



Universidad
Zaragoza



ANEXO DEL 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

I. 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.....	8
1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	8
(1) SAP Barcelona (Sección 10ª) de 16 de mayo de 2001.....	8
(2) STS (Sala de lo Penal) 476/2006, de 2 de mayo.	8
(3) STS (Sala de lo Penal) 935/2006, de 2 de octubre.	10
(4) STS (Sala de lo Penal) 1974/2001, de 25 de octubre.	11
2. LA AGRESIÓN SEXUAL.....	11
2.1. Tipo objetivo	11
A) <i>Tipo objetivo</i>	11
(1) STS (Sala de lo Penal) 661/2001, de 18 de abril.	11
(2) STS (Sala de lo Penal) 1484/2001, de 20 de julio.	11
(3) STS (Sala de lo Penal) 373/2008, de 24 de junio.	12
B) <i>Modalidades comisivas</i>	12
a) <i>Violencia</i>	12
(1) STS (Sala de lo Penal) 350/2013, de 25 de abril.....	12
(2) STS (Sala de lo Penal) 254/2019, de 21 de mayo.	13
(3) STS (Sala de lo Penal) de 20 de mayo de 1991.	14
(4) STS (Sala de lo Penal) 935/2006, de 2 de octubre.	14
(5) STS (Sala de lo Penal) 39/2009, de 29 de enero.	15
b) <i>Intimidación</i>	15
(1) STS (Sala de lo Penal) 914/2008, de 22 de diciembre.	15
(2) STS (Sala de lo Penal) 282/2019, de 30 de mayo.	15
(3) STS (Sala de lo Penal) 131/2000, de 2 de febrero.	16
(4) STS (Sala de lo Penal) 761/1999, de 3 de junio.....	16
(5) STS (Sala de lo Penal) 978/2002, de 23 de mayo.	16
(6) STS (Sala de lo Penal) 1396/1999, de 1 de octubre.	17
(7) STS (Sala de lo Penal) 786/2017, de 30 de noviembre.....	17
(8) STS (Sala de lo Penal) 1458/2002, de 17 de septiembre.	18
(9) STS (Sala de lo Penal) 1583/2002, de 3 de octubre.	18
(10) STS (Sala de lo Penal) 32/2015, de 3 de febrero.	18

(11)	STS (Sala de lo Penal) 318/2001, de 23 de abril.....	19
(12)	STS (Sala de lo Penal) 914/2008, de 22 de diciembre.	19
(13)	STS (Sala de lo Penal) 238/2007, de 21 de marzo.	20
2.2.	Tipo subjetivo.....	20
(1)	SAP Álava (Sección 1ª) 84/2003, de 30 de mayo.	20
(2)	STS (Sala de lo Penal) 132/2013, de 19 de febrero.....	20
(3)	STS (Sala de lo Penal) 957/2016, de 19 de diciembre.	21
(4)	STS (Sala de lo Penal) 737/2014, de 18 de noviembre.	21
(5)	STS (Sala de lo Penal) 1365/2002, de 22 de julio.	22
(6)	STS (Sala de lo Penal) 275/2006, de 6 de marzo.	22
2.3.	Tipo cualificado: delito de violación.....	22
A)	<i>Tipo objetivo: el acceso carnal.</i>	22
(1)	STS (Sala de lo Penal) 1295/2006, de 13 de diciembre.....	22
(2)	Circular de la Fiscalía General del Estado 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.	23
B)	<i>Iter criminis.</i>	24
(1)	STS (Sala de lo Penal) 748/1999, de 14 de mayo.....	24
(2)	STS (Sala de lo Penal) 55/2002, de 23 de enero.....	24
(3)	STS (Sala de lo Penal) 804/2006, de 20 de julio.	25
C)	<i>Tipo subjetivo.</i>	25
(1)	STS (Sala de lo Penal) 1492/2001, de 25 de julio.	25
2.4.	Sujetos activo y pasivo.....	26
(1)	STS (Sala de lo Penal) 462/2019, de 14 de octubre.	26
(2)	STS (Sala de lo Penal) 19/1998, de 12 de enero.	27
(3)	STS (Sala de lo Penal) de 31 de enero de 1986.....	27
(4)	STS (Sala de lo Penal) 786/2017, de 30 de noviembre.	28
2.5.	Concursos.....	29
A)	<i>Respecto al delito de lesiones.</i>	29
(1)	STS (Sala de lo Penal) 750/2008, de 10 de noviembre.....	29
(2)	STS (Sala de lo Penal) de 7 de julio de 1989.....	30
(3)	STS (Sala de lo Penal) 981/2006, de 17 de octubre.....	30
(4)	STS (Sala de lo Penal) 105/2005, de 29 de enero.....	31
(5)	STS (Sala de lo Penal) 957/2007, de 28 de noviembre.....	31
B)	<i>Respecto a los delitos de amenazas y coacciones.</i>	32
(1)	STS (Sala de lo Penal) 1365/2002, de 22 de julio.	32

(2)	STS (Sala de lo Penal) 62/2018, de 5 de febrero.	32
C)	<i>Respecto al delito de detención ilegal.</i>	32
(1)	STS (Sala de lo Penal) 48/2009, de 30 de enero.....	32
2.6.	Concurrencia de varias violaciones o agresiones sexuales en caso de penetraciones repetidas. El delito continuado.....	33
(1)	STS (Sala de lo Penal) 1049/1999, de 28 de junio.	33
(2)	STS (Sala de lo Penal) 48/2009, de 30 de enero.	34
(3)	STS (Sala de lo Penal) 462/2003, de 26 de marzo.	34
(4)	SAP Madrid (Sección 29ª) de 1 de febrero de 2019.....	35
(5)	STS (Sala de lo Penal) 463/2006, de 27 de abril.	36
3.	TIPOS AGRAVADOS COMUNES A LOS ARTS. 178 Y 179 CP: CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DE ART. 180 CP.....	36
3.1.	Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (art. 180.1.1ª CP).	37
(1)	STS (Sala de lo Penal) 194/2012, de 20 de marzo.	37
(2)	STS (Sala de lo Penal) 462/2003, de 26 de marzo.	37
3.2.	Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180.1.2ª CP).	38
(1)	STS (Sala de lo Penal) 585/2014, de 14 de julio.	38
3.3.	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. 180.1.3ª CP).	39
(1)	STS (Sala de lo Penal) 365/2006, de 24 de marzo.	39
4.	EL ABUSO SEXUAL.....	39
4.1.	Bien jurídico protegido.....	39
(1)	SAP Huelva (Sección 3ª) 295/2010, de 23 de noviembre.	39
4.2.	Tipo básico.	40
A)	<i>Tipo objetivo (art. 181.1 CP).</i>	40
(1)	SAP Tarragona (Sección 2ª) 426/2010, de 9 de septiembre.	40
4.3.	Abusos sexuales no consentidos (art. 181.2 CP).....	40
(1)	STS (Sala de lo Penal) 821/2007, de 18 de octubre.	40
A)	<i>Abuso sexual con prevalimiento (art. 181.3 CP).</i>	41
(1)	STS (Sala de lo Penal) 432/2002, de 8 de marzo.....	41
(2)	STS (Sala de lo Penal) 258/2015, de 8 de mayo.....	41
(3)	STS (Sala de lo Penal) 235/2009, de 12 de marzo.....	42
(4)	STS (Sala de lo Penal) 935/2006, de 2 de octubre.....	43
(5)	STS (Sala de lo Penal) 542/2013, de 20 de mayo.....	43

II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA GRABACIÓN Y DIFUSIÓN DE IMÁGENES PESE A LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.....	44
1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	44
(1) ATC 221/1990, de 31 de mayo.	44
(2) STS (Sala de lo Penal) 700/2018, de 9 de enero.	45
2. TIPO OBJETIVO.	45
(1) STC 12/2012, de 30 de enero.	45
(2) STS (Sala de lo Penal) 1219/2004, de 10 de diciembre.	46
(3) STS (Sala de lo Penal) 700/2018, de 9 de enero.	47
3. TIPO SUBJETIVO.	49
(1) STS (Sala de lo Penal) 688/2013, de 30 de septiembre.	49
4. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.	50
(1) STS (Sala de lo Penal) 210/2007, de 15 de marzo.	50
III. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA APREHENSIÓN DEL TERMINAL MÓVIL A DOÑA PAULA.....	51
1. TIPO OBJETIVO.	51
(1) SAP Madrid (Sección 3ª) 97/2006, de 10 de marzo.....	51
(2) STS (Sala de lo Penal) 856/2001, de 9 de mayo.	51
(3) STS (Sala de lo Penal) 1555/2001, de 10 de septiembre.	52
2. TIPO SUBJETIVO.	53
(1) STS (Sala de lo Penal) de 21 de abril de 1989.	53
(2) STS (Sala de lo Penal) 416/2007, de 23 de mayo.	53
3. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.	54
(1) STS (Sala de lo Penal) 416/2007, de 23 de mayo.	54
(2) STS (Sala de lo Penal) 265/2018, de 31 de mayo.	54
(3) STS (Sala de lo Penal) 1478/2001, de 20 de julio.....	57
(4) STS (Sala de lo Penal) 213/2007, de 15 de marzo.	58
(5) STS (Sala de lo Penal) 1150/2003, de 19 de septiembre.	59
IV. CONSENTIMIENTO Y MEDIOS DE PRUEBA.	60
(1) STC 195/2002, de 28 de octubre.	60
(2) STS (Sala de lo Penal) 939/2008, de 26 de diciembre.....	60
(3) STS (Sala de lo Penal) 507/2008, de 21 de julio.	62
V. RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO.....	63
1. INTRODUCCIÓN.....	63
(1) SAP Burgos (Sección 1ª) 43/2015, de 2 de febrero.	63

2. CONTENIDO.....	64
(1) STS (Sala de lo Penal) de 31 de enero de 1989.	64
3. EL DAÑO MORAL: PRUEBA Y VALORACIÓN.....	65
(1) STS (Sala de lo Civil) 90/2012, de 10 de mayo.	65
(2) STS (Sala de lo Civil) de 25 de junio de 1984.	65
(3) STS (Sala de lo Civil) 201/2012, de 26 de marzo.	66
(4) STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 125/2018, de 15 de marzo.	67
(5) SAP Oviedo (Sección 2ª) 191/2018, de 19 de abril.....	68

I. 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. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

(1) SAP Barcelona (Sección 10ª) de 16 de mayo de 2001.

«Tratándose de víctimas menores de edad, el bien jurídico protegido no es tanto su libertad sexual como su derecho a un normal y libre desarrollo de la personalidad, bien constitucionalmente tutelado y, en particular, en su vertiente psíquica que comprende el descubrimiento espontáneo de la sexualidad, sin intromisiones de adultos, ni experiencias traumáticas que han de incidir negativamente en su bienestar psíquico y que pueden condicionar negativamente su vida futura (en este sentido se pronuncian las SSTS de 19 junio 1990, 20 mayo 1991, 20 mayo 1993). También la STS de 9 de diciembre de 1999 señala que el bien jurídico protegido de la libertad sexual, tratándose de menores, se extiende a la libre formación de la sexualidad hasta el momento de poder ejercer la autodeterminación, y la STS de 21 de diciembre de 1995 que debe protegerse al menor para que los conocimientos en materia sexual y experiencias sexuales vayan adquiriéndolos de manera natural. Todo ello se incluye en el concepto de la "intangibilidad sexual", entendida como la especial protección que la ley dispensa a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual, por encontrarse en determinadas situaciones especiales, se hallan más desamparados que el resto de la comunidad, o de la "indemnidad sexual" o derecho de esas personas a estar exentas o libres de cualquier daño de orden sexual (SSTS 18 junio 1983, 14 diciembre 1991, 22 septiembre 1993, 8 febrero 1995), evitando que su desarrollo se vea perturbado por la iniciación de prácticas sexuales inadecuadas o impropias de edad (STS 14 diciembre 1991)».

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

«El desarrollo argumental del motivo hace necesario efectuar una precisión previa, necesaria antes de abordar el tema principal planteado. Así debemos recordar que la libertad sexual como bien jurídico protegido, se concreta en dos aspectos: uno dinámico y positivo, que se refiere al libre ejercicio de la libertad sexual, sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena, y otro, estático y negativo, que se

integra por el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual y, especialmente, por el derecho a repeler las agresiones sexuales a terceros.

No obstante al contemplarse que junto a las agresiones sexuales, que presuponian un ataque violento o intimidatorio, convivían abusos sexuales sobre menores o incapaces perpetrados con el uso de prevalimiento o engaño, se pensó en los estrechos límites del concepto de libertad sexual y en la necesidad normativa de su ampliación, y así la STC. de 14.7.98, ya sugería que "la relación sexual podría estar integrada por conceptos tales como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Por lo que se refiere a las personas disminuidas, incapaces o menores, la Declaración de Derechos del Retrasado Mental de 20.12.71, afirmaba el derecho a ser respetado del ser mentalmente retrasado y la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20.11.89, al igual que nuestra LO. 1/96 de 15.1, de Protección del Menor, proclamaba los derechos del niño "al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad", a "necesitar protección y cuidados especiales" o "a ser educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad", destacando en sus arts. 19 y 34 la obligación asumida por los Estados Parte de adoptar medidas legislativas de protección de los mismos contra cualquier tipo de abuso y de explotación sexuales. La protección del menor por abuso sexual del adulto ha tenido trascendencia supranacional (Congreso Mundial contra la Explotación sexual comercial de los niños de Estocolmo del 27 al 31.8.96), en el Consejo de la Unión Europea que aprobó dos acciones Comunes de 24.2.97 y 29.11.99 y en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución de 25.9.96, y propició la reforma operada en esta materia por LO. 11/99 relativa a los delitos contra la libertad sexual, vigente al tiempo de ocurrencia de los hechos enjuiciados, en consonancia igualmente con la doctrina de esta Sala Segunda que incluso antes de la reforma legal antedicha, había sostenido que "el bien jurídico protegido es la libertad sexual y resulta vulnerado aunque la víctima, por su desarrollo físico y mental, no esté en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, ya que el ámbito de protección se extiende al normal desarrollo y formación de la vida sexual" (STS. 22.5.98).

Pues bien, la modificación del Código Penal de 1995, introducida por la LO. 11/99 de 30.4 , relativa a los delitos contra la libertad sexual, vino a ampliar el ámbito de protección, en atención a la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reduce

a la expresada libertad sexual ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en definitiva a la integridad e indemnidad sexual de los menores o incapaces, bien jurídico que sectores doctrinales consideran autónomo y diferenciado de la libertad sexual y que quedaría cifrado en el derecho de los menores o incapaces a estar libres de cualquier daño de orden sexual, en la preocupación o interés porque éstos tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y un bienestar psíquico, en definitiva el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad. Y si bien no faltan algunos autores que entienden que la pretensión de conceder sustantividad propia a la indemnidad sexual no está del todo justificada, al ser un concepto complementario a una variante de la libertad sexual, por lo que lo que se tutela en los tipos de protección de menores sería también la libertad sexual puesto que con ese concepto no debe aludirse a la facultad subjetiva de la persona de ejercer la libertad sexual, sino al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual de libertad, igualmente concluyen que este último concepto de libertad sexual existe prohibir todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar insertas en una situación carente de libertad, lo que será el caso de menores e incapaces en determinadas circunstancias».

(3) STS (Sala de lo Penal) 935/2006, de 2 de octubre.

«No olvidemos que estamos ante delitos "contra la libertad sexual", lo que supone que cada persona pueda aceptar o rechazar a su razonable criterio una relación, que si le es impuesta, resulta sancionable aunque se produzca en el marco del matrimonio o de las relaciones de una pareja estable.

Por ello, la motivación del consentimiento es irrelevante si el motivo no ha sido creado por el sujeto activo mediante engaño o coacción. Aunque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la Ley, la doctrina y la jurisprudencia las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por prevenir de una decisión libre, es una cuestión normativa, que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto.

Por tanto, en principio, es concebible que una persona mayor de edad, válida física y psíquicamente se encuentre en una situación que le obligue a mantener una relación que

no desea, aún sin la concurrencia de fuerza física o amenaza alguna (STS. 2103/2002 de 12.12)».

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

«[...] Los bienes jurídicos protegidos en ambos delitos son perfectamente diferenciables. En el art. 153 se protege la paz familiar, con fines de preservar de intromisiones violentas o perturbaciones intolerables esa comunidad de afecto, presidida por el respeto mutuo y la igualdad en que consiste la familia, impidiendo que se convierta aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación.

En el delito del art. 178 y 179 del C.Penal, se ataca, a través de procedimientos gravemente violentos, la libertad sexual personal y la dignidad de las personas, sometiendo la voluntad de la víctima a los deseos lúbricos del agente».

2. LA AGRESIÓN SEXUAL.

2.1. Tipo objetivo

A) *Tipo objetivo*

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

«El tipo del art. 178, requiere, pues, además de los expresados, unos tocamientos impúdicos o contactos corporales de variada índole, que puedan despertar la sexualidad ajena, siendo indiferente el sexo tanto del sujeto activo como del pasivo; y que se realicen por encima o debajo de la ropa de la víctima, que dichos actos puedan ser, no solo activos, sino también pasivos, cuando se obliga o induce a la víctima a realizarlos sobre la persona del culpable. Exige que los actos se realicen concurriendo violencia o intimidación, y por último como elemento negativo que el sujeto activo no tenga ánimo de efectuar el acceso carnal o cualquiera otras de las conductas descritas en el art. 179, lo que determinará la diferencia entre el tipo residual y el frustrado de este último».

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

«Contrariamente a la que el recurrente expone, el tipo penal del abuso sexual no requiere la realización de tocamientos ni penetración alguna, salvo el tipo agravado, sino que en la conducta típica consiste en realizar un acto que atente la libertad sexual, sin que se requiera el contacto corporal que el recurrente expresa que el tipo exige».

(3) STS (Sala de lo Penal) 373/2008, de 24 de junio.

«Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, se ha dicho en la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (STS 1145/1998, de 7 de octubre). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrantamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre) y debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado (STS. 130/2004 de 9.2 y 1164/2004 de 15.10). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues 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.

Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima».

B) Modalidades comisivas.

a) Violencia.

(1) STS (Sala de lo Penal) 350/2013, de 25 de abril.

«La jurisprudencia (STS nº 829/2010) ha venido equiparando la violencia propia del delito de agresión sexual a "... "acometimiento, coacción o imposición material" en definitiva fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (véanse, por todas, SS.T.S. 1538/2004 de 30 de diciembre, 105/2005 de 29 de enero y 102/2006 de 6 de febrero), sin que dicha violencia deba calificarse de irresistible, bastando con el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima". En sentido similar la STS nº 749/2010, en la que se precisa que "... debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto, sin ser

necesario que sea irresistible desde un punto de vista objetivo, no siendo exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual. Lo que resulta trascendente es que quede clara la negativa a acceder a las pretensiones del autor, la necesidad de emplear violencia o intimidación para doblegar la voluntad y la idoneidad de la empleada en el caso concreto"».

(2) STS (Sala de lo Penal) 254/2019, de 21 de mayo.

«Señala al respecto esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 62/2018 de 5 Feb. 2018, Rec. 1446/2017 que: “El delito de agresión sexual con empleo de violencia requiere el empleo de ésta, pero no exige la causación de lesiones corporales, "de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual" (v. STS 2-11-2004)".

En la sentencia del Tribunal Supremo 754/2012 de 11 Oct. 2012, Rec. 10041/2012 se añade que: "hemos venido perfilando los elementos integrantes de la violencia a que se refiere el artículo 178 CP, entendiendo que ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y 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 en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto".

También nos dice la STS 1564/2005, de 27-12: "En general, la fuerza que se exige ha de ser eficaz y suficiente entidad objetiva, este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, por lo que la fuerza típica debe integrarse por la conjunción de los dos elementos objetivos y subjetivos, si acaso dando preferencia a este último, máxime si se tiene en cuenta que ya no se exige esa "cuota de sangre" para acreditar la oposición de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor, ello supone valorar la vía física más con criterios más relativos y circunstanciales alejados de la nota de la irresistibilidad criterio ya superado como se ha dicho. En tal sentido SSTs de 4 de septiembre de 2000, 21 de septiembre de 2001, 15 de febrero de 2003, 23 de septiembre de 2002, 21 de septiembre de 2001, 15 de febrero de 2003, 23 de septiembre de 2002 o 11 de octubre de 2003, entre otras muchas". Por su parte, la STS 368/2010, de 26-4

recuerda la nº 1546/2002, de 23-9, para decir que violencia equivale a "acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima"".

Se recoge, por ello, por el Tribunal la suficiente fuerza empleada para doblegar a la víctima y los golpes empleados y declarados probados tienen el carácter de "suficientes" como para vencer la oposición de la víctima a llevar a cabo los actos que le demandaba el recurrente, por lo que se debe desestimar el recurso al constatare una adecuada ponderación de la prueba practicada».

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

«Todo cuanto queda dicho ha de unirse a la naturaleza misma del delito en el que lo que ha -de ser objeto de exigencia, por formar parte del propio tipo penal, es la voluntad contraria de la víctima -en la actualidad mujer u hombre- de acuerdo con la reforma llevada a cabo por la Ley de 21 de junio de 1989, es decir su oposición a los actos sexuales pretendidos o impuestos por el agresor, voluntad que, en definitiva, no significa otra cosa que el ejercicio libre de su libertad; por consiguiente no exigiéndose más que este rechazo a los actos que el agresor quiere realizar, sin necesidad no sólo de resistencias heroicas sino ni siquiera de actos enérgicos y permanentes de oposición que pudieran representar para la víctima la originación de nuevos y acaso mayores y más graves males, [...]».

(4) STS (Sala de lo Penal) 935/2006, de 2 de octubre.

«En este aspecto, dice la STS. 19.3.2004, lo que resulta trascendente es que quede clara la negativa de la víctima a acceder a las pretensiones del autor, la necesidad de emplear la violencia o la intimidación para doblegar su voluntad y la idoneidad de la empleada en el caso concreto y la STS. 31.3.2004 preciso que como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala la violencia empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que deba presentar caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que hasta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo.

Si este ejerce una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta».

(5) STS (Sala de lo Penal) 39/2009, de 29 de enero.

«[...] Por último, ha de haber una relación de causa a efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada vis física o psíquica vaya dirigida a conseguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad. Es frecuente que en el mismo hecho concurren las dos clases de fuerza (física y psíquica) y por ello en estos casos, para valorar si hubo o no tal suficiencia, habrá de tenerse en cuenta la intensidad de la una y de la otra apreciadas en su conjunto».

b) Intimidación.

(1) STS (Sala de lo Penal) 914/2008, de 22 de diciembre.

«La intimidación de la víctima de una agresión puede y suele realizarse inmediatamente antes de ejecutarse el atentado contra la libertad sexual, como medio para conseguir que aquélla desista de su voluntad contraria a la relación sexual.

Pero la intimidación también puede ser generada -sobre todo en el ámbito familiar- mediante una paulatina y persistente coerción y amedrentamiento del sujeto pasivo que va minando progresivamente su capacidad de decidir libremente sobre la conducta sexual que se le requiere, hasta someterla a una sumisión absoluta, con nula capacidad de oponerse ante los males con que reiteradamente se le amenaza de no acceder a los deseos del sujeto activo. Es lo que se denomina un estado de intimidación permanente o una situación objetiva intimidante, susceptible de integrar el elemento intimidatorio que precisa el tipo penal de agresión sexual y que, en el caso actual, a tenor de la actuación del acusado que se describe en el "factum", y de las circunstancias concurrentes, es indudable».

(2) STS (Sala de lo Penal) 282/2019, de 30 de mayo.

«[...] el carácter intimidante no debe ser visto ad extra, sino ad intra, es decir, desde el grado de intimidación que la conducta del autor del delito provoca en el sujeto pasivo del delito, y entenderse, también, como suficiente para conseguir y provocar un miedo o temor a la víctima de que algo malo pueda ocurrirles ante la negativa.

[...] En la "intimidación", vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario».

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

«La intimidación ofrece una fuerte carga de subjetividad, razón por la cual ha de acudirse al supuesto del caso concreto y a las circunstancias fácticas concurrentes de razonable valoración (Sentencias de 9 de octubre y 2 de junio de 1992). Para completar el entorno de la intimidación, por lo que al caso que se examina, no puede olvidarse que la intimidación implica un sentimiento de temor o angustia ante la contingencia de un daño real o imaginario (Sentencias de 22 de mayo de 1992 y 25 de septiembre de 1991), y ahora no cabe duda que, tal y como acontecieron los hechos, la imaginación legítimamente autorizaba a la víctima a creer la inminencia de algún mal transcendente - Sentencia 26 mayo 1.998-.

En la Sentencia de 5 de noviembre de 1.990 se afirma que el término ha de entenderse en sentido amplio y omnicomprendivo, bastando las frases amenazadoras o intimidantes, precisándose además que los sentimientos de temor y angustia derivados de la intimidación puedan producirse sin el empleo de medios físicos ni uso de arma, pues son suficientes las palabras y hasta las actitudes conminatoria o amenazantes, como también expresan las Sentencias de 22 de julio de 1.988, y 21 de diciembre de 1.998».

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

«Igualmente hemos dicho que la fuerza moral o intimidación que debe ser considerada necesaria al mismo efecto no es aquélla que genera en quien la soporta una práctica inhibición psíquica ni la que exigiría, para hacerle frente, una entereza heroica y fuera de la común, sino la que razonablemente puede considerarse bastante para infundir el temor de sufrir un mal grave si no se accede a las pretensiones del agente.

[...] pero, para que pueda hablarse de intimidación como elemento objetivo del tipo de agresión sexual, no basta que el sujeto pasivo se sienta intimidado sino que es preciso que la intimidación sea deliberadamente provocada por el sujeto activo».

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

«La intimidación integra un fenómeno psicológico consistente en atemorizar a alguien con la producción de un mal, de forma que intimidación es sinónimo en lo esencial de aterrorizar (S.S.T.S. de 12 de diciembre de 1.991 y 11 de febrero de 1.994). La violación o agresión sexual con acceso carnal mediante procedimiento intimidatorio supone el empleo de cualquier medio de coacción, amenaza o amedrentamiento, uso de "vis compulsiva" o "vis psíquica" que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos o contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva (véase STS de 2 de julio de 1.998)».

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

«Según consolidada doctrina de esta Sala, por intimidación debe entenderse el anuncio o conminación de un mal, grave, personal y posible que despierte en el intimidado un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la posibilidad de un mal real o imaginario que le haga doblegar su voluntad ante lo que se le impone -- STS de 22 de Mayo de 1992--, ciertamente la intimidación, sin desconocer que los hechos mismos tiene que contener un mínimo coeficiente de idoneidad y significación para suscitar el temor en el ánimo del conminado, resulta más relevante el aspecto subjetivo de la misma en la medida que tiene que ser suficiente atendiendo primordialmente las concretas circunstancias de cada caso y muy singularmente las condiciones y situación en que se encuentre la persona intimidada -- SSTS de 2 de Junio y 9 de Octubre de 1992--.. En definitiva la intimidación tiene como presupuesto un mínimo de entidad objetiva, pero en definitiva lo relevante en última instancia en la forma en que la misma ha sido vivenciada por la víctima, por lo que las condiciones de esta y del entorno en que se producen, vienen a ser determinantes».

(7) STS (Sala de lo Penal) 786/2017, de 30 de noviembre.

«La figura de la cooperación necesaria en los delitos de agresión sexual es contemplada en múltiples sentencias, por ejemplo STS. 1291/2005 de 8.11 , que dice: "En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun no existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias

personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental».

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

«Toda la cuestión se centra en resolver si concurre en ambos casos violencia o intimidación. Lo que sucede es que el recurrente confunde dicho elemento normativo con la especial vulnerabilidad, también concepto de esta índole, pero distinto. Ello es lo que debe acotarse, pues la vulnerabilidad es una situación o estado de la víctima independiente de los actos de violencia o intimidación aplicados por el sujeto activo en el momento de cometer la infracción. Es cierto que en la intimidación puede influir el grado de desvalimiento del sujeto pasivo, pero la acción intimidatoria concreta se endereza a vencer la voluntad de la víctima, mientras que el subtipo agravado de especial vulnerabilidad opera en relación con una situación de libertad cercenada que dificulta la defensa de la misma y en casos en que esto último constituya también ingrediente fáctico de la intimidación no es posible apreciar el subtipo agravado por infracción del "non bis in idem", pero la sola vulnerabilidad no comporta intimidación por lo ya señalado, ni siquiera la "ambiental" que exige una puesta en escena que excede la especial vulnerabilidad».

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

«La fuerza física implica agresión real, más o menos violenta y supone imposición material. No la recoge el *factum*. La intimidación es psicológica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrantamiento con un mal racional y fundado capaz de anular la libre decisión volitiva de la víctima. No es exigible, por supuesto, que la intimidación como reiteradamente ha declarado esta Sala, sea irresistible, invencible, extraordinaria o de gravedad inusitada; basta que circunstancialmente resulte idónea y eficaz en la ocasión concreta (Sentencia entre muchas 1367/2001 de 10 de julio)».

(10) STS (Sala de lo Penal) 32/2015, de 3 de febrero.

«En efecto, en cuanto a lo primero, porque aunque la descripción del inicial encuentro no se ajusta a lo que, a tenor de la prueba, según se ha visto, debe considerarse sucedido, sí consta suficientemente que el mismo consistió en una relación sexual, cuya existencia luego fue utilizada como instrumento de intimidación para obtener, bajo amenaza de la difusión de ocurrido, las ulteriormente producidas del mismo género. Así,

se hace concreta alusión a la conminación como medio para obligar (es la palabra utilizada) a Cristina, que, por eso, se prestó a los deseos de Anibal, así satisfechos sin su consentimiento».

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

«El relato histórico expresa por tanto una acción intimidatoria ejecutada como medio comisivo de la penetración, finalmente lograda en virtud del temor producido en la víctima. En tal sentido debe significarse que si la intimidación entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona, la valoración de su suficiencia debe hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso, y entre ellas al grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada».

(12) STS (Sala de lo Penal) 914/2008, de 22 de diciembre.

«A este respecto, la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo es diáfana, reiterada y pacífica, al declarar que por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima. (STS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril y 21 de mayo de 1998, y Sentencia 1145/1998, de 7 de octubre). Mientras 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 (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos ha de ser idónea para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues 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. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que 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. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas»".».

(13) STS (Sala de lo Penal) 238/2007, de 21 de marzo.

«Sin embargo, en estos posibles casos de ausencia de consentimiento, es preciso, de un lado, que conste con claridad la negativa de la víctima a los actos sexuales, y de otro que se produzca de forma que pueda ser adecuadamente percibida por el autor. Lo que importa es que se perciba con claridad que el consentimiento no se presta libremente, sino bajo las concretas circunstancias fácticas, que pueden ser muy variables, pero que impiden una respuesta positiva en condiciones de libertad efectiva y real. En este sentido, no es exigible al sujeto pasivo una actitud de resistencia que precise del empleo efectivo de la intimidación o de la violencia física para ser superada, pero tampoco basta una negativa en el fuero interno acompañada de una actitud externa de aparente consentimiento a las pretensiones del autor, cuando las circunstancias que la rodean no son por sí mismas suficientemente significativas».

2.2. Tipo subjetivo.

(1) SAP Álava (Sección 1ª) 84/2003, de 30 de mayo.

«Además, en la actualidad, según la jurisprudencia de aquel órgano ya no es preciso, como todavía se sigue pensando (como lo demostraría la propia redacción del relato de las conclusiones), que el autor haya obrado con una especial intención libidinosa o con ánimo lúbrico. Tal elemento carece de razón de ser, toda vez que el desvalor de acción resulta plenamente del conocimiento del autor de los elementos del tipo objetivo, es decir, del carácter sexual de la acción realizada en el cuerpo del otro, la ausencia o irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo [...]».

(2) STS (Sala de lo Penal) 132/2013, de 19 de febrero.

«El tercer requisito de la tipicidad se refiere al tipo subjetivo. Este elemento se rellena con el dolo de atentar la libertad sexual. Tradicionalmente, antes de la vigencia del Código de 1995, la jurisprudencia exigió una intensidad del dolo concretado en un ánimo lúbrico o libidinoso con el que se pretendía quedaran fuera de la tipicidad actos de objetivo significado sexual realizados con una finalidad lícita. En otras ocasiones, se hacía referencia a bienes jurídicos distintos de la libertad sexual. Hoy esa construcción, esa

exigencia de una intensidad del dolo por la que el autor debía perseguir satisfacer su apetito sexual, ha sido abandonada, bastando para su realización el conocimiento de la puesta en peligro del bien por la acción agresiva.

La tipicidad del delito de agresión sexual no exige un elemento subjetivo distinto del dolo de atentar. El dolo, en su significación más clásica, significa conocer y querer los elementos del tipo penal. En otros términos, conocer del peligro concreto de la realización del tipo (Sentencia de la Colza 23.4.92), dado que quien conoce dicho peligro y obra sin hacer algo para impedir su concreción, obra con dolo directo o eventual, cuando manifiesta una actitud indiferente respecto a su realización. El actor en el hecho probado conoce la acción y la transcendencia de su acción, esto es el significado sexual de su conducta y la violencia en cuyo marco se ejerce. Luego obra con dolo. En el tipo de la agresión no se requiere ningún otro elemento o aditamento a ese conocimiento del hecho y voluntariedad en la puesta en peligro concreta de realización del tipo penal».

(3) STS (Sala de lo Penal) 957/2016, de 19 de diciembre.

«[...] Mientras que el Ministerio Fiscal, indica (con cita entre otras de las SSTS 132/2013 y 737/2014) que la exigencia de un elemento subjetivo distinto, concretado en el ánimo libidinoso, no resulta admisible, pues el legislador en la regulación del delito de abuso y agresión sexual no incluye ningún móvil distinto al dolo, elevado a la categoría de elemento subjetivo del injusto para su inclusión típica; basta que el sujeto conozca la transcendencia de su acción, el significado sexual de su conducta».

(4) STS (Sala de lo Penal) 737/2014, de 18 de noviembre.

«El tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica a su vez la conciencia de afectación del bien jurídico. Tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente lo que la explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En esos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con

la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Ello sin perjuicio de que este aspecto venga acreditado cuando de los hechos resulte la concurrencia de aquél ánimo, pues de ser así, el conocimiento antes mencionado será evidente».

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

«La jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando exigencias para la distinción entre el delito de coacciones y las agresiones sexuales y, así, mientras la agresión sexual va dirigida contra la libertad sexual, el delito de coacciones se dirige contra la libertad en general de las personas, requiriendo ánimos tendenciales diferentes del sujeto agente: un ánimo lascivo en las agresiones sexuales, mientras que en el delito de coacciones existe un ánimo genérico de restricción de la libertad persona».

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

«Ciertamente, no estamos ante uno de los supuestos en los que el consentimiento de la víctima resulta irrelevante, y tiene declarado esta Sala - Cfr. Sentencia 1419/2000, de 14 de septiembre - que el tipo subjetivo en los delitos contra la libertad sexual no exige ningún ánimo libidinoso que se deba sumar al dolo. Es indudable que quien tiene conocimiento que realiza acciones sexuales sobre otro sin su consentimiento o cuando el consentimiento es ineficaz, ya sabe todo lo que requiere el dolo y el tipo subjetivo del delito, dado que con tal conocimiento se da todo el contenido criminal del delito. En efecto, el autor ya sabe, sólo con ese conocimiento, que está lesionando el bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual. La exigencia de un ánimo especial, sólo se podría justificar si el conocimiento de la realización del tipo objetivo fuera insuficiente para caracterizar el contenido criminal del acto, y eso no sucede. Y en la Sentencia de esta Sala de 25 de enero de 1994 se declara que en los delitos contra la libertad sexual el tipo subjetivo y el desvalor de la acción resulta plenamente del conocimiento del autor de los elementos del tipo objetivo, es decir del carácter sexual de la acción realizada en el cuerpo de otro y la ausencia o irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo».

2.3. Tipo cualificado: delito de violación.

A) *Tipo objetivo: el acceso carnal.*

(1) STS (Sala de lo Penal) 1295/2006, de 13 de diciembre.

«En este sentido, teniendo en cuenta la ampliación del concepto efectuada legalmente, nada impide entender que, al igual que el coito o la cópula sexual es predicable de ambos intervinientes, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito del artículo 179 lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar. Lo definitivo en estos casos sería la existencia del acceso carnal, determinado por la penetración, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión quien la utiliza o la aprovecha.

Esta Sala llegó a esta conclusión tras el Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2005, en el que acordó que a estos efectos ""es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder", acuerdo que ya ha sido aplicado en algunas sentencias como la STS nº 472/2006, de 2 de mayo, en la que se dice lo siguiente: "La cuestión planteada por el recurrente ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el Código Penal de 1995 dio a los arts. 179 (agresión sexual) y 182 (abuso sexual), en los que hacía referencia y distinguía entre "acceso carnal" y "penetración bucal o anal", por lo que se entendía que si el sujeto activo "se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del art. 178 ó 181, pues el tipo cualificado solo podía cometerlo "el que penetraba". Ahora bien el legislador, a partir de la reforma de la LO. 11/99 suprimió esa distinción para referirse ahora a "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal", lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo».

(2) Circular de la Fiscalía General del Estado 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.

«Igualmente en relación con la violación, la Circular declara que “cuando quien imponga el acceso carnal... sea una mujer, también estará ésta ejecutando la acción típica.

Hay que romper con el estereotipo tradicional de que la mujer es la protagonista inactiva de la relación sexual, en la que toda iniciativa corresponde al varón, manteniendo también en esto la igualdad de sexos”. Se confirma esta interpretación por el Acuerdo de la Sala General del TS de 25 de mayo de 2005 y las SSTS n.º 476/2006, de 2 de mayo y 909/2005, de 8 de julio consideran que se cumple con la tipicidad tanto cuando se penetra como cuando se hace penetrar, es decir, tanto cuando un sujeto activo realiza la conducta de penetrar, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad».

B) Iter criminis.

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

«Tiene declarado esta Sala (Cfr., entre otras, las sentencias de 18 de febrero de 1994, 7 de marzo de 1994, 31 de mayo de 1994, 15 de junio de 1995, 15 de enero de 1998 y 17 de marzo de 1999) que existe acceso carnal en los supuestos denominados de coito vestibular que afecta a los órganos genitales externos, en cuanto los labios majus y minus forman con la vagina una unidad, de ahí que su contacto periférico, con penetración en el exterior vaginal produzca los mismos efectos penales que la total introducción en la vagina propiamente dicha, y eso es lo que ha sucedido en el supuesto que examinamos en cuanto se expresa en el relato fáctico que "le introdujo el pene en los labios vulvares, eyaculando seguidamente sobre los órganos genitales", extremos de los hechos probados que han quedado debidamente acreditados por lo antes expuesto».

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

«No ha dejado de plantear difíciles problemas en la práctica la expresión típica "acceso carnal", desde el punto de vista del *iter criminis* de esta figura penal. Tiempo hubo en que la jurisprudencia exigía para la consumación del delito de violación así como del de estupro (antecedente del tipo penal ahora estudiado) que existiera penetración del pene en la vagina. Paulatinamente, la jurisprudencia ha ido evolucionando hasta estimar la consumación delictiva en los supuestos del denominado "coito vestibular", consistente en la penetración en la esfera genital externa anterior al himen (v. ss. de 22 de septiembre de 1992, 7 de marzo y 31 de mayo de 1994, 20 de junio de 1995, 14 de mayo de 1999 y de 7 de junio de 2000, entre otras), declarándose en la primera y en la última de estas resoluciones que el acceso carnal no depende de circunstancias anatómicas, sino de consideraciones normativas y que, por tanto, no es necesario para su consumación una

penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos; se trata, por el contrario, del momento en el que ya se ha agredido de una manera decisiva el ámbito de intimidad de la víctima representado por las cavidades de su propio cuerpo, si bien es menester valorar las circunstancias de cada caso concreto, con objeto de poder deducir que los hechos enjuiciados ya han alcanzado un nivel que justifique la represión prevista para los delitos sexuales con acceso carnal.

[...] Por su parte, en la sentencia de 19 de junio de 2000, se dice que "no es absolutamente imprescindible que la penetración más allá de la zona del esfínter produzca necesariamente signos externos de dilatación"; añadiendo que "por otro lado, como apunta el Ministerio Fiscal, la consumación delictiva se produce por la introducción del pene en el orificio anal, sin que sea necesario que llegue a determinada zona"».

(3) STS (Sala de lo Penal) 804/2006, de 20 de julio.

«La consumación se entiende producida tan pronto se consigue el ajuntamiento carnal o conjunción de órganos genitales de varón y hembra, *conjunctio membrorum* siempre que conlleve la penetración del pene, más o menos perfecta en la cavidad genital femenina, en los órganos sexuales de la mujer, sin exigirse la perfección fisiológica del coito, la cópula normal y completa en su alcance y consecuencias. En orden a aclarar supuestos en los que latía la duda y contradicción, ha tiempo que esta Sala declaró que para estimar la consumación del delito de violación no se requiere que la penetración del miembro viril sea completa, bastando la introducción más o menos profunda (SSTS. 17.1.90, 4.4.91); sin que se precise la originación de la eyaculación sexual, ni siquiera la rotura más o menos completa del himen, con desfloración de la mujer virgen.

En la expresión "acceso carnal" no implica en modo alguno que dicho acceso deba ser vaginal en sentido anatómico. En un sentido puramente literal es indudable que hay penetración una vez que el pene ya ha superado el umbral del labio menor y ha llegado hasta el himen. En una interpretación gramatical, consecuentemente, no hay ninguna razón idiomática que imponga afirmar que la "cavidad genital femenina" (terminología de la STS 1514/86) comienza en la vagina, toda vez que, desde un punto de vista puramente físico tal cavidad comienza con el labio mayor; por lo tanto, a partir de éste ya habrá penetración y, naturalmente, acceso carnal».

C) *Tipo subjetivo.*

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

«Efectivamente, el hecho que recoge el relato histórico del intento de introducción de un palo por la vagina de la víctima era subsumible con arreglo al CP. de 1973 en el subtipo agravado de agresión sexual previsto en el inciso segundo del art. 430, y actualmente, en el nuevo Código de 1995, constituiría un supuesto de violación comprendido en el art. 179. No es exigible necesariamente en la modalidad agravada de agresión sexual de introducción de objetos que concurra un ánimo lubrico, pudiendo apreciarse el delito cuando responda a otros móviles subjetivos, como el de venganza o menosprecio, según se aceptó en la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1989».

2.4. Sujetos activo y pasivo.

(1) STS (Sala de lo Penal) 462/2019, de 14 de octubre.

«La punición del delito de violación en el código penal de 1973 venía descrita en su artículo 429, en el que se indicaba que "Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los siguientes casos:", e identificaba el uso de la fuerza o la intimidación como uno de los supuestos en los que el yacimiento integraba el delito. La concreción de que solo pudiera ser sujeto activo de la infracción penal quien yaciera con mujer, llevó a importantes sectores doctrinales a proclamar el delito de violación como un delito de propia mano, y que quienes simplemente favorecían su perpetración participando directamente en el acto violento o intimidatorio desplegado para imponer una relación sexual no deseada, tenían la consideración de cooperadores necesarios del artículo 14.3 del Código Penal entonces vigente, que equiparaba con los autores a quienes cooperaban a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

Son numerosas las sentencias de esta Sala que, sin especial análisis de la diferenciación entre ambos conceptos, proclamaban que esta participación auxiliar determinaba una responsabilidad como autor por cooperación necesaria, aun cuando alguna sentencia más específica (al evaluar la comisión de estos delitos en grado de tentativa) negó expresamente que el tipo penal tuviera la condición de delito de propia mano y consideró que el reproche era alcanzable en plenitud a los coautores y a los autores mediatos. Según la STS de 5 de marzo de 1985 : "no se deriva en modo alguno que se deba excluir la coautoría dado que la estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampoco la imposibilidad de la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia"; añadiendo, por otro lado, que no se percibía razón alguna para

hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se lo realiza a través de otro que opera como mero instrumento.

La entrada en vigor del actual Código Penal favorece la consideración de aquellos sectores doctrinales que destacan que el actual artículo 178 sanciona: " El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación", estableciéndose un subtipo agravado en el artículo 179 " Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías". La descripción del hecho típico, por exigir solo la transgresión de la libertad sexual de la víctima mediante violencia o intimidación, sería susceptible de comisión por cualquier persona (art. 178), lo que tampoco se modifica en los supuestos en los que el ataque consista en el acceso carnal, o en la introducción de miembros corporales u otros objetos (art. 179), al no describirse ninguno de estos hechos como algo necesariamente propio.

De este modo, se excluye claramente la consideración del delito de agresión sexual como de propia mano, de manera que serían autores -coautores materiales- todos aquellos que, actuando concertadamente en la ejecución del hecho e interviniendo directamente en su ejecución más inmediata, ostentan el dominio funcional de su desarrollo y realizan aportaciones esenciales para su consumación».

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

«La cuestión de si es posible una complicidad omisiva en un delito de comisión ha sido resuelta afirmativamente por la doctrina de esta Sala si al omitente le incumbe un deber de garantía (Cfr., entre otras, Sentencias de 3 de diciembre de 1990, 22 de junio de 1991, 6 de abril de 1992 y 25 de marzo de 1996).

La complicidad por omisión es posible cuando la omisión del deber de actuar del garante ha contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión. [...]».

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

«El problema de la participación delictiva mediante omisión ha motivado diversas posiciones doctrinales, y la jurisprudencia de esta Sala, si bien no encontró demasiados inconvenientes para admitirla en los delitos de imprudencia, ha sido más remisa y diversa en los delitos dolosos; la reciente sentencia de 10 de abril de 1981 la aceptó sin reparos, bien como una variedad del hacer delictivo -acción- en el que el resultado dañoso, de modo excepcional, se origina por una conducta pasiva, o bien dentro de las «omisiones» del artículo 1.º del Código entendiendo que la «omisión penada por la Ley» comprende las omisiones específicamente descritas en ella y también aquéllas que pueden ser referidas a un tipo legal para salvar las exigencias del principio de legalidad; ahora bien, la comisión por omisión en sus vertientes de cooperación necesaria (coautoría) o de cooperación no necesaria pero eficaz (complicidad) requiere en el actual estado de la doctrina científica y jurisprudencial: a) un elemento objetivo constituido por la omisión que --en el primer supuesto de participación- debe ser causal del resultado típico, y que en la complicidad basta que sea eficaz; b) un elemento subjetivo o voluntad dolosa, ora de cooperar causalmente al resultado (coautoría), ora de facilitarle simplemente (complicidad), y c) un elemento normativo, que es el que acaba de dar sentido jurídico penal a la omisión, integrado por un específico deber de actuar que puede surgir de una disposición legal, de la previa aceptación o conducta anterior que crea un peligro o es fuente de riesgos para otros, colocando al omitente en la posición de garante en cuanto le obliga a asegurar la no producción del resultado, obligación que le incumbe a él precisamente por razón de haber dado vida al peligro o creado un daño potencial para la esfera jurídica ajena, lo que es distinto -por más específico de los deberes morales y del deber general de impedir determinados delitos establecido en el artículo 338 bis del Código Penal -tesis alegada por la defensa- que responde a una genérica idea de solidaridad humana que hunde sus raíces en los principios cada vez más acuciosos de la ética social; y si aquel deber jurídico de garantía obligaba - en definitiva- a impedir el resultado dañoso, es obvio que el «no impedir», característico de la comisión omisiva, puede reconducirse, como especie del mismo género, al «causar» entendido en sentido amplio».

(4) STS (Sala de lo Penal) 786/2017, de 30 de noviembre.

«Al respecto debemos recordar la consolidada doctrina de esta Sala que en relación a estos delitos contra la libertad sexual en caso de pluralidad de partícipes viene atribuyendo a cada uno de ellos no solo la acción ejecutada por ellos mismos, sino además

la del resto de los participantes, vía cooperación necesaria -excepcionalmente podría ser complicidad- de acuerdo con el concepto amplia de autor vigente en nuestro sistema penal y recogido en el art. 28 que se cita en el motivo, coautoría que estaría fundada no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación"».

2.5. Concursos.

A) *Respecto al delito de lesiones.*

(1) STS (Sala de lo Penal) 750/2008, de 10 de noviembre.

«El delito de lesiones, por su parte, es un tipo penal cuyo bien jurídico protegido es la integridad -física y psíquica- de la persona, que haya sido menoscabada por cualquier medio o procedimiento (art. 147 CP), constituyendo un subtipo agravado de esta figura penal aquél en el que "en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica del lesionado" (v. art. 148.1º CP).

Por lo que a las lesiones concierne, la jurisprudencia ha tomado posición al respecto, con independencia del carácter grave o leve de las mismas, declarando que "la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado" (v. STS de 10 de diciembre de 2002); y la razón de ello es que el delito de agresión sexual con empleo de violencia requiere el empleo de ésta, pero no exige la causación de lesiones corporales, "de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual" (v. STS de 2 de noviembre de 2004).

La posibilidad de castigar, conjuntamente, tanto el delito de agresión sexual como el de lesiones, cuyos bienes jurídicos protegidos son indudablemente distintos, ha sido

admitida normalmente por la jurisprudencia, si bien no han dejado de plantearse problemas sobre la posible compatibilidad de ambas sanciones, especialmente en los supuestos de lesiones de carácter leve, de lesiones inherentes al ejercicio de la violencia típica del primero de los delitos, o de las posibles secuelas psíquicas de la víctima. En cuanto a éstas se refiere, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del TS, de fecha 10 de octubre de 2003, tomó el siguiente acuerdo: "las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil" (acuerdo recogido posteriormente en SSTS de 7 de noviembre de 2003, 4 de febrero y 7 de octubre de 2004, entre otras)».

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

«La posibilidad de un concurso de infracciones penales entre la violación o el estupro, de un lado, y las lesiones por otro, exige partir de una sutil distinción: lesiones inevitables o consecuencia normal del yacimiento, y aquellas otras que rebasen el campo de lo necesario, de perfiles no siempre fáciles de definir. Las primeras deben considerarse embebidas en la figura correspondiente del yacimiento, las segundas habrán de calificarse en concurso con éste».

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

«En orden al problema subsuntivo, referido a la infracción del principio "non bis in idem" por entender consumidas las lesiones en el delito de agresión sexual, hemos de recordar los criterios invariablemente sostenidos por esta Sala, según los cuales la violación sólo consume las lesiones producidas por la violencia ejercida cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud propio del acceso carnal violento. En tal sentido podrían resultar inherentes al hecho las lesiones integradas por los leves hematomas eventualmente ocasionados en los muslos o lesiones de la misma naturaleza en la zona genital, no provocados de modo deliberado, sino como forzosa consecuencia del acceso carnal.

No ocurre lo mismo cuando se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la resistencia de la víctima, pero con entidad sustancial propia, en que las infracciones deben sancionarse por separado.

Es obvio que puede producirse una violación sin necesidad de causar lesiones graves, o causar lesiones de este tipo sin cometer violación. Ontológicamente los conceptos son perfectamente separables. El dato diferenciador se halla en la conducta voluntaria (conscientemente realizada) o asumida de provocar una lesión de cierta entidad, acompañatoria de la agresión sexual, que no constituye una implícita consecuencia de tal agresión violenta».

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

«Es cierto que este trauma psicológico no aparece recogido en el relato de hechos probados, pero también lo es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, y resulta evidente que una violación cometida por el propio compañero produce, sin duda un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad.

En este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. El daño moral, además, - dice la STS. 22.7.2002 -, no deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostenerlo la Defensa al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

Y en relación al cuestionado trauma psicológico, debemos insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos, (ssTS. 16.5.98, 29.5.2000, 29.6.2001)».

(5) STS (Sala de lo Penal) 957/2007, de 28 de noviembre.

«Por ello y respecto a la falta de sintomatología psíquica que alega el recurrente, debemos insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando

que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos, (SSTS 16.5.98, 29.5.2000, 29.6.2001, 29.1.2005)».

B) Respecto a los delitos de amenazas y coacciones.

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

«La jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando exigencias para la distinción entre el delito de coacciones y las agresiones sexuales y, así, mientras la agresión sexual va dirigida contra la libertad sexual, el delito de coacciones se dirige contra la libertad en general de las personas, requiriendo ánimos tendenciales diferentes del sujeto agente: un ánimo lascivo en las agresiones sexuales, mientras que en el delito de coacciones existe un ánimo genérico de restricción de la libertad personal.

En el caso el ánimo tendencial del agente durante toda su conducta estuvo encaminado a determinar una situación de sumisión de la voluntad de la mujer a unos fines libidinosos, de tal modo que esta especial finalidad guió todos sus diversos intentos de conseguir el acceso carnal, absorbiendo este propósito cualquier otro que, en ausencia del ánimo lascivo, hubiera podido configurarse como ánimo genérico de doblegar la ajena voluntad que sería encuadrable en el delito o la falta de coacciones».

(2) STS (Sala de lo Penal) 62/2018, de 5 de febrero.

«Aquí las conclusiones han de ser muy distintas: las amenazas instrumentales quedan absorbidas por el delito de agresión sexual mediante intimidación según reiterada jurisprudencia. Es exigencia del tipo esa intimidación que no puede propiciar por tanto otra infracción y, en consecuencia, una sanción aparte. Ya está valorada por el legislador al castigar el delito de agresión sexual cuyo suelo viene constituido por una intimidación que comporta siempre unas amenazas más o menos graves. Cabría un concurso real solo si las amenazas constituyen un aparte (STS 576/2015, de 5 de octubre); es decir no van encaminadas a lograr doblegar la voluntad del sujeto pasivo para llegar al acceso carnal».

C) Respecto al delito de detención ilegal.

(1) STS (Sala de lo Penal) 48/2009, de 30 de enero.

«Sobre el delito de detención ilegal, aún reconociendo y aceptando el tenor de los hechos probados, entiende que el periodo temporal en que la víctima fue privada de su capacidad ambulatoria, debía considerarse ínsito y consumido en la continuidad de la agresión o como premisa para doblegar su voluntad y tener acceso carnal con ella.

Mas, la Audiencia provincial ya explicó con acierto que la privación de libertad por 12 horas excedía con mucho del simple propósito de agredir sexualmente a la mujer. El recurrente sostiene que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado en ocasiones la pérdida de libertad del sujeto pasivo presupuesto necesario para lograr los propósitos libidinosos, si éstos se prolongaran en el tiempo, todo ello en virtud del principio de inherencia previsto para las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en cuanto constituyen complementos tipológicos de los delitos básicos, originadores de subtipos agravados (art. 67 CP.) o del principio de consunción (art. 8.3º C.P.)».

2.6. Concurrencia de varias violaciones o agresiones sexuales en caso de penetraciones repetidas. El delito continuado.

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

«Es cierto que con carácter general, esta Sala ha rechazado la existencia de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, declarando que cada vez que se comete un acto atentatorio contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, hay un delito diferente y se renueva en cada acción concreta ante la incapacidad del sujeto pasivo de consentirla, y así se afirma en la combatida. Pero, no lo es menos, que una línea jurisprudencial más matizada permite admitir la excepción a la regla general, aunque insistiendo siempre, según recuerda la Sentencia de 2-2-98 -así como, la SS de 22-10-92 que cita las de 17-7-90 y 18-12-91- en la necesidad de aplicar restrictivamente esta excepcional posibilidad e individualizar la calificación jurídica cuando los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles, pues no deja de ser razonable admitir la existencia de un delito continuado, habida cuenta de la homogeneidad de los hechos descritos en el "factum" y la absoluta imposibilidad de concretar con precisión las ocasiones en que los mismos se cometieron, ya que, por una parte, parece más acorde con la realidad de los hechos y más respetuoso con el principio "pro reo" por otra, agrupar la totalidad de los hechos según su estructura material y objetiva gravedad, una vez que el delito continuado no es concebido exclusivamente como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino como una verdadera "realidad jurídica" que permite construir

un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva».

(2) STS (Sala de lo Penal) 48/2009, de 30 de enero.

«Esta Sala ha repetido una y otra vez que es apreciable un solo delito de agresión sexual cuando bajo la misma situación de violencia entre un único sujeto activo y pasivo y en el mismo marco espacio-temporal, se han producido varios actos de acceso carnal por distintas vías (véanse S.T.S. nº 626/2005 de 13 de mayo; nº 820/2005 de 23 de junio; nº 1043/2005 de 29 de septiembre; nº 76/2006 de 31 de enero y nº 1255/2006 de 20 de diciembre). Tal situación podría calificarse de "unidad natural de acción" en cuanto estamos ante el desarrollo de un mismo impulso erótico o episodio de desahogo y satisfacción sexual sin apenas solución de continuidad.

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala venía estimando de forma excepcional la continuidad delictiva en casos de vulneración repetida, pero también distinta, del bien jurídico protegido a través de acciones determinadas por un dolo similar, pero reproducido en cada uno de los casos.

En particular ha apreciado la continuidad en el delito de agresión sexual en los casos en que concurrieran las siguientes situaciones:

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

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

c) cuando todos los actos respondan también al mismo impulso libidinoso no satisfecho hasta la realización de esa pluralidad delictiva».

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

«Es copiosa y pacífica la doctrina de esta Sala según la cual en los delitos contra la libertad sexual ejecutados con violencia y/o con intimidación en los que se realizan más de una penetración vaginal, bucal o anal por el mismo sujeto contra la misma víctima, en el mismo lugar y con inmediación temporal, las distintas acciones configuran una sola conducta típica, un solo delito y no un delito continuado, es decir, una sucesión de realizaciones del tipo independientes unas de otras pero enlazadas por un nexo de

continuidad. En estos casos, se trata de una única acción delictiva que es consecuencia de la llamada unidad natural de la acción, que surge cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo marco espacial y de manera cronológicamente cercana, obedeciendo las distintas agresiones individualizadas a un dolo unitario del autor que impulsa la global actuación de éste. Del mismo modo que en el delito de lesiones, los distintos golpes propinados a la víctima no produce una pluralidad de delitos ni un delito continuado, sino un solo comportamiento delictivo, lo que no impide que las plurales penetraciones puedan ser valoradas como exponentes de la mayor antijuridicidad del hecho y como elemento claramente acreditativo de la brutalidad y desprecio de la víctima que supone la repetición de las agresiones sexuales con la consiguiente multiplicación del sufrimiento y humillación de aquélla (véanse, entre otras, SS.T.S. de 13 y 20 de noviembre de 1.995, 26 de octubre de 1.996, 15 de febrero de 1.997, 24 de octubre y 4 de diciembre de 2.000 y 6 de febrero de 2.001).

En aplicación de esta doctrina, y partiendo del riguroso acatamiento de los hechos declarados probados, resulta evidente que la entera actuación del acusado recurrente y la totalidad de las agresiones sexuales cometidas por el mismo, se han desarrollado en un mismo episodio y en un mismo escenario de lugar, tiempo, ambiente, ocasión y circunstancias, fruto todas ellas del mismo dolo unitario y no renovado que pudiera dotar a alguna o algunas de las agresiones sexuales de autonomía o independencia jurídico penal en relación a las demás. Por ello, esta Sala de casación no puede asumir la diferenciación que hace la sentencia de instancia en dos fases independientes y drásticamente separadas la una de la otra para atribuir individualidad penal a las diversas acciones típicas ejecutadas en cada una de dichas fases. Por el contrario, no se advierte, según el "factum", una solución de continuidad de suficiente entidad que justifique tal separación, pues el lapso temporal entre las primeras y las segundas agresiones no es en modo alguno significativo, sino más bien breve, esto es, sin entidad para dotar de significación propia a unas y otras, cuando, además, todas ellas se ejecutaron en la misma situación de violencia, prevaleciendo el autor del clima de intimidación ya creado con la brutalidad de su comportamiento, todo lo cual evidencia que las agresiones sexuales sufridas por la víctima después de la pausa que se tomaron los agresores tras finalizar las anteriores no obedecieron a un dolo renovado distinto del inicial y diferenciado de éste, sino al mismo y único propósito libidinoso que abarca toda la mecánica comisiva».

(4) SAP Madrid (Sección 29ª) de 1 de febrero de 2019.

«En conclusión el TS se decanta por entender que se ha producido la comisión de uno o varios delitos continuados, tantos como autores concurren a la violación múltiple, argumentando que el delito continuado requiere unidad de sujeto activo y esa unidad existe para cada uno de los autores, es decir, cada uno de ellos será autor único de un delito continuado de violación. Uno, porque intimida y otro porque accede carnalmente, ambos conjugan el verbo nuclear del tipo, ambos son autores del número 1º art. 28 CP.

Siguiendo la línea jurisprudencial indicada, según la cual es posible considerar autores a cada uno de los partícipes no sólo del acceso carnal inconsentido sino también autores de la intimidación ejercitada para la consumación de los accesos de los otros dos procesados, nada obsta para entender que es de aplicación la continuidad delictiva del art. 74 CP postulado por el Ministerio Fiscal».

(5) STS (Sala de lo Penal) 463/2006, de 27 de abril.

«En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar:

a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena.

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».

3. TIPOS AGRAVADOS COMUNES A LOS ARTS. 178 Y 179 CP: CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DE ART. 180 CP.

3.1. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (art. 180.1.1ª CP).

(1) STS (Sala de lo Penal) 194/2012, de 20 de marzo.

«La aplicación del supuesto agravado del artículo 180.1.1º del Código Penal exige que concurra una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. No es en sí el acto de naturaleza sexual lo que debe revestir tal condición, pues es claro que la relación sexual impuesta con violencia o intimidación ya es de por sí degradante y vejatoria para cualquier individuo, dado el ataque a su dignidad personal y a su libertad que tal clase de actos suponen. Lo que el tipo exige es que sea la violencia o la intimidación ejercidas las que revistan aquellos caracteres, (STS nº 159/2007). Pero con ello no solo se hace referencia al acto violento o intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación ejercidas, sino también a la forma en que lo han sido en relación con la conducta impuesta».

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

«En efecto, decíamos en la mentada resolución que la circunstancia agravatoria específica a que se refiere el motivo "no sanciona la vejación o la degradación que supone toda agresión sexual realizada por la fuerza o con intimidación, en tanto que la satisfacción de los deseos lúbricos que el agente consigue mediante la pura violencia física o psíquica como instrumentos para doblegar la resistencia de la víctima, no sólo constituye un genuino desprecio al derecho de disposición del propio cuerpo en el ámbito de la sexualidad y a la libertad de decisión del ser humano en este concreto campo de su intimidad, sino que, por ello mismo, significa un gravísimo atentado contra la dignidad de la persona así tratada, por lo que, en definitiva, la agresión sexual violenta o con intimidación lleva ínsita en la propia acción un incuestionable y relevante componente de brutalidad, degradación y vejación de la víctima Decíamos también, y reiteramos ahora que la violencia física o psíquica que se proyecta sobre una persona no es necesariamente equiparable jurídicamente a trato vejatorio o degradante y debe subrayarse que tal diferencia conceptual está reconocida en nuestro derecho positivo distinguiéndose claramente entre el maltrato físico o mental que constituye el trato inhumano, del trato degradante como acción típica diferenciada, entendiendo la doctrina científica que en la primera modalidad delictiva se integra lo bárbaro, salvaje, brutal o cruel, esto es, los actos de violencia física o psíquica de muy notable intensidad, en tanto

que el trato degradante equivale a realizar acciones con el fin de humillar, deshonrar, hacer despreciar o envilecer a alguien afectando a su dignidad humana y subrayábamos que en todo caso, es lo cierto que la doctrina jurisprudencial de esta Sala viene aplicando el subtipo agravado del art. 180.1º C.P. en aquellos casos en que el acusado de la agresión sexual revela con su conducta un especial y cualificado salvajismo o brutalidad, manifestando con su proceder una particular crueldad innecesaria y gratuita que integraría una especial vejación o degradación para la dignidad personal de la víctima agraviada siempre y cuando ese especial salvajismo y brutalidad refleje un grado tan elevado de perversión del sujeto que justifica una exasperación de la pena tan notable como la que establece la norma que, en el caso de la agresión sexual del art. 179 del Código Penal, puede llegar a suponer quince años de prisión"».

3.2. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180.1.2ª CP).

(1) STS (Sala de lo Penal) 585/2014, de 14 de julio.

«Hemos advertido en alguna ocasión que la agravación prevista en el artículo 180.1.2ª se refiere al caso en que los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. La expresión no es sinónima de la realización conjunta del hecho al que se refiere el artículo 28. Esta última supone que todos los intervinientes realizan el hecho en la forma antes expuesta al hablar de la coautoría, de forma que todos ellos son autores, mientras que la actuación conjunta puede predicarse no solo respecto de los autores sino también respecto de los cooperadores, necesarios o no, al menos cuando desarrollan su conducta al mismo tiempo que aquellos (STS nº 975/2005 antes citada).

En suma, nos decantamos por esta segunda línea jurisprudencial relativa a la comisión de uno o varios delitos continuados, tantos como autores concurren a la violación múltiple, que es más acorde con esa propia naturaleza múltiple del delito cometido, la facilidad calificativa y el principio de proporcionalidad. En efecto, las objeciones que se han barajado residen sustancialmente en que el delito continuado requiere unidad de sujeto activo. Pues, bien, tal unidad existe para cada uno de los autores, es decir, cada uno de ellos será autor único de un delito continuado de violación. Uno, porque intimida y otro porque accede carnalmente, ambos conjugan el verbo nuclear del tipo; ambos son autores del número 1º del art. 28 del Código Penal».

3.3. 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. 180.1.3ª CP).

(1) STS (Sala de lo Penal) 365/2006, de 24 de marzo.

«[...] Llegados a este punto, no podemos desconocer que el Tribunal de instancia tuvo a su presencia al acusado y a la víctima, escuchando sus distintas versiones acerca de lo sucedido el día de autos, disponiendo lógicamente de todos los elementos de juicio inherentes al principio de inmediación que le han permitido formarse una idea suficientemente fundada del desvalimiento de la víctima, en la que concurrían la edad avanzada, junto con una importante minusvalía física y un deterioro mental leve, todo lo cual compone un cuadro de especial vulnerabilidad de la víctima, como ha estimado la Audiencia Provincial».

4. EL ABUSO SEXUAL.

4.1. Bien jurídico protegido.

(1) SAP Huelva (Sección 3ª) 295/2010, de 23 de noviembre.

«[...] En efecto, el Art. 181.1 CP, castiga al que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento realizase actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona.

Dicho delito se define, por tanto, como la realización de actos atentatorios a la libertad sexual de otra persona, sin violencia ni intimidación y sin el consentimiento de esta última, y presenta como tipo básico (Art. 181.1º CP EDL 1995/16398), consiste en el abuso sin consentimiento y sin violencia o intimidación; el tipo básico viene caracterizado por la jurisprudencia por la concurrencia de los siguientes elementos:

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

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

Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuricidad la conducta y que se expresa en el clásico "ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción sexual.-

En este sentido la sentencia del TS de 13/9/2002, considera que el Art. 181.1 CP, tipifica una conducta no recogida en las normativas anteriores penales, en que el atentado a la libertad sexual se produce por la mera falta de consentimiento de la víctima, sin concurrir violencia e intimidación. Como expone la STS. 15/12/2000 el delito de abuso sexual se caracteriza por el elemento negativo de la falta de violencia e intimidación y por el elemento negativo de ausencia de consentimiento de la víctima, como libre ejercicio de la libertad sexual. El elemento subjetivo consistirá en el ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual en el agente del hecho, o al menos en el conocimiento del carácter sexual de la acción».

4.2. Tipo básico.

A) *Tipo objetivo (art. 181.1 CP).*

(1) SAP Tarragona (Sección 2ª) 426/2010, de 9 de septiembre.

«[...] El delito de abusos sexuales del artículo 181.1 del Código Penal está comprendido entre los que constituyen un ataque a la libertad o indemnidad sexual de otro. Así se desprende del tenor literal del precepto que describe la conducta típica como la realización de actos que ataquen a dichos bienes jurídicos, sin violencia o intimidación y sin que medie el consentimiento de la víctima. El tipo objetivo consiste por lo tanto en una conducta de naturaleza o contenido sexual ejecutada mediante un contacto físico entre el sujeto activo y el pasivo, excluyéndose los casos previstos en el artículo 182 CP. Es indiferente que el contacto se realice por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, o que sea éste quien lo lleve a cabo, por indicación o acción del primero, sobre el cuerpo de éste. En el primer supuesto se comprenden también aquellos hechos realizados ordinariamente por sorpresa, sin conocimiento de la víctima y por tanto sin su aceptación previa».

4.3. Abusos sexuales no consentidos (art. 181.2 CP).

(1) STS (Sala de lo Penal) 821/2007, de 18 de octubre.

«El tipo penal de abuso sexual del art. 181.2 ha sido objeto de doctrina jurisprudencial que subraya que lo que caracteriza esa modalidad típica es que la víctima no presta un verdadero consentimiento, valorable como libre ejercicio de la libertad sexual (STS 2ª 1943/2000 de 18 de diciembre) y que el autor logra obtener de ella un

consentimiento no valorable como tal, debido al patente déficit de conciencia del alcance de los propios actos, motivador de una objetiva incapacidad para conducirse sexualmente con autonomía (STS 222/2007, de 23 de marzo). Advirtiéndose que la expresión trastorno mental, utilizada en el ap. 2 del art. 181 del CP., no reduce su ámbito de aplicación a las personas que padecen genuinas enfermedades mentales, sino que también se aplicará a los individuos que sufran deficiencias psíquicas que permitan deducir razonablemente que se encuentran impedidos de prestar un consentimiento consciente y libre. (STS 545/2000 de 27 de marzo)».

A) Abuso sexual con prevalimiento (art. 181.3 CP).

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

«Pues no olvidemos que el bien jurídico que los preceptos aplicados protegen es el de la libertad, o en su caso indemnidad, sexual del individuo, que puede verse agresivamente anulada, por medio del empleo de constreñimiento físico, psíquico o moral, en cuyo caso el consentimiento del partícipe en los actos de contenido sexual se anula completamente o, más bien, es de todo punto inexistente y entonces nos hallaríamos ante las figuras descritas en los artículos 178 a 180 del Código Penal, o simplemente resulta viciado por una serie de circunstancias, que privan de verdadera y plena libertad en el consentir y, por lo tanto, de auténtico ejercicio de esa libertad, en el ámbito del comportamiento sexual, al sujeto que tales restricciones sufre (artículos 181 a 183 del referido texto punitivo)».

(2) STS (Sala de lo Penal) 258/2015, de 8 de mayo.

«El abuso sexual surge cuando el consentimiento del ofendido se obtiene prevaleándose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. Es preciso, pues, la realización de actos de naturaleza y significado sexual mediando un consentimiento de la víctima viciado por una situación de superioridad del autor de entidad capaz de coartar la libertad del sujeto pasivo en el momento de la decisión.

Esta Sala ha venido señalando como notas características del prevalimiento:

a) situación manifiesta de superioridad del agente.

b) que dicha situación influya de forma relevante, coartando la capacidad de decidir de la víctima.

c) que el sujeto agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima producen, se prevalega, la ponga a su servicio y así obtenga el consentimiento, lógicamente viciado».

(3) STS (Sala de lo Penal) 235/2009, de 12 de marzo.

«En nuestra jurisprudencia, por todas STS 841/2007, de 22 de octubre, hemos declarado que el elemento típico del prevalimiento es tanto como valerse o servirse de algo que supone un privilegio o una ventaja, en clave penal partiendo de su naturaleza subjetiva --sobresubjetiva la califica la STS de 2 de Marzo de 1990 – tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los delitos contra la libertad sexual, que constituyen un específico ámbito de actuación del prevalimiento, esta Sala ha descrito el prevalimiento como el *modus operandi* a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente. b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalega, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima. Se trata de una circunstancia que en el párrafo 3º del art. 181 del Código penal está concebida en gran amplitud, de suerte que ya no se limita su aplicación a abusos sobre personas menores de edad o disminuidos psíquicos. Es perfectamente concebible que una persona mayor de edad, sin ningún déficit físico o psíquico relevante, se encuentre in concreto en una situación tal en la que se sienta obligado a consentir y mantener una relación sexual que rechaza. Al respecto hay que tener en cuenta que el actual Cpenal define el prevalimiento en el art. 181-3º como nota positiva en aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que prácticamente exista una situación de superioridad y que esta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación, no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento). En tal sentido, SSTs 170/2000 de 14 de febrero o STS de 10 de octubre de 2003. En definitiva, el prevalimiento en relación a este tipo de delitos existe siempre que exista ese abuso de superioridad del agente que de

hecho limita la capacidad de decisión del sujeto pasivo que consiente viciadamente y acepta una relación sexual que no quiere. En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta a acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada».

(4) STS (Sala de lo Penal) 935/2006, de 2 de octubre.

«Hemos señalado, S.T.S. 1689/03 de 18.12, que el artículo 178 C.P., que describe el tipo básico de las agresiones sexuales vincula la presencia de la violencia e intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecta al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual. La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (S.S.T.S. de 05/04/00, 04 y 22/09/00, 09/11/00 o 25/01/02 y 01/07/02, 23/12/02). Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatar en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en si misma no tiene ese alcance objetivamente. La víctima puede sentirse intimidada pero los actos intimidatorios descritos en el relato fáctico han de tener objetivamente el componente normativo de la intimidación. La jurisprudencia ha señalado que ello implica la amenaza de su mal o perjuicio para la vida o la integridad física que sea grave e inmediato, amenaza realizada de palabra o mejor aun mediante actos concluyentes».

(5) STS (Sala de lo Penal) 542/2013, de 20 de mayo.

«El referido prevalimiento debe entenderse como cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo de la que el primero no solamente se aprovecha, sino que es consciente de que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

Se distingue de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, en que en éste el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual, de manera 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. En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal, es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual».

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

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

(1) ATC 221/1990, de 31 de mayo.

«El derecho constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la vida privada personal y familiar de los ciudadanos, pero ello no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares. No hay vulneración del derecho a la intimidad cuando se impone determinadas limitaciones ((como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas

que el ordenamiento regula» (STC 170/1987). Del mismo modo no puede entenderse intromisión a la intimidad personal aquellas actuaciones que no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona (STC 37/1989) [...]»

(2) STS (Sala de lo Penal) 700/2018, de 9 de enero.

«Conforme señala el Tribunal Constitucional el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución Española) implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STCS núm. 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (STCS núm. 142/1993 y 143/1994)».

2. TIPO OBJETIVO.

(1) STC 12/2012, de 30 de enero.

«Por lo que respecta al otro derecho fundamental en conflicto, el derecho a la propia imagen queda cifrado, conforme a nuestra doctrina, en el “derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde”, y, por lo tanto, abarca “la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos” (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4).

Ya habíamos señalado en nuestra STC 117/1994, FJ 3, que “[e]l derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los de honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la

medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz.”. En el caso de una grabación oculta como la que aquí nos ocupa, la captación no sólo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen mediante la captación no consentida de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación».

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

«El artículo 197 C.P. ha pretendido colmar las lagunas del antiguo 497 bis C.P. 1973, reformado por la L.O. 18/94, mediante una tipicidad ciertamente complicada donde se suceden diversos tipos básicos y supuestos agravatorios. Así, el apartado 1º del mismo contiene en realidad dos tipos básicos definidos por modalidades comisivas distintas, como son el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o la interceptación de las telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, 2º inciso de dicho párrafo que es el aplicado en este caso en su modalidad comisiva de utilización de artificios técnicos para la reproducción de la imagen o del sonido, lo que se denomina control auditivo y visual clandestinos. Lo relevante es que se trata de un delito en cualquiera de sus versiones que no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o en el presente caso de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación o reproducción del sonido o de la imagen (elemento objetivo) junto con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), es decir, en el presente caso el tipo básico se consuma por el sólo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad. Por ello se le ha calificado como delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar, lo que da lugar a un tipo compuesto, si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, supuesto agravado previsto en el apartado 3º.1 del mismo precepto, lo que conlleva la realización previa del tipo básico. Esta conducta reviste una especial gravedad si tenemos en cuenta el carácter permanente que conlleva la utilización de los medios descritos mediante la plasmación de la imagen o reproducción del sonido, y la obtención de copias posteriores. La intervención del

derecho penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se atenúa cuando se produce en lugares públicos, aún sin consentimiento del titular del derecho, que en línea de principio debe generar una respuesta extrapenal [...]».

(3) STS (Sala de lo Penal) 700/2018, de 9 de enero.

«Tal y como expresan las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Superior de Justicia, asumiendo y confirmando la anterior, la información así obtenida y el juguete sexual afectan a un dato de especial relieve integrador del derecho constitucional a la intimidad, como es la vida sexual.

Conforme se expresa por el Tribunal Superior de Justicia el tipo penal contenido en el artículo 197.5 del Código Penal no está exigiendo la puesta al descubierto de una vida sexual que no sea previsible por los demás. Por el contrario, basta que aspectos de la vida sexual propia que se reservan, que son secretos como núcleo indudable y más significado de la intimidad lleguen a conocerse por otros contra la voluntad de la persona afectada mediando un apoderamiento o una captación ilícitos

El acusado ha sido condenado como autor de un delito continuado contra la intimidad previsto y penado en los artículos 197.1 y 197.5 del Código Penal. La conducta consiste en apoderarse de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de un tercero, sin que medie su consentimiento, para descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. Esta conducta se ve agravada cuando los hechos descritos afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual. [...]

El fundamento y la legitimidad político criminal de este motivo de agravación es el mayor menoscabo al bien jurídico intimidad, que se comete cuando los datos de carácter personal afectan al denominado núcleo duro de la privacidad. Tales son los datos relacionados con la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, que gozan de especial protección en el plano constitucional dentro del derecho a la intimidad (artículo 18 Constitución Española), internacional (artículo 8 del Convenio de Roma ó artículo 9 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (artículo 9). Sostiene el recurrente que el

concepto "vida sexual" debe entenderse referido únicamente a aquellos datos que se refieran a la orientación sexual de la víctima poniendo de relieve tendencias que pudieran considerarse por algunos sectores al margen de la norma general, como las relaciones homosexuales.

Tal consideración no puede ser compartida. El artículo 9 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 establece una diferenciación entre ambos conceptos (vida sexual y orientación sexual) al conferir tratamiento especial a determinadas categorías de datos, refiriéndose a "datos relativos a la vida sexual o la orientación sexuales de una persona física".

Desde el punto de vista histórico cultural, la vida sexual es el conjunto de fenómenos emocionales, de conducta y de prácticas asociadas a la búsqueda de emoción sexual, que marcan de manera decisiva al ser humano en todas y cada una de las fases determinantes de su desarrollo. La orientación sexual es un concepto más restringido y se refiere a un patrón de atracción sexual, erótica, emocional y amorosa a un grupo de personas definidas por su sexo. Según la American Psychological Association, la orientación sexual deriva entre un continuo marcado por dos extremos, la atracción exclusiva por el sexo contrario, y la atracción exclusiva hacia individuos del mismo sexo. Por ello, para su estudio, se consideran tres categorías: la heterosexualidad - atracción hacia personas del sexo opuesto-, la homosexualidad -atracción hacia personas del mismo sexo- y la bisexualidad - atracción hacia personas de su mismo sexo y otros géneros-.

En definitiva "vida sexual" es un concepto amplio que abarca cualquier orientación sexual (heterosexual, homosexual o bisexual), siendo el fundamento de la agravación contenida en el artículo 197.5 del Código Penal la especial importancia que tiene este dato de carácter personal que pertenece al denominado "núcleo duro de la privacidad".

Según se recoge en el Diario de Sesiones, en la tramitación parlamentaria para la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, durante la propuesta y debate sobre la introducción del tipo penal comentado en el nuevo Código Penal, se atendió a la necesidad de recoger de forma individualizada y estructurada las figuras delictivas referentes al tratamiento de los datos de carácter personal más sensibles, esto es, aquellos recogidos en el Título I de la Constitución: ideología, religión y creencias, por un lado; origen racial, salud y vida sexual por, otro. Datos denominados

"sensibles" en el lenguaje doctrinal y en el lenguaje especializado que por su transcendencia, y en aplicación precisamente de un conjunto de normas concatenadas de nuestra Carta Constitucional, se consideraba que debían tener una protección suficientemente estricta y rigurosa en el conjunto de nuestro ordenamiento penal. De esta forma no se estableció ni se discutió el contenido concreto de los datos objeto de protección que deberían afectar a la "vida sexual", ni se limitó a la orientación sexual del individuo, confiriéndose a los mismos igual protección que a otros datos relacionados con otros derechos fundamentales recogidos en el mismo Título I y Capítulo II de la Constitución Española, por el hecho de afectar de manera sensible a la intimidad de la persona cualquiera que sea su orientación sexual».

3. TIPO SUBJETIVO.

(1) STS (Sala de lo Penal) 688/2013, de 30 de septiembre.

«Como se argumenta en la STS de 16-6-2004, el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizarla acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.

[...] En derecho penal, los móviles que guían la conducta de las personas imputadas en procesos penales son irrelevantes en la construcción dogmática del elemento subjetivo de los tipos penales, lo relevante es si cuando realiza la acción comprendía el alcance de la norma prohibitiva y si era capaz de actuar conforme a esa comprensión (STS. 1106/2006 de 10.11).

La motivación o móvil constituye el fin mediato y puede ser multiforme y responder a sentimientos diferentes como el odio, la venganza, la envidia e incluso otros socialmente valiosos como la solidaridad, la amistad o el amor.

En definitiva, el dolo consiste en el conocimiento de la acción típica prohibida por la Ley y en la voluntad de ejecutarla, es decir, en la conciencia de saber lo que se hace y en la voluntad de hacer lo que se quiere, sean cuales fueren los objetivos que se pretendan con la acción que forman parte del móvil que, a diferencia del dolo, resulta irrelevante a efectos penales salvo cuando se exige como componente del tipo o se tiene en cuenta en la esfera de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (SSTS. 781/2003 de 27.5). El dolo es único e inmediato, el móvil es plural y mediato (SSTS. 663/2005 de 28.5, 1095/2006 de 16.11, 534/2008 de 25.9, 1328/2009 de 30.12)».

4. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.

(1) STS (Sala de lo Penal) 210/2007, de 15 de marzo.

«La coautoría, como señala la sentencia de 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000, aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos como el último expuesto, en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

Y, en segundo lugar, la coautoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo cual integra el elemento objetivo, lo que puede tener lugar aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor. Decíamos en la STS núm. 251/2004, de 26 de febrero, que «cada coautor, sobre la base

de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal». Y se añadía que <<su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que no resulta prescindible, (STS nº 529/2005, de 27 de abril). Se trata, pues, no tanto de que cada coautor domine su parte del hecho, sino de que todos y cada uno dominan el hecho en su conjunto>> (véase STS de 3 de julio de 2.006)».

III. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA APREHENSIÓN DEL TERMINAL MÓVIL A DOÑA PAULA.

1. TIPO OBJETIVO.

(1) SAP Madrid (Sección 3ª) 97/2006, de 10 de marzo.

«Es constante la jurisprudencia que estima que la intimidación surge cuando se inspira al receptor un sentimiento de temor o angustia ante la contingencia de un daño real o imaginario, como expresa la Sentencia de 7 de octubre de 1988 recogida por la de 15 de abril de 1991 y cuya doctrina ratifican las de 13 de abril de 1992, 23 de enero, 14 de junio de 1993. En la de 5 de noviembre de 1990 se afirma que el término ha de entenderse en sentido amplio y omnicomprendido, bastando las frases amenazadoras o intimidantes, precisándose además que los sentimientos de temor y angustia derivados de la intimidación puedan producirse sin el empleo de medios físicos ni uso de armas, bastando las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes, como también expresaron las Sentencias de 22 de julio y 21 de diciembre de 1998, y 5 de diciembre de 2001. El miedo inspirado debe responder a un comportamiento del sujeto activo que se estime adecuado para provocar o determinar la inquietud o el temor, es decir, que resulte objetivamente adecuado, dadas las circunstancias concurrentes para causarlo (Sentencia de 8 de julio de 1991), y, en todo caso, debe valorarse en atención a las circunstancias subjetivas del amenazado, para concluir la existencia de una relación directa entre el apoderamiento y la acción intimidatoria (Sentencias de 19 de enero de 1988, 18 de febrero de 1989, 12 de febrero de 1991, 13 de mayo de 1993 y 13 de mayo de 2002)».

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

«Inconmovibles, por tanto, los Hechos Probados, podemos también afirmar que la calificación de los mismos como constitutivos de la "intimidación" prevista en el art. 242 C.P., resulta plenamente acertada. Hacemos este pronunciamiento para llevar al extremo el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, a pesar de que no se formula ningún motivo por error de derecho que critique la subsunción del "factum" en el precepto aplicado por el Tribunal de instancia. En efecto, la intimidación contemplada en el art. 242 C.P. consiste en una coerción o constreñimiento psíquico mediante la amenaza de un mal inmediato y real con el que se doblega la voluntad de la persona quien, para evitarlo, entrega la cosa. La intimidación, para integrarse en el art. 242 C.P. deberá ser suficiente e idónea como medio comisivo del apoderamiento, y esa suficiencia e idoneidad deberá analizarse en cada caso concreto atendiendo a las personas de los sujetos activos y pasivos, sus características de sexo, edad, fortaleza y cuantas circunstancias concurren en el hecho, teniendo en cuenta que la intimidación puede causarse por acciones, pero también por gestos, ademanes y expresiones muy variados siempre que sean capaces de infundir en la víctima un razonable y fundado temor a un mal más grave según las circunstancias de cada caso».

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

«[...] En este aspecto es pacífica y constante la doctrina de esta Sala según la cual en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o frustrada -ahora tentativa- se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa - *contrectatio*-, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido - *ablatio*-, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material. Y ello en base a que el verbo "apoderar", requisito formal y núcleo o esencia de la definición ofrecida por el art. 237, implica la apropiación de la cosa ajena, que pasa a estar fuera de la esfera del control y disposición de su legítimo titular, para entrar en otra en la que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor, a expensas de la voluntad del agente. Precisándose por la doctrina legal, con fuerza aleccionadora y de síntesis, haberse alcanzado el momento consumativo cuando el infractor ha tenido la libre disponibilidad - facultad propia y característica del dominio que se trata de adquirir- de la cosa mueble, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración (sentencias de 20 y 26 de junio de 1.978, 19 de enero de 1.979, 7 de marzo de 1.980, 28 de septiembre de 1.982, 7

de febrero y 10 de octubre de 1.983, 16 de enero de 1.984, 30 de abril, 4 de julio, 7 y 31 de octubre de 1.985, 11 de octubre de 1.986, 31 de marzo de 1.987, 3 de febrero y 8 de marzo de 1.988, 30 de enero de 1.989, 9 de mayo y 1 de julio de 1.991, 16 de diciembre de 1.992, 8 de febrero de 1.994, 10 de octubre de 1.997 y 16 de marzo de 1.998), que se recoge, entre otras, en la reciente sentencia de 23 de marzo de 1.999».

2. TIPO SUBJETIVO.

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

«En los delitos de expropiación seguida de apropiación, tales como hurto, robo, estafa o apropiación indebida, para la perfección de la infracción respectiva, debe concurrir, necesariamente, el denominado *animus lucrandi*, el cual diferencia estos hechos punibles de aquellos otros en los que las acciones antijurídicas de agente o agentes, se hallan inspiradas en propósitos de simple odio o venganza, o, al menos, el mero afán de destrucción, esto es, en *animus demnandi*. Pues bien, de conformidad con doctrina constante, emanada de este Tribunal, ese ánimo de lucro, característico de ciertas infracciones patrimoniales, es un elemento subjetivo del injusto típico, el que radica o estriba en cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener, el sujeto activo, de los bienes muebles cuyo apoderamiento o apropiación pretenda, incluso los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia no importando, ni el modo de materialización de su propósito lucrativo, ni si llegó o no, a obtenerlo efectivamente, aplicado lo sustraído a la satisfacción de sus fines concretos, pues, esto, pertenece a la fase de agotamiento del delito, fase de creación doctrinal y que, de ordinario, carece de toda relevancia».

(2) STS (Sala de lo Penal) 416/2007, de 23 de mayo.

«Por último no resulta ocioso recordar que es doctrina reiterada de esta Sala que en los delitos patrimoniales el ánimo de lucro es inferible, como cualquier hecho psicológico, en función de los hechos anteriores, coetáneos y posteriores y no es necesaria su inserción en los hechos probados (SSTS. 1036/94 de 18.5, 36/2002 de 25.1), al incluirse en el *iudicium* de la sentencia y no en el *factum* su discusión afecta al ámbito de la calificación jurídica y no al de presunción de inocencia, pues es una cuestión de derecho y no de hecho (STS. 104/2000 de 4.2), debiéndose examinar la concurrencia de ese ánimo de lucro, descrito en la jurisprudencia de esta Sala como "cualquier ventaja, provecho,

beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta (SSTS. 722/99 de 6.5, 523/98 de 24.3.99) [...]).».

3. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.

(1) STS (Sala de lo Penal) 416/2007, de 23 de mayo.

«En materia de autoría conjunta, la doctrina de esta Sala SSTS. 1179/98 de 14.12, 573/99 de 14.4, 1263/2000 de 10.7, 1240/2000 de 11.9, 247/2001 de 23.2, 37/2007 de 1.2, señala que la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 CP . 1995 como "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por si mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, en este caso la apropiación, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas. En consecuencia, como dice la STS. 9.11.2006, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo".

Es por ello que, desde la perspectiva de la presunción de inocencia, no es exigible en estos casos la acreditación de la realización de los actos propios del tipo por parte de cada uno de los acusados que intervienen como autores, sino que es suficiente con probar la aportación causal de cada acusado, conscientemente ejecutada y orientada al fin concreto de que se trate».

(2) STS (Sala de lo Penal) 265/2018, de 31 de mayo.

«Como hemos dicho en SSTS 729/2012 de 25 septiembre, 703/2013 de 8 octubre, 311/2014 de 16 abril, es cierto que entre los principios fundamentales del Derecho penal ha sido reconocido sin excepciones el de la responsabilidad personal. De acuerdo con este principio la base de la responsabilidad penal requiere, como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. En este sentido se ha sostenido por el Tribunal Constitucional sentencia 131/87 que " "el principio de personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el

principio de legalidad" de lo que deriva, como dice la STS. 9.5.90, " exigencias para la interpretación de la Ley penal". No obstante también lo es que la doctrina jurisprudencial viene considerando coautores en base a lo que denominan " dominio funcional del hecho", siendo muy reiteradas las sentencias en las que esta Sala ha mantenido tal doctrina y de las que podemos citar las de 10.2.92 , 5.10.93 , 2.7.94 , 28.11.97 y 2.7.98 , basta por su claridad, con reproducir literalmente lo mantenido en ésta última, ni la que se reconoció lo siguiente: "El art. 28 del C.P . vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia - SS. 31/5/85, 13/5/86 entre otras- por la doctrina de esta Sala. Preciso es pues, esclarecer que debemos entender por uno y otro elemento -objetivo y subjetivo- de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86, 24/3/86, 15/7/88, 8/2/91 y 4/10/94. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global, aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SS. T.S. 3/7/86, Y 20/11/81, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SS. 10/2/92 , 5/10/93 , 2/7/94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se

hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido. Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SS. T.S. 21/12/92 Y 28/11/97 se afirmó que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho".

Doctrina definitivamente asentada en la sentencia T.S. 11/9/00, que con cita de la SS. TS. 14/12/98, señala que "la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del C. P. 1995 como "realización conjunta del hecho" viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del "acuerdo previo", a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución".

En este tema la S.T.S. 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP. no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

Como dice la S.T.S. 27-9-2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SS. T.S. 29-3-93, 24-3-98 Y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho».

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

«La autoría material que describe el art. 28 del Código penal ("quienes realizan el hecho por sí solos"), no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección o por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo según dispone el Código Penal es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la Sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será captar quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La Sentencia recurrida declara que aunque Maite no propinara ningún golpe a la víctima, estuvo presente en todo el conjunto del desarrollo de la acción, sin actuar en momento alguno en la defensa del acometido, y asumiendo desde el principio, en virtud del dolo eventual, las consecuencias de la acción, declarando que la "societas sceleris" produce idéntica responsabilidad en todos los partícipes, hasta donde llegue el acuerdo.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado en el precedente citado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito».

(4) STS (Sala de lo Penal) 213/2007, de 15 de marzo.

«El Código Penal español distingue en el artículo 28 entre autores y cooperadores necesarios aunque luego sancione ambas conductas de la misma forma. Sin embargo no son idénticas, pues mientras el autor ejecuta el hecho, solo, en unión de otros o por medio de otro, el cooperador es un colaborador, que, por lo tanto, precisa de la existencia de un hecho ajeno al que aporta algún elemento relevante. La coautoría precisa de un acuerdo previo o simultáneo, expreso o tácito, unido a alguna clase de aportación objetiva y causal al hecho típico. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas y que exista un codominio funcional del hecho con alguna aportación al mismo en la fase ejecutoria».

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

«Una pacífica y constante doctrina jurisprudencial, reiterada, entre las sentencias más recientes de esta Sala, en la núm 823/1.999, de 27 de mayo, la núm 1174/1.998 de 8 de octubre o la núm. 441/1.999, de 23 de marzo, declara que: "En el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o frustrada -ahora tentativa acabada- se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa -*contrectatio*-, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido -*ablatio*-, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material. Y ello en base a que el verbo "apoderar", requisito formal y núcleo o esencia de la definición ofrecida por el artículo 237, implica la apropiación de la cosa ajena, que pasa a estar fuera de la esfera del control y disposición de su legítimo titular, para entrar en otra en la que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor, a expensas de la voluntad del agente. Precisándose por la doctrina legal, con fuerza aleccionadora y de síntesis, haberse alcanzado el momento consumativo cuando el infractor ha tenido la libre disponibilidad -*facultad propia y característica del dominio que se trata de adquirir*- de la cosa mueble, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración (sentencias de 20 y 26 de junio de 1.978, 19 de enero de 1.979, 7 de marzo de 1.980, 28 de septiembre de 1.982, 7 de febrero y 10 de octubre de 1.983, 16 de enero de 1.984, 30 de abril, 4 de julio, 7 y 31 de octubre de 1.985, 11 de octubre de 1.986, 31 de marzo de 1.987, 3 de febrero y 8 de marzo de

1.988, 30 de enero de 1.989, 9 de mayo y 1 de julio de 1.991, 16 de diciembre de 1.992, 8 de febrero de 1.994, 10 de octubre de 1.997 16 de marzo de 1.998)».

IV. CONSENTIMIENTO Y MEDIOS DE PRUEBA.

(1) STC 195/2002, de 28 de octubre.

«En relación con la declaración de la víctima del delito, este Tribunal ha sostenido reiteradamente que, 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 del juez para la determinación de los hechos del caso (entre otras, SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4; 64/1994, de 28 de febrero, FJ 5). Y respecto de los testimonios de referencia, hemos afirmado que se trata de un medio probatorio admisible y de valoración constitucionalmente permitida, que junto con otras pruebas puede servir de fundamento a una sentencia condenatoria (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 5; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 7; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4, y más recientemente, 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10), aunque su eficacia probatoria se haya sometido a especiales exigencias, declarando su carácter excepcional y subordinando su admisión a que su utilización en el proceso resulte inevitable y necesaria (dadas las limitaciones de la contradicción y de la inmediación que implican)».

(2) STS (Sala de lo Penal) 939/2008, de 26 de diciembre.

«Como ya hemos afirmado con frecuencia (véanse las Sentencias 715/2003, de 16 de mayo, y la número 1222/2003, de 29 de septiembre de 2003), para verificar los controles de credibilidad de la declaración de la víctima de abusos sexuales, esta Sala tiene una abundante jurisprudencia que marca de forma orientativa cuáles son los parámetros que debe manejar el juez penal, cuando se enfrenta a un testimonio de esas características. Entre otras, aparte de las ya citadas, en sentencias de 21 de septiembre de 2000 y de 5 de mayo de 2003, viene declarando esta Sala Casacional de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (desde las más antiguas Sentencias de 5 de marzo, 25 de abril, 5 y 11 de mayo de 1994, entre otras muchas). Declaración cuya valoración

corresponde al Tribunal juzgador que la presencié dentro de ciertas cautelas garantizadoras de su veracidad, que como señala la Sentencia de 19 de febrero de 2000, son:

A) Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto, dos son los aspectos subjetivos relevantes:

a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (en el caso de menores), y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades, como el alcoholismo o la drogadicción.

b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatória sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994). En todo caso, tal posición, relacionada con móviles espurios, siempre tiene que ser anterior a los hechos enjuiciados, pues como consecuencia de éstos, es lógico que la víctima presente un estado mental de animadversión hacia quien le atacó, a su juicio, sus bienes jurídicos

B) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido. Es decir, una declaración sostenible, desde el punto de vista de la lógica y de los hechos narrados.

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva

de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim.), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado, no desvirtúa el testimonio, si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

C) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone:

a) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones» (Sentencia de 18 de junio de 1998).

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes».

(3) STS (Sala de lo Penal) 507/2008, de 21 de julio.

«Este reproche casacional ha de ser rechazado, pues el Tribunal "a quo" contó con prueba suficiente, racionalmente incriminatoria, obtenida lícitamente y correctamente valorada, en tanto que, producidos los hechos a los que nos referiremos en el siguiente apartado, la perjudicada, denunció inmediatamente los hechos, señalando al acusado, mediante identificación fotográfica, plena y contundente, ratificada ante el juez instructor (STC 36/1995, de 6 de febrero), como la persona que le intentó agredir sexualmente, lo

que dio lugar a la detención del imputado, el cual cuenta con un amplio historial delictivo precisamente por hechos de esta naturaleza, negando cualquier relación con los mismos, bajo el argumento de que estaba en otro lugar y que tenía testigos (que, por cierto, nunca propuso ni consignó los datos de filiación de los mismos), y ante la providencia judicial de formarse una rueda de reconocimiento para su identificación personal por parte de la ofendida, cuando ésta ya estaba en el Juzgado esperando para llevar a cabo tal diligencia, se negó rotundamente a participar en la rueda, imposibilitando así la realización de la misma, de modo que únicamente pudo ser reconocido por aquélla en el acto del plenario, como aseveran los jueces "a quibus", de manera contundente, por lo que ha existido prueba de cargo que enerva el derecho a la presunción de inocencia del ahora recurrente, toda vez que la declaración de la víctima reúne todos los requisitos legales y no existe razón alguna que permita sospechar siquiera cualquier grado de falsedad o fabulación, ante la desconexión de cualquier relación personal previa».

V. RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO.

1. INTRODUCCIÓN.

(1) SAP Burgos (Sección 1ª) 43/2015, de 2 de febrero.

«[...] Como precisaba la STC 33/1992, de 18 de marzo , el ejercicio conjunto de esas acciones, por motivos de orden práctico, no debe llevar a confundir la distinta naturaleza de las mismas: "A pesar de que el art. 100 LECrim señala que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, ello no puede llevarnos a confundir la distinta naturaleza de las acciones penal y civil que surgen del hecho punible, puesto que el hecho de que los preceptos que regulan esta última se encuentren en el CP y que la responsabilidad civil sea exigible conjuntamente con la penal en la misma vía jurisdiccional, es debido a evidentes razones de orden práctico, pero no puede enturbiar la distinción entre la sanción penal y la responsabilidad civil que puede surgir a consecuencia de un delito o falta, cuando éste provoca un daño a la víctima que deba ser reparado (ATC 161/1983). En virtud de esta distinción, la acción civil derivada del delito es renunciable por el ofendido (art. 108 LECrim), y puede ser ejercitada separadamente de la penal por el perjudicado (arts. 110, 111 y 112 LECrim), de tal manera que el derecho al resarcimiento se constituye como un derecho subjetivo privado del ofendido cuya renuncia sólo puede perjudicar a

éste (art. 107 LECrim)". Por su parte, la STS -Sala 2ª- 1004/2001, de 28 de mayo (Tol 103312) establece que:

"La acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza por el hecho de ser deducida en un procedimiento penal y sigue, por ello, sometida a los principios de rogación y dispositivo. A diferencia de la penal, que es irrenunciable y no se extingue por la renuncia del ofendido, la acción civil, cualquiera que sea el delito o falta de que proceda, sí se extingue por renuncia, como dispone el art. 106 LECrim, con deficiente técnica, pues como siempre ha destacado la doctrina no se trata de renuncia al ejercicio de la acción sino al derecho a la restitución, reparación o indemnización, que es renunciable cuando, como aquí sucede, no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros (art. 6.2 CC)". Respecto al principio de justicia rogada, precisaba la STS - Sala 2ª- 1126/2006, de 15 de noviembre (EDJ 2006/311703) que, "aunque no haya habido renuncia expresa del perjudicado a la responsabilidad civil, el Tribunal sólo podrá pronunciarse acerca de la misma si existe una pretensión expresa, del propio perjudicado o del Ministerio Fiscal. En efecto, el principio de rogación, y no el de oficialidad, es el que rige las indemnizaciones civiles».

2. CONTENIDO.

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

«Como ya tiene declarado esta Sala, el precepto consignado en el art. 19 del Código Penal no ha de interpretarse de una manera absolutamente literal en cuanto que no es cierto que de todo delito o falta se derive responsabilidad civil, ya que hay delitos, como muchos meramente formales o de actividad o que no infringen un derecho económico, de los que no se deriva responsabilidad civil alguna, el precepto ha de interpretarse en el sentido de que el delito que siempre produce un daño criminal que se sanciona con la correspondiente pena, puede producir también un daño civil, o sea, que puede ocurrir que el mismo hecho constituya, conjuntamente, un ilícito penal y un ilícito civil, en cuyo supuesto junto con la penal nace la consiguiente acción civil para obtener la reparación del daño de esta naturaleza, que, salvo en caso de extinción o reserva expresa, ha de entenderse siempre ejercitada junto con la acción penal, aprovechando la oportunidad de acumulación de las dos en el proceso penal que permite nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuyo caso, para la restauración del orden jurídico perturbado

en el aspecto civil, se contienen en el art. 101 y siguientes las formas de proceder a la reparación del daño, pretendiendo restablecer la situación en la forma en que se hallaba antes de producirse la perturbación o el ilícito civil, de manera que, en primer término, se decreta la restitución cuando se trate de cosas que puedan ser habidas y devueltas, y cuando la reparación no pueda hacerse mediante la restitución o el daño hubiese tenido su origen en causas distintas del ilícito apoderamiento, se establecen como medios subsidiarios la reparación y la indemnización de perjuicios, a los que se refieren los núms. 2.º y 3.º del mentado precepto de Derecho sustantivo, doble expresión que implica un pleonismo, ya que ambos (daños y perjuicios) son términos en Derecho equivalentes, dado que el contenido del resarcimiento es idéntico, cual es el neutralizar el detrimento sufrido, el que debe lograrse a través de la Sentencia penal, ya que, salvo los supuestos de excepción anteriormente referidos, ha 236 de contener el correspondiente pronunciamiento en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 142 de la ley procesal penal, conforme al cual, en la Sentencia penal se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubiesen sido objeto del juicio; disposición que implícitamente supone que en las actuaciones haya elementos de juicio suficientes para hacer los pronunciamientos que procedan en orden a dicha responsabilidad, pues tan sólo cuando no los hubiere procede reservar a las partes las acciones civiles para que las ejerciten en el juicio correspondiente».

3. EL DAÑO MORAL: PRUEBA Y VALORACIÓN.

(1) STS (Sala de lo Civil) 90/2012, de 10 de mayo.

«La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias 22 mayo 1995, 19 octubre 1996 y 24 septiembre 1999). La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (S. 23 julio 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (S. 6 julio 1990 (RJ 1990, 5780)), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S. 22 mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S. 27 enero 1998 [RJ 1998, 551]), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S. 12 julio 1999)».

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

«[...] Así, actualmente, predomina la idea del "daño moral" representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata? bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensa a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.); IV) De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del "lucro cesans" y/o del "damnum emergens", la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (sentencia de 31 de mayo de 1983 y las en la misma citadas)».

(3) STS (Sala de lo Civil) 201/2012, de 26 de marzo.

«Como señala la SAP de Madrid de 23-1-08 (JUR 2008, 114896) con cita de la STS de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 2673), "La imagen es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible; concepto acuñado por la doctrina y recogido expresamente por reiterada jurisprudencia, desde las de 11 de abril de 1987 (RJ 1987, 2703), 29 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2480), 9 de febrero de 1989 (RJ 1989, 822), 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7873), 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7424) y 19 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8079) hasta la reciente de 27 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2370) que desarrolla el derecho a la imagen en los siguientes términos: de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. El derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga». Por su parte, el TC, con relación al derecho a la propia imagen, señala que «se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen

que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988 (RTC 1988, 231), F. 3; 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 99), F. 5)»».

(4) STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 125/2018, de 15 de marzo.

«Como ya hemos señalado, la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, art. 120 CE, puesta de relieve por el Tribunal Constitucional respecto de la responsabilidad civil *ex delicto* (SSTC. 78/86 de 13.6 y 11.2.97) y por esta Sala (SS. 22.7.92, 19.12.93, 28.4.95, 12.5.2000) impone a los Jueces y Tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias precisando, cuando ello sea posible, las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación), y no lo es, o alcanza dificultades a veces insuperables, explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas preestablecidas. En la STS.24.3.97 recuerda que no cabe olvidar que cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones.

En los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad, legitimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido - libertad e indemnidad sexual- y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (SSTC. 105/2005 de 29.1, 40/2007 de 26.1).

El daño moral, además, -dice la STS 1366/2002, 22 de julio -, no deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostener la defensa al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

Y en relación a la falta de prueba de que la víctima haya quedado afectada psicológicamente, hay que insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos, (SSTS 957/1998, 16 de mayo y 1159/1999, 29 de mayo , entre otras).

[...]

STS. 514/2009 de 20.5 daño moral en delito contra la libertad sexual "En materia de daños morales constituye una doctrina arraigada en esta Sala que "el denominado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados, porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico". Las únicas exigencias que podrían deducirse de una pretensión indemnizatoria por daño moral serían:

- a) necesidad de explicitar la causa de la indemnización.
- b) imposibilidad de imponer una indemnización superior a la pedida por la acusación.
- c) atemperar las facultades discrecionales del tribunal en esta materia al principio de razonabilidad».

(5) SAP Oviedo (Sección 2ª) 191/2018, de 19 de abril.

«Como señala el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de marzo de 2018 , "la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias alcanza dificultades a veces insuperables, cuando se trata de explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas preestablecidas ya que los

órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones.

En los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad, legitimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido - libertad e indemnidad sexual- y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (SSTS. 105/2005 de 29.1, 40/2007 de 26.1)".

Insiste el Tribunal Supremo en señalar que "no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos (SSTS 957/1998, 16 de mayo y 1159/1999, 29 de mayo , entre otras)".

A tenor de lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el procesado deberá abonar las costas judiciales causadas entre las que han de considerarse incluidas las devengadas por la Acusación Particular, dado que sus pretensiones aunque no fueron totalmente aceptadas, no han sido en modo alguno desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación a las que finalmente fueron acogidas en la sentencia dictada».