido de la joven es constitutiva de agresión sexual y termina dando lugar al delito de violación, basándonos, para llegar a tal conclusión, en las penetraciones repetidas ejecutadas sobre la víctima. Tales actos no se castigan de forma individualizada, sino que tiene lugar el reseñado concurso de leyes, en favor del delito de violación<sup>127</sup>.

*b) Respeto al delito de lesiones.*

Las lesiones quedan absorbidas por el tipo de la agresión sexual (tanto en su tipo básico, como en el agravado) en dos casos: si son leves, de modo que no requieren tratamiento médico o quirúrgico, sino como máximo una primera asistencia facultativa, y cuando son las «habituales» en este tipo de delitos (por ejemplo, un hematoma leve en

---

<sup>124</sup> GARCÍA RIVAS, N., «Libertad...», cit., p. 602.

<sup>125</sup> *Vid.* STS 127/1998, de 2 de febrero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/4602bd8189a087c6/20030918>.

<sup>126</sup> La misma norma resulta de aplicación cuando tal atentado empieza como agresión sexual y acaba en violación.

<sup>127</sup> ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales», en *Derecho Penal, parte especial*, González Cussac (coord.), 6<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 220.

la pierna<sup>128</sup>)<sup>129</sup>. Ello, en virtud de criterios funcionales, se debe a que su castigo se considera comprendido en el referido delito contra la libertad sexual, en la propia violencia ejercida en el mismo, en virtud del principio de consunción (art. 8.3<sup>a</sup> CP).

En consecuencia, cuando las lesiones causadas por el agresor tengan una relevancia mayor a la anteriormente explicada, de modo que vayan más allá de lo suficiente y, por lo tanto, no queden abarcadas dentro del contenido de ilicitud propio del acceso carnal violento, nos encontraremos ante un concurso delictual con respecto al tipo de agresión sexual. Así lo determina reiterada jurisprudencia del TS<sup>130</sup>.

En cuanto a las lesiones psíquicas que padece el sujeto pasivo del delito sexual, sus consecuencias siguen la misma norma fijada anteriormente, de modo que atendiendo a la gravedad podremos aplicar, o no, el art. 77 CP. Para apreciar concurso delictual entre ambos tipos, es precisa una agresión fuera de lo normal, ya sea por su intensidad o por su duración, así como que la lesión psíquica resulte abarcada por el dolo del autor, aunque se trate de dolo eventual<sup>131</sup>.

En relación con las mismas, también son relevantes a efectos del cálculo de la responsabilidad civil derivada del delito, pues quedan en principio integradas en el tipo, de nuevo, a partir del principio de consunción, en virtud de lo previsto en el APNJ de la Sala Penal del TS, de 10 de octubre de 2003. No es necesario que tales daños morales estén especificados en los hechos probados cuando se pueden extraer de manera directa y natural del relato histórico que realiza el sujeto pasivo. Tampoco es menester que se concreten en alteraciones de tipo psicológico. En este sentido se pronuncia la STS

---

<sup>128</sup> *Vid.* STS 750/2008, de 10 de noviembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/6f6dd553caf2f7c7/20081218>. ANEXO I.2.5.A.(1).

<sup>129</sup> Asimismo, el contagio de una enfermedad venérea será constitutivo de un delito de lesiones, ya sea doloso o imprudente, según los casos, y dará lugar a un concurso ideal con el delito de agresión sexual (art. 77 CP), de acuerdo con ORTS BERENGUER. Referencia bibliográfica: ORTS BERENGUER, E., «Delitos ...», cit., p. 210.

<sup>130</sup> *Vid.* STS de 7 de julio de 1989. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/60789a0f40c61c69/20060209> —ANEXO I.2.5.A.(2)—, STS 2047/2002, de 10 de diciembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/4243a21828af4393/20030703>) y STS 981/2006, de 17 de octubre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cfdd7297590d2957/20061102>) —ANEXO I.2.5.A.(3)—.

<sup>131</sup> *Vid.* STS 1521/2004, de 14 de diciembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ace147ff3f48a4a4/20050203>

105/2005, de 29 de enero<sup>132</sup> —ANEXO I.2.5.A.(4)—<sup>133</sup>. Sobre este aspecto incidiremos en sede de responsabilidad civil *ex delicto*.

Partiendo de la base de que las lesiones físicas que sufre Doña Paula en el supuesto objeto de estudio consisten en un eritema —definido por la RAE como «Inflamación superficial de la piel, caracterizada por manchas rojas»<sup>134</sup>—, no tienen una entidad suficiente como para ser constitutivas de delito por sí mismas, pues no requirieron más que una primera asistencia facultativa para su curación, por lo que quedan absorbidas por el delito de violación. Asimismo, si bien el impacto psicológico derivado de los hechos acaecidos es innegable, tampoco considera esta parte que deban sancionarse penalmente como delito de lesiones, sino que deberán valorarse a los efectos de fijar la responsabilidad civil derivada de delito. De lo contrario, infringiríamos el principio *non bis in idem*, por no revestir gravedad suficiente.

c) *Respecto a los delitos de amenazas y de coacciones.*

Las coacciones y las amenazas, por regla general, quedan incluidas en la intimidación propia de la agresión sexual, por lo que no son susceptibles de castigo por separado<sup>135</sup> pues, en caso contrario, nos encontraríamos ante un supuesto de infracción del principio *non bis in idem*, salvo que no sean vertidas para vencer la voluntad de la víctima y mantener con ella contacto sexual<sup>136</sup>.

En este sentido, conviene tener en cuenta que las agresiones sexuales son en sí mismas una coacción, pues compelen a la víctima a realizar o a soportar una acción sexual para la que no ha emitido su conformidad. Es por ello por lo que en el caso analizado no se castiga separadamente el hecho de que Doña Paula haya sido compelida a realizar la acción sexual en contra de su voluntad, pues el comportamiento coactivo de los agresores para satisfacer su apetito sexual queda absorbido en el tipo de la violación.

Las amenazas quedarían asimismo incluidas en el tipo. El mal con el que se amenaza ha de ser racional, fundado, inminente, «capaz de anular la libre decisión volitiva

---

<sup>132</sup> STS 105/2005, de 29 de enero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/5f82f01846b8f37b/20050310>.

<sup>133</sup> *Vid.* STS 957/2007, de 28 de noviembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/1965d770c47672ae/20071220>. ANEXO I.2.5.A.(5).

<sup>134</sup> Enlace: <https://dle.rae.es/?id=G2XJbCC> (consultado el 30 – 10 – 2019).

<sup>135</sup> *Vid.* la STS 1365/2002, de 22 de julio. ANEXO I.2.5.B.(1).

<sup>136</sup> *Vid.* STS 62/2018, de 5 de febrero. ANEXO I.2.5.B.(2).

de la víctima»<sup>137</sup>, injusto y posible<sup>138</sup>. A los requisitos anteriores, algunos autores como GONZÁLEZ RUS añaden el de la gravedad<sup>139</sup>, aunque no es una cuestión doctrinal pacífica. La jurisprudencia no ha precisado con detalle si ese mal con el que se amenaza ha de ser necesariamente constitutivo de delito (en cuyo caso nos hallaríamos ante una amenaza propia del artículo 169 CP), sino que apunta que la gravedad del hecho se ha de valorar atendiendo a las circunstancias del caso.

En el presente *factum* no existe propiamente una amenaza explícita, sino que la misma se desprende del comportamiento de los agresores y, por tanto, del contexto intimidatorio. Dado que ya se ha valorado en sede de intimidación, no ha lugar a calificarla nuevamente como constitutiva de concurso delictual.

*d) Respecto al delito de detención ilegal.*

La detención ilegal queda absorbida por el delito de violación o de agresión sexual básico siempre y cuando no tenga una duración superior al tiempo imprescindible para llevar a cabo la conducta atentatoria contra la libertad sexual de la víctima, de modo que ambos tipos tienen una relación de medio a fin.

Así ocurre en el *factum*, pues si bien Doña Paula es retenida en contra de su voluntad en el habitáculo escenario de los hechos, tal privación de su DF a la libertad ambulatoria no se prolonga más allá del intervalo de tiempo en el que se produce el comportamiento sexual. En consecuencia, tiene lugar un concurso de normas, que se resuelve a favor del delito de violación, conforme al criterio de la consunción (art. 8.3<sup>a</sup> CP)<sup>140</sup>.

Si la detención ilegal se prolongase más allá de la acción sexual, de modo que no fuera estrictamente necesaria, estaríamos ante un concurso de delitos. Así lo prevé la STS

---

<sup>137</sup> *Vid. STS 1583/2002*, de 3 de octubre.

<sup>138</sup> *Vid. STS 1879/2000*, de 11 de diciembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/69609468f174717d/20030808>

<sup>139</sup> GONZÁLEZ GUERRA, C. M., *Delitos...*, cit., p. 61.

<sup>140</sup> *Vid. STS 948/2006*, de 27 de septiembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/905989d4f4ba1aa5/20061102>) y *STS 48/2009*, de 30 de enero (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/cf433732269b716e/20090219>) —ANEXO I.2.5.C.(1)—.

584/2007, de 27 de junio<sup>141</sup>, en un supuesto en el que la privación de libertad ambulatoria persiste tras el ataque sexual.

*H) Concurrencia de varias violaciones o agresiones sexuales en caso de penetraciones repetidas. El delito continuado.*

El legislador penal admite la concurrencia del delito continuado<sup>142</sup> en el ámbito de los tipos de índole sexual, atendiendo a la naturaleza del hecho concreto y del precepto infringido, y siempre y cuando todas las conductas perpetradas tengan el mismo sujeto pasivo (art. 74.3 CP)<sup>143</sup>. Esta figura resulta de aplicación al supuesto objeto de dictamen por cuanto que concurren varios hechos típicos constitutivos de delito entre los que existe una unidad objetiva y subjetiva que constituyen una unidad jurídica de acción<sup>144</sup>, como a continuación se expondrá.

Pese al rechazo jurisprudencia inicial acerca de la existencia de la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual<sup>145</sup> —hecho que obedecía a su afección a un bien jurídico protegido tan personalísimo como el de la libertad sexual (art. 74 CP)—, el TS sí admite su concurrencia en los supuestos de pluralidad de delitos en los que los hechos son homogéneos y no es posible concretar el número de ocasiones en las que éstos tuvieron lugar. Así lo prevé la STS 1049/1999, de 28 de junio<sup>146</sup>.

---

<sup>141</sup> STS 584/2007, de 27 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/681b290c6c568d15/20070719>.

<sup>142</sup> Constituido, de acuerdo con SOTO NIETO, por «[...] una pluralidad de acciones u omisiones jalonadas en el tiempo, cada una de las cuales, separadamente, integra una misma o semejante figura fundamental de delito o de falta, cuya valoración, en su totalidad, como única infracción viene determinada en razón a la homogeneidad de sus elementos y a la unidad genérica de resolución, referenciada ordinariamente como unidad de designio». Referencia bibliográfica: SOTO NIETO, F., «Delito continuado. Características y requisitos», en *Diario La Ley*, nº 6649, 12 de febrero de 2007, p. 1.

<sup>143</sup> *Vid.* STS 470/2016, de 1 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e5cd88a57f6adf0e>.

<sup>144</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 642.

<sup>145</sup> *Vid.* STS de 21 de marzo de 1986. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/9519393379ec3059/20051027>.

<sup>146</sup> STS 1049/1999, de 28 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/4e412a73f9b5c9e9/20030830>. ANEXO I.2.6.(1).

En definitiva, los requisitos que ha venido exigiendo el Alto Tribunal en relación con el delito continuado en los citados tipos son los que a continuación se enumeran<sup>147</sup><sup>148</sup>.

En primer lugar, ha de concurrir una pluralidad de hechos delictivos, extremo que en el supuesto analizado tiene lugar de forma evidente, pues las penetraciones realizadas ascienden a diez, como mínimo.

En segundo lugar, la acción realizada ha de responder a un planteamiento único, hecho que supone la unidad de resolución y de propósito del criminal<sup>149</sup>. En relación a tal elemento, hemos de tener en cuenta que los hechos anteriores han de tener lugar en el ámbito de una misma ocasión, de modo que el agresor aprovecha análogas circunstancias de tiempo y lugar e idéntica situación de fuerza o intimidación. De nuevo, tal elemento concurre en nuestro caso, ya que los agresores actúan con la clara voluntad de acometer sexualmente sobre la víctima, de lo que se desprende una iniciativa previa común, pues las penetraciones se van sucediendo de forma escalonada, una tras otra, en el mismo escenario, con idénticos sujetos intervenientes y sirviéndose de la misma intimidación como medio comisivo.

Ello significa que todos los actos han de responder al mismo impulso sexual o libidinoso —como ocurre en el *factum*, pues los cinco varones penetran a la víctima con clara conciencia y voluntad de actuación (y por lo tanto con el mismo propósito claramente lascivo) como queda corroborado en las imágenes de los vídeos—, que no deviene satisfecho hasta la ejecución de la reseñada pluralidad de acciones.

Asimismo, el precepto penal violado ha de ser el mismo, o bien haberse infringido preceptos penales semejantes. En cuarto lugar, el sujeto activo ha de ser el mismo, así como la repetición del acto sexual se ha de producir de forma seguida e inmediata con el

---

<sup>147</sup> *Vid. STS 48/2009*, de 30 de enero. ANEXO I.2.6.(2). La citada STS de 28 de junio de 1999 reitera la concurrencia de los requisitos anteriormente mencionados para admitir el delito continuado: «Sentencias como las de 16-2, 25-5-98 y 26-1-99 admiten la aplicación del expediente cuestionado ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes.

Es por ello por lo que la praxis doctrinal de este Tribunal exige el establecimiento de una relación sexual duradera en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando a un mismo sujeto pasivo. (S.T.S. 11 de octubre y 26 de diciembre de 1996, entre otras), criterio reiterado, entre otras, en sentencias de 15 de marzo de 1996, 30 de julio de 1996, 8 de julio de 1997, 12 de enero, 16 de febrero, 22 de abril y 6 de octubre de 1998». Sin embargo, el requisito de identidad de sujeto pasivo ha sido obviado por autores como SOTO NIETO. Referencia bibliográfica: SOTO NIETO, F., «Delito continuado...», cit., p. 3.

<sup>148</sup> *Vid. STS 462/2003*, de 26 de marzo. ANEXO I.2.6.(3).

<sup>149</sup> *Vid. STS 667/2008*, de 5 de noviembre.

mismo sujeto pasivo. Dado que todos los comportamientos sexuales unidos por circunstancias de espacio y tiempo que tienen lugar en el supuesto son constitutivos de delito de violación, el precepto penal infringido es el mismo y los sujetos intervenientes no varían, se cumplen los requisitos anteriores.

Por último, se exige la homogeneidad en el *modus operandi*. El hecho de que no sea posible concretar cuántos ataques contra la libertad sexual han tenido lugar, así como sus circunstancias individuales, por motivos de ausencia probatoria, no es óbice para aplicar esta figura al supuesto analizado, pues se han llevado a cabo en diversas ocasiones a lo largo del tiempo, que es lo verdaderamente importante a los efectos que nos ocupan: todos los agresores han consumado penetraciones sobre la víctima, aunque tuvieran lugar por distinta vía. Ello tiene su razón de ser en que los hechos conforman un estado permanente de sometimiento a los deseos sexuales del agresor, por lo que constituyen —de acuerdo con ORTS BERENGUER<sup>150</sup>— un «continuum» en la configuración de su comportamiento.

A los requisitos anteriores hemos de añadir uno más, de acuerdo con la ya citada STS 667/2008, de 5 de noviembre:

«[...] una conexidad temporal, de tal modo que no haya transcurrido lapso de tiempo excesivo entre las diferentes actuaciones aisladas [...].»

Este último requisito para constituir el carácter continuado de los diversos delitos de violación llevados a cabo por los agresores tiene lugar, dado que las distintas penetraciones se ejecutan en un período de tiempo breve (entre 15 y 20 minutos) y de forma encadenada, es decir, una tras otra. Así se desprende de las imágenes recogidas en los vídeos de los hechos.

Para aplicar el delito continuado, el TS considera asimismo necesario que se formule acusación, de modo que no es posible que el juzgador condene por el mismo de oficio. En caso contrario, de acuerdo con la STS 127/2009, de 11 de febrero<sup>151</sup>, se vulneraría el principio acusatorio.

En nuestro supuesto, son cinco varones los que penetran, independientemente de la vía. Frente a la duda que se nos plantea sobre el número de delitos ante el que nos

---

<sup>150</sup> ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal...*, cit., p. 221.

<sup>151</sup> STS 127/2009, de 11 de febrero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/04040145e4ff1525/20090326>.

encontramos, tenemos dos opciones: optar por un delito por penetración o decantarnos por constatar tantos delitos como autores materiales de cada uno de ellos haya. Partiendo del hecho de que mientras un agresor penetra, los demás contribuyen a crear el ambiente intimidatorio, cada uno de ellos cumple los requisitos anteriormente mencionados del delito continuado, por lo que cada uno de ellos, a mi juicio, es autor del delito continuado de violación que ejecuta —hallándonos, en consecuencia, ante cinco delitos continuados de violación—, y coautor de los perpetrados por los demás agresores<sup>152</sup>.

La STS 493/2017, de 29 de junio<sup>153</sup>, es especialmente ilustrativa en relación con el extremo anterior:

«De este pronunciamiento se deducen dos conclusiones: a) no se excluye el delito continuado de violación cuando lo cometen cada uno de los acusados sobre el mismo sujeto pasivo en un mismo episodio de agresión sexual; b) no es necesariamente imponible, además de la pena a cada uno de los que tienen acceso carnal por este delito, otra pena añadida por los actos de colaboración realizados para facilitar el acceso del otro. Y ello es así porque en esta clase de hechos, en los que el acusado ha ejecutado el acto de agresión sexual con penetración y ha ayudado eficazmente a la agresión sexual del compinche, nada impide calificar esta colaboración en la agresión ejecutada por el otro como de coautoría del párrafo primero del art. 28 C.P., ya que el tipo penal exige la concurrencia de dos elementos objetivos: la violencia o intimidación sobre la víctima y el contacto sexual. Y [...] "tan autor del número primero [del art. 28 C.P.] puede considerarse al que realiza actos de verdadera violencia, como el que ejecuta el contacto sexual"».

Es, precisamente, esta conceptualización de la coautoría en caso de penetraciones repetidas la que fundamenta el desplazamiento de la tesis del único delito, que suponía, de acuerdo con la tradicional línea argumentativa del TS, la calificación de cooperador necesario a aquellos sujetos cuya ayuda servía para ejecutar la penetración perpetrada por

---

<sup>152</sup> *Vid.* SAP Madrid (Sección 29<sup>a</sup>) de 1 de febrero de 2019. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/785694651c5b765c>. ANEXO I.2.6.(4).

<sup>153</sup> STS 493/2017, de 29 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/43e65c3635384bb1/20170707>.

el autor material de la misma. Ello descansaba sobre la consideración del delito de violación como de propia mano, superada en virtud de STS 452/2012, de 18 de junio<sup>154</sup>.

El listado de los elementos constitutivos de delito continuado anteriormente referido goza de especial relevancia, pues en el caso de que no concurran y nos encontremos ante una separación de espacio y de tiempo en los acometimientos sexuales, así como un dolo renovado en cada ocasión, no estamos ante un delito continuado, sino ante varios tipos, consistiendo por lo tanto la calificación delictiva en un concurso real<sup>155</sup>.

No obstante, esta parte rechaza la idea de valorar los hechos como subsumibles en el ámbito del concurso real, no solamente porque concurran todos los condicionantes del delito continuado, sino porque el razonamiento previsto a tal efecto por el TS no ha lugar a nuestro supuesto. La citada STS 462/2003, de 26 de marzo, determina lo siguiente a tal efecto:

«[...] b) 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. c) finalmente, 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 el supuesto analizado, en mi opinión no se está doblegando la voluntad de la víctima con cada agresión diferenciada, sino que la misma queda dinamitada por un contexto coercitivo prolongado en el que se suceden diversas agresiones con penetración que se hallan unidas en el tiempo de forma encadenada y bajo la misma intimidación. Tampoco el dolo es renovado en cada acometimiento, sino que se mantiene durante la continuidad delictual, con distintas manifestaciones necesariamente conectadas.

Por todo ello, si bien entre el concurso real y el delito continuado coexisten diversas características, su principal diferencia radica en la conceptualización de las

---

<sup>154</sup> STS 452/2012, de 18 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e8deed1931f5ffe6/20120709>.

<sup>155</sup> Vid. STS 462/2003, de 26 de marzo y STS 463/2006, de 27 de abril (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e9bb1ec7176f225b/20060518>). ANEXO I.2.6.(5).

distintas acciones perpetradas. Lo anterior es, en mi opinión, lo que constata finalmente que en el presente supuesto concurre un delito continuado, pues las distintas infracciones no solamente revisten una unicidad (propia del concurso real), sino van más allá, pues están interconectadas de forma especial, constituyendo una unificación jurídica — carácter que no reviste el concurso real y da sentido al delito continuado—. Todo ello es constitutivo, según BOLDOVA PASAMAR, de un concurso de leyes entre el concurso real y el delito continuado<sup>156</sup>, a resolver en favor del segundo.

1.3. Tipos agravados comunes a los arts. 178 y 179 CP: circunstancias agravantes específicas del art. 180 CP.

A) *Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (art. 180.1.1<sup>a</sup> CP).*

Partiendo del hecho de que toda agresión sexual, por el hecho de serlo, tiene un componente vejatorio, para aplicar esta agravante ha de concurrir un plus o daño adicional sobre la dignidad del sujeto pasivo, consistente en un grado de salvajismo o brutalidad que vaya más allá de lo necesario —en base a un criterio objetivo—<sup>157</sup> para ejecutar la agresión sexual, que tiene como objetivo someter su voluntad mediante tal atmósfera y ejecutar así el comportamiento sexual no consentido, satisfaciendo así los deseos libidinosos del agresor<sup>158</sup> y produciendo el envilecimiento de la víctima<sup>159</sup>.

Esta circunstancia agravante tiene como fundamento el carácter degradante o vejatorio de la violencia o la intimidación propias de las agresiones sexuales<sup>160</sup>, es decir, la capacidad del agresor de humillar y rebajar la dignidad de la víctima de forma añadida a la que de forma intrínseca utilizaría para acometer la agresión sexual, de modo que, para aplicarla, deberemos verificar que la violencia o intimidación empleadas no solamente son graves, sino que contienen tal plus degradante mencionado que incide de forma

---

<sup>156</sup> 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”», *Diario La Ley*, nº 9500, 17 de octubre de 2019, p. 7.

<sup>157</sup> *Vid.* STS 194/2012, de 20 de marzo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/0d941a075c8389e2/20120402>). ANEXO I.3.1.(1).

<sup>158</sup> *Vid.* STS 603/2001, de 4 de abril. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d1c56f048ebacca6/20030808>.

<sup>159</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», cit., p. 196.

<sup>160</sup> *Vid.* STS 462/2003, de 26 de marzo. ANEXO I.3.1.(2).

particular en la dignidad de la víctima<sup>161</sup>. Por todo ello, esta circunstancia supone una mayor gravedad de lo injusto y, concretamente, del desvalor del resultado<sup>162</sup>.

Poner en práctica el punto anterior es harto complicado, pues trazar la línea divisoria entre el tipo básico (que ya incluye por sí mismo un componente de degradación de la víctima) y este tipo agravado tiene una complejidad añadida si tenemos en cuenta que no existe una magnitud concreta de violencia o intimidación que nos permita calificar el *factum* en una u otra de las dos opciones anteriores.

A mi modo de ver, en el caso analizado no concurre esta circunstancia agravante porque la intimidación empleada no reviste ese plus de perversidad que necesariamente ha de existir para aplicarla. Si bien los hechos son indudablemente humillantes y brutales para la joven, no sobrepasan la carga degradante que exige tal circunstancia para ser subsumible porque el comportamiento de los agresores no revela una intimidación que vaya más allá de la propia del tipo de violación, ni son particularmente agresivos para una persona que ya se encuentra atemorizada por la situación en la que se encuentra<sup>163</sup>.

Ni siquiera procedería su subsunción en relación con las penetraciones repetidas, pues éstas ya han sido tenidas en cuenta para fundamentar el carácter continuado del delito, de modo que reiterar su valoración supondría vulnerar el principio *non bis in idem*. Tampoco las aplicaría la parte que emite este dictamen con motivo del comportamiento posterior de los agresores, una vez terminadas las relaciones sexuales con la víctima, pues a mi juicio lo que ocurra con posterioridad a éstas debe tenerse en cuenta para fijar la pena correspondiente, y no para fundamentar una circunstancia agravante. Sí podría barajar la posibilidad de emplearla con motivo de su actitud de jactancia y ostentación durante la práctica sexual, aunque para ello sería imperativo visionar los vídeos grabados por los agresores.

---

<sup>161</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 17.

<sup>162</sup> En el caso de que sea aplicable la reseñada agravante, excluiremos el concurso delictual con el tipo previsto en el art. 173.1 CP (delito contra la integridad moral), con el fin de evitar vulnerar el principio *non bis in idem*. En consecuencia, nos hallamos ante un concurso de leyes que se revuelve a favor del art. 180 CP.

<sup>163</sup> *Vid.* STS 431/1999, de 23 de marzo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1d767204ce43e61e/20031011>.

En definitiva, no concurre en ellos el dolo directo y específico que exige el TS para subsumir la agravante en el caso, consistente en menoscabar la dignidad de la víctima, de ultrajarla<sup>164</sup>, por lo que rechazo la aplicación de esta circunstancia.

*B) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180.1.2<sup>a</sup> CP).*

El fundamento de esta agravante radica en que la perpetración del comportamiento sexual por varias personas a la vez es un medio para asegurar su ejecución por parte del sujeto activo, pues dificulta la oposición de resistencia de la víctima<sup>165</sup>. Por este motivo, supone una mayor gravedad de lo injusto y, en especial, del desvalor de la acción<sup>166</sup>.

En relación a este punto, la doctrina no es unánime respecto al tipo de participación de los distintos sujetos intervenientes. Por un lado, un sector sostiene que han de ser coautores, de modo que deben ser como mínimo dos las personas que intervengan en la ejecución del tipo delictivo de forma directa, no bastado para ello que el autor se vea auxiliado para perpetrar el delito. Otros autores defienden que el art. 180.1.2<sup>a</sup> CP no está reservado a supuestos de coautoría, de modo que no es necesario que todos los partícipes agredan sexualmente a la víctima<sup>167</sup>.

El segundo aspecto a analizar en relación con esta circunstancia agravante es la discusión doctrinal relativa a la dicotomía entre si es necesario, o no, que los agresores hayan trazado previamente un plan de actuación como requisito para aplicarla.

Si trasladamos lo anterior al caso objeto de estudio, esta parte sostiene que, aunque los agresores actúan de forma coordinada, pues van estableciendo turnos para acceder carnalmente sobre la víctima y existe un entendimiento evidente entre ellos, ello no es necesariamente consecuencia del trazado de un plan previo de actuación. Del mismo modo se pronuncian autores como ALCÁCER GUIRAO<sup>168</sup>, que muestra su disconformidad, manteniendo que lo relevante es que el interviniente intensifique el grado de intimidación con su actuación, pues de este modo influenciará la capacidad de defensa

---

<sup>164</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra...*, cit., p. 25.

<sup>165</sup> *Vid.* STS 687/2017, de 19 de octubre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/6a64b3c669e787f0/20171027>.

<sup>166</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra...», cit., p. 197.

<sup>167</sup> Esta es la tesis sostenida por la jurisprudencia mayoritaria, recogida en STS 585/2014, de 14 de julio (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/cdbcc46cb3840558/20140805>). ANEXO I.3.2.(1).

<sup>168</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra...*, cit., p. 37.

y oposición del sujeto pasivo. El Alto Tribunal se posiciona en el mismo sentido en sentencia de 3 de octubre de 1997<sup>169</sup>.

Independientemente de la forma de participación ante la que nos encontremos y de si existe o no un plan preconcebido, a mi modo de ver, procede decantarnos por la primera de las opciones anteriores, pues si la razón de ser de esta agravante reside en el hecho de que han de ser varios los agresores, necesariamente deberemos constatar la pluralidad de sujetos, por lo que observar el extremo anterior hace de todo punto incompatible la aplicación de esta circunstancia agravante si ya lo hemos tenido en cuenta para fundamentar la intimidación ambiental, tal y como ya ha quedado acreditado. En este sentido se pronuncian asimismo BOLDOVA PASAMAR<sup>170</sup> y el TS en sentencia de 27 de octubre de 2001<sup>171</sup>, que reza así:

«[...] intervinieron tres personas, que es lo que exige el supuesto agravatorio que se aplica, sin que tenga nada que ver que exista o no pluralidad de agresiones, pues lo que determina la incardinación en el precepto agravado, es la participación de tres o más personas [...].».

En consecuencia, esta parte sostiene que la aplicación de tal agravante no tiene cabida en el *factum*, pues en caso contrario violaríamos el principio *non bis in idem*.

*C) Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el art. 183 CP (art. 180.1.3<sup>a</sup> CP).*

Esta agravante tiene su razón de ser en la disminución en las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, ya sea por su edad, una enfermedad, una discapacidad o su situación. Tal extremo, que ha de ser conocido y abarcado por el sujeto activo<sup>172</sup>, hace referencia a la facilidad con la que una persona puede ser atacada, a su debilidad y a sus concretas y mayores dificultades para oponer resistencia a la conducta sexual no consentida de la que es objeto. En consecuencia, no alude a la fuerza del agresor, sino al estado de la víctima. De este modo, el agresor ha de ser consciente de la situación de

---

<sup>169</sup> STS 1192/1997, de 3 de octubre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a6f182c7ea11fe02/20030927>.

<sup>170</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Presente y futuro...», cit., 7.

<sup>171</sup> STS 1780/2001, de 27 de septiembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6b7f542fc38c8d74/20040614>

<sup>172</sup> *Vid.* la STS 350/2006, de 22 de marzo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/340b657f34c63229/20060511>.

desvalimiento de la víctima, así como de la forma en la que aquélla favorece la superioridad del agresor sobre ésta, pues es el medio que empleará para perpetrar la agresión sexual.

En definitiva, el Alto Tribunal considera insuficiente que la víctima presente una vulnerabilidad normal, sino que es necesario que sea «especialmente vulnerable» atendiendo a las circunstancias del caso, hecho que le impide oponer resistencia al acometimiento sexual llevado a cabo por el agresor. Y es el Juez o Tribunal quien valora cuándo la vulnerabilidad del sujeto pasivo es la ordinaria o general, para convertirse en especial<sup>173</sup>.

En el caso objeto de dictamen, podríamos plantearnos si el hecho de que la víctima alcance solamente 18 años, en relación con las edades de los agresores, reviste una entidad suficiente para aplicar esta circunstancia agravante. La respuesta ha de ser forzosamente negativa, pues esta parte ya ha considerado este extremo para constatar la existencia de intimidación ambiental, por lo que, de considerarla de nuevo, infringiríamos el principio *non bis in idem*. De igual modo se pronuncia el Alto Tribunal en sentencia de 17 de septiembre de 2002<sup>174</sup>.

#### *D) Restantes circunstancias agravantes.*

La parte que emite este dictamen no procede a detallar el estudio realizado acerca de las circunstancias agravantes previstas en los apartados 4<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> del art. 180.1 CP, por no ser éstas susceptibles de aplicación al supuesto previsto en el *factum*. Ello tiene su razón de ser en que ninguno de los agresores se halla unido a la víctima por una relación de parentesco o afinidad, de modo que es de todo punto imposible prevalerse de tal vinculación si no existe (art. 180.1.4<sup>a</sup> CP). Tampoco se valieron éstos de armas u otros medios peligrosos para acometer sobre la víctima —pues no emplearon ningún instrumento de tal naturaleza—, de modo que hemos de rechazar la aplicación del art. 180.1.5<sup>a</sup> CP.

#### 1.4. El abuso sexual.

##### *A) Bien jurídico protegido.*

---

<sup>173</sup> *Vid.* STS 365/2006, de 24 de marzo (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/17a4c25526762f49/20060427>), que aplica este tipo agravado cuando la víctima presenta una minusvalía física. ANEXO I.3.3.(1).

<sup>174</sup> STS 1458/2002, de 17 de septiembre.

El abuso sexual es un acto atentatorio contra la libertad sexual de otra persona, pero con dos diferencias indispensables con respecto de la agresión sexual: por un lado, no incluye la utilización de violencia o intimidación y, por otro, en este delito cabe que la víctima haya emitido su consentimiento, pese a que el mismo se encuentra viciado y no despenaliza la conducta perpetrada. En consecuencia, dado que las conductas sexuales propias de ambos tipos son características que comparten, la principal diferencia entre ellos se establece en los modos de ejecución del hecho sexual.

En este tipo, el bien jurídico protegido es, por tanto, dual: la libertad y la indemnidad sexual. El TS sostiene que su vulneración tiene lugar por la falta de consentimiento válido de la víctima, sin violencia o intimidación<sup>175</sup>. Ahora bien, según la modalidad comisiva ante la que nos encontremos, será objeto de protección uno u otro. En los subtipos en los que la víctima no consiente se protege la libertad sexual de la misma, pues no se le permite discernir sobre si quiere involucrarse, o no, en el comportamiento sexual. En contraposición, en aquellos casos en los que el consentimiento del sujeto pasivo es inválido por voluntad de la ley, el Estado asume la tutela del mismo y lo que se salvaguarda es la indemnidad sexual de la víctima.

En definitiva, se trata de un tipo residual en el que se engloban «conductas o tocamientos sorpresivos o fugaces», de muy diversa índole y que han de afectar necesariamente a zonas erógenas o a sus proximidades, en los que el autor no da a la víctima la posibilidad de exteriorizar su voluntad negativa. En palabras de la STS 1583/2002, de 3 de octubre<sup>176</sup>,

«[...] Unos tocamientos sorpresivos y fugaces como los descritos en el ‘factum’, sin consentimiento de la víctima, constituyen indudablemente abuso sexual punible pero no integran el desvalor de la intimidación, sin incurrir en una interpretación extensiva de ésta».

En este sentido, las acciones que un adulto valoraría de forma razonable como intromisiones a su intimidad sexual, «susceptibles de ser rechazadas si no mediara

---

<sup>175</sup> Vid. STS 1431/2002, de 13 de septiembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/39daebaaf4383eec/20030830>) y SAP Huelva (Sección 3<sup>a</sup>) 295/2010, de 23 de noviembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/11188ca2f77dd9a5/20110707>) —ANEXO I.4.1.(1)—.

<sup>176</sup> STS 1583/2002, de 3 de octubre.

consentimiento»<sup>177</sup> conformarán el criterio a seguir para distinguir los actos punibles de los que no lo sean.

*B) Tipo básico.*

*a) Tipo objetivo (artículo 181.1 CP).*

El art. 181.1 CP contiene el tipo básico del delito de abuso sexual. La conducta típica del mismo consiste en realizar actos atentatorios contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona que no consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, sin uso de violencia o intimidación y sin consentimiento de la víctima. Así lo prevé la citada STS 13/2019, de 17 de enero:

«Mientras tanto, en el abuso sexual no hay "ningún empleo de violencia o intimidación. De ahí que esta Sala del Tribunal Supremo haya señalado en [...] que Cualquier acción que implique un contacto corporal inconsentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena».

DÍEZ RIPOLLÉS<sup>178</sup> sostiene que la ausencia de consentimiento tiene lugar en tres casos, en los que cabe aplicar el art. 181.1 CP: cuando la víctima manifiesta su oposición a la acción sexual, cuando se abstiene de pronunciarse (son conductas ejecutadas sin su consentimiento, pero a la vez sin que haya formulado su oposición, habiendo tenido oportunidad para ello) y cuando no se le da la oportunidad de oponerse (conductas sorpresivas)<sup>179</sup>. En este sentido, un error sobre la concurrencia del consentimiento o sobre las circunstancias que acreditan que éste es inválido o presenta vicios da lugar a un error de tipo, que no puede ser castigado, puesto que este delito no tiene prevista una modalidad imprudente.

---

<sup>177</sup> *Vid.* STS 1709/2002, de 15 de octubre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d9f909faf3a78e4b/20031203>.

<sup>178</sup> MAYO CALDERÓN, B., «Agresiones...», cit., p. 165.

<sup>179</sup> *Vid.* SAP Tarragona (Sección 2<sup>a</sup>) 426/2010, de 9 de septiembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/657fdfc8d4568be2/20101118>) —ANEXO I.4.2.A.(1)— y SAP Tarragona (Sección 2<sup>a</sup>) 432/2010, de 7 de octubre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ad267752b4c3ae57/20101125>).

Por lo tanto, para aplicar este tipo, bastará con comprobar que la víctima no ha manifestado su conformidad, de modo que estamos ante un delito residual que concurrirá cuando no se den los requisitos específicos propios de los demás apartados del precepto<sup>180</sup>.

*C) Abusos sexuales no consentidos (art. 181.2 CP)<sup>181</sup>.*

*a) Abuso sexual con prevalimiento (art. 181.3 CP).*

El delito de abuso sexual tiene dos componentes comunes con el tipo de la agresión sexual que, por tanto, concurren en el supuesto que estamos analizando: el elemento objetivo de acometimiento con significado sexual y el elemento subjetivo del propósito de obtener la satisfacción del apetito sexual del agresor. En el tipo agravado de abuso sexual con prevalimiento concurre este último que, a su vez, se compone de tres requisitos<sup>182</sup>, que sirven de fundamentación a lo anteriormente detallado. La STS 140/2004, de 9 de febrero<sup>183</sup>, los enumera y, en su virtud, podemos concluir que la reseñada superioridad, objetivamente, ha de revestir una magnitud suficiente para coartar del citado modo la libertad sexual de la víctima<sup>184</sup>. La resolución anterior establece la siguiente configuración del prevalimiento:

«[...] se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su evidente posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra

---

<sup>180</sup> Algunos autores sostienen que en el delito de abuso sexual no existe tal consentimiento de la víctima. PEREZ ALONSO es uno de ellos y lo sintetiza del modo siguiente: «[...] Pero en el abuso, aunque no se utilicen dichos medios comisivos falta también el consentimiento de la víctima, que no quiere mantener el contacto sexual o no quiere verse involucrada en una actividad sexual con otra persona, lo haya dicho de forma expresa o no. Por ello, el tipo básico de abuso exige que se realice “sin que medie consentimiento” de la víctima. Se trata por tanto de la modalidad básica de abuso sexual sin consentimiento». Referencia bibliográfica: PÉREZ ALONSO, E., «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», en *InDret*, nº 3/2019, 23 de julio de 2019, p. 6.

<sup>181</sup> *Vid.* STS 821/2007, de 18 de octubre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/419bf8b7d20237fb/20071108>. ANEXO I.4.3.(1).

<sup>182</sup> *Vid.* la STS 1518/2001, de 14 de septiembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2e0472941b1c3741/20100225>.

<sup>183</sup> STS 140/2004, de 9 de febrero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/02ac1d0f179c265a/20040319>.

<sup>184</sup> *Vid.* la STS 432/2002, de 8 de marzo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2063880a21470dfb/20030808>. ANEXO I.4.3.A.(1).

índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta».

El presente subtipo de abuso sexual supone, a mi juicio, una importante distinción con respecto de los anteriormente estudiados, pues el sujeto pasivo emite su consentimiento, si bien es cierto que el agresor lo obtiene prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta o evidente, que restringe la libertad de la víctima de forma notable<sup>185</sup>. Puede ser sujeto pasivo del tipo cualquier persona, pero el sujeto activo ha de tener tal relación de superioridad con respecto al mismo.

No basta, por lo tanto, que la relación entre las partes involucradas en la conducta sexual otorgue una situación de prevalencia al sujeto activo frente al pasivo —que puede tener un origen diverso<sup>186</sup> y que ha de ser perceptible por cualquier persona—, sino que es imprescindible que el agresor se aproveche de esa ventaja dolosamente<sup>187</sup> para obtener un consentimiento que, de otro modo, no habría podido conseguir. Ello significa que el autor de los hechos instrumentaliza a la víctima en su propio beneficio y con una clara finalidad delictiva: cohibir su resistencia<sup>188</sup>.

Si bien en el caso en el que nos encontramos los agresores se encuentran en una situación de clara superioridad con respecto a la joven, y se aprovechan de la misma para, con plena conciencia, perpetrar el comportamiento sexual, los elementos propios del contexto en el que tienen lugar los hechos son constitutivos de una intimidación clara (y ya acreditada), pues esta última supone ir un paso más allá del prevalimiento. Esta es la primera distinción entre el prevalimiento y la intimidación; la diferencia de su magnitud.

---

<sup>185</sup> *Vid.* STS 80/2012, de 10 de febrero (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ce6551ed78940f66/20120319>), STS 258/2015, de 8 de mayo (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/fb1c28a5d6b322c1/20150522>) —ANEXO I.4.3.A.(2)—y STS 441/2016, de 24 de mayo (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/1e7c44115d430826/20160603>).

<sup>186</sup> Por ejemplo, la diferencia de edad entre las partes o su relación de amistad previa —STS 823/2017, de 14 de diciembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b990a6da33b6e550/20171227>)—, la convivencia doméstica, el desamparo de la víctima o la presencia de varias personas en el ataque —STS 203/2008, de 30 de abril (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/64babea75c30e82b/20080529>)—.

<sup>187</sup> SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal, parte especial*, 12<sup>a</sup> Edición, Dykinson, Madrid, 2007, p. 227.

<sup>188</sup> *Vid.* STS 235/2009, de 12 de marzo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/5032ecca5b7ae15a/20090408>). ANEXO I.4.3.A.(3).

La segunda disimilitud es el impacto que ambos fenómenos tienen en el consentimiento de la víctima: mientras que la intimidación supone la inexistencia del mismo, el prevalimiento se proyecta sobre el sujeto pasivo para forzar su consentimiento, que, consecuentemente, está viciado. También la doctrina avala el criterio anterior. En el abuso sexual con prevalimiento, la víctima emite su consentimiento, a diferencia de en la agresión sexual. Ahora bien, lo hace mediatisada por la situación de superioridad del agresor frente a ella, y de la que el mismo se prevale. Así, DIEZ RIPOLLÉS<sup>189</sup> considera que las situaciones intimidatorias permanentes dan lugar al tipo de agresión sexual. MUÑOZ CONDE<sup>190</sup>, por su parte, afirma que deberemos castigar como abuso y no como agresión cuando la intimidación empleada por el sujeto activo no tenga una magnitud tal como para aplicar este último tipo<sup>191</sup>.

En consecuencia, en el caso analizado, considero claro que Doña Paula no emitió su consentimiento para mantener una relación sexual en ningún momento, pues los elementos presentes en el contexto en el que tuvieron lugar los hechos y que ya han sido analizados consiguen imponer la voluntad de los cinco sujetos activos sobre la de la víctima, que ve totalmente coartada la suya. La joven no pudo elegir, dada la coerción que el contexto de intimidación ejerció sobre su voluntad, por lo que su capacidad de decisión quedó anulada. En este sentido, considero especialmente ilustrativa la disposición de los varones en el lugar en que tuvieron lugar los hechos, pues le impedía de forma completa el abandono del mismo. Solamente este extremo supone una coacción evidente que anula el poder de decisión de la víctima, que no prestó consentimiento alguno a la práctica sexual que le fue impuesta por los medios explicados.

Por ello, rechazo la existencia de prevalimiento, aunque entiendo que nos hallamos ante un caso límite y que trazar una línea divisoria entre ambas figuras (intimidación y prevalimiento) es muy complicado cuando la incertidumbre recae en la diferencia entre un consentimiento cercenado por una situación intimidante y el viciado, propio del abuso, con las consecuencias jurídicas —y penológicas— que ello conlleva.

Personalmente, entiendo que se plantea la duda, por ser posible la calificación por ambos tipos. Sin embargo, aunque nos encontremos ante un supuesto en el que la

---

<sup>189</sup> GARCÍA RIVAS, N., «Libertad ...», cit., p. 617.

<sup>190</sup> GARCÍA RIVAS, N., «Libertad...», cit., p. 617.

<sup>191</sup> *Vid.* STS 935/2006, de 2 de octubre —ANEXO I.4.3.A.(4)— y STS 542/2013, de 20 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/59a56c824d7bc88c/20130715> — ANEXO I.4.3.A.(5)—.

situación de superioridad es manifiesta (contundente, clara y evidente) y los agresores se aprovecharon de ella, no cabe razonar por la vía del abuso sexual, en mi opinión, porque la víctima no emitió en ningún momento una voluntad afirmativa al contacto sexual y de su conducta se extrae con claridad meridiana que no mantuvo relaciones sexuales con los agresores de forma voluntaria, sino como consecuencia de la intimidación sufrida. A ello debemos añadir, en mi opinión, que los elementos del caso generan una hostilidad de tal contundencia que deviene más propia, por su magnitud, de un supuesto de intimidación —y no de prevalimiento—, tal y como se ha analizado pormenorizadamente, extremo que hace de todo punto innecesario profundizar acerca del delito de abuso sexual.

A mi juicio, tampoco cabría la absolución, de los agresores que ejecutan el comportamiento sexual, pues a la luz de la STS 396/2018, de 26 de julio<sup>192</sup>, toda acción sexual realizada sin violencia o intimidación al que la víctima no acceda voluntariamente es constitutivo de un delito de abuso sexual, pues comporta la lesión al bien jurídico protegido, la libertad sexual de la víctima<sup>193</sup>. En el caso analizado, la lesión al mismo es clara, de modo que, como mínimo, es constitutivo de abuso sexual, como cláusula de cierre que constituye en caso de vulneración del reseñado bien jurídico protegido.

## 2. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA GRABACIÓN Y DIFUSIÓN DE IMÁGENES PESE A LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.

### 2.1. Bien jurídico protegido.

El delito contra la intimidad (art. 197.5, en conexión con el art. 197.1 CP) protege la intimidad personal o familiar, junto con los datos reservados, tanto para preservar su confidencialidad, como su integridad, por ser éstos parte de la vida privada de cada

---

<sup>192</sup> STS 396/2018, de 26 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fbb51a23412a6104/20180921>.

<sup>193</sup> Así lo dispone la resolución: «Cualquier acción que implique un contacto corporal inconsentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP ; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena». Referencia: STS 369/2018, de 26 de julio (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fbb51a23412a6104/20180921>).

persona<sup>194</sup>. La intimidad<sup>195</sup> —dotada de especial protección por ser un derecho inherente a la personalidad (art. 12 DUDH) y tener el carácter de Fundamental (art. 18 CE)— es el conjunto de manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo corresponde al individuo de forma reservada y sobre las que ejerce una facultad de control si se involucran terceras personas (tanto particulares como poderes públicos)<sup>196</sup>, con la finalidad de disfrutar de una calidad de vida mínima.

## 2.2. Tipo objetivo.

El art. 197.5 CP hace referencia a las conductas previstas en el art. 197.1 CP (delito de descubrimiento de secretos<sup>197</sup>), tomando como punto de partida que el TS<sup>198</sup> define el «secreto» como el «conocimiento de ciertos datos relativos a un objeto concreto, por un número limitado de personas y que, por diversas razones, no es conveniente que se amplíe el círculo de quienes poseen tales conocimientos».

En todo caso, el art. 197.1 CP castiga conductas que implican una entrada ilegítima en el ámbito privado de otra persona. Pese a prever dos modalidades típicas, en el caso objeto de dictamen nos centraremos en la segunda —por ser la aplicable al *factum*—, que sanciona la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación.

Ahora bien, no todo atentado contra la intimidad de otra persona supone, a efectos del CP, una afrenta a la intimidad —en caso de captación de imágenes, el atentado contra la intimidad se produce asimismo contra la propia imagen de la persona afectada<sup>199</sup>—,

---

<sup>194</sup> ROMEO CASABONA, C.M., «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en *Derecho Penal, parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Boldova Pasamar (coord.), Comares, Granada, 2016, p. 255.

<sup>195</sup> El art. 18 CE consagra el derecho a la intimidad personal y familiar en su apartado 1. De este derecho derivan los restantes protegidos en los distintos apartados de tal precepto: derecho a la inviolabilidad del domicilio (apartado 2), al secreto de las comunicaciones (apartado 3) y a la privacidad informática (apartado 4). Ahora bien, tal derecho está asimismo regulado en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

<sup>196</sup> *Vid.* ATC 221/1990, de 31 de mayo (Enlace: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/14757>) —ANEXO II.1.(1)— y STS 700/2018, de 9 de enero (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/6eb086a1aedb9bf6/20190205>) —ANEXO II.1.(2)—.

<sup>197</sup> El TS avala que los conceptos de secreto e intimidad están inevitablemente unidos. *Vid.* STS 358/2007, de 30 de abril. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c2b8475749ecf2a8/20070712>.

<sup>198</sup> *Vid.* STS 1641/2000, de 23 de octubre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/74c569939266459b/20030823>.

<sup>199</sup> STC 12/2012, de 30 de enero. Fuente: BOE. Enlace: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/22722>. ANEXO II.2.(1).

sino solamente los que constituyan una intromisión ilegítima en su ámbito de reserva. Por tanto, el titular del derecho a la intimidad es determinante, pues es quien determina cuáles de tales ámbitos están preservados y cuáles no, en consonancia con la protección que brinde a tal efecto el ordenamiento jurídico. En relación con las referidas conductas, en caso de control auditivo o visual clandestinos, nos encontramos ante medios especialmente gravosos, pues materializan un atentado realmente severo contra la intimidad, de modo que la intervención del Derecho Penal está plenamente justificada<sup>200</sup>.

Si conectamos lo anteriormente mencionado con lo previsto en el art. 197.5 CP (subtipo agravado del tipo básico previsto en el art. 197.1 CP), la intimidad se vulnera, precisamente, cuando el agresor se introduce en ámbitos de privacidad de otra persona sin su consentimiento. Y es la propia persona quien determina qué ámbitos de su vida privada son reservados y en cuáles permite el acceso de otras personas.

En el supuesto analizado, la captación por parte de Don Aurelio (grabó seis vídeos y tomó dos fotos) y de Don Gabriel (grabó un vídeo) de una serie de imágenes y vídeos que recogen diversos momentos y fragmentos, respectivamente, de las relaciones sexuales mantenidas por los agresores y Doña Paula suponen un gravísimo atentado contra su intimidad, pues jamás prestó su consentimiento para ser grabada o fotografiada.

En consecuencia, la realización de la conducta anterior supone la perpetración de la segunda modalidad delictiva que prevé el art. 197.1 CP, pues se cumplen los elementos del tipo anteriormente mencionados. Y ello por cuanto ambos sujetos se valen de la utilización de artificios técnicos (sus teléfonos móviles) para obtener tales imágenes y vídeos de las relaciones mantenidas con la joven, no sólo sin contar con su consentimiento, sino sin haberle siquiera consultado al respecto. Es más, la joven expresó su rechazo absoluto con posterioridad —una vez descubrió que estaba siendo grabada y fotografiada—, manifestando además su preocupación por las consecuencias desfavorables de su eventual difusión.

Especialmente importante resulta, dado su carácter íntimo, el hecho de que la conducta prevista en el tipo objetivo del mencionado tipo agravado afecte a la vida sexual de la víctima, esfera especialmente protegida de su intimidad, pues, precisamente, tal precepto sanciona que esos datos se pongan al descubierto sin consentimiento de la

---

<sup>200</sup> *Vid.* STS 1219/2004, de 10 de diciembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/917b2b3c8dcc6864/20041229>. ANEXO II.2.(2).

persona sobre la que recaen<sup>201</sup>. El fundamento de ello radica en el carácter sensible que los mismos revisten, puesto que revelan la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual de la víctima, de conformidad con el concepto «datos especialmente protegidos» que prevé el art. 7 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, actualmente derogada y sustituida por la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

En conclusión, la intromisión a la intimidad perpetrada es ilegítima, ya que la víctima no prestó su consentimiento en ningún momento, ni para ser fotografiada, ni para ser grabada. Además, el hecho de encontrarnos ante una esfera de su intimidad tan personal refuerza lo ilegítimo de la intromisión, pues la vida sexual es una de las categorías de datos especialmente sensibles y protegidos por la modalidad agravada del tipo, *ex art. 197.5 CP.*

### 2.3. Tipo subjetivo.

El delito es doloso<sup>202</sup>, por lo que el sujeto activo actúa con conciencia y voluntad de realización de la conducta recogida en el tipo y tal propósito abarca todos los elementos objetivos del mismo. A ello debemos añadir la intencionalidad de vulnerar la intimidad del sujeto pasivo como elemento subjetivo de lo injusto adicional, ya que en este delito las intenciones específicas del agresor son determinantes pues, partiendo de la literalidad del art. 197.1 CP, la voluntad de descubrir los secretos o de vulnerar la intimidad de otra persona es un elemento del tipo<sup>203</sup>.

En consecuencia, dada la concurrencia de todos los elementos del tipo objetivo de los arts. 197.1 y 197.5 CP, unido al carácter doloso del proceder de los reseñados sujetos —que se materializa en el hecho de que son perfectamente conscientes de que están realizando una conducta prohibida por carecer del consentimiento de la víctima, y aun así la perpetran para difundir las imágenes en redes sociales<sup>204</sup>—, su conocimiento de la vulneración que tal comportamiento supone de la intimidad de la víctima y la inexistencia

---

<sup>201</sup> *Vid. STS 700/2018, de 9 de enero. ANEXO II.2.(3).*

<sup>202</sup> *Vid. la STS 688/2013, de 30 de septiembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/edf9ac3d9106d0b3/20131014>. ANEXO II.3.(1).*

<sup>203</sup> CASTÍNEIRA PALOU, M.T. y ESTRADA I CUADRAS, A., «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*, Silva Sánchez (dir.), 4<sup>a</sup> Edición, Atelier, Barcelona, 2015, p. 158.

<sup>204</sup> Tal elemento subjetivo del injusto consta en la STS 694/2008, de 6 de octubre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c40a4fb4d579300f/20081204>.

perdón por parte de ésta (art. 201.3 CP), concurren todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

#### 2.4. Sujetos activo y pasivo.

Partiendo de que en el tipo examinado se aplican las normas generales sobre autoría y participación, sujeto activo del mismo puede serlo cualquier persona, mientras que solamente puede ser pasivo el titular de los secretos afectados en cada caso. Si trasladamos lo anterior al caso examinado, Don Aurelio y Don Gabriel llevan a cabo directamente y de forma conjunta todos los elementos del tipo, de modo que ambos deben ser catalogados como coautores del delito (art. 28 CP), pues se cumplen los dos requisitos que a tal efecto exige el TS<sup>205</sup>.

Con respecto a los demás varones, que aparecen en las imágenes pero no las toman directamente, a mi juicio no procede su calificación como coautores, ni como cooperadores necesarios, ni siquiera como cómplices —pues, por ejemplo, no entregaron sus teléfonos móviles para realizar la acción—, ya que la verdadera conducta reprobable penalmente es, precisamente, la captación de las imágenes, de modo que, partiendo de su consentimiento para ser grabados, la perpetración de las relaciones sexuales ya se tiene en cuenta en sede del delito de violación, de modo que su conducta, a efectos de la toma de tales imágenes, no es penalmente reprobable.

En este sentido, si bien considero que no acordaron previamente llevar a cabo la conducta del tipo, opino que simplemente surgió la misma idea en ambos sujetos y decidieron ejecutarla juntos, cada uno con su dispositivo móvil, ya fuera grabando y/o tomando fotografías. A ello debe sumarse que los dos tuvieron el dominio funcional del hecho, pues controlaban la conducta al mismo tiempo y conjuntamente. Asimismo, dado que Doña Paula, como titular de la información íntima, no emitió su consentimiento a tal efecto a ninguno de los agresores, no tiene lugar la causa de exclusión de responsabilidad del autor de los hechos contenidos en el tipo<sup>206</sup>. Ello convierte a Don Aurelio y a Don Gabriel en autores del delito contra la intimidad.

#### 2.5. Grados de ejecución (iter criminis).

---

<sup>205</sup> Vid. STS 210/2007, de 15 de marzo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/9fc20aceb047fc41/20070329>. ANEXO II.4.(1).

<sup>206</sup> Vid. STS 437/2010, de 16 de abril. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ae4e01646481dc42/20100721>.

La consumación del tipo se produce con la captación del sonido, la imagen o cualquier otra señal de comunicación. En relación con esta segunda modalidad del delito, existen dudas doctrinales acerca de si el tipo se consuma con la instalación de tales artificios, o cuando los mismos empiezan a funcionar. Por tanto, y conforme a autores como CASTIÑEIRA PALOU y ESTRADA I CUADRAS<sup>207</sup>, al tratarse de un delito de resultado cortado<sup>208</sup> no es necesario que se descubran los secretos o se vulnere la intimidad de la víctima de forma efectiva.

Aunque no sea necesaria una vulneración efectiva de la intimidad de la víctima —que considero que ha tenido lugar en este caso por la naturaleza de las imágenes captadas y el bien jurídico que ello viola—, el delito contra la intimidad quedó plenamente consumado en el momento en el que Don Aurelio y Don Gabriel captaron las imágenes con sus dispositivos móviles, de modo que sus conductas reúnen todos los elementos exigidos por el CP para la calificación del reseñado delito previsto en sus arts. 197.1 y 197.5.

## 2.6. Requisito de perseguitabilidad.

Para poder proceder contra el reseñado delito es necesario que la persona agraviada por la conducta presente la correspondiente denuncia o, en su defecto, el Ministerio Fiscal, de acuerdo con el art. 201.1 CP. Ahora bien, su ausencia es un vicio subsanable, de conformidad con reiterada jurisprudencia del TS al respecto<sup>209</sup>.

## 3. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA APREHENSIÓN DEL TERMINAL MÓVIL DE DOÑA PAULA.

### 3.1. Bien jurídico protegido.

Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico preservan tanto intereses patrimoniales en sentido estricto, como otros de carácter más amplio que, pese a revestir una evidente connotación económica, tienen una trascendencia social más amplia<sup>210</sup>. En este sentido, podemos definir el patrimonio como un conjunto de derechos

---

<sup>207</sup> CASTIÑEIRA PALOU, M.T. y ESTRADA I CUADRAS, A., «Delitos...», cit., p. 158.

<sup>208</sup> *Vid.* STS 1219/2004, de 10 de diciembre y STS 1045/2011, de 14 de octubre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e977b33bbc0ccaa7/20111107>).

<sup>209</sup> *Vid.* STS 1219/2004, de 10 de diciembre.

<sup>210</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, parte especial*, 20<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 321.

y obligaciones que se refieren a cosas u otras entidades con un valor económico y susceptibles de valoración en dinero, como elementos imprescindibles para poder aplicar la pena correspondiente al tipo cometido. Y ello por cuanto que la característica principal del concepto penal de patrimonio es la protección jurídica que ofrece a la relación de una persona con una cosa, más allá del valor económico de la misma, por lo que podemos concluir que el bien jurídico protegido es ante todo personal, aunque muchas de las relaciones que protege tengan una obvia incidencia en ámbitos socioeconómicos.

Directamente relacionado con el patrimonio está el derecho de propiedad, pues es su manifestación principal. La forma de protección jurídica básica de tal derecho es la sanción de la apropiación o el apoderamiento de la cosa, de modo que los delitos de apoderamiento castigan las acciones de desplazamiento posesorio sobre cosas ajena que generan una situación de hecho en las que el sujeto puede ejercer un dominio concreto sobre las mismas, como si fuera su propietario.

Si bien la doctrina mayoritaria sostiene que el bien jurídico protegido de los delitos de apoderamiento es el derecho a la propiedad, otros autores como MUÑOZ CONDE<sup>211</sup> argumentan que es la posesión, aunque el derecho a la propiedad se ve lesionado indirectamente. En caso de uso de violencia o intimidación, la conducta también lesiona la integridad física o salud de la víctima, así como su libertad. Ahora bien, se tienen en cuenta únicamente los menoscabos a tales bienes jurídicos protegidos que sean más básicos y leves<sup>212</sup>.

### 3.2. Tipo objetivo.

Los delitos de apoderamiento —entre los que figura el robo— exigen normalmente un desplazamiento físico de la cosa objeto de los mismos del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo. Por ello, como primer elemento del tipo objetivo, el agresor ha de «apoderarse» o «tomar» la cosa, de modo que tales delitos requieren un comportamiento físico activo concreto, incluso con medios comisivos violentos o intimidatorios, como es el caso del delito de robo. A la falta de consentimiento del propietario hemos de añadir otro requisito: la cosa apoderada ha de ser mueble y ajena.

---

<sup>211</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, p. 329.

<sup>212</sup> ROBLES PLANAS, R., «Delitos contra el patrimonio (I)», en *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*, Silva Sánchez (dir.), 4<sup>a</sup> Edición, Atelier, Barcelona, 2015, p. 242.

La conducta típica es el apoderamiento, definido por PÉREZ MANZANO<sup>213</sup> como «un comportamiento activo de aprehensión física y desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del sujeto pasivo al del sujeto activo». Si bien tal acción no exige necesariamente que el autor tenga contacto manual con la cosa, sí requiere un desplazamiento físico de la misma, que la traslada de la esfera de dominio de su dueño a la suya propia. En el caso que nos concierne, Don Aurelio cogió el teléfono móvil de la joven de su riñonera, por lo que tiene lugar el acto de apoderamiento una vez abre la cremallera de la misma y lo aprehende con sus manos, tomando posesión del dispositivo. Es decir, él accede al continente en el que se encuentra el terminal y lo toma, sustrayéndolo del poder de la dueña y transmitiéndolo al del nuevo poseedor.

El objeto material del delito es la cosa mueble ajena. «Cosa» es, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, todo objeto material susceptible de apoderamiento y de valoración económica<sup>214</sup>. Ha de tratarse, en consecuencia, de un objeto corporal cuyo valor se pueda cuantificar en dinero, hecho que tiene lugar en el supuesto analizado porque se trata de un teléfono móvil valorado en ciento noventa y nueve euros con noventa y nueve céntimos (199,99 €), que es su valor de mercado. Tal extremo, junto con la titularidad del mismo por parte de Doña Paula, debería acreditarse mediante la presentación de la factura de la operación.

Asimismo, la cosa ha de ser mueble, de modo que debe poder ser movilizada o separada fácticamente del patrimonio del sujeto pasivo al del activo. También ha de ser ajena, en el sentido de que tiene un propietario distinto al sujeto activo del tipo. Ambas circunstancias se cumplen, pues el terminal móvil, propiedad de Doña Paula, es fácilmente movilizado por Don Aurelio.

Finalmente, la cosa ha de ser tomada prescindiendo de la voluntad de su dueño, de modo que, en caso de existencia de la misma, el comportamiento es atípico. El reseñado consentimiento debe ser otorgado por el propietario de la cosa, puede ser expreso o tácito y ha de concurrir en el momento en el que se verifica la acción. Tal extremo no ha tenido lugar en el caso que estamos estudiando, pues la víctima no entregó

---

<sup>213</sup> ALASTUEY DOBÓN, C., «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico I. Hurtos. Robos. Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación», en *Derecho Penal, parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Boldova Pasamar (coord.), Comares, Granada, 2016, p. 346.

<sup>214</sup> *Vid.* SAP Madrid (Sección 3<sup>a</sup>) 97/2006, de 10 de marzo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/43e6602c2f36ffa8/20060518>. ANEXO III.1.(1).

el dispositivo móvil al agresor, sino que lo tomó él, prescindiendo de la voluntad de aquélla porque en ningún momento consintió a ello.

Los caracteres anteriores concurren también en el delito de hurto. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, además de los mismos y como nota distintiva de tal tipo, existe otro elemento más: la intimidación. Por tanto, ante la duda de si los hechos del caso son constitutivos de un delito de hurto, la respuesta es, a juicio de quien emite este dictamen, negativa.

No es necesario definir nuevamente el concepto de intimidación, ya que partimos de la misma noción ya analizada con detalle; simplemente hemos de aplicarla a otra conducta delictiva: el apoderamiento<sup>215</sup>. La única matización a tener en cuenta es que la intimidación propia de los tipos sexuales cometidos por los agresores (y que lesionan, por lo tanto, la libertad sexual de Doña Paula) se mantiene en el tiempo —persiste el contexto intimidatorio— y en tal continuidad pasa a lesionar otro bien jurídico protegido distinto: el patrimonio. En consecuencia, podemos alcanzar dos conclusiones. La primera, que tal valoración repetida de la intimidación como elemento del tipo objetivo de dos delitos distintos no acarrea una infracción del principio *non bis in idem* porque lesionan bienes jurídicos protegidos dispares. La segunda, que la continuidad de la intimidación ambiental que reviste el comportamiento de los agresores hace incompatible calificar el apoderamiento como constitutivo de un delito leve de hurto.

Incidiendo de nuevo en la reseñada intimidación, si bien la concurrencia de personas ya la fundamenta en reiterada jurisprudencia del TS, considero que en el caso en el que nos encontramos concurren más elementos que legitiman la calificación del robo con intimidación en las personas del art. 242 CP. Y ello porque, pese a que solamente realiza el apoderamiento Don Aurelio, los demás sujetos contribuyen asimismo con sus actitudes y comportamientos a que el contexto intimidatorio que crearon desde que introdujeron a Doña Paula en el cubículo en el que tienen lugar los delitos de índole sexual se mantenga y sirva de herramienta para proceder a la aprehensión de su teléfono móvil, prescindiendo de la voluntad de ésta. Sus gestos y sus conductas de sometimiento, su distribución en el reseñado lugar, de muy reducidas dimensiones, y su clara superioridad numérica y de corpulencia son elementos que impiden a la víctima la posibilidad de

---

<sup>215</sup> *Vid.* STS 856/2001, de 9 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ce990e077db24017/20030808>. ANEXO III.1.(2).

oponerse a los mismos, pues logran amedrentarla de tal modo que le infunden un claro y comprensible temor a sufrir más daños si decide actuar.

Doña Paula siente, en consecuencia, un sentimiento de miedo y angustia frente a ese mal que la jurisprudencia del TS ya ha apostillado que no ha de ser necesariamente real, sino que puede ser imaginario. Ahora bien, en el presente caso es perfectamente comprensible que la joven sienta tal desasosiego, especialmente teniendo en cuenta que ya se habían producido las agresiones sexuales, por lo que, pese a que no la amenazan de modo condicional en ningún momento, la atmósfera de constreñimiento no puede pasarse por alto, pues es determinante de la conducta delictiva posterior: tal impacto psicológico que logra causar la intimidación es el medio que emplean los agresores para perpetrar el robo. Este último extremo es de vital importancia, pues el TS, mediante Acuerdo de 21 de enero de 2000 —«cuando la violencia se ejerce durante el proceso de apoderamiento de los bienes sustraídos»—, apuntó que la intimidación debe estar presente en algún momento de la fase ejecutiva del apoderamiento y, en este caso, es el elemento que la hace posible.

En relación con ello, creo que en este caso también sirve como medio para asegurarse la huida, pues Don Aurelio, al apoderarse del dispositivo, restringe gravemente toda comunicación de la víctima con el exterior, de modo que impide sobremanera que la misma obtenga ayuda inmediatamente para emprender las acciones legales oportunas, pues el agresor ha adquirido toda disponibilidad sobre el teléfono<sup>216</sup>.

Descarto, por tanto, la presencia de la violencia en el tipo, basándome en que ninguno de los varones ha llevado a cabo un acometimiento físico agresivo que supusiera el empleo de fuerza física sobre Doña Paula (violencia propia), que es la principal característica de este elemento. Tampoco han empleado la modalidad de violencia impropia<sup>217</sup>, que constriñe la voluntad de la víctima mediante narcóticos o técnicas de hipnosis. En consecuencia, dada la ausencia de coacción ejercida sobre el cuerpo de la víctima, rechazo la procedencia del delito de robo con violencia.

### 3.3. Tipo subjetivo.

---

<sup>216</sup> *Vid.* STS 1555/2001, de 10 de septiembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/34c768b9a8aa3b18/20030808>. ANEXO III.1.(3).

<sup>217</sup> *Vid.* STS 1332/2004, de 11 de noviembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/bea493e2b25e6556/20041211>.

En el delito de robo coexisten el dolo y otro elemento subjetivo de lo injusto, el ánimo de lucro. El primero de ellos tiene lugar en el supuesto examinado porque Don Aurelio actúa con conciencia y voluntad de tomar una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueña. Podemos llegar a tal conclusión si atendemos a que es perfectamente consciente de lo que es un robo en cuanto a sus consecuencias jurídicas se refiere, además del hecho de tratarse de una norma social de convivencia básica y de conocimiento general que «no debemos coger algo que es de otra persona sin su permiso». Si bien puede resultar un argumento obvio, no es sino una forma de acreditar con meridiana claridad su voluntad de realización de la conducta cuando, pese a lo anterior, abre la riñonera de Doña Paula y se apodera de su móvil.

El TS ha definido el ánimo de lucro como cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que pretenda obtener el agresor<sup>218</sup>. La doctrina (QUERALT JIMÉNEZ o ROBLES PLANAS)<sup>219</sup>, sin embargo, acota esta concepción tan amplia, definiéndolo como la predeterminación del agresor de actuar con el fin de obtener una ventaja patrimonial a partir de la apropiación de la cosa mueble ajena susceptible de valoración económica.

Volviendo a la cuestión que nos ocupa, Don Aurelio se apodera del terminal móvil de Doña Paula con el fin de obtener una ganancia patrimonial, pues se deshace de la tarjeta SIM y de la tarjeta de memoria del mismo, quedando claro por tanto que no lo toma para utilizarlo. Ambas son las razones que le conducen a tomar la cosa con finalidad de apropiársela, de modo que concurre el ánimo de lucro que exige el tipo.

### 3.4. Sujetos activo y pasivo.

Este delito admite todas las formas de participación. Los supuestos de coautoría pueden plantear problemas y, dado que en el supuesto de hecho concurre una pluralidad de agresores, debemos analizarlo con detalle.

Pese a que solamente Don Aurelio acomete directamente la conducta prevista en el tipo, los restantes agresores coadyuvan de modo muy relevante a lograr la intimidación

---

<sup>218</sup> *Vid.* STS de 21 de abril de 1989 (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e6aac75527f217bd/19960108>) —ANEXO III.2.(1)—, STS de 31 de enero de 1996 (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/8198d308eaaf7717/20030918>) y STS 416/2007, de 23 de mayo (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/154d08a42fa44246/20070614>) —ANEXO III.2.(2)—.

<sup>219</sup> ALASTUEY DOBÓN, C., «Delitos contra el patrimonio...», cit., p. 333.

que envuelve la atmósfera en la que tienen lugar los hechos delictivos y que determina que Don Aurelio pueda apoderarse del dispositivo móvil de Doña Paula, sujeto pasivo del tipo por ser su propietaria, sin que la misma opusiera resistencia, como consecuencia de la intimidación presente. Considero que tal contexto es indispensable en el caso, por lo que debe ser tenido en cuenta cuidadosamente.

El TS ha reiterado en numerosas resoluciones que para hablar de la coautoría no es necesario que todos los intervenientes realicen todos los elementos del tipo, sino que basta con que sus aportaciones se integren en un plan común<sup>220</sup>. Sin embargo, en mi opinión, en el supuesto analizado ninguno de los demás intervenientes participa de ese plan común en cuanto a lo que el apoderamiento del teléfono se refiere, por lo que su participación en el delito de robo no puede ser la de autor (art. 28 CP), pues no concurre la figura del «pactum scaeleris»<sup>221</sup>, sino la de cooperador necesario: es Don Aurelio quien, valiéndose del clima intimidatorio creado con los demás sujetos y presente en el referido cubículo —que le permite ejecutar el delito de robo— decide por su cuenta<sup>222</sup> tomar el dispositivo sin el consentimiento de ésta, todo ello siendo él el único que tiene el dominio funcional del hecho, sin la presencia de una estrategia anteriormente establecida y sin dirigir la conducta de los demás varones<sup>223</sup>. La participación de los mismos debe ser calificada de cooperación necesaria porque el hecho que tiene lugar (el robo) es ajeno a ellos, pero aportan un elemento que, a mi juicio, es indispensable para su ejecución: la intimidación<sup>224</sup>.

### 3.5. Grados de ejecución (*iter criminis*).

Existen varias teorías doctrinales y jurisprudenciales sobre la consumación del delito de robo: «contrectatio», «aprehensio», «ablatio» e «illatio»<sup>225</sup>. Debemos decantarnos por esta última, que determina que es necesario que la cosa quede a la entera disposición del sujeto activo, en el sentido de que se incorpore a su patrimonio como

---

<sup>220</sup> *Vid.* STS 416/2007, de 23 de mayo. ANEXO III.3.(1).

<sup>221</sup> *Vid.* STS 416/2007, de 23 de mayo. ANEXO III.3.(1).

<sup>222</sup> *Vid.* STS 265/2018, de 31 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/c8c721247f90e446/20180705>. ANEXO III.3.(2).

<sup>223</sup> *Vid.* STS 1478/2001, de 20 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f658299a0c2cb07e/20031203>. ANEXO III.3.(3).

<sup>224</sup> En este sentido se pronuncia el TS para calificar la cooperación necesaria en STS 213/2007, de 15 de marzo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/13b97601a77ddaf2/20070531>. ANEXO III.3.(4).

<sup>225</sup> *Vid.* STS 1150/2003, de 19 de septiembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/40d6431f4bb2685a/20031011>. ANEXO III.3.(5).

consecuencia del apoderamiento y siendo suficiente con la posibilidad de disposición de la misma.

En cuanto al caso analizado, el delito de robo con intimidación queda consumado en el momento en el que Don Aurelio aprehende el teléfono móvil de la joven sin su consentimiento y puede disponer del mismo. De este último punto no hay duda, pues abandona el edificio en el que tuvieron lugar los hechos portándolo sin ningún problema, resultando indiferente a efectos de la realización del tipo que posteriormente tratase de deshacerse del terminal.

#### 4. CONSENTIMIENTO Y MEDIOS DE PRUEBA.

La falta de consentimiento del sujeto pasivo en la práctica sexual es un elemento determinante de la comisión del correspondiente delito contra la libertad e indemnidad sexuales, extremo vital si la víctima decidiera emprender acciones penales frente a los agresores. La prueba de la misma puede resultar complicada, pero es necesaria para defender la perpetración del tipo.

Existe una amplísima jurisprudencia del TS sobre la validez del testimonio de la víctima como única prueba condenatoria en el supuesto de realización de uno de los delitos citados, incluso cuando la misma es menor de edad. Como ejemplo de ello, la STS 882/2008, de 17 de diciembre<sup>226</sup><sup>227</sup> reza así:

«Es bien sabido que la declaración incriminatoria de la víctima del delito, practicada con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción de los jueces para la determinación de los hechos del caso [...].».

Lo anterior encuentra su fundamentación en el DF a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, más concretamente, en su apartado segundo, que recoge el derecho a un proceso con todas las garantías. Ello debe ponerse en conexión con lo establecido en la STC

---

<sup>226</sup> STS 882/2008, de 17 de diciembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/06aa64a8930791f3/20081230>.

<sup>227</sup> En la misma línea se pronuncian la STS 129/2008, de 26 de diciembre (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f133199fba7ff68a/20080424>), STS 129/2009, de 10 de febrero (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/7400437c2cc7e075/20090312>) y STS 203/2009, de 11 de febrero (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/090a6bea17b19ad0/20090318>).

195/2002, de 28 de octubre<sup>228</sup>. En su virtud, si la referida prueba se practica con las garantías debidas, tiene pleno valor para fundamentar la correspondiente sentencia condenatoria y evitar así la impunidad del delito contra la libertad e indemnidad sexuales perpetrado.

El TS exige tres requisitos necesarios para que la misma enerve la presunción de inocencia del presunto agresor, constituyéndose, así, como prueba de cargo suficiente: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación<sup>229</sup>.

En cuanto al primero de ellos, consiste en que las relaciones entre el acusado y la víctima que fueran previas a la conducta delictiva no deben influir en la declaración de la misma, ya que restarían credibilidad a su testimonio, poniendo de relieve la existencia de un posible móvil espurio, interesado, de enemistad, de enfrentamiento, de venganza o de resentimiento entre ambos que daría lugar a una acusación falsa.

La segunda condición es la verosimilitud del testimonio del sujeto pasivo, que ha de estar rodeado de corroboraciones objetivas y periféricas presentes en el caso, de modo que la comisión del delito (o delitos) se sustente en datos añadidos a la declaración de la víctima. En este sentido, el hecho de que existan señales físicas no es, por sí mismo, suficiente para creer su versión acerca de que la relación sexual objeto de análisis no fue consentida<sup>230</sup>. El estrés postraumático del sujeto pasivo —presente en el caso— sí se ha aceptado como indicio de corroboración de tal versión<sup>231</sup>.

Finalmente, el último elemento que ha de revestir el testimonio de la víctima es la persistencia en la incriminación del agresor, que ha de ser prolongada en el tiempo y plural, así como expresada de forma reiterada, sin contradicciones, ni ambigüedades, sobre extremos o elementos esenciales del caso<sup>232</sup>. En consecuencia, tal declaración ha de ser precisa, coherente, concreta, seguir un hilo lógico y contener los detalles que toda

---

<sup>228</sup> STC 195/2002, de 28 de octubre. Fuente: BOE. Enlace: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/4731>. ANEXO IV.(1).

<sup>229</sup> *Vid.* STS 939/2008, de 26 de diciembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7d4a9b427c6476f0/20090205>. ANEXO IV.(2).

<sup>230</sup> *Vid.* STS 648/2010, de 25 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/c16baf9dadb2718a/20100812>.

<sup>231</sup> *Vid.* STS 35/2014, de 28 de enero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d46762707803e855/20140224>.

<sup>232</sup> La SAP Barcelona (Sección 5<sup>a</sup>) de 1 de julio de 1999 (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f6ab58e08f980de8/20050113>) absuelve al acusado por carecer la declaración de la parte actora del requisito de la persistencia en su incriminación.

persona en la misma situación que ésta incluiría en su exposición, dada su especial relevancia para enervar la presunción de inocencia<sup>233</sup>.

En el supuesto objeto de dictamen la declaración de la víctima es fundamental para sostener la valoración jurídica del *factum* que esta parte ha realizado, pues sus únicos testigos son sus propios participantes. Por tanto, para lograr enervar la presunción de inocencia de los agresores sería esencial preparar una buena declaración, que tratase con detalle cada punto integrante de los delitos calificados.

A mi juicio, los puntos más importantes a probar con tal declaración son la existencia del contexto intimidatorio y la ausencia de consentimiento de la víctima, pues los actos sexuales realizados constan en las fotografías y vídeos tomados, por lo que tras el correspondiente volcado de los dispositivos móviles que los contenían tal extremo quedaría acreditado —habiéndose constatado ya, mediante el análisis del semen recogido, la coincidencia entre la identidad de los agresores y del titular del semen, por un lado, y el bloqueo corporal y psicológico de la víctima causado por el contexto intimidatorio presente durante los hechos, con el correspondiente dictamen pericial psiquiátrico, por otro—. También contribuirían a probar el reseñado delito contra la libertad sexual, al recoger con detalle las referidas imágenes de contenido sexual, que deberían ser aportadas y posteriormente visionadas en el acto del juicio (artículos 382 y siguientes LECrim).

Conviene tener en cuenta, además, que, pese a la inexistencia de testigos de los hechos delictivos, sería conveniente solicitar la declaración testifical del equipo policial que asistió a la víctima en primer lugar, así como a la pareja que la avistó y al dueño del hotel que se negó a ofertar una habitación a los implicados. Si bien no presenciaron los hechos que motivan la emisión del presente dictamen, sí vislumbraron aspectos periféricos, pero no por ello banales, tales como el estado de la víctima y el comportamiento de los agresores.

En cuanto al robo del terminal móvil, y ante la ausencia de grabaciones sobre este extremo, la declaración de la víctima revestiría, nuevamente, especial importancia. Deberíamos asimismo conectarla con el interrogatorio practicado a los agresores en sede de juicio, especialmente orientado a aclarar por qué apareció tal dispositivo junto con los escombros de una obra en la ciudad de Pamplona, así como el motivo por el cual Don

---

<sup>233</sup> *Vid.* STS 507/2008, de 21 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/70f6e658599f20b7/20080807>. ANEXO IV.(3).

Aurelio despojó el teléfono de las tarjetas SIM y de memoria, pues considero que los reseñados extremos clave para dejar constancia de la aprehensión del teléfono y el ánimo de lucro del agresor.

## 5. RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*.

### 5.1. Introducción.

Junto con el ejercicio de la acción penal mediante la acusación particular, es menester plantear a Doña Paula la interposición de la acción civil, de acuerdo con el principio *alterum non laedere*, que establece el deber de reparación de quien causa un daño. Frente a ello, la joven deberá decidir si desea o no ejercitárla, por cuanto que la misma está regida por el principio dispositivo<sup>234</sup>.

Si la accede en acumular ambas acciones, la sentencia que emita el Juez penal para resolver el caso incluirá todas las cuestiones suscitadas, incluyendo la eventual responsabilidad civil derivada de delito, en virtud del art. 742.II del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) y produciendo efectos de cosa juzgada. Ahora bien, si se reserva su interposición, no podrá ejercitárla hasta que concluya el proceso penal correspondiente y, si ya se ha iniciado el proceso civil, éste quedará suspendido hasta que termine aquél (arts. 114 LECrim y 40.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC—)<sup>235</sup>. En definitiva, esta parte aconsejaría a la víctima el ejercicio conjunto de ambas acciones, especialmente por la clara viabilidad que a mi juicio reviste la acción penal, así como por razones de economía procesal.

### 5.2. Contenido.

De acuerdo con lo previsto en los arts. 109.1 y 116.1 CP, la responsabilidad civil *ex delicto* es una parte de la responsabilidad civil extracontractual caracterizada por nacer como consecuencia de un hecho penalmente reprobable, y determinar la obligación de

---

<sup>234</sup> SAP Burgos (Sección 1<sup>a</sup>) 43/2015, de 2 de febrero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9245192931022ed0/20150311>. ANEXO V.(1).

<sup>235</sup> Si Doña Paula no plantease la acción civil, el Ministerio Fiscal lo haría de oficio, salvo que ella comunicase la reserva de tal acción para ejercitárla ante los Tribunales Civiles (arts. 108, 112 y 650 LECrim, 109.2 CP y 124.1 CE). La razón de ser de tal extremo radica en la legitimación derivada o por sustitución de la que es titular este órgano, de acuerdo con la STS de 12 de mayo de 1990. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/20eb8393af366dc9/19960107>.

resarcir los daños y perjuicios patrimoniales y morales acaecidos como consecuencia del hecho delictivo. En su virtud, Doña Paula tiene derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados de los ilícitos penales cometidos contra su persona, a la vez que plantea la acción penal, de acuerdo con lo establecido en los arts. 100 y ss. LECrim.

Por tanto, queda claro que la obligación de reparar los daños causados persiste aun cuando la conducta a la que se asocian sea un tipo penal. En este sentido, y de acuerdo con el art. 109 CP, esta obligación se rige por las normas propias del Derecho de daños<sup>236</sup>. Ello supone, en consecuencia, aplicar el art. 1.902 CC —pues no existe ninguna diferencia sustancial entre la responsabilidad extracontractual general del art. 1902 CC y la responsabilidad civil *ex delicto*<sup>237</sup>—, del cual se extrae que los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual son la acción o la omisión culposa o negligente, el daño y la relación de causalidad entre ambos<sup>238</sup>.

En el caso que nos ocupa, la acción u omisión causante del daño está integrado por las conductas constitutivas de delito. El daño consiste en los menoscabos que padece la víctima, causados directamente por la comisión de los tipos concurrentes. En consecuencia, existe el nexo causal entre el primero y el segundo de los elementos anteriores, que se detallará a continuación.

Tal responsabilidad civil comprende tres elementos (*ex art. 110 CP*, en conexión con los arts. 1.101 y 1.106 CC): la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Si bien en el caso objeto de dictamen debemos descartar la concurrencia de los dos primeros<sup>239</sup><sup>240</sup>, el tercero sí merece ser analizado. El mismo se refiere al resarcimiento por el equivalente, abarcando, por tanto, los daños materiales y los patrimoniales, y ello con independencia de si su destinatario es el agraviado, sus familiares o terceros.

---

<sup>236</sup> BUSTO LAGO, J.M., *Lecciones de responsabilidad civil*, 2<sup>a</sup> Edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 173.

<sup>237</sup> DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999., p. 278.

<sup>238</sup> De acuerdo con REGLERO CAMPOS, tales elementos son «Una conducta activa u omisiva del agente del daño; un criterio de imputación». Referencia bibliográfica: REGLERO CAMPOS, L.F., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, 5<sup>a</sup> Edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 71.

<sup>239</sup> El único bien susceptible, *a priori*, de ser restituido sería, en todo caso, el terminal móvil robado, pero debemos descartar tal extremo porque Don Aurelio, tras aprehenderlo, se despojó del mismo y fue recuperado, por lo que no hay ningún objeto a restituir. Tampoco procede reparar el daño mediante una obligación de dar, hacer o no hacer, sino mediante el abono de la correspondiente indemnización (art. 111 CP). Referencia bibliográfica: ALASTUEY DOBÓN, C., «Consecuencias...», cit., pp. 224 – 225.

<sup>240</sup> *Vid.* STS de 31 de enero de 1989. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3df6571f193f23d1/19960108>. ANEXO V.2.(1).

### 5.3. El daño moral: prueba y valoración.

En el *factum* analizado, Doña Paula sufre únicamente un daño patrimonial, ya que tuvo que hacer frente al pago de los gastos irrogados al Servicio Navarro de Salud y que ascienden a los mil quinientos treinta y un euros con treinta y siete céntimos (1.531,37 €), ya que fue atendida por los servicios médicos públicos de una Comunidad Autónoma distinta a aquella en la que la joven es beneficiaria de tal cobertura médica<sup>241</sup>.

También padece daños morales, definidos como un sufrimiento o padecimiento psíquico que puede producir una conducta<sup>242</sup>. El concepto de daño moral deriva de la idea del *preium doloris*<sup>243</sup>, noción compuesta por todos los padecimientos físicos y psicofísicos que padece la víctima<sup>244</sup>. Tal construcción es una de las categorías que el TS considera susceptibles de alegación en orden a indemnizar el daño moral.

Trasladando lo anterior al caso, los daños morales susceptibles de valoración, en relación con su eventual resarcimiento, son los padecidos como consecuencia de los delitos contra la intimidad y contra la libertad sexual, pues afectan a los derechos de la personalidad, de acuerdo con el criterio al que alude el TS en las resoluciones citadas anteriormente, así como DÍEZ PICAZO<sup>245</sup>. Concretamente, los mismos han derivado en un trastorno de estrés postraumático, causante de secuelas tales como la pérdida de agrado de la víctima<sup>246</sup>, el perjuicio causado a su vida sexual<sup>247</sup> y el perjuicio juvenil<sup>248</sup>. Este trastorno es la manifestación más habitual de este tipo de daños y consiste en una reexperimentación de un acontecimiento estresante y extremadamente traumático, en el que la persona vive hechos que representan un peligro real para su vida, o cualquier otra amenaza para su integridad física o para la de otras personas<sup>249</sup>.

---

<sup>241</sup> *Vid.* art. 3.4 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de salud.

<sup>242</sup> STS 90/2012, de 10 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/0e470ee77e1b3271/20120525>. ANEXO V.3.(1).

<sup>243</sup> DÍEZ PICAZO, L., *Derecho...,* cit., p. 327.

<sup>244</sup> STS 810/2006, de 14 de julio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/60ba2b5cd888dc6c/20060803>.

<sup>245</sup> DÍEZ PICAZO, L., *Derecho...,* cit., p. 328.

<sup>246</sup> SAP Madrid (Sección 13<sup>a</sup>) 38/2008, de 28 de enero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cf8f00d4e55a46b9/20080424>.

<sup>247</sup> SAP Asturias (Sección 5<sup>a</sup>) 264/1998, de 25 de mayo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6e2ba1207d415efd/20050203>.

<sup>248</sup> SAP Toledo (Sección 1<sup>a</sup>) 28/2000, de 6 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e3bf05bb83379d8f/20040805>.

<sup>249</sup> GIL IÑIGUEZ, A., «Intervención en un caso de trastorno de estrés postraumático por violencia sexual», en *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, Vol. 3, nº. 1, enero de 2016, p. 75.

El primer gran problema de este tipo de daños estriba en su prueba. Para ello, es absolutamente indispensable fijar el nexo causal entre la acción u omisión acaecida y el daño correspondiente. Tal relación de causalidad es analizada en base al criterio de la proximidad del acontecimiento, de acuerdo con el cual el nexo causal no se puede fundar en conjeturas o posibilidades, correspondiendo al Juez valorar su certeza<sup>250</sup>. Ello supone la necesidad de probar la causa del daño<sup>251</sup>.

En consecuencia, en el supuesto analizado se cumple el esquema anterior, por cuanto que los delitos perpetrados causan a Doña Paula una serie de daños morales materializados en el trastorno de estrés postraumático que padece, de modo que se cumplen los presupuestos para exigir la responsabilidad civil correspondiente.

El Alto Tribunal establece que, si bien no existe previsión expresa sobre la valoración económica del daño moral, ello no es óbice para que exista la obligación de su indemnización, en orden a compensar el sufrimiento padecido<sup>252</sup> y determina la libertad del Juez<sup>253</sup> para valorar el daño y fijar el quantum indemnizatorio

A propósito de lo anterior, debemos realizar una matización. Si bien los daños morales derivados de la violación no están previstos en ninguna norma específica, ello no impide su indemnización, que procederá conforme a la vía ya indicada del artículo 1.902 CC. Ahora bien, en cuanto a los dimanantes de la grabación y fotografía del acto sexual, existe a tal efecto un régimen especial regulado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar (en adelante, LOPDHIPFPI, todo ello en conexión con el artículo 115 CP).

La lesión de tales DDFF supone la correspondiente indemnización, *ex artículo 9.3 LOPDHIPFPI*. Concretamente, en el caso ante el que nos hallamos, concurre una clara intromisión ilegítima a la propia imagen de Doña Paula cuando se captan las imágenes y vídeos de las relaciones sexuales mantenidas con los agresores prescindiendo de su consentimiento, ya que se cumple lo previsto en el artículo 7 LOPDHIPFPI. Así, y de

---

<sup>250</sup> STS 1123/2001, de 30 de noviembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/544490e59d7cdf11/20030808>.

<sup>251</sup> STS 581/2002, de 7 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2d4f8f0fc1734202/20031203>.

<sup>252</sup> STS de 31 de mayo de 1983. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e04d286f01381c36/19960114>.

<sup>253</sup> STS de 25 de junio de 1984. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0c7f7201115fde08/19960113>. ANEXO V.3.(2).

acuerdo con el TS, los daños morales causados deben ser indemnizados en la forma prevista por la citada LO<sup>254</sup>.

Para proceder a la acreditación de los daños morales indicados, esta parte sostiene que la mejor vía a la que recurrir es la emisión de un dictamen pericial por un especialista en la materia, que en este caso es un profesional de la medicina especializado en psiquiatría. Más concretamente, dado el elevado coste de tal dictamen, la mejor opción es solicitar su elaboración al Instituto de Medicina Legal. Tal profesional debería analizar el citado trastorno que presenta Doña Paula, así como sus secuelas, y valorar su repercusión en sus estudios, su capacidad de adaptación y su relación con terceros, no solamente a nivel sexual, sino social, es decir, a un nivel mucho más básico de las relaciones humanas.

Pese a la no obligatoriedad del informe pericial<sup>255</sup> —pues el daño se considera acreditado si se puede constatar a partir de los hechos probados (STS 105/2005, de 29 de enero, ya citada)—, considero que su presentación supone dotar de más peso el testimonio de la víctima, en orden a facilitar al Tribunal la convicción sobre la ausencia de consentimiento en las relaciones sexuales objeto del caso, dada la inexistencia de testigos, más allá de los propios participantes en las mismas, de modo que lo que está en juego es la palabra de una parte contra la otra. Por tanto, recomendaría encarecidamente a Doña Paula su presentación.

El segundo gran problema de los daños morales es el de su valoración o cuantificación. Para abordar tal extremo, hemos de incidir nuevamente en la distinción realizada con anterioridad.

En cuanto a los daños morales derivados de la violación, dada la falta de regla valorativa en el art. 1.902 CC, podemos concluir que estos perjuicios no admiten una valoración basada en criterios objetivos, pues lo que se valora es el menoscabo que la infracción del DF a la libertad sexual causa en la dignidad de la perjudicada<sup>256</sup>. En consecuencia, su cuantificación queda al arbitrio del Juez<sup>257</sup>, siendo la aplicación

---

<sup>254</sup> STS 201/2012, de 26 de marzo. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/218a7f8d97cb6e70/20120410>. ANEXO V.3.(3).

<sup>255</sup> STS 733/2016, de 5 de octubre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/98e2da0c3f108e10/20161014>.

<sup>256</sup> STS 434/2017, de 15 de junio. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f996c2b335226ea5/20170623>.

<sup>257</sup> Vid. STS 125/2018, de 15 de marzo (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/8330708/Concurso/20180323>) —ANEXO V.3.(4)— y

analógica del baremo previsto en el Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, meramente orientativa<sup>258</sup> y facultativa para el juzgador<sup>259</sup>. Por tanto, para su efectiva aplicación, deberíamos partir de la valoración de la víctima realizada por el correspondiente perito médico, que asignará una correspondencia en puntos a cada menoscabo, a los que el citado baremo asigna un *quantum* indemnizatorio.

Por último, por cuanto ataña al daño moral causado por la intromisión ilegítima a la intimidad de la víctima, la jurisprudencia ha recurrido —dada la ausencia de criterio expreso en el artículo 9.3 LOPDHIPFPI— a criterios tales como las circunstancias del caso<sup>260</sup>, la gravedad de la lesión producida<sup>261</sup> o el beneficio que el causante de la misma haya obtenido en su virtud<sup>262</sup>. De todos ellos, merecen especial consideración los dos primeros, por resultar más apropiados en este caso. En su virtud, esta parte sostiene que procede tener en cuenta el contexto en el que se llevó a cabo la toma de imágenes, su carácter íntimo y el número de personas a las que se difundieron. En relación a este último punto, el volcado de los dispositivos móviles en los que tales imágenes fueron contenidas arrojaría luz y permitiría su valoración en cifras económicas.

Finalmente, como víctima de un delito de violación, esta parte aconsejaría a Doña Paula la solicitud de la ayuda pública prevista en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (*ex arts. 1 y 2 de tal Ley*), dado que, de acuerdo con el motivo II de la Exposición de motivos de tal norma, tal ayuda es un concepto totalmente independiente a la reseñada indemnización.

#### 5.4. Responsables civiles.

---

SAP Oviedo (Sección 2<sup>a</sup>) 191/2018, de 19 de abril —ANEXO V.3.(5)— (fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/4c9c5b4c655ea397/20180502>).

<sup>258</sup> STC 178/2014, de 3 de noviembre. Fuente: BOE. Enlace: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/24170>.

<sup>259</sup> STS 1104/2006, de 20 de diciembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4700a6ad274da8f5/20070125>.

<sup>260</sup> STS 1138/2008, de 21 de noviembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/27b62e629136dfb4/20081218>.

<sup>261</sup> STS 962/2011, de 9 de febrero. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/48e00e1ca404fe38/20120420>.

<sup>262</sup> STS 540/2014, de 25 de septiembre. Fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/436d7925c5fc4846/20141111>.

En caso de pluralidad de responsables, como ocurre en el *factum*, el art. 116.2 CP (en conexión con los arts. 1.137 y ss. CC) establece la solidaridad de su responsabilidad. Si bien tal precepto no detalla cómo determinar la cuota de cada uno de ellos, para ello deberemos valorar su grado de participación<sup>263</sup>.

Dado que en el supuesto analizado todos los agresores y correspondientes responsables penales intervienen en calidad de autores de los delitos sujetos a responsabilidad civil, todos responderán en la misma proporción, es decir, del total de tal responsabilidad. En consecuencia, Doña Paula podrá, por estar legitimada activamente como perjudicada<sup>264</sup>, proceder contra todos a la vez o contra cualquiera de ellos para lograr el pago de la misma, exigiendo la integridad de la cuantía.

## 6. CUESTIONES PROCESALES

Una vez verificada la viabilidad que, a mi modo de ver, plantea iniciar un proceso penal frente a los agresores que acometieron contra Doña Paula, es preciso tener en cuenta una serie de cuestiones procesales que a continuación se desgranan.

Para ello debemos tomar como punto de partida que carece de sentido plantear el recurso a una técnica alternativa de resolución de conflictos, pues nos hallamos ante una materia propia del Derecho Penal, de modo que no ha lugar a la aplicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, *ex art. 2.2.a*).

### 6.1. Jurisdicción y competencia.

El órgano competente para conocer y fallar del eventual ejercicio de acciones sería la AP de Navarra, pues conforme a los arts. 9.3 y 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), al hallarnos ante una causa criminal no relativa al ámbito castrense, la jurisdicción corresponde a los órganos jurisdiccionales penales españoles, ya que los hechos delictivos han acaecido en España.

El art. 14.4 LECrim señala que la instrucción del procedimiento correspondería al Juzgado de Instrucción de Pamplona, por ser éste el lugar en el que se cometieron los

---

<sup>263</sup> *Vid.* STS 318/2003, de 7 de marzo. fuente: CENDOJ. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/de0198153438bfab/20030927>.

<sup>264</sup> ARMENTA DEU, M.T, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 9<sup>a</sup> Edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 138.

hechos constitutivos de delito. El apartado 4 del citado precepto atribuye el conocimiento y fallo de la causa a la AP de tal ciudad, pues la pena correspondiente al delito más grave de entre los cometidos tiene una duración superior a 5 años (art. 179 CP) y todos ellos han sido cometidos en la citada localidad.

Asimismo, tales órganos asumirían el conocimiento de la acción civil, pues los órganos jurisdiccionales de lo Penal tienen jurisdicción y competencia para conocer de la acción civil derivada de delito, pues ésta se acumula a la acción penal<sup>265</sup> (arts. 112 y 742. II LECrim). Ambas pueden plantearse, pues no se ha cumplido el plazo de prescripción de los delitos perpetrados, *ex arts.* 131.1, 132.2 CP y 1964.2 CC.

### 6.2. Tipo de procedimiento.

Para determinar el tipo de procedimiento a seguir debemos partir de la pena que en abstracto prevea el CP. Dado que nos encontramos ante varios delitos, hemos de atender al marco penológico previsto para el más grave. En el *factum*, el mismo se corresponde con el delito de violación, castigado con una pena privativa de libertad de 6 a 12 años (art. 179 CP, en conexión con los 13.1 y 33.2.b). Por ello, y en conexión con el art. 757 LECrim, partiendo del hecho de que la misma excede del límite de «[...] hasta nueve años [...]» que éste recoge, deberíamos seguir el procedimiento ordinario.

### 6.3. Iniciación del procedimiento.

El medio a emplear para dar comienzo al procedimiento penal es, a juicio de esta parte, la correspondiente denuncia, *ex arts.* 259 a 269 LECrim. La *notitia criminis* puede llegar a conocimiento de las autoridades por esta vía, dado que no nos hallamos ante ningún delito perseguible únicamente mediante querella, conforme a lo dispuesto en el CP. Es más, el propio art. 191 CP determina la necesidad de denuncia de la víctima o de su representante legal para perseguir los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (y, en su caso, querella del MF).

A propósito de lo anterior, la asistencia letrada será necesaria a continuación de la presentación de la denuncia ante la AP de Pamplona, cualquier cuerpo de policía o miembro del MF (arts. 259, 262, 264 y 773.2 LECrim). El nombramiento de procurador será necesario en sede de juicio oral (art. 784.1 LECrim).

---

<sup>265</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 296.

#### 6.4. Costas.

Los gastos con los que necesariamente deberá contar Doña Paula si decide iniciar el correspondiente proceso penal son los honorarios de abogado, procurador y perito (salvo que decida que este último sea judicial). Tales partidas serían asimismo tenidas en cuenta en materia de costas, *ex art.* 241 LECrim, así como el coste del papel sellado utilizado en la causa, el importe de las indemnizaciones correspondientes a los testigos que las reclamen y demás cuantías devengadas en fase de instrucción.

No obstante lo anterior, esta parte considera que el *factum* reviste viabilidad suficiente para lograr la estimación de la acusación, de modo que Doña Paula cuenta con escasos visos de padecer una condena en costas (arts. 240.2 LECrim y 123 CP).

## VII. CONCLUSIONES.

Como parte final del presente dictamen, procedo a sintetizar de forma breve sus puntos más importantes, a modo de corolario, y sin el ánimo de ser reiterativa.

En primer lugar, y dada la contundente connotación sexual que envuelve los acontecimientos que terminaron dando lugar al mediático caso de «La Manada», debemos examinar las consecuencias jurídicas de las relaciones sexuales que los agresores mantienen con la víctima sin su aquiescencia. Para ello, partiendo del claro ataque a la libertad sexual de la joven que ello supone, hemos de valorar la diferencia existente entre los delitos de agresión y abuso sexual.

La agresión sexual consiste en la realización de un atentado que una persona realiza contra la libertad sexual de otra, valiéndose del uso de violencia o intimidación para imponer su voluntad y sin contar con el consentimiento del sujeto pasivo. En el tipo de abuso sexual, pese a que el agresor, de nuevo, procede contra la víctima con intención lasciva, ésta sí puede emitir un consentimiento —viciado— y el sujeto activo no utiliza ninguno de los citados medios comisivos para proceder al acometimiento.

Aunque la diferenciación entre ambas figuras parece clara, ello se torna más complicado en el momento en el que el agresor constricta psicológicamente a la víctima para satisfacer sus deseos sexuales. Es en relación con el punto anterior en el que entran en confrontación dos figuras: la intimidación propia de la agresión y el prevalimiento constitutivo de abuso sexual. Ambas comparten similitudes y su disociación depende de muy pequeños matices, pero las consecuencias jurídicas de aplicar una u otra son realmente notables. Por tanto, su estudio ha de ser extremadamente concienzudo en un caso límite como en el que nos encontramos.

Podemos definir la intimidación como el anuncio de un mal, de palabra o de obra, de causar un mal inminente, grave, racional y fundado, que es capaz de anular los resortes defensivos del sujeto pasivo, pues su capacidad volitiva resulta gravemente perjudicada y sus opciones de resistencia, totalmente anuladas. De este modo, la intimidación es el medio del que se sirve el sujeto activo para imponer su propósito sexual, por lo que el pasivo no consiente a ello en ningún momento.

El prevalimiento, por su parte, supone asimismo la aplicación de presión psicológica sobre la víctima, a partir del desnivel notorio entre las partes, que desemboca

en una superioridad manifiesta frente al sujeto pasivo, del que el agresor se aprovecha claramente para coartar la libertad sexual de aquélla y obtener, así, su consentimiento.

Pues bien, una vez puntualizado tal extremo, debemos incidir en que la relevancia jurídica del *factum* se inicia, a efectos penales, en el momento en el que Doña Paula entra en el edificio en el que se produjeron los hechos. Pese a que la joven no accedió por decisión propia, el hecho de que dos personas estirasesen de sus manos para hacerla entrar no reviste un uso de la fuerza de entidad suficiente como para considerarlo constitutivo de violencia. Sin embargo, a partir de ese momento los cinco varones intervenientes crearon un clima de constreñimiento psicológico que fue más allá de la mera superioridad o desnivel notorio entre las partes, propio de la figura del prevalimiento, y que fue el motivo por el que se consumaron las relaciones sexuales, a pesar de la no verbalización de una amenaza explícita a tal efecto. Si a tal diferencia de magnitudes añadimos la ausencia de consentimiento expreso o tácito al comportamiento sexual por parte de la víctima, debemos descartar la calificación del *factum* como constitutivo de un delito de abuso sexual con prevalimiento, en favor de un concurso de normas entre el tipo de agresión sexual y el de violación —dado que la joven fue penetrada por vía vaginal, anal y bucal—, a resolver en favor de este último en virtud del principio de consunción.

Para llegar a tal pronunciamiento, me baso en que la víctima no pudo decidir cómo, cuándo y con quién mantener una relación sexual, sino que ello le fue impuesto por cinco personas de más edad, mayor corpulencia, en un espacio de muy reducidas dimensiones en el que se encontraba acorralada y sin posibilidad alguna de huir o pedir ayuda, coartando de forma absoluta su libertad sexual y neutralizando su poder de oposición. Todo ello creó un contundente y hostil contexto coercitivo que no puede pasarse por alto, pues dinamita toda voluntad de la víctima contraria al propósito libidinoso de los agresores, de modo que se convirtió en un cuerpo inerte, adoptando una actitud de sometimiento y pasividad, por la clara amenaza tácita de sufrir un daño mayor y su correspondiente y razonable miedo a ello.

Lo anteriormente indicado explica que no exteriorizase de forma expresa un «sí» o un «no», extremo que en modo alguno puede ser sobrentendido por los agresores como una aquiescencia tácita a la práctica sexual, pues la apariencia de consentimiento emitido en una atmósfera amenazante no equivale en modo alguno a su prestación.

El concepto jurídico que permite la calificación anterior es de creación jurisprudencial y se denomina «intimidación ambiental». Tal noción resulta de aplicación al presente supuesto, puesto que todos y cada uno de los elementos que lo conforman determina el contexto amenazante constitutivo de la intimidación. Es precisamente esta noción la que hace inaplicable las circunstancias agravantes previstas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 180.1 CP, pues de lo contrario infringiríamos el principio *non bis in idem*.

El hecho de que los cinco varones penetraran a la víctima en la citada situación convierte a cada uno de ellos en autor de un delito de violación. Ahora bien, en vistas a que las penetraciones ejecutadas ascienden a un mínimo de diez, que fueron perpetradas con un mismo propósito criminal que se mantiene durante el lapso temporal en el que tuvieron lugar los hechos, que están conectadas de forma espacio-temporal, revestidas de la misma intimidación y coordinadas entre sí, esta parte considera que existen argumentos más que suficientes para determinar la existencia de cinco delitos continuados de violación, uno por cada sujeto activo, pues claramente concurre la unidad jurídica de acción que el TS exige a tal efecto. Y ello en detrimento del concurso real que este mismo órgano utilizó para calificar los hechos, ya que lo que se produce es, a mi modo de ver, un concurso de leyes entre ambas figuras, a resolver en favor de la continuidad delictual.

Además de agredirla sexualmente, dos de los cinco varones tomaron fotos y vídeos de tales relaciones, difundiéndolas con posterioridad, hecho que da lugar a la comisión de un delito contra la intimidad previsto en el artículo 197.1 CP. Concretamente, el carácter íntimo y personal de los datos captados y difundidos, calificados como «especialmente protegidos», permite la aplicación del tipo agravado recogido en el apartado 5 del reseñado precepto. Para alcanzar la anterior conclusión, esta parte se basa en que la conducta que ejecutaron Don Gabriel y Don Aurelio mediante sus teléfonos móviles y con pleno conocimiento de su ilicitud constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de Doña Paula, ya que procedieron a ello prescindiendo de su consentimiento.

Finalmente, en el momento en el que Don Aurelio abrió la riñonera de Doña Paula y se apoderó de su terminal móvil, de nuevo prescindiendo del parecer de su propietaria, devino autor de un delito de robo con intimidación. En la calificación anterior es menester poner de relevancia dos puntos. En primer lugar, el ánimo de lucro del sujeto activo concurre porque actuó con intención de apropiarse del dispositivo: lo despojó de las

tarjetas SIM y de memoria que incluía y privó a la joven de toda posibilidad de pedir ayuda mediante tal instrumento, asegurándose asimismo su huida. En segundo lugar, la intimidación ambiental existente desde que los agresores condujeron al sujeto pasivo al cubículo en el que tuvieron lugar los hechos y que creó la puesta en escena que envalentonó a aquéllos y coartó gravemente a éste, se mantuvo hasta que abandonaron el lugar, lesionando distintos bienes jurídicos protegidos en función de la conducta delictiva ejecutada, de modo que no acarrea la violación del principio *non bis in idem*. Es tal coadyuva en la creación del clima intimidatorio lo que permite la perpetración del tipo, convirtiendo así a los demás varones en cooperadores necesarios del mismo.

Por último, si bien resulta obvio que el caso de «La Manada» es uno de los más mediáticos de los últimos años en nuestro país, la parte que emite este dictamen difiere en alguna de las conclusiones que alcanza el Alto Tribunal en la sentencia que puso fin al mismo, como a continuación se ha expuesto, teniendo en todo momento un profundo respeto por todas y cada una de las instancias y resoluciones que se han pronunciado sobre él.

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

Zaragoza, a 2 de diciembre de 2019.

Fdo. Victoria Pardo Marquina

## VIII. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. LIBROS CONSULTADOS.

ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004.

ÁLVAREZ GARCÍA, F., *Derecho Penal español: parte especial (II)*, 2<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ARMENTA DEU, M.T, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 9<sup>a</sup> Edición, Marcial Pons, Madrid, 2016.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Derecho Penal, parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Comares, Granada, 2013.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Derecho Penal, parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016.

BUSTO LAGO, J.M., *Lecciones de responsabilidad civil*, 2<sup>a</sup> Edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

CARMONA SALGADO, C., *Compendio de Derecho Penal español (parte especial)*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español, parte general. Teoría jurídica del delito*, t. II, 6<sup>a</sup> Edición, Tecnos, Madrid, 1998.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español, parte general. Teoría jurídica del delito*, t. II, 6<sup>a</sup> Edición, Tecnos, Madrid, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

GONZÁLEZ GUERRA, C.M., *Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*, B de f, Montevideo, 2015.

GRACIA MARTÍN, L, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 4<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho penal. Parte especial*, 4<sup>a</sup> Edición, Editorial Colex, Madrid, 2008.

MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, 8<sup>a</sup> Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2010.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, parte especial*, 19<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, parte especial*, 20<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G., *Compendio de la parte especial del Derecho Penal, ajustado al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

REGLERO CAMPOS, L.F., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, 5<sup>a</sup> Edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

RUEDA MARTÍN, M. A., *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona, 2013.

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal, parte especial*, 12<sup>a</sup> Edición, Dykinson, Madrid, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*, 3<sup>a</sup> Edición, Atelier, Barcelona, 2011.

VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, parte especial*, 6<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

## 2. ARTÍCULOS DE REVISTAS.

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, 17 de octubre de 2019.

CADENA SERRANO, A. F., «Violaciones conjuntas. Caso La Manada», en *Diario La Ley*, nº 9481, 19 de septiembre de 2019.

ECHEBURÚA ODRIozOLA, E., «Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos», en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, nº 4, 2014, p. 227 – 244.

ECHEBURÚA ODRIozOLA, E., «Tratamiento psicológico del trastorno de estrés postraumático en una víctima reciente de violación», en *Análisis y modificación de conducta*, vol. 19, nº 64, 1993, p. 189 – 213.

JORGE BARREIRO, A., «El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 6, 2002, p. 99 – 131.

GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia», en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 12, enero de 2018, p. 73 – 86.

GIL IÑIGUEZ, A., «Intervención en un caso de trastorno de estrés postraumático por violencia sexual», en *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, Vol. 3, nº. 1, enero de 2016, p. 75 – 80.

HORTAL IBARRA, J. C., «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo resolver la cuadratura del círculo», en *InDret*, nº 4/2014, octubre de 2014.

PÉREZ ALONSO, E., «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», en *InDret*, nº 3/2019, 23 de julio de 2019.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «La sentencia contra “La Manada”: prevalimiento v. intimidación (1)», en *Diario La Ley*, nº 9202, 1 de junio de 2018.

SOTO NIETO, F., «Delito continuado. Características y requisitos», en *Diario La Ley*, nº 6649, 12 de febrero de 2007.

TAMARIT SUMALLA, J. M., «La valoración judicial del impacto del delito en la víctima en casos de abuso sexual infantil», en *Revista de victimología*, nº 6/2017, 31 de octubre de 2017, p. 33 – 56.

### 3. ENLACES.

<https://dle.rae.es/?id=G2XJbCC> (consultado el 30 – 10 – 2019).

<https://dej.rae.es/lema/intimidaci%C3%B3n> (consultado el 12 – 09 – 2019).

<https://dej.rae.es/lema/violencia1> (consultado el 12 - 09 – 2019).

## IX. JURISPRUDENCIA.

### 1. TRIBUNAL SUPREMO.

#### 1.1. Sentencias del Tribunal Supremo.

STS (Sala de lo Civil) de 31 de mayo de 1983.

STS (Sala de lo Civil) de 25 de junio de 1984.

STS (Sala de lo Penal) de 31 de enero de 1986.

STS (Sala de lo Penal) de 21 de marzo de 1986.

STS (Sala de lo Penal) de 31 de enero de 1989.

STS (Sala de lo Penal) de 21 de abril de 1989.

STS (Sala de lo Penal) de 7 de julio de 1989.

STS (Sala de lo Penal) de 12 de mayo de 1990.

STS (Sala de lo Penal) de 20 de mayo de 1991.

STS (Sala de lo Penal) de 28 de septiembre de 1991.

STS (Sala de lo Penal) de 9 de junio de 1992.

STS (Sala de lo Penal) de 12 de junio de 1992.

STS (Sala de lo Penal) de 10 de diciembre de 1992.

STS (Sala de lo Penal) de 18 de marzo de 1993.

STS (Sala de lo Penal) de 22 de febrero de 1994.

STS (Sala de lo Penal) de 5 de julio de 1994.

STS (Sala de lo Penal) de 31 de enero de 1996.

STS (Sala de lo Penal) 487/1996, de 22 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 609/1996, de 1 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 63/1997, de 22 de enero.

STS (Sala de lo Penal) 175/1997, de 15 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 381/1997, de 25 de marzo..

STS (Sala de lo Penal) 1192/1997, de 3 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 1588/1997, de 22 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 19/1998, de 12 de enero.

STS (Sala de lo Penal) 127/1998, de 2 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 587/1998, de 28 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 647/1998, de 7 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 784/1998, de 25 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 431/1999, de 23 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 748/1999, de 14 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 803/1999, de 24 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 761/1999, de 3 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 928/1999, de 4 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 1049/1999, de 28 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 1396/1999, de 1 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 1531/1999, de 20 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 131/2000, de 2 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 545/2000, de 27 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 1104/2000, de 26 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 1641/2000, de 23 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 1879/2000, de 11 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 33/2001, de 17 de enero.

STS (Sala de lo Penal) 167/2001, de 12 de febrero

STS (Sala de lo Penal) 603/2001, de 4 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 661/2001, de 18 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 318/2001, de 23 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 722/2001, de 25 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 856/2001, de 9 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 883/2001, de 17 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 1463/2001, de 16 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 1478/2001, de 20 de julio

STS (Sala de lo Penal) 1484/2001, de 20 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 1492/2001, de 25 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 1555/2001, de 10 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 1518/2001, de 14 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 1780/2001, de 27 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 1781/2001, de 5 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 1974/2001, de 25 de octubre.

STS (Sala de lo Civil) 1123/2001, de 30 de noviembre.

STS (Sala de lo Penal) 55/2002, de 23 de enero.

STS (Sala de lo Penal) 432/2002, de 8 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 648/2002, de 12 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 752/2002, de 29 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 978/2002, de 23 de mayo.

STS (Sala de lo Civil) 581/2002, de 7 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 1365/2002, de 22 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 1431/2002, de 13 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 1455/2002, de 13 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 1458/2002, de 17 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 1546/2002, de 23 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 1551/2002, de 30 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 1582/2002, de 30 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 1583/2002, de 3 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 1709/2002, de 15 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 1667/2002, de 16 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 1796/2002, de 25 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 1870/2002, de 18 de noviembre.

STS (Sala de lo Penal) 2035/2002, de 4 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 2047/2002, de 10 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 318/2003, de 7 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 462/2003, de 26 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 620/2003, de 28 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 824/2003, de 5 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 858/2003, de 13 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 605/2003, de 4 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 1150/2003, de 19 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 1394/2004, de 24 de noviembre.

STS (Sala de lo Penal) 140/2004, de 9 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 173/2004, de 12 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 1219/2004, de 10 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 744/2004, de 14 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 1332/2004, de 11 de noviembre.

STS (Sala de lo Penal) 1521/2004, de 14 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 105/2005, de 29 de enero.

STS (Sala de lo Penal) 686/2005, de 2 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 975/2005, de 13 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 96/2006, de 7 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 275/2006, de 6 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 476/2006, de 2 de mayo.

STS (Sala de lo Civil) 810/2006, de 14 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 981/2006, de 17 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 1030/2006, de 25 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 136/2007, de 8 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 210/2007, de 15 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 238/2007, de 21 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 350/2006, de 22 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 365/2006, de 24 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 463/2006, de 27 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 358/2007, de 30 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 575/2006, de 22 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 804/2006, de 20 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 948/2006, de 27 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 935/2006, de 2 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 988/2006, de 10 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 1295/2006, de 13 de diciembre.

STS (Sala de lo Civil) 1104/2006, de 20 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 213/2007, de 15 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 416/2007, de 23 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 542/2007, de 11 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 584/2007, de 27 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 608/2007, de 10 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 821/2007, de 18 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 957/2007, de 28 de noviembre.

STS (Sala de lo Penal) 1070/2007, de 14 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 128/2008, de 21 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 203/2008, de 30 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 373/2008, de 24 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 507/2008, de 21 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 694/2008, de 6 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 667/2008, de 5 de noviembre.

STS (Sala de lo Penal) 750/2008, de 10 de noviembre.

STS (Sala de lo Civil) 1138/2008, de 21 de noviembre.

STS (Sala de lo Penal) 882/2008, de 17 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 914/2008, de 22 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 939/2008, de 26 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 39/2009, de 29 de enero.

STS (Sala de lo Penal) 48/2009, de 30 de enero.

STS (Sala de lo Penal) 129/2009, de 10 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 127/2009, de 11 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 203/2009, de 11 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 235/2009, de 12 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 1142/2009, de 24 de noviembre.

STS (Sala de lo Penal) 240/2010, de 24 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 514/2009, de 20 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 1397/2009, de 29 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 437/2010, de 16 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 575/2010, de 10 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 368/2010, de 26 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 648/2010, de 25 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 625/2010, de 6 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 742/2010, de 15 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 1045/2011, de 14 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 938/2010, de 27 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 1027/2010, de 25 de noviembre.

STS (Sala de lo Civil) 962/2011, de 9 de febrero de 2012.

STS (Sala de lo Penal) 80/2012, de 10 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 103/2012, de 27 de febrero.

STS (Sala de lo Civil) 201/2012, de 26 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 194/2012, de 20 de marzo.

STS (Sala de lo Civil) 90/2012, de 10 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 452/2012, de 18 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 572/2012, de 27 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 923/2012, de 27 de noviembre.

STS (Sala de lo Penal) 132/2013, de 19 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 219/2013, de 11 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 350/2013, de 25 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 355/2013, de 3 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 542/2013, de 20 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 482/2013, de 4 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 609/2013, de 10 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 688/2013, de 30 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 35/2014, de 28 de enero.

STS (Sala de lo Penal) 585/2014, de 14 de julio.

STS (Sala de lo Civil) 540/2014, de 25 de septiembre.

STS (Sala de lo Penal) 737/2014, de 18 de noviembre.

STS (Sala de lo Penal) 834/2014, de 10 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 32/2015, de 3 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 258/2015, de 8 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 9/2016, de 21 de enero.

STS (Sala de lo Penal) 441/2016, de 24 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 470/2016, de 1 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 733/2016, de 5 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 957/2016, de 19 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 434/2017, de 15 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 493/2017, de 29 de junio.

STS (Sala de lo Penal) 687/2017, de 19 de octubre.

STS (Sala de lo Penal) 786/2017, de 30 de noviembre.

STS (Sala de lo Penal) 823/2017, de 14 de diciembre.

STS (Sala de lo Penal) 700/2018, de 9 de enero.

STS (Sala de lo Penal) 62/2018, de 5 de febrero.

STS (Sala de lo Penal) 125/2018, de 15 de marzo.

STS (Sala de lo Penal) 265/2018, de 31 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 396/2018, de 26 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 13/2019, de 17 de enero.

STS (Sala de lo Penal) 216/2019, de 24 de abril.

STS (Sala de lo Penal) 254/2019, de 21 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 249/2019, de 14 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 282/2019, de 30 de mayo.

STS (Sala de lo Penal) 348/2019, de 4 de julio.

STS (Sala de lo Penal) 462/2019, de 14 de octubre.

### 1.2. Autos del Tribunal Supremo.

ATS (Sala de lo Penal) 2585/2010, de 22 de diciembre.

ATS (Sala de lo Penal) 1348/2011, de 21 de julio.

### 1.3. Acuerdos del Tribunal Supremo.

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2003.

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2005.

## 2. AUDIENCIA PROVINCIAL.

SAP Álava (Sección 1<sup>a</sup>) 954/2012, de 30 de noviembre.

SAP Álava (Sección 1<sup>a</sup>) 84/2003, de 30 de mayo.

SAP Asturias (Sección 5<sup>a</sup>) 264/1998, de 25 de mayo.

SAP Barcelona (Sección 5<sup>a</sup>) de 1 de julio de 1999.

SAP Barcelona (Sección 10<sup>a</sup>) de 16 de mayo de 2001.

SAP Burgos (Sección 1<sup>a</sup>) 43/2015, de 2 de febrero.

SAP Cádiz (Sección 8<sup>a</sup>) 272/2001, de 6 de junio.

SAP Cartagena (Sección 5<sup>a</sup>) 13/2019, de 25 de enero.

SAP Huelva (Sección 3<sup>a</sup>) 295/2010, de 23 de noviembre.

SAP Madrid (Sección 3<sup>a</sup>) 97/2006, de 10 de marzo.

SAP Madrid (Sección 13<sup>a</sup>) 38/2008, de 28 de enero.

SAP Madrid (Sección 30<sup>a</sup>) 228/2012, de 8 de junio.

SAP Madrid (Sección 29<sup>a</sup>) de 1 de febrero de 2019.

SAP Oviedo (Sección 2<sup>a</sup>) 54/2017, de 19 de abril.

SAP Oviedo (Sección 2<sup>a</sup>) 191/2018, de 19 de abril.

SAP Tarragona (Sección 2<sup>a</sup>) 426/2010, de 9 de septiembre.

SAP Tarragona (Sección 2<sup>a</sup>) 432/2010, de 7 de octubre.

SAP Toledo (Sección 1<sup>a</sup>) 28/2000, de 6 de junio.

### 3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### 3.1. Autos del Tribunal Constitucional.

ATC 221/1990, de 31 de mayo.

#### 3.2. Sentencias del Tribunal Constitucional.

STC 195/2002, de 28 de octubre (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2002).

STC 12/2012, de 30 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2012).

STC 178/2014, de 3 de noviembre (BOE núm. 293 de 04 de diciembre de 2014).

#### 4. OTRAS FUENTES.

##### CIRCULARES FGE

Circular 2/1990, de 1 de octubre sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.