



Universidad
de Alcalá

LA AGRESION SEXUAL Y EL CASO DE LA MANADA

THE SEXUAL ASSAULT AND THE CASE OF “LA MANADA”

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D./D^a Elena Sánchez Barrena

Dirigido por:

Dr. D. Carlos García Valdés

Dña. Carmen Figueroa Navarro

Alcalá de Henares, a 19 de diciembre de 2019

RESUMEN:

Este trabajo persigue llevar a cabo un estudio acerca de dos tipos de delitos que atentan contra la libertad y la indemnidad sexual. Realizando por un lado un repaso sobre la evolución de la legislación que los regula, debido a los cambios sociales, y a las nuevas concepciones morales que han obligado a adecuar la ley a las necesidades actuales.

Por otro lado, se analizan elementos objetivos y subjetivos de cada delito, en relación con la jurisprudencia con el fin de aclarar aspectos sobre los que la doctrina no aporta una solución única.

Y por último se realiza un análisis y estudio de uno de los casos más mediáticos en este sentido.

PALABRAS CLAVE:

Abuso sexual- agresión sexual – indemnidad sexual- intimidación- libertad sexual–víctima - violación – violencia

ABSTRACT:

This paper consists in making a study about two sexual crimes that put sexual freedom and sexual indemnity at risk. Making, in first place a review on the evolution of the law about these crimes, in base of social change and new moral conceptions, that have forced the law to adapt to current needs.

On the other hand, we analyze objective and subjective elements of each sexual crime, in relation to the jurisprudence with the purpose of explaining certain aspects that the doctrine don't contribute to a solution.

And finally an analysis and study of one of the most media cases in this regard is carried out.

KEYWORDS:

Sexual abuse- sexual assault- sexual indemnity- intimidation - Sexual freedom- victim- rape – violence

INDICE

INTRODUCCION	4
CAPITULO I: Evolución histórica reciente de la legislación.	6
1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.	6
2. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.	7
3. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.	8
4. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	9
5. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.	10
CAPITULO II: Bien jurídico protegido	11
1. Libertad sexual	11
2. Indemnidad sexual.....	11
CAPITULO III: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.	12
1. Agresión sexual	12
1.1 Conducta típica.....	13
1.2 Medios comisivos.....	16
1.2.1 Violencia.....	17
1.2.2 Intimidación.....	19
1.3 Tipos agravados.....	20
2. Abuso sexual	27
2.1 Conducta típica.....	27
2.2 Tipos agravados.....	31
3. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.....	33
3.1 Conducta típica.....	33
3.2 Tipos agravados.....	35

CAPITULO IV: Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo de 2018.....	37
1. Análisis de la sentencia.....	37
2. Agresión sexual VS abuso sexual.....	41
CAPITULO V: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal) Nº 396/2019 de 4 de julio de 2019 [Recurso de Casación nº 396/2019].....	
CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFIA.....	58
ANEXO JURISPRUDENCIAL	61

INTRODUCCION

Este trabajo está orientado al estudio y desarrollo de dos de los delitos que atentan contra la libertad y la indemnidad sexual. Ambos son bienes jurídicos, que ostentan una gran relevancia y que se encuentran conectados con la libertad recogida en el art. 17 CE, la integridad moral en el art. 15 CE y el derecho a la intimidad del art. 18 CE. Tanto la libertad como la indemnidad sexual, constituyen derechos personalísimos, esto es, se trata de derechos de carácter extra patrimonial, que tienen por finalidad otorgar protección a los bienes inherentes de la persona en sus diferentes esferas. Ostentan el carácter de innatos, vitalicios e inalienables. La importancia que ostentan dentro de los derechos de la persona y, en consecuencia, el perjuicio que genera que se vulneren, así como el alto grado de comisión que tienen, pues se trata de tipos penales con una alta tasa de criminalidad, son los principales motivos de centrar el trabajo en el desarrollo de los mismos.

En relación con la metodología empleada, el trabajo se divide en cinco capítulos. En primer lugar, se lleva a cabo un estudio sobre las transformaciones que ha sufrido la legislación respecto a este tipo penal desde la publicación del CP de 1995 hasta la actualidad, pues he considerado relevante tener en cuenta como la ley se ha ido adaptando a las necesidades exigidas por la sociedad debido al cambio evolutivo que esta ha sufrido. Uno de los importantes cambios radica en considerar cual es efectivamente el bien jurídico vulnerado en este tipo de delitos pues históricamente el bien jurídico protegido en el delito de agresión sexual se consideraba el derecho al honor, a la honestidad o a la buena reputación. La sociedad actualmente ha cambiado respecto a estos tiempos en que la víctima tendía a ocultar el delito, favoreciendo ello la impunidad del actor, para no ver vulnerado ese honor. Esto adquirió solución con la LO 3/1989, de 21 de junio, que modificó el título IX, el cual pasó a denominarse “Delitos contra la libertad sexual”.

En segundo lugar, se lleva a cabo una descripción sobre los bienes jurídicos vulnerados por la comisión de este tipo de delitos, que como ya se ha hecho referencia, se trata de la libertad sexual.

En tercer lugar, se procede a hacer un análisis de los dos tipos penales, ambos bajo el título VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, siendo objeto de estudio la agresión sexual y el abuso tanto en mayores de edad como en menores. Estableciendo la conducta

típica de cada uno, las modalidades agravadas, problemas de interpretación respecto a los medios empleados o de acuerdo con la autoría.

En cuarto lugar, un capítulo dedicado al estudio de la Sentencia de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, más conocida como “el caso de la Manada”, este capítulo está directamente relacionado con lo expuesto en el párrafo anterior, en el sentido de los problemas interpretativos que plantea la agresión y el abuso en relación con los medios empleados o el consentimiento, problemas que se ven plasmados en este caso.

En quinto lugar, abordamos un último capítulo estrictamente relacionado con el anterior, pues una vez se dictó la sentencia arriba reseñada las partes procedieron a la interposición frente a la misma de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por tanto, en este último capítulo procedemos a realizar un breve análisis de cada uno de los motivos casacionales en que se basa el recurso, así como de la resolución que el Tribunal formula sobre el mismo.

En último lugar, se procede a la evaluación de las conclusiones obtenidas tras la realización del trabajo.

CAPITULO I: Evolución histórica reciente de la legislación.

En este apartado vamos a abordar la evolución de la ley penal con las modificaciones establecidas desde la promulgación del Código Penal de 1995, de la regulación contenida en el Libro II, Título VIII, Capítulo I, II y II bis del Código Penal, en referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

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

La exposición de motivos de esta ley establece que el principal motivo de su necesidad radica en adaptar el Código Penal a los valores constitucionales. Uno de los aspectos más significativos de esta ley fue la reforma total del sistema de penas, introduciendo penas novedosas como los trabajos en beneficio de la comunidad y en relación con las penas de carácter pecuniario, el sistema de multas-días.

Centrándonos en el delito a tratar se estipula una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Esta nueva regulación tiene como finalidad adaptar los tipos penales al bien jurídico protegido, que actualmente no se trata de la honestidad de la mujer, se considera con esta ley que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de todos. Son muchos los cambios que se producen en la regulación de este delito, una de las novedades afecta incluso a los términos empleados en la descripción de los mismos sustituyendo “violación” y “estupro” por una nueva denominación: agresión y abuso. Con ello no se trata de modificar la forma únicamente, sino también el fondo consiguiendo expresar de manera más clara el bien jurídico efectivamente protegido. Diferencia por tanto la agresión tratándola como un comportamiento que implica violencia o intimidación con la finalidad de obtener un acto de contenido sexual y por otro lado el abuso, definido por la real academia española como “*Hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder*” y en referencia al contenido sexual como “*Delito consistente en la realización de actos atentatorios contra la libertad sexual de una persona sin violencia o intimidación*”, permitiendo esta última definición diferenciar aquellos casos en que se consigue el acto sexual perseguido mediante el empleo de engaño o prevalimiento.

Otra novedad de especial relevancia que presenta este código es la equiparación del acceso carnal y la penetración por vía anal o bucal con la introducción de objetos.

El tipo básico se encontraba regulado en el art. 178 que estipulaba para las conductas que atentaban contra la libertad sexual por medio de violencia o intimidación una pena de prisión de uno a cuatro años. Por otro lado, en el art. 179 se regulaba el tipo agravado para aquellos supuestos en que el acto consistiese en acceso carnal, penetración anal o bucal o introducción de objetos, siendo la pena de prisión prevista de 6 a 12 años.

En relación con los abusos este código distinguía entre los abusos realizados sin consentimiento y sin el empleo de violencia o intimidación con una pena de multa de doce a veinticuatro meses, elevando la pena a prisión de cuatro a diez años si existe acceso carnal, introducción de objetos o penetración; y los abusos llevados a cabo mediante el empleo de engaño o prevalimiento con persona mayor de doce años y menor de dieciséis, castigándolos con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, aumentando la misma de seis meses a tres años cuando el abuso consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal¹.

2. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

La reforma del Título VIII de su Libro II, trae su causa en la necesidad social de tipificar de un modo más concreto los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en diversos aspectos. Por un lado, con respecto a la edad de las víctimas estableciendo en el art. 181.2, la edad de 13 años como edad mínima para la prestación del consentimiento. Por otro lado, volver a tipificar el delito de corrupción de menores o incapaces debido a considerarse deficientes las normas referentes a la prostitución. Del mismo modo, se persigue con esta ley adecuar la valoración de aquellas circunstancias que agravan la responsabilidad a cada uno de los tipos delictivos. Por último, se revisa el sistema de penas, con el fin de rehusar aquellas sanciones que no resultan acordes o ajustadas al principio de proporcionalidad.

Fue objeto de reforma por la Ley Orgánica 11/1999 de 30 abril en primer lugar, la modificación del epígrafe del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley

¹ Cfr. Exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, el cual adquirió la siguiente redacción: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», lo cual supuso la incorporación de la indemnidad sexual como un nuevo bien jurídico protegido junto con la libertad sexual.

Por otro lado, la aprobación de esta ley tenía como finalidad perseguir una revisión de los tipos penales como garantía de protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces, en concreto esta protección se trató de llevar a cabo mediante la reforma de los tipos delictivos de abuso sexual. Por otro lado, se perseguía tipificar penalmente los actos de aquellas personas que, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos cuando en ellos puedan verse a personas menores o incapaces, quedando regulado en el art. 189 CP.

Resulta de relevancia la modificación del art. 132.1 CP que introdujo esta ley en base al derecho comparado, por la cual, en los delitos sexuales relativos a menores, los plazos de prescripción no empezarán a contar hasta el día en que la víctima alcance la mayoría de edad. Así ha resultado ya de aplicación en sentencias como la STS 171/2018, de 11 abril, estableciendo en su FJ 3 que *“cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad”*.

El artículo 179 fue también objeto de modificación al incorporarse la precisión referida al concepto de acceso carnal, respecto de las vías en que se materializaba el mismo, con la expresión de vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías; y el artículo 180, vino a recoger la agravación de las conductas descritas en los artículos 178 y 179 cuando los hechos se cometiesen por acción conjunta de dos o más personas, alterando la dicción previa que exigía la comisión de los hechos por tres o más personas actuando en grupo².

3. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Esta ley aplica diversas reformas en lo relativo a los delitos contra la libertad sexual modificándose los arts. 179, 182 a 186 y 189 con la finalidad de evitar ciertas interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad.

² Cfr. Exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

En el art 179 se añade junto a las existentes la conducta de introducción de «miembros corporales».

En relación con el art. 182., la modificación llevada a cabo radica en la mención de la introducción de miembros corporales, para establecer unos abusos sexuales cualificados, de la misma manera que se establece en el artículo 179.

Del mismo modo que en los artículos mencionados se introduce, en el art 183.2 los cambios hechos en los artículos 179 y 182, con la finalidad de extender los supuestos agravados dentro de los abusos sexuales llevados a cabo mediante el empleo de engaño.

4. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La principal razón que motiva esta reforma radica en la continua evolución social a la que se ve sometida la democracia española, incluyendo a esto las obligaciones internacionales a las que España está sujeta siendo de especial relevancia su sujeción al cumplimiento de la normativa europea lo cual supone la necesidad de una revisión periódica de la legislación con el fin de adecuarla a esta.

Una de las novedades que establece esta ley es la necesidad de cumplir la mitad de la condena como requisito para poder obtener el beneficio del tercer grado para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, esto resultará de aplicación en aquellos delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, y delitos por pertenencia a organizaciones y grupos terroristas.

Respecto del delito que nos atañe “contra la libertad sexual” esta ley considera necesaria tener en cuenta la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. En los delitos sexuales cuyas víctimas sean menores hay que tener en cuenta que el bien jurídico protegido adquiere un carácter de mayor relevancia, puesto que no es únicamente la indemnidad sexual, en el sentido del derecho a no realizar un acto de carácter sexual sin consentimiento, además incluye la protección del desarrollo de la personalidad y sexualidad de la víctima, es por este motivo por el cual se incluye en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años».

5. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Las novedades introducidas por esta ley en la regulación de los delitos contra la libertad sexual persiguen la aplicación de la Directiva 2011/93/UE, referente a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

Una de las modificaciones más relevantes que se introducen, es el aumento de la edad prevista para poder prestar consentimiento sexual fijando la misma en los dieciséis años de edad, cuando anteriormente desde la reforma de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, estaba fijada en los trece años. Esta modificación supone que, la realización de actos de contenido sexual con menores de dieciséis años adquiere la consideración de un hecho delictivo, excepto que dichas relaciones sean consentidas y con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Por otro lado, se estipulan agravaciones en el supuesto de que concurra violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad, pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

Otra modificación que adquiere gran relevancia es la tipificación de la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales a terceros, estipulando para este delito penas de prisión de un máximo de tres años.

CAPITULO II: Bien jurídico protegido

1. Libertad sexual

En este tipo de delitos el bien jurídico-penal protegido es en primer lugar la libertad sexual, es decir, la libre determinación de la sexualidad teniendo como única limitación el respeto a la libertad ajena. Hemos de tener en cuenta dos aspectos, por un lado, el aspecto positivo que esta libertad implica y por otro el negativo.

La libertad sexual tiene como finalidad proteger un aspecto positivo de esta, ello quiere decir que protege la facultad de realizar actos con contenido sexual y de carácter voluntario, sea cual fuere la circunstancia y el contenido de los mismos. Del mismo modo persigue la protección de un aspecto negativo, de preservar la libertad a no sufrir actos de contenido sexual en los cuales no medie consentimiento³.

En los delitos que atentan contra la libertad sexual se vulnera la vertiente negativa de la libertad sexual, tratando de proteger por ello a la víctima de aquellos actos con carácter o de contenido sexual en los cuales no media consentimiento para su realización o en los cuales el consentimiento se encuentra viciado.

2. Indemnidad sexual

La indemnidad sexual es junto con la libertad sexual uno de los bienes jurídico-penales protegidos por el derecho penal en materia de delitos contra la libertad sexual.

El concepto de indemnidad sexual se emplea principalmente en aquellos delitos contra la libertad sexual que afecten a personas menores de edad o incapaces.

No se habla en estos casos de libertad sexual puesto que, los menores e incapaces no gozan de una autonomía plena en este ámbito, es por ello que se considera que el bien jurídico que se protege es la indemnidad sexual, entendiendo por ello el derecho que tiene una persona a que no se produzcan injerencias en el desarrollo de su sexualidad. Así la STS 547/2016, de

³ SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRIGUEZ, JR., Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 153.

22 junio, en su FJ 5 establece que por indemnidad sexual debe entenderse tanto el derecho del menor o incapaz a no encontrarse implicado en un contexto sexual, sin un consentimiento válidamente expresado, como el riesgo que esta implicación en un acto de índole sexual puede suponer para la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de la menor concernida.

En conclusión, la definición técnica que podríamos dar de indemnidad sexual sería la muestra de la dignidad de la persona, así como el derecho del quegoza todo ser humano a el libre desarrollo de su personalidad (al amparo del art. 10 de la CE) sin injerencias traumáticas en el ámbito íntimo por la acción de terceros dando lugar a alteraciones que afecten a su equilibrio psíquico lo cual condicionaría su determinación futura en la esfera sexual⁴.

CAPITULO III: Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

1. Agresión sexual

El delito de agresión sexual se halla regulado en el Capítulo I del Título VIII del Código Penal, este capítulo está formado por tres artículos. En primer lugar, por el artículo 178 el cual regula *“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”*, el contenido de dicho artículo establece el tipo básico de esta conducta.

Por otro lado, el artículo 179 de este mismo capítulo establece *“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”*, este regula el tipo cualificado de violación.

Y por último el artículo 180 según el cual se establece una pena agravada cuando *“concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. 2.ª Cuando los hechos se*

⁴ LAMARCA PEREZ, C.; ALONSO DE ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E.; RODRIGUEZ NUÑEZ, A., Delitos. La parte especial del Derecho penal, Edit. Dykson, S.L., Madrid, 2017, pág. 168.

cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.^{3.} *“ Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183. 4. ^a Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. 5. ^a Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.”*, en este artículo se regulan una serie de actuaciones que cuya realización suponen la consumación de un tipo agravado específico aumentando por tanto la pena prevista para el tipo básico de agresión sexual como el de violación.

1.1 Conducta típica

1.1.1 Conducta típica de la agresión sexual

La conducta típica de la agresión sexual se entiende perpetrada con la realización de una acción libidosa o lúbrica, la cual se materializa en un contacto corporal por parte del sujeto activo sobre la víctima. Dicho contacto corporal consistirá en la práctica de tocamientos lascivos sobre el sujeto pasivo, por otra parte, también cabe encuadrar en este tipo básico que dichos tocamientos lascivos se produzcan por el propio sujeto pasivo obligado a ello por el sujeto activo⁵.

La acción también se entenderá realizada aunque no consista en tocamientos, englobando el tipo cualquier clase de comportamiento de carácter sexual, siempre que no consistan en el acceso carnal o introducción de objetos que serán constitutivos del delito que explicaremos a continuación, es decir, por ejemplo desnudar a el sujeto pasivo u obligarle a hacerlo por el mismo, acariciar, obligar al sujeto a hacer una simulación de movimientos practicados en el

⁵ LAMARCA PEREZ, C.; ALONSO DE ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E.; RODRIGUEZ NUÑEZ, A., Delitos. La parte especial del Derecho penal, Edit. Dykson, S.L., Madrid, 2017, pág. 169.

coito, obligar a la víctima a realizar tocamientos a un tercero, besos con una intención erótica clara o realizar actos exhibición obscena⁶.

1.1.2 Conducta del tipo cualificado de violación

De acuerdo con el art. 179 tendrá la calificación de violación aquella agresión sexual que implique acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Este tipo de conductas es el acto para el cual se prevé la pena más grave de las agresiones sexuales pues, de acuerdo con la ley *“el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”*.

Respecto del acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal; esto hace referencia a la introducción o penetración del órgano sexual masculino en cualquiera de estas cavidades. Hemos de tener en cuenta que este tipo exige la introducción del órgano sexual masculino siendo por tanto posible entre dos hombres donde el acceso carnal tendría lugar por vía anal o bucal, así como entre una mujer y hombre donde dicho acceso podría darse por cualquiera de las tres vías y no resultando posible en el caso de dos mujeres. La agresión sexual llevada a cabo por una mujer hacia otra se encuadraría dentro de la categoría de introducción de miembros corporales u objetos, por cuestiones que físicamente resultan obvias.

En cuanto a la clasificación de este delito se han planteado problemas interpretativos a la hora de diferenciarlo con el tipo regulado en el art.178. Dicha problemática se ha basado en diferenciar hasta qué punto se considera consumado el acceso carnal, si es necesario para entender que se cumple el tipo que el acceso entrañe una penetración total en la cavidad o si por el contrario no.

En el supuesto del acceso carnal por vía vaginal el delito se entiende consumado cuando tiene lugar la llamada *“coniunctio membrorum”* esto es, la penetración en la cavidad vaginal así la STS 339/2007, de 30 de abril, establece que el acceso por vía vaginal se considera consumado cuando: *“consigue el ayuntamiento carnal o conjunción de órganos genitales de varón y hembra, siempre que conlleve la penetración del pene, más o menos perfecta en la cavidad genital femenina”*, por lo tanto no es necesario ni que la penetración sea completa ni

⁶ SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRIGUEZ, JR., Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 156.

se requiere la consumación del coito mediante eyaculación, así lo reitera la STS 519/2012 de 15 junio de 2012, en FJ1 donde establece no ser necesaria la eyaculación para apreciar la existencia de delito de agresión sexual. Por otro lado para apreciar consumación basta con la penetración en la esfera genital externa anterior al himen también conocida como zona vestibular, de acuerdo con la STS 108/2005 de 31 enero de 2005: *“Se entiende que si se produce la conjunción de órganos genitales de varón y hembra aún sin traspaso de la zona vestibular femenina, el delito de violación queda consumado, esto es se produce con la penetración del pene, más o menos perfecta, en la cavidad genital femenina, sin precisarse para ello la penetración sea completa, sin que se llegue a la perfección fisiológica del coito, debiendo entenderse que la vía vaginal, está constituida por la cavidad genital femenina, sin señalamiento de límites anatómicos que distingan entre las diversas zonas más o menos internas de esa cavidad y que se atenta plenamente contra la libertad sexual de la mujer y se lesiona su intimidad sexual por la sola penetración violenta de dicha cavidad, aún sin traspasar su zona vestibular”*⁷.

Respecto a la tentativa de este delito no cabe únicamente la tentativa inacabada la cual se aprecia cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor⁸. Estas causas ajenas a la voluntad del autor pueden ser: apretar los labios de la vagina y las nalgas, la huida de la víctima, el auxilio a esta por parte de terceros bien por escuchar sus gritos o por ser vista. Así lo reiteran numerosas sentencias como la STS 991/2000 de 19 diciembre, STS 592/2002 de 27 marzo, SAP de Málaga 359/2016 de 21 julio.

Por otro lado, el acceso carnal por vía bucal, respecto a la consumación del tipo tiene una consideración distinta. En este caso se considera consumado una vez el pene ha alcanzado la línea de los dientes de la víctima⁹ sin necesidad de traspasarla ni de una introducción total del miembro viril en la cavidad bucal, así lo establece la STS 834/2002 de 13 mayo: *“la zona de la boca entre los dientes y los labios pertenece anatómicamente a la boca y, en este sentido, es correcta la apreciación de la Audiencia. No obstante, esta Sala ya ha declarado respecto de la penetración vaginal, que el concepto de penetración tiene un fundamento normativo, de*

⁷Cfr. GARCIA VALDES, C.; MESTRE DELGADO, E.; FIGUEROA NAVARRO, C., Lecciones de Derecho Penal. Parte especial., Edit. Edisofer S.L, Madrid, 2017, pág. 90.

⁸ *Ibidem.*

⁹ *Ibidem.*

acuerdo con el cual se da cuando, desde este punto de vista, la acción violenta pueda ser considerada como una grave afrenta a la intimidad sexual del sujeto pasivo, lo que ocurre en el caso en el que el pene ha sido introducido entre los labios y los dientes de la misma”.

Como hemos desarrollado en el Capítulo I, con la reforma de la Ley Orgánica 15/ 2003, de 25 de noviembre, se introduce la penalización de la introducción de miembros corporales incluyendo también la introducción de objetos. Anteriormente a la reforma el TS interpreto que no cabía la inclusión en este termino de miembros corporales como dedos y lenguas, estableciendo en la STS 824/ 2000 de 5 de mayo de 2000: *“según la cual por objetos habrá que entender cosas inanes excluyendo penetraciones de órganos que formen parte de las relaciones sexuales socialmente aceptadas”*. Esta interpretación motivó la modificación referida de la Ley Orgánica 15/ 2003, de 25 de noviembre.

La equiparación del acceso carnal por vía vaginal del órgano sexual masculino, con la penetración anal o la introducción de objetos como hemos visto en la evolución de la legislación del código penal es una novedad introducida con las posteriores reformas del Código Penal de 1995 pero a nuestro parecer se trata de una equiparación razonable, puesto que ambos actos vulneran en la misma medida la libertad sexual de la víctima. Por otro lado, aparte de vulnerar del mismo modo el bien jurídico protegido entraña una serie de consecuencias físicas y psíquicas que entrañan la misma gravedad, pues la introducción de objetos tanto por vía anal como por vía vaginal puede dar lugar a lesiones permanentes¹⁰. Así en la SAP de Madrid 862/2014 de 15 septiembre, se da el supuesto de agresión por introducción de objetos a la víctima *“causándole graves lesiones en la zona anal, desgarró anal en rafe medio anterior con lesión completa esfinteriana y de la pared rectal hasta seis centímetros del margen anal, erosiones y contusión del resto del margen anal con gran dilatación forzada anal, hipotonía completa, desgarró y perforación de la unión recto-sigmoidea de diez centímetros de longitud en su cara anterior y hematoma pélvico, lesiones que determinaron unas secuelas consistentes en colectomía parcial sin trastorno funcional, Incontinencia anal sin prolapso rectal Colostomía”*.

1.2 Medios comisivos

¹⁰ LAMARCA PEREZ, C.; ALONSO DE ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E.; RODRIGUEZ NUÑEZ, A., Delitos. La parte especial del Derecho penal, Edit. Dykson, S.L., Madrid, 2017, pág. 170.

El elemento que define el contenido de la agresión sexual bien se trate del tipo básico como del tipo cualificado, es la necesidad de emplear violencia o intimidación para llevar a cabo la conducta¹¹ ya que la omisión de estos medios comisivos nos haría encontrarnos ante un tipo diferente de la agresión sexual.

Es el empleo de estos medios lo que precisamente deja de relevancia la ausencia de voluntad y por tanto, del consentimiento de la víctima para llevar a cabo el acto.

1.2.1 Violencia

Hemos de entender por violencia la producción de una agresión física sobre la víctima, dicha agresión deberá tener el valor suficiente o resultar idónea para hacer a la víctima desistir de su propósito de rechazo, haciéndole ceder ante la agresión¹².

Son diversos los actos considerados constitutivos de violencia, dichos actos abarcan desde golpear a la víctima, arañar, atar o cualquier acto tendente a la inmovilización de la misma, no es necesaria que dicha violencia ejercida sea de una gravedad desmedida basta con que la fuerza física empleada sea suficiente para anular la voluntad de la víctima¹³. Hemos de tener en cuenta que la violencia empleada sobre la víctima no tiene por qué tener la cualidad de ser extrema, pues puede darse el caso de, que por las condiciones físicas o psíquicas en que se encuentre la víctima no sea necesaria una extrema brutalidad.

Dicha violencia es necesaria que sea ejercida sobre la víctima, pues en el caso que se aplique respecto a un tercero poniendo a la víctima en situación de acceder a la agresión estaríamos ante intimidación y no violencia. Aunque la violencia puede acabar degradando o implicando intimidación en el sentido de que por ejemplo se amenace a la víctima con continuar ejerciendo violencia si no accede. La STS 136/2007 de 8 febrero, establece como concepto de violencia el empleo de fuerza física, esto es, acometimiento, coacción o imposición material, e

¹¹ LAMARCA PEREZ, C.; ALONSO DE ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E.; RODRIGUEZ NUÑEZ, A., Delitos. La parte especial del Derecho penal, Edit. Dykson, S.L., Madrid, 2017, pág. 171

¹² SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRIGUEZ, JR., Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 155.

¹³ *Ibidem*.

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 víctima¹⁴.

La STS de 968/2012 de 30 noviembre: *“La exigencia legal de que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, presupone dos matices: a) que constituye un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas; b) que, además, dicha violencia o intimidación ha de conllevar un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato o padecimiento”*. Esto trae su causa, en que cualquier delito de agresión sexual ya lleva intrínseco un carácter degradante, humillante o vejatoria para el sujeto pasivo, puesto que el empleo de fuerza o intimidación como mecanismo para doblegar la voluntad de la víctima supone quebrantar la esfera de su intimidad, así como de su libertad bienes jurídicos tan importantes como lo es la libertad sexual.

Por ultimo como resulta evidente es necesaria la existencia de una relación causal entre el empleo de la violencia y el fin sexual perseguido, es decir, la violencia ejercida sobre la victima tiene que traer su causa en poder consumir el acto de la agresión sexual no siendo posible llegar a tal fin sin el empleo de la misma¹⁵.

1.2.2 Intimidación

La intimidación es la acción consistente en la amenaza de provocar o infundir un mal si no se accede a realizar, en este caso, el acto sexual exigido.

Es necesario recalcar que dicha intimidación la puede realizar tanto el autor de la agresión como un tercero, esto es, que sea un tercero el que infunde la amenaza de causar un mal si no accede la victima a la agresión con el autor. Del mismo modo la amenaza puede dirigirse a la

¹⁴ En este sentido también se pronuncia la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre (RJ 2002, 8996), la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre (RJ 2004, 7697), la STS núm. 73/2004, de 26 de enero (RJ 2004, 2179) y la STS 1145/1998, de 7 de octubre (RJ 1998, 8049).

¹⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2016, pág. 310 e.r.c la STS 29 de enero de 2009 (RJ 2009, 819)

víctima a un tercero, intimidando a la víctima con causar un mal a alguien cercano bien pareja, familiar, amigo....¹⁶

Respecto al valor de la intimidación, es necesario realizar un pequeño análisis sobre la gravedad del mal. En primer lugar, la gravedad de la intimidación ha de ser tal que coloque a la víctima en la posición de preferir acceder al acto sexual por considerarlo menos gravoso que la posible realización de la amenaza. En segundo lugar, la amenaza debe recaer sobre intereses de cierta relevancia¹⁷. El TS se fundamenta en dos criterios para encajar el concepto de intimidación, por un lado, se basa en el concepto civil de intimidación, entendiéndose por esta el ejercicio de una violencia psicológica que adquiere forma de amenaza y termina quebrando la libertad interna de autodeterminación de la víctima, coaccionándola a acceder al propósito del sujeto ante la advertencia, racional y fundada, de sufrir un mal inminente y grave. Y, por otro lado, el carácter circunstancial necesario para su existencia o inexistencia, esto supone afirmar que la lesión del bien jurídico sufrida por el sujeto pasivo del delito ha de ser directamente imputable a la coacción o amenaza de un mal inspirado por el agresor cuya entidad suficiente para quebrar la voluntad de aquél debe ser valorada atendiendo a criterios de normalidad, es decir, desde el prisma del espectador objetivo «ex ante» en la misma situación de la víctima.¹⁸

La STS 1583/2002, de 3 de octubre, define la intimidación como una acción de carácter psicológico que implica el empleo de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado capaz de anular la libre decisión volitiva de la víctima. No exige que la intimidación presente un carácter irresistible, invencible, extraordinaria o de gravedad inusitada; siendo suficiente con que sea idónea y eficaz en la ocasión concreta. Las características que debe revertir la intimidación para entenderse válida son verosimilitud, inmediatez, gravedad y seriedad.

Respecto al momento en que ha de producirse la intimidación, esta acostumbra a tener lugar en el momento anterior a producirse el acto contra la libertad o indemnidad sexual, de manera que es empleado como mecanismo para doblegar la voluntad del sujeto pasivo.

¹⁶Cfr. LAMARCA PEREZ, C.; ALONSO DE ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E.; RODRIGUEZ NUÑEZ, A., Delitos. La parte especial del Derecho penal, Edit. Dykson, S.L., Madrid, 2017, pág. 171

¹⁷ Cfr. SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRIGUEZ, JR., Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 155.

¹⁸ SAP 850/2003 de Barcelona, de 27 de octubre, FJ1

Por otra parte, no serán actos constitutivos de intimidación las amenazas realizadas por el autor que no tengan posibilidad alguna de ser cumplidas¹⁹. No podrán tener la consideración de amenaza aquellas expresiones que, aunque formalmente amenazantes, no sean susceptibles de cumplimiento. Pero no se puede llegar en esta materia a exigir al amenazado una valoración correcta y precisa acerca de esas posibilidades de ejecución real. En este sentido, basta con que objetivamente sea posible ejecutar la amenaza desde las perspectivas de la víctima²⁰.

Al igual que en el supuesto de la violencia examinado anteriormente el tipo exige atentar utilizando violencia o intimidación, y esto por tanto requiere la existencia de una relación causal entre la intimidación y la consumación del acto sexual, esto es que el fin de amenazar a la víctima sea conseguir que esta acceda al acto sexual exigido por el agresor.

En definitiva, deberá consistir la amenaza de un mal, no siendo necesario que el mismo sea inmediato, siendo suficiente que sea grave, futuro y verosímil. Dicho mal de acuerdo con la STS 2ª 9/2016 de 21 de enero, *“en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se relaciona directamente con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. También se ha exigido en esos delitos que la intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado”*.

1.3 Tipos agravados.

Los tipos agravados son de aplicación tanto para el tipo básico del art.178 como para el del art.179, así el artículo 180.1 CP regula cinco supuestos que serían constituyentes de un tipo agravado, estableciendo que *“Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179”*.

En primer lugar, en su apartado primero estipula que constituirá tipo agravado cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. El problema que plantea esta agravante es determinar el grado en que la violencia o la

¹⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2016, pág. 311.

²⁰ STS 102/2006 de 6 de febrero.

intimidación empleada revistan ese carácter especialmente degradante o vejatorio, puesto que toda agresión que implique violencia o intimidación entraña esta brutalidad o humillación, por tanto, es necesario precisar, cuando se excede del grado que se considera implícito en toda agresión para que resulte de aplicación esta agravante²¹.

Por tanto, lo que se trata de penar con esta agravante son aquellas acciones o comportamientos que entrañan un especial menosprecio a la dignidad de la víctima. Por ello deben diferenciarse comportamientos como morder o dar un golpe, que se entienden incluidos dentro de la violencia que entraña la realización del tipo, de otros actos como obligar a la víctima a sacar la lengua para orinar en ella, obligarla a tumbarse para defecar encima, las cuales si son constituyentes de conductas especialmente degradantes para la víctima²².

Es relevante hacer referencia al problema que plantea que esta agravación concurra con el tipo regulado en el art. 173.1 contra la integridad moral, en esta situación debe considerarse que el 180.1 absorbe la conducta del 173.1. Ello se argumenta en la aplicación del art 177 CP “*Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley*”, el cual establece una garantía para el concurso de delitos con respecto a los tipos penales contra la integridad moral, excepto que se encuentre especialmente castigado por la ley. Por otro lado, el propio legislador en el mismo art. 180 en su apartado 5º cuando ha querido garantizar el concurso de delitos lo ha establecido expresamente²³.

En conclusión, para que dicha agravación sea aplicable es necesario que el nivel de humillación, degradación o brutalidad sea de un grado superior al que se encuentra incluido en la violencia típica empleada en la agresión.

En segundo lugar, los actos tendrán consideración de tipo agravado cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. Esta agravación exige la ejecución de todos o parte de los elementos del tipo, lo cual no hace referencia a la exigencia de que

²¹ Así lo reconoce la jurisprudencia en sentencias como la STS 812/2003 de 3 de junio o la STS 159/2007 de 21 de febrero.

²² STS 1239/2000, de 5 de julio.

²³ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2016, pág. 318.

todos los autores personalmente lleven a cabo el contacto sexual típico como puede ser el acceso carnal o la introducción de objetos o miembros es suficiente con que realicen una parte del tipo como puede ser que alguno/s de los autores lleven a cabo la violencia y la intimidación y otros realicen el contacto sexual²⁴. Pero delimitar hasta qué punto se considera una actuación, participación necesaria o autor en este aspecto plantea algunos problemas, en este sentido la STS 585/2014 de 14 julio establece “ *en los delitos de agresión sexual con penetración vaginal, anal o bucal ejecutado por dos o más personas, solamente debe considerarse autor propiamente dicho al que materialmente realiza el acceso carnal, porque se entiende que se trata de un delito de propia mano en los que está limitado el concepto de autor al que realiza personalmente ese acceso, de forma que, en estos casos, la persona que colabora y coadyuva al autor genuino a llevar a cabo la acción, no puede ser considerado coautor, como el ejecutor físico de la penetración, sino cooperador necesario*” . Sin embargo otra línea jurisprudencial en base al art 28 CP considera que tiene la misma consideración de autor quien lleva a cabo actos de violencia o intimidación, como el que ejecuta el contacto sexual²⁵.

Para llevar a cabo esta delimitación es necesario tener en cuenta que el objetivo que persigue el legislador con esta agravante es penar la actuación conjunta en tanto en cuanto genera un aumento de la intimidación y por ello del carácter degradante de la acción respecto a la víctima. Es abundante la jurisprudencia del TS que acuña el término “intimidación ambiental”, haciendo con ello referencia a la condición de cooperador necesario que adquiere quien, con su mera presencia física en el acto, el cual está siendo llevado a cabo por un tercero, contribuye a aumentar en nivel de intimidación hacia la víctima, es por ello que entendemos que el legislador no pretendía extender la condición de cooperador necesario a esta agravante, pues habría añadido junto a la formulación de autoría conjunta la de cooperación conjunta²⁶.

Sin embargo, el supuesto que plantea una mayor problemática es aquel en que los partícipes son a su vez tanto autores directos de los hechos como cooperadores necesarios, lo cual vulneraría el principio *non bis in ídem*, al producirse una doble condena a cada partícipe por

²⁴Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2016, pág. 319.

²⁵STS 849/2009, de 27 de julio.

²⁶Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2016, pág. 319.

los hechos una como autor de la agresión sexual y otra como cooperador necesario de dicha agresión²⁷. Así se ha recogido en sentencias como la STS 481/2004, de 7 de abril que establece “*la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio "non bis in ídem" cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado*”²⁸.

Se trata de un tema acerca del cual la doctrina no tiene una postura clara y se encuentra dividida y en la cual a nuestro parecer la solución correcta es la planteada por la STS 585/2014 de 14 julio, que establece que no será necesario imponer a cada uno de los que realiza el acceso carnal, otra pena añadida por los actos de colaboración realizados para facilitar el acceso del otro. Puesto que, en este tipo de actos, donde el acusado ha llevado a cabo tanto el acto de agresión sexual con penetración y como la intimidación o violencia para facilitar la agresión sexual del otro autor, nada impide calificar esta colaboración en la agresión ejecutada por el otro como de coautoría del párrafo primero del art. 28 C.P., ya que el tipo penal exige la concurrencia de dos elementos objetivos: la violencia o intimidación sobre la víctima y el contacto sexual. Así lo establece la STS 849/2009, de 27 de julio, “*tan autor del número primero puede considerarse al que realiza actos de verdadera violencia, como el que ejecuta el contacto sexual*”. Pues si el acusado lleva a cabo los actos de violencia o intimidación con el fin de facilitar a otro consumar la agresión, está llevando a cabo acciones típicas del delito, siendo por tanto también responsable a título de autor.

En tercer lugar, tendrá consideración de tipo agravado cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

El termino de especial vulnerabilidad implica que se genere una condición de desvalimiento pues la víctima se encuentra en una situación de inferioridad frente al agresor lo cual es

²⁷ Cfr. SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRIGUEZ, JR., Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 160.

²⁸ En este mismo sentido se pronuncia la STS 486/2002, de 12 de marzo.

aprovechado por este para llevar a cabo la acción²⁹. O, dicho de otro modo, la vulnerabilidad hace referencia a que la persona que se encuentra en esa condición es más fácil que sea víctima de la agresión por encontrarse bajo una ausencia mayor de medios para decidir libremente y poder oponerse, lo cual sitúa a la víctima en una posición de desventaja frente al agresor³⁰.

El objetivo o la acción que pretende penalizar esta agravante es el beneficio del que se vale el agresor, suponiendo esto una manera de favorecer la comisión del delito, debido a la insuficiente defensa de la víctima con motivo de su edad, enfermedad o situación.

En lo relativo a la edad en un primer momento parece estar pensado para los menores atendiendo indefensión por la insuficiencia psíquica de estos, pero también hemos de tener en cuenta que dicha protección abarca las edades muy avanzadas cuyas víctimas suelen presentar vulnerabilidad por una insuficiencia física. En este último caso, aunque las personas de edad muy avanzada son tendentes a presentar esa insuficiencia psíquica como en el caso de los menores, esta se encontraría dentro del ámbito de protección de especial vulnerabilidad por enfermedad y no por edad. Debido a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, quedan excluidos de esta agravante los supuestos en que la víctima sea menor de 16 años, pues estos quedan penados por el art. 183³¹.

Respecto a la edad de la víctima se plantea el problema de que no se trata de un elemento comprendido en la violencia o intimidación del tipo, por ello si el agresor ha tenido la edad de la víctima en consideración para establecer dicha violencia, puesto que la voluntad de un niño se puede someter con actos que frente a un mayor de edad no generarían efecto, la jurisprudencia opta por la no aplicación de esta agravante que en el caso de aplicarse se valoraría doblemente esta circunstancia suponiendo una vulneración del *principio non bis in idem*³².

En cuanto a la especial vulnerabilidad por situación, para su determinación se atenderá a la interpretación del estado de incapacidad para que la víctima se resista a la hora de cometerse

²⁹ STS 203/2013 de 7 de marzo.

³⁰ STS 695/2005 de 1 de junio.

³¹ Cfr. SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRIGUEZ, JR., Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 162.

³² RODRIGUEZ RAMOS, L.; RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, G.; RODRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.; COLINA OQUENDO, P., Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia, Edit. WoltersKluwer España, S.A., Madrid, 2017, pág. 1.092.

el acto, en el caso de tratarse de embriaguez, se requiere que exista una disminución considerable de las facultades psíquicas de la víctima que mermen su capacidad de prestar consentimiento, así como para mostrarse reacia para el requerimiento sexual³³.

En cuarto lugar, tendrá consideración de tipo agravado cuando para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

Por prevaler se entiende servirse de una cosa para lograr un objetivo, en el ámbito del derecho penal hemos de entender que este término se emplea para describir una situación en la que el autor de la agresión en este caso se sirve de una concreta posición de superioridad, de una especial confianza o de un prestigio que ostenta frente a la víctima, aprovechándose de ello para consumir el tipo. Esto quiere decir que utiliza como medio esta posición en la que se encuentra, generándole una facilidad para cometer el delito³⁴.

La jurisprudencia entiende por prevalimiento el *modus operandi* por el cual el autor consigue el consentimiento viciado de la víctima fundamentado en la confluencia de tres aspectos: “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 prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima*³⁵”.

Esta agravante ha planteado diversos problemas, puesto que se puede considerar que, aunque es aplicable a la agresión, concuerda de manera más clara con el abuso. Las dificultades que se consideran que plantea se basan en la aplicación, puesto que supone una circunstancia fundada en el prevalimiento como medio comisivo, a las agresiones sexuales que por ley requieren como medio de violencia o intimidación. Esto supone que la necesidad de emplear violencia o intimidación tiene lugar por la inexistencia de esa relación de superioridad y por ende la concurrencia de la relación de superioridad puede evitar el empleo de esa violencia o

³³ *Ibidem.*

³⁴ RODRIGUEZ RAMOS, L.; RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, G.; RODRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.; COLINA OQUENDO, P., Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia, Edit. WoltersKluwer España, S.A., Madrid, 2017, pág. 1.093.

³⁵ STS 834/ 2014, de 10 de diciembre.

intimidación para conseguir el fin³⁶. Aunque bien es cierto que el hecho de encontrarse en una situación de superioridad no supone la inexistencia absoluta de la violencia o intimidación, sino que puede tener lugar, aunque es un grado de intensidad menor. En este sentido la STS 380/2004 de 19 de marzo, *“Al tratarse de hechos cometidos con violencia o intimidación, el prevalimiento contemplado en el precepto, apoyado en la relación de parentesco o de superioridad, no puede entenderse orientado a obtener el consentimiento, que siempre estaría viciado, de la víctima, sino que debe valorarse como el aprovechamiento de una situación más favorable para la comisión del delito como consecuencia de aquella relación, lo que determina una mayor antijuridicidad y culpabilidad, pudiendo influir también en la intensidad de la fuerza o intimidación necesarias para superar la inicial resistencia de la víctima”*.

En cuanto a la expresión de “superioridad” de la cual el autor se sirve para la consumación del delito, esta puede consistir en una relación de supremacía a cualquier escala, no incluyendo únicamente el parentesco, como podría ser la de profesor-alumno o directivo-empleado, pero siempre que realmente el autor se hubiera prevalido de esa circunstancia. Así en este sentido la STS 912/2008, de 20 de noviembre entiende que *“el acusado, empleando violencia, llevó a cabo actos de indudable significado sexual en la persona de Raquel, que ella era mucho menor de trece años y que él se prevaleció de la superioridad determinada por ser el cuidador de la niña durante el tiempo en que la madre se hallaba trabajando fuera de la casa. La inclusión en los arts. 178 y 180.1, 3ª y 4ª, ha sido correcta”*.

La STS 140/2004, de 9 de febrero, establece que por prevalimiento debe entenderse la existencia de una desigualdad relevante entre las posiciones de ambas partes, en la cual una de ellas se halla en una manifiesta situación de inferioridad que limita notoriamente su capacidad de libre decisión, y la otra se sirve intencionadamente de su evidente posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

En quinto lugar, tendrá consideración de tipo agravado cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las

³⁶Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, L.; RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, G.; RODRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.; COLINA OQUENDO, P., Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia, Edit. WoltersKluwer España, S.A., Madrid, 2017, pág. 1.094.

lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

Esta agravante resulta de aplicación únicamente en aquellos casos en que el autor emplee un medio peligroso que genere un riesgo real para la vida o integridad física de la víctima³⁷. El hecho de que se prevea una agravación por los medios empleados no tiene su fundamento en que la vulneración de la libertad sexual sea mayor sino en el riesgo que los medios empleados para conseguir el fin tiene sobre la vida o la integridad física de la persona.

Es necesario para la interpretación de la aplicación de esta agravante tener en cuentas dos aspectos: En primer lugar, que su aplicación no debe ser automática por el hecho de que se utilice un arma con fines puramente intimidatorios, ello se basa en la no vulneración del principio *non bis in ídem* que podría incurrirse si se califican los hechos como constitutivos de agresión sexual y como agresión agravada si el autor se limita a exhibir el arma de manera que la víctima queda intimidada. Por ello se requiere en segundo lugar, para la apreciación de la agravante no solo determinar el instrumento, sino que también es necesario determinar el empleo que el autor hace del mismo, la exhibición del mismo no se considera suficiente en el caso de no apreciarse un peligro real³⁸.

Por tanto, es necesario analizar el instrumento analizado, en cuanto a las armas hemos de entender por ellas tanto las de fuego como las denominadas armas blancas (navajas, cuchillos) o instrumentos útiles para el fin como puede tratarse de un martillo, un destornillador, una barra de metal...

2. Abuso sexual

El Capítulo II del Título VIII del Código Penal, es el encargado de regular las conductas constitutivas del tipo penal de abuso sexual en los artículos 181 y 182.

2.1 Conducta típica

El artículo 181 CP establece que quien, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realice actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra

³⁷*Ibidem.*

³⁸*Ibidem.*

persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. En su apartado segundo estipula que por abusos no consentidos se entenderán los que se lleven a cabo sobre personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

En relación con el bien jurídico protegido de la misma manera que en la agresión sexual, son la libertad sexual, así como la indemnidad sexual.

En cuanto a los sujetos se trata de un delito en el cual la parte activa la podrá ostentar cualquier persona independientemente de su sexo, así como la parte pasiva exceptuando alguna figura como el acceso carnal que será incompatible su realización por dos mujeres, requiriendo para el acceso carnal la introducción del miembro viril.

Respecto a la conducta típica, la acción que trata de penalizar el art.181.1 CP son los llamados tocamientos fugaces y sorpresivos, tratándose de tocamientos ante los cuales la víctima no ostenta la posibilidad de prestar su consentimiento o por el contrario su negativa. Dichos tocamientos pueden llegar a constituir un delito de agresión sexual en el momento en que el sujeto pasivo al oponer resistencia física genera en el actor una reacción violenta que le obliga a emplear fuerza con el fin de doblegar la voluntad de la víctima³⁹.

Por lo tanto entendemos que para que se entienda realizado el tipo han de concurrir tres elementos: en primer lugar, debe tratarse de una acción de carácter libidinoso, esto es, de índole sexual requiriendo dicha acción por una parte que exista un contacto corporal o tocamiento por parte del sujeto activo sobre la víctima y por otra que dicha acción se encuentre motivada en la finalidad de obtener un beneficio sexual esto es movido por un ánimo libidinoso; En segundo lugar, que exista una ausencia de consentimiento de la víctima elemento requerido también en la agresión sexual ; y por último la falta de violencia o intimidación, rasgo que diferencia la agresión sexual del abuso, como medio necesario para obtener el objetivo sexual perseguido⁴⁰.

³⁹ CORCOY BIDASOLO, M.; VERA SANCHEZ, JS., Manual de Derecho Penal parte especial. Tomo I., Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 263.

⁴⁰WoltersKluwer., *Abusos sexuales*, (en línea),

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFIjTAAAUUNDY0sDtbLUouLM_DzbsMz01LySVADmJERrIAAAAAA==WKE (consulta 10 de diciembre de 2019).

Siendo el consentimiento un elemento necesario en el tipo es importante llevar cabo una distinción entre los abusos sexuales por ausencia de consentimiento y los cometidos por vicios del consentimiento. En relación con los abusos por ausencia de consentimiento (art. 181.2 CP), el autor realiza la acción de manera que la víctima carece de la posibilidad de manifestar su consentimiento o su negativa ante la acción pretendida por el autor, o también cuando gozando de posibilidad no puede oponer resistencia⁴¹.

Hemos de diferenciar dentro de esta categoría los abusos denominados sorprendivos, los realizados sobre una persona privada de sentido, sobre personas con trastorno mental y por sumisión química.

En relación con los abusos por acción sorprendiva, estaríamos ante un supuesto de ausencia de consentimiento, pues se lleva a cabo un acto libidinoso no dando a la víctima tiempo suficiente para oponerse al mismo. Así lo establecen sentencias como la STS 1097/2007, de 18 de diciembre de 2007 donde se consideran subsumibles en el tipo del art 181.1 las acciones lubricas llevadas a cabo por sorpresa, sin previo aviso de que se iban a llevar a efecto y sin aceptación previa por parte de la víctima⁴².

Por otro lado, respecto a los abusos sobre persona privada de sentido, el abuso no tiene lugar mediante el empleo de una violencia o intimidación, ni tampoco se consuma con carácter sorprendivo. Sin embargo, este abuso radica en la ausencia de consentimiento debido a que la víctima no goza en esa situación de las facultades necesarias para expresarlo, por encontrarse privada de sentido⁴³. Esta privación de sentido radica en una carencia de consciencia que puede tener un carácter transitorio o permanente. Son ejemplos de privación de sentido que la víctima este durmiendo así la STS 988/2016 de 11 enero, establece que realizar tocamientos a los menores en zonas genitales mientras duermen, *“afecta a su indemnidad sexual, pues el sueño no excluye totalmente la sensibilidad, ni cabe excluir que los tocamientos les despertasen o, en cualquier caso, les dejasen recuerdos y sentimientos que perjudicasen su desarrollo, generando temores más o menos conscientes, que vinculasen la sexualidad con la indefensión y el abuso”*, que se encuentre en coma, bajo los efectos de bebidas alcohólicas o

⁴¹ Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, L.; RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, G.; RODRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.; COLINA OQUENDO, P., Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia, Edit. WoltersKluwer España, S.A., Madrid, 2017, pág. 1.099.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ CORCOY BIDASOLO, M.; VERA SANCHEZ, JS., Manual de Derecho Penal parte especial. Tomo I., Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 264.

de estupefacientes. En este último sentido, parece conveniente relacionar esta ausencia de consentimiento con la sumisión química, tendrá esta condición cuando sea el propio autor quien administre los estupefacientes a la víctima para beneficiarse de la ausencia de consentimiento, de lo contrario, si son administrados por un tercero ajeno a cualquier participación en este acto o por autoconsumo de la propia víctima se encuadraría en la categoría de privación de sentido⁴⁴.

Por tanto, serán actos constitutivos de abusos sexual aquellos que teniendo un contenido sexual sean llevados a cabo sin consentimiento de la víctima, por haber anulado el mismo a través del uso de fármacos, sustancias o estupefacientes útiles para este fin. El empleo de estas sustancias para este fin recibe el término ya citado de sumisión química, y no requiere que genere en la víctima un estado de absoluta inconsciencia basta con que consiga anular la voluntad de esta así como su capacidad de reacción o de rechazo⁴⁵. De hecho, la mayoría de sustancias empleadas suelen dejar consciente a la víctima, aunque en un estado de absoluta sumisión generando a la vez una anulación de los recuerdos, algunas de las sustancias empleadas son la escopolamina, benzodiacepinas, cocaína, opiáceos o alcohol.

Por último, en relación con los abusos sexuales sobre personas afectadas por un trastorno mental, tiene por finalidad proteger a aquellos sujetos pasivos afectados por una anomalía psíquica, bien permanente bien transitoria, que no poseen las facultades necesarias para desarrollar libremente los intereses que consideran convenientes para ellos en el ámbito sexual. Será necesario por tanto, que el sujeto pasivo debido a su deficiencia no tenga capacidad suficiente para discernir la naturaleza de la acción pretendida por el autor y consentida por él, así como que el autor consciente de esta circunstancia que afecta a la víctima la utiliza para conseguir el fin pues si la víctima no sufriese esa falta de capacidad no habría podido llevar a cabo el acto⁴⁶.

Como anteriormente se ha dicho la ausencia de consentimiento puede también deberse a un vicio en el mismo. El primer supuesto de este tipo de abusos es el regulado en el art. 183.1 CP, relativo a cuando el consentimiento es obtenido mediante el prevalimiento de una situación de superioridad. Este tipo de abuso requiere una situación que coloque al sujeto

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Cfr.* SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRIGUEZ, JR., Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 167.

⁴⁶ *Ibidem*.

activo en una posición de superioridad frente a la víctima que se encontrará en una posición inferior. Esta situación de superioridad abarca posibilidades como de ámbito docente, laboral, de dependencia socioeconómica, paterno filial, diferencia de edad... pero deberá tener la condición de suficiente, notoria, efectiva y real. Y también requiere que el sujeto activo siendo consciente de esa desigualdad con la víctima le coloca a él en una posición dominante de superioridad y prevalerse dolosamente de la misma para llevar a cabo el abuso⁴⁷.

Dentro de esta categoría también se encuadra el abuso llevado a cabo mediante engaño regulado en el art. 182.1 CP, este tipo trata de penalizar la conducta de inducir a error a la víctima generando una situación de equivocación sobre algún aspecto esencial, con el fin de obtener el consentimiento por parte del autor para llevar a cabo el acto de índole sexual. Suele conocerse bajo el término de “estupro fraudulento”. Para que este tipo resulte de aplicación se requiere que el fraude o engaño sea notorio, real y suficientemente eficaz como para conseguir que la víctima incurra en la confusión. Por otro lado, es un requisito necesario que la víctima sea menor de 18 años y mayor de 16⁴⁸.

2.2 Tipos agravados

Aparte de la penalización que se produce respecto de aquellos actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, el abuso sexual también abarca en el art. 181.4 las conductas de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, estableciendo una pena para el autor de prisión de cuatro a diez años.

Se trata de un tipo agravado del abuso sexual, puesto que se considera que la actuación del sujeto activo entraña una antijuricidad superior y por ende aumento de la condena. Para considerar realizado el tipo es necesario cumplir los requisitos que exigía el art.181 CP aunque variara la conducta de carácter sexual consistiendo en este caso en acceso carnal que de acuerdo con la STS 339/07 de 30 de abril de 2007 establece que el acceso por vía vaginal se considera consumado cuando: “*consigue el ayuntamiento carnal o conjunción de órganos*

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ CORCOY BIDASOLO, M.; VERA SANCHEZ, JS., Manual de Derecho Penal parte especial. Tomo I., Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 265.

genitales de varón y hembra, siempre que conlleve la penetración del pene, más o menos perfecta en la cavidad genital femenina”, por lo tanto, no es necesario ni que la penetración sea completa ni se requiere la consumación del coito mediante eyaculación, bastando la penetración de la zona vestibular para entenderse consumado el tipo. Respecto a la penetración bucal el tipo se entenderá consumado cuando se produzca la introducción del pene en la boca de la víctima, pero también bastará con que este no traspase la línea de los dientes para entenderse consumado así lo establece la STS 834/2002 de 13 mayo: *“la zona de la boca entre los dientes y los labios pertenece anatómicamente a la boca...”*.

En relación con los sujetos, el sujeto activo deberá ser necesariamente un varón pues tanto en el acceso carnal, bucal como anal se requiere la introducción del miembro viril en las citadas cavidades. Respecto al sujeto pasivo podrá tratarse de un hombre como de una mujer indistintamente excepto en el acceso carnal por vía vaginal que por razones anatómicas solo podrá ser víctima una mujer.

Por último, en relación con la introducción de objetos también regulada como tipo agravado de este delito, el sujeto activo en este caso podrá ser tanto un hombre como una mujer y el pasivo en la vía vaginal únicamente una mujer y en la vía anal indistintamente hombre o mujer. Por el término de objeto hemos de entender cosas corpóreas y que reemplacen la función que tendría el miembro viril.

El art.181.5 regula el segundo tipo agravado del abuso sexual referente a imponer la pena en la mitad superior en aquellos casos en que el sujeto pasivo tenga la condición de ser una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación. Y también cuando el tipo se consume mediante el prevalimiento por parte del sujeto activo de su relación de parentesco con la víctima, por ser ascendientes, descendientes, por naturaleza, o por adopción.

3. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

Con la LO5/2010 se añadió al Título VIII el Capítulo II bis, encargado de tipificar los abusos y agresiones a menores de dieciséis años que en ese momento la edad fijada por el contrario era trece.

3.1 Conducta típica

Aparece regulada en el art.183.1 CP para el supuesto de abuso sexual y en el 183.2 CP para la agresión. Respecto al abuso los requisitos exigidos ya explicados en el apartado anterior son en primer lugar, que debe tratarse de una acción de carácter libidinoso con un carácter de índole sexual, requiriendo dicha acción por una parte que exista un contacto corporal o tocamiento por parte del sujeto activo sobre la víctima y por otra que dicha acción se encuentre motivada en la finalidad de obtener un beneficio sexual esto es movido por un ánimo libidinoso; En segundo lugar, que exista una ausencia de consentimiento de la víctima elemento requerido también en la agresión sexual ; y por último la falta de violencia o intimidación, rasgo que diferencia la agresión sexual del abuso, como medio necesario para obtener el objetivo sexual perseguido. El autor de este tipo será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años⁴⁹.

Por otro lado, respecto de la agresión esta supone la materialización de una acción libidinosa o lubrica, la cual se plasma en un contacto corporal por parte del sujeto activo sobre la víctima. Dicho contacto corporal consistirá en la práctica de tocamientos lascivos por parte del sujeto pasivo, por otra parte, también cabe encuadrar en este tipo básico que dichos tocamientos lascivos se produzcan por el propio sujeto pasivo obligado a ello por el sujeto activo. El elemento que define el contenido de la agresión sexual bien se trate del tipo básico como del tipo cualificado es la necesidad de emplear violencia o intimidación para llevar a cabo la conducta ya que la omisión de estos medios comisivos nos haría encontrarnos ante un tipo diferente de la agresión sexual. Es el empleo de estos medios lo que precisamente deja de relevancia la ausencia de voluntad y por tanto del consentimiento de la víctima para llevar a cabo el acto. Es necesario tener en cuenta que, aunque la agresión exija como requisito violencia o intimidación, no es necesaria que esta se emplee en el grado exigido para

⁴⁹Cfr. WoltersKluwer., Abusos sexuales, (en línea), http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFIjTAAAUUNDY0sDtbLUouLM_DzbsMz01LySVADmJERrIAAAAAA==WKE (consulta 10 de diciembre de 2019).

agresiones a mayores de dieciséis años, puesto que es más sencillo doblegar la voluntad de un menor sin e empleo de una brutalidad o intimidación extrema debido a que ostenta una mayor vulnerabilidad. Así se admite como violencia física en la STS 919/2003, de 19 de junio, agarrar fuerte del brazo a una menor⁵⁰.

El responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual que se emplea principalmente en aquellos delitos contra la libertad sexual que afecten a personas menores de edad o incapaces. No se habla en estos casos de libertad sexual puesto que los menores e incapaces no gozan de una autonomía plena en este ámbito, es por ello que se considera que el bien jurídico que se protege es la indemnidad sexual, entendiendo por ello el derecho que tiene una persona a que no se produzcan injerencias en el desarrollo de su sexualidad⁵¹.

Como requisito común a ambos tipos para entender que una conducta es subsumible en este delito debe tratarse de un sujeto pasivo menor de dieciséis años. Entendemos que la intención del legislador es penar aquellos actos en que el sujeto pasivo es intangible sexualmente. Considerando a los menores de 16 años incapaces para prestar consentimiento libre y valido para efectuar conductas de índole sexual, estimando por tanto que su consentimiento será irrelevante debido a su escasa edad o por las facultades psicológicas que le inhabilitan para autodeterminarse. Esta modalidad de ausencia de consentimiento también se asemeja con aquellos supuestos en que la víctima presta el consentimiento, pero este incurre en vicio, el vicio suele deberse del mismo modo a la escasa capacidad de autodeterminación. La STS 408/2007, de 2 de mayo, establece que *“la prestación del consentimiento no debería desplegar ningún efecto legitimante frente a la conducta del autor”*, lo que reitera que se produzca una negación a la víctima de su capacidad de autodeterminación en el ámbito sexual. En conclusión, como requisito del tipo se encuentra la inexistencia de consentimiento o el consentimiento prestado pero considerado invalido⁵².

⁵⁰Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, L.; RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, G.; RODRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.; COLINA OQUENDO, P., Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia, Edit. WoltersKluwer España, S.A., Madrid, 2017, pág. 1.099.

⁵¹*Ibidem.*

⁵²*Ibidem.*

3.2 Tipos agravados

Se encuentran regulados en el art.183.3 y 183.4 CP.

En el art. 183.3 CP,se regula el tipo consistente en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.Constituye un tipo agravado del abuso sexual, debido a que cuando el acto es de estas circunstancias, la actuación del sujeto activo implica un plus de antijuricidad y por consecuencia una condena mayor. Es necesario tener en cuenta que se trata de un tipo agravado común a los dos apartados anteriores esto es, tanto a la agresión sexual como el abuso, de manera que este acceso carnal por vía vaginal, oral o bucal, así como la introducción de objetos podrá aplicarse tanto cuando el tipo se realice mediando violencia o intimidación como cuando sin mediar estos medios comisivos se lleve a cabo sin el consentimiento o con el consentimiento viciado de la víctima.

Para considerar realizado el tipo es necesario cumplir los requisitos que exigía el art.178 CP o el art.181 CP aunque variara la conducta de carácter sexual consistiendo en este caso en acceso carnal, que de acuerdo con la STS 339/07 de 30 de abril de 2007 establece que el acceso por vía vaginal se considera consumado cuando: *“consigue el ayuntamiento carnal o conjunción de órganos genitales de varón y hembra, siempre que conlleve la penetración del pene, más o menos perfecta en la cavidad genital femenina”*, por lo tanto no es necesario ni que la penetración sea completa ni se requiere la consumación del coito mediante eyaculación, bastando la penetración de la zona vestibular para entenderse consumado el tipo. Respecto a la penetración bucal el tipo se entenderá consumado cuando se produzca la introducción del pene en la boca de la víctima, pero también bastará con que este no traspase la línea de los dientes para entenderse consumado así lo establece la STS 834/2002 de 13 mayo: *“la zona de la boca entre los dientes y los labios pertenece anatómicamente a la boca...”*.

En relación con los sujetos, el sujeto activo deberá ser necesariamente un varón pues tanto en el acceso carnal, bucal como anal se requiere la introducción del miembro viril en las citadas cavidades. Respecto al sujeto pasivo podrá tratarse de un hombre como de una mujer indistintamente excepto en el acceso carnal por vía vaginal que por razones anatómicas solo podrá ser víctima una mujer.

Por último, en relación con la introducción de objetos también regulada como tipo agravado de este delito, el sujeto activo en este caso podrá ser tanto un hombre como una mujer y el pasivo en la vía vaginal únicamente una mujer y en la vía anal indistintamente hombre o mujer. Por el término de objeto hemos de entender cosas corpóreas y que reemplacen la función que tendría el miembro viril.

El art.183.4 CP tipifica seis supuestos en los que la pena prevista se agravara aplicándose en su mitad superior. En primer lugar, cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. Esta agravante trata de otorgar una especial protección a este tipo de sujetos pasivos, ya que se sitúan en una posición de gran vulnerabilidad debido a la mayor indefensión frente a menores con edades más avanzadas o las consecuencias psicológicas que pueden darse debido a su capacidad limitada de elaboración de los hechos.

En segundo lugar, cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

En tercer lugar, cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

En cuarto lugar, cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. Esta agravante presenta diferencias con la establecida en el art.181.3 CP que también establece el prevalimiento de una situación de superioridad pero con la finalidad de obtener el consentimiento del sujeto pasivo, la diferencia con este es que aquí el sujeto activo se beneficia de esa situación de superioridad en base a que le facilita la consumación del acto y no para obtener ningún consentimiento pues como hemos dicho el consentimiento prestado por menor de dieciséis años se considera irrelevante⁵³. En cuanto al parentesco es por consanguinidad esto es, hace referencia a ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza o adopción, no incluyéndose el parentesco colateral⁵⁴.

⁵³Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, L.; RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, G.; RODRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.; COLINA OQUENDO, P., Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia, Edit. WoltersKluwer España, S.A., Madrid, 2017, pág. 1.119.

⁵⁴ La STS 48/ 2017, de 2 de febrero, establece que dentro del parentesco no puede entenderse incluido la relación tío- sobrino.

En quinto lugar, cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima. Respecto a esta supone una agravación con mayor restricción que la establecida en el 180.1.5 CP, pues se pena la puesta en peligro únicamente de la vida o salud de la menor no considerándose bastante el peligro inherente al uso de armas⁵⁵.

Y en sexto y último lugar, cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades. Esta agravación del tipo puede suscitar problemas relacionados con la vulneración del non *bis in idem* puesto que ya el art.570 bis.3 establece “*Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos*”⁵⁶”.

CAPITULO IV: Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo de 2018.

1. Análisis de la sentencia

En primer lugar, antes de introducirnos en el punto clave objeto de estudio por esta parte, vamos a proceder a hacer una pequeña síntesis acerca de los hechos probados que establece la sentencia en cuestión.

1.1 Hechos probados

En la citada y conocida sentencia, se relatan los hechos, ya bien conocidos por todos, relativos a la madrugada del 7 de julio de 2016, en las multitudinarias fiestas de la ciudad de Pamplona, “Los Sanfermines”, la víctima acudió en compañía de varios amigos, y la citada noche por circunstancias que no merecen relevancia en nuestro estudio en un determinado momento y dada la cantidad de personas que se encontraban allí reunidas perdió de vista a las personas que la acompañaban y se encontró sola. En ese momento fue cuando entro en contacto con los

⁵⁵Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2016, pág. 344.

⁵⁶*Ibidem*.

investigados, cuando entabló conversación con ellos y cuando tanto los investigados como la víctima emprendieron camino en principio cada uno hacia los respectivos lugares donde pernoctarían.

En ese trayecto, tras varios intentos por parte de los investigados de hospedarse en hoteles cercanos y pese al resultado infructífero debido a la total ocupación de los mismos, decidieron introducirse en un portal junto con la víctima. Así comienza a relatar la sentencia como, *“Cuando le introdujeron en el portal, los procesados, le dijeron “calla”, significándole que guardara silencio mediante el gesto de llevarse la mano abierta a la boca. De esa forma “ la denunciante” y los procesados llegaron a la puerta ubicada en el interior de portal , situada a la izquierda de los ascensores, de vinilo traslúcido , mediante la que se accede a un rellano , entrando a este espacio, tras subir un tramo de cinco peldaños se accede a otro rellano , girando a la izquierda desde este espacio se accede por tres escalones a un habitáculo de forma irregular y tamaño reducido (unos 3 m²); concretamente se trata de una zona sin salida de 2,73 cm de largo, por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia. Cuando “la denunciante” accedió al primer rellano, la puerta de acceso, estaba abierta, tenía delante de ella a uno de los procesados y detrás a otros. De este modo fue dirigida por los procesados al habitáculo que se acaba de describir, donde los acusados le rodearon”*⁵⁷.

En ese momento es cuando la víctima empieza a ver anulada su capacidad de reacción o de negativa hacia cualquier comportamiento por parte de los acusados, encontrándose en semejante habitáculo del cual era absolutamente imposible salir, dado que se encontraba rodeada por los cinco investigados cuyas condiciones físicas eran notablemente muy superiores a la suya, y dado que era una zona con únicamente una vía de entrada y salida.

De este modo la sentencia citada sigue relatando los hechos que prosiguieron a continuación una vez se encontraban en el habitáculo del portal con la víctima : *“En ese momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura ; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga.*

⁵⁷ SAP de Navarra nº 38/2018, de 20 de marzo de 2018.

“Ladenunciante”, sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados”⁵⁸.

De esta manera, los procesados fueron realizando múltiples actos de naturaleza sexual, *“En concreto y al menos “la denunciante” fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Alfonso Jesús Cabezuelo y José Ángel Prenda, éste último en dos ocasiones, al igual que Jesús Escudero Domínguez quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo. Durante el desarrollo de los hechos Antonio Manuel Guerrero , grabó con su teléfono móvil seis vídeos con una duración total de 59 segundos y tomó dos fotos ; Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena, grabó del mismo modo un vídeo, con una duración de 39 segundos”⁵⁹.*

1.2 Fundamentos jurídicos.

Dejando a un lado el **primer fundamento** de derecho relativo a cuestiones previas y el **segundo** relativo a la doctrina general aplicada en la práctica de la prueba, vamos a centrarnos en el **tercer fundamento**, en el cual se determina que la divergencia radica en la existencia o inexistencia de voluntad a la hora de llevarse a cabo las relaciones sexuales previamente descritas por parte de la denunciante así como, por parte de los procesados, y así *“frente a la versión de las acusaciones que sostienen que fue obligada a realizar actos de naturaleza sexual , con los procesados , violentando su voluntad valiéndose de violencia o intimidación para conseguir su satisfacción sexual, algunos de ellos grabado y fotografiados , cumpliendo el designio que se había trazado desde el momento que se encontraron con “la denunciante” ; las defensas de los procesados afirman que las relaciones sexuales se tuvieron con el consentimiento pleno de “la denunciante” , quien ya en la Plaza del Castillo , durante la primera conversación que mantuvo con aquellos, convino en mantener relaciones sexuales en grupo, así se lo comunicó y se pusieron en marcha rápidamente para encontrar un lugar discreto donde hacerlo”⁶⁰.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ FJ 3 de SAP de Navarra nº 38/2018, de 20 de marzo de 2018.

En este mismo fundamento se resuelve acerca de una de los elementos probatorios que más se han puesto en tela de juicio, y este es la declaración de la víctima acerca de los hechos. En este punto la sentencia afirma y corrobora la contundencia con que la víctima ha sostenido la manera en que se produjeron los hechos, aunque en su declaración ante el plenario diera nuevas puntualizaciones en relación con la declaración que presto ante la Policía Municipal. Esta sentencia considera que esos nuevos matices no generan una variación o perturbación del proceso valorativo de la prueba ya que la declaración de la víctima sigue cumpliendo esos requisitos de credibilidad tanto objetiva como subjetiva, así como de persistencia.

Del mismo modo en este tercer fundamento se tiene en cuenta la existencia de una prueba documental de carácter peculiar en este tipo de delitos consistentes en imágenes y grabaciones de video realizadas por parte de los investigados, durante la perpetración del delito. De la visualización de los videos el tribunal desprende como conclusiones el corto periodo de tiempo en que se desarrollaron los hechos, también se desprende de ellos la situación en la que se encontraba la víctima *“cuando la denunciante está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando”*. Así de este modo el tribunal concluye tras la visualización de los videos *“Observamos a la denunciante en una posición “central” y en un “plano inferior” con respecto a los otros cuatro procesados sin que podamos precisar si la misma está arrodillada sobre el suelo o en una posición de <cuclillas>. Ángel Boza, está situado delante de la denunciante sujeta su pene con la mano izquierda, realizando masajeo y movimientos oscilantes, estando el miembro viril próximo la espalda de aquella. Jesús Escudero, está también situado delante de la denunciante a la derecha del anterior, según se mira desde el fondo del habitáculo, tiene su pene en estado de erección dirigido hacia la espalda de aquella y realiza sobre el mismo manipulaciones masturbatorias”*⁶¹.

De esta manera se concluye que la actitud que transmite la víctima durante estos periodos cortos de grabación es en todo caso ausente, ajena, manteniendo continuamente los ojos cerrados, y con ausencia absoluta de cualquier tipo de gesto o actitud colaborativa o participativa en los actos sexuales que se estaban practicando.

En el **cuarto fundamento** es dónde el Tribunal procede a la calificación jurídica de los hechos, estableciendo que son constitutivos de cinco delitos continuados de abuso con prevalimiento, así como un delito de hurto. Mientras que, tanto el Ministerio fiscal como las

⁶¹*Ibidem.*

acusaciones particulares y populares calificaron los hechos como constitutivos de delitos continuados de agresión sexual. Siendo esta calificación descartada por parte del tribunal dado que no aprecian los requisitos necesarios de violencia o intimidación en la actuación de los procesados contrala víctima.

Es precisamente este fundamento el punto clave de discordia en relación con el presente caso y que vamos a pasar a analizar y a argumentar en el siguiente punto.

1.3 Agresión sexual VS abuso sexual.

El núcleo central de discusión radica en, si el tipo penal aplicado es el correcto y por tanto en si nos encontramos ante un delito de abuso sexual como se recoge en la sentencia o si por el contrario estamos ante un delito de agresión sexual.

A mi parecer partiendo de los hechos probados arriba descritos se desprende que existió una intimidación respecto de la víctima, consideración que desarrollaré de manera clara y motivada a continuación.

Por un parte, y como bien se ha descrito en Capítulo II, de este trabajo, relativo a establecer la regulación de estos dos ilícitos penales debemos partir de la base de la existencia de un elemento objetivo en el desarrollo de los hechos y ello es, que no se diese un consentimiento por parte de la víctima es la sucesión de los hechos. Tanto a mi parecer como bien se argumenta en la sentencia ese consentimiento no se prestó de una manera clara y expresa en ningún momento por parte de la víctima, y de pensar los agresores que existió fue un consentimiento tácito totalmente viciado. Así se expresa y se manifiesta en la sentencia de manera reiterada *“que determinó que no prestara su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado”*⁶².

Partiendo ya de la base de esa ausencia de consentimiento para acceder a realizar cualquier tipo de acto de índole sexual, pasamos a intentar calificar los hechos bien de agresión sexual o por el contrario de abuso.

⁶²Cfr. pág. 106, SAP de Navarra nº 38/2018, de 20 de marzo de 2018.

Para ello es necesario, bien probar la existencia de violencia o intimidación por parte de los agresores hacia la víctima con el fin de doblegar su voluntad, o probar la ausencia de estos medios comisivos calificándose por tanto los hechos de abuso sexual.

De acuerdo con la sentencia, se descarta en todo caso el empleo de violencia como medio comisivo para atentar contra la libertad sexual de la víctima, así se establece en el FJ 4: “ *Las acusaciones no han probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante , que con arreglo a la doctrina jurisprudencial 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 denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual , integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual*”. Asimismo, la sentencia enumera las lesiones sufridas y examinadas con posterioridad a los hechos y establece que son las siguientes “ *lesión eritematosa en zona de horquilla posterior en la zona de la cinco horarias para cuya curación precisó de una primera asistencia facultativa.*”⁶³ Estableciendo la sentencia como conclusión que dichas lesiones no suponen la utilización de violencia, pues considera dichas lesiones como indicativas de la existencia de penetración vaginal y como consecuencia de estas se provocó un rozamiento en la zona, no siendo por ende prueba suficiente como para probar el uso de violencia por parte de los acusados.

A mi parecer dicha argumentación acerca de la existencia o no del empleo de violencia es absolutamente correcta y perfectamente motivada, tanto de los hechos probados, como de la declaración de la propia víctima, así como de los informes médicos se deduce que el uso de violencia para doblegar la voluntad de la víctima fue inexistente.

Descartada la violencia como medio comisivo, es importante centrar el estudio del caso en la existencia o no de intimidación en el desarrollo de los hechos.

En primer lugar y como ya se ha explicado en capítulos anteriores, por intimidación entendemos la acción consistente en la amenaza de provocar o infundir un mal si no se accede a realizar, en este caso, el acto sexual exigido. En la propia sentencia se establece como definición de intimidación la siguiente: “*En lo que atañe a la intimidación como medio comisivo alternativo, precisamos que ha sido definida por la jurisprudencia como*

⁶³Cfr. pág. 96, SAP de Navarra nº 38/2018, de 20 de marzo de 2018.

constreñimiento psicológico, consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual”.

Respecto al valor de la intimidación, es necesario realizar un pequeño análisis sobre la gravedad del mal. En primer lugar, la gravedad de la intimidación ha de ser tal que coloque a la víctima en la posición de preferir acceder al acto sexual por considerarlo menos gravoso que la posible realización de la amenaza. En segundo lugar, la amenaza debe recaer sobre intereses de cierta relevancia. El TS se fundamenta en dos criterios para encajar el concepto de intimidación, por un lado, se basa en el concepto civil de intimidación, entendiendo por esta el ejercicio de una violencia psicológica que adquiere forma de amenaza y termina quebrando la libertad interna de autodeterminación de la víctima, coaccionándola a acceder al propósito del sujeto ante la advertencia, racional y fundada, de sufrir un mal inminente y grave. Y, por otro lado, el carácter circunstancial necesario para su existencia o inexistencia, esto supone afirmar que la lesión sufrida en el bien jurídico del sujeto pasivo del delito ha de ser directamente imputable a la coacción o amenaza de un mal inspirado por el agresor cuya entidad suficiente para quebrar la voluntad de aquél debe ser valorada atendiendo a criterios de normalidad, es decir, desde el prisma del espectador objetivo «ex ante» en la misma situación de la víctima.

La STS 1583/2002, de 3 de octubre, define la intimidación como una acción de carácter psicológico que implica el empleo de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado capaz de anular la libre decisión volitiva de la víctima. No exige que la intimidación presente un carácter irresistible, invencible, extraordinaria o de gravedad inusitada; siendo suficiente con que sea idónea y eficaz en la ocasión concreta. Las características que debe revertir la intimidación para entenderse válida son verosimilitud, inmediatez, gravedad y seriedad.

En la sentencia, no se aprecia intimidación, llevando por tanto a calificar los hechos de abuso sexual y no de agresión y se expresa de la siguiente manera: *“En las concretas circunstancias del caso, no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, como medio comisivo, que según se delimita en la constante doctrina jurisprudencial*

que acabamos de reseñar, requiere que sea previa, inmediata grave y determinante del consentimiento forzado”⁶⁴.

Del mismo modo que compartía el razonamiento relativo a la inexistencia de violencia, a mi parecer este acto contra la libertad sexual de la víctima utilizo como medio comisivo para su perpetuación la intimidación:

En primer lugar, de los hechos probados se deduce de una manera taxativa y clara que la víctima se encontraba intimidada por los agresores. Cuando la víctima fue introducida al portal y los procesaros la mandaron callar a la vez que la ordenaron mantener silencio mediante un gesto de cubrirse la boca con la palma de la mano. Por otro lado, fue la propia víctima quien reconoce a pregunta del ministerio fiscal: “... *sentía miedo cuando ya me vi rodeada por los cuatro y eso, entonces, no sabía cómo reaccionar y no reaccioné. Reaccioné someténdome*”. A esta declaración clara y contundente de la víctima hay que añadir los fragmentos de videos analizados, en los que en la propia sentencia se reconoce, que la víctima aparecía la mayor parte del tiempo con los ojos cerrados, siempre rodeada, sin ningún tipo de expresión en la cara que implicase cierto placer o sentimiento de encontrarse cómoda en la situación en la que se hallaba, que todos los actos de índole sexual practicados sobre ella la venían impuestos, no mostrando ella en ningún momento iniciativa alguna en la práctica de dichas relaciones.

En segundo lugar, la superioridad tanto a nivel físico, como a nivel numérico, como de madurez o experiencia vital de los acusados en comparación con la víctima es un indicativo claro de intimidación. La víctima con apenas 18 años recién cumplidos, se ve inmersa en una situación en la que se encuentra rodeada por cinco varones de edades superiores entre los 24 y 27 años de edad, sumado a que por sus condiciones físicas eran corpulentos, es una situación que genera una clara intimidación sobre la víctima, que la induce a creer que, en el supuesto de no acceder a realizar dichos actos sexuales, le infunde el miedo a las posibles consecuencias, que podrían llegar a ser mortales. Y aunque bien es cierto que la víctima no se opone de una manera clara e insistente, es lógico pensar que, ante semejante situación de inferioridad, así como de desprotección la víctima en estado de shock no se resistiese obligado a los acusados a emplear la violencia para doblegar su voluntad. Pero ello no implica que no se ejerciese un constreñimiento psicológico sobre ella, que no se le infundiese un miedo generado por aquella situación, que además ella misma ha manifestado sentir.

⁶⁴Cfr. pág. 99, SAP de Navarra nº 38/2018, de 20 de marzo de 2018.

Es por todo ello que concluyo que, bajo mi punto de vista, de los hechos probados se desprende que concurren los requisitos necesarios para calificar dichos hechos de agresión sexual con intimidación.

CAPITULO V: Sentencia del Tribunal Supremo(Sala de lo penal) N° 396/2019 de 4 de julio de 2019 [Recurso de Casación n° 396/2019].

1. Motivos casacionales

Dicho recurso de casación es presentado por el Ministerio fiscal, por la víctima como acusación particular, y los condenados ANTONIO MANUEL GUERRERO ESCUDERO, ALFONSO JESUS CABEZUELO ENTRENA, JOSE ANGEL PRENDA MARTINEZ, ANGEL BOZA FLORIDO Y JEUS ESCURDEO DOMINGUEZ ,y como acusaciones populares por la Comunidad Foral de Navarra, y el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona contra Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2018 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el Recurso de Apelación n° 7/2018 por un delito continuado de abuso sexual con respecto a los cinco condenados, e igualmente, a Antonio Manuel Guerrero Escudero como autor de un delito de hurto.

Este recurso se fundamenta en nueve motivos de casación que expondremos resumidamente a continuación. La clave de este recurso y su fundamento principal es establecer un debate acerca de la calificación jurídica de los hechos acontecidos. Se establece una visión que dista mucho de la establecida por la Audiencia Provincial de Navarra respecto a calificar los hechos como constitutivos de abuso sexual. Por tanto, se establece un análisis de sí, en la comisión de los hechos por parte de los acusados concurrió el empleo o no, de violencia o intimidación.

Respecto al recurso en primer lugar y en el mismo orden que se establece en la sentencia vamos a analizar los motivos del recurso de los condenados JOSÉ ÁNGEL PRENDA MARTÍNEZ, ÁNGEL BOZA FLORIDO, JESÚS ESCUDERO DOMÍNGUEZ, ANTONIO MANUEL GUERRERO ESCUDERO y ALFONSO JESÚS CABEZUELO ENTRENA.

El **primer motivo de casación**, se funda en la vulneración de los preceptos constitucionales de acuerdo con el art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por infracción del derecho a la presunción de inocencia recogido en el art. 24.1 y 2 de la Constitución, ya que consideran que

debido a la repercusión mediática del caso se ha producido un doble juicio que ha influido en la postura imparcial del juez. Dicho motivo es desestimado por el TS.

El **segundo motivo de casación**, se basa en la vulneración de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, fundado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.1 y 2 de la Constitución.

Fundamentando este motivo los recurrentes en una prueba considerada insuficiente como para declarar probados los hechos, así como su grado de participación en dichos hechos. Poniendo, por tanto, en entredicho que la declaración de la víctima supere los criterios exigidos por la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional como para ser considerada prueba de cargo.

Dicho motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo.

El **tercer motivo de casación**, es fundamentado en la vulneración de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, en relación con el art. 18.3 de la Constitución, en base a la infracción del principio acusatorio y por la incongruencia con la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo respecto a dicho principio.

Frente a la supuesta vulneración del principio acusatorio el Tribunal Constitucional establece la posibilidad de que se produzca por parte del Tribunal una modificación en la calificación, cuando tenga lugar o exista una identidad entre el tipo penal objeto de acusación y el calificado⁶⁵.

Dicho esto, este motivo también es desestimado.

El **cuarto motivo de casación**, se fundamenta en una infracción pura de ley al amparo del art. 849 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por vulneración de los artículos 181.1 y 181.4 del Código Penal.

Los recurrentes consideran contrario a la normativa penal y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la aplicación del delito de abuso sexual, por considerar que la existencia del dolo debe darse en todos los elementos del tipo penal. Considerando esta parte recurrente que las

⁶⁵Cfr. STC 266/2006, de 11 de septiembre.

diferencias para con la acusada en relación con el físico, la edad notablemente superior, así como el número de acusados frente a una sola víctima no pueden constituir argumentos para concluir una posición de preeminencia frente a la víctima. Dicho motivo casacional también fue desestimado.

Acto seguido procedemos brevemente a examinar los motivos casacionales presentados por el **MINISTERIO FISCAL**

El **quinto motivo de casación**, se interpone en base a una infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim.

El Ministerio Fiscal basa su recurso en la inaplicación de los arts. 178, 179 y 74 del Código Penal. Considera que los hechos probados de la anterior sentencia constituyen un delito penal diferente al aplicado, tratándose por tanto de una agresión sexual y no de un abuso.

De esta manera sostiene el Ministerio Fiscal, que en ningún momento se recoge en los hechos declarados probados la prestación de un consentimiento por parte de la víctima a los actos pretendidos por parte de los acusados, ni de una manera explícita ni tácita. Estableciendo del mismo modo que tampoco se declara probado que los agresores solicitan a la víctima dicho consentimiento a realizar actos de naturaleza sexual. Así el Ministerio pone de relevancia que los únicos hechos que se declaran probados es que los acusados superaban a nivel físico, a nivel de edad y a nivel numérico a la víctima, colocándola en una posición clara de inferioridad, de desvalimiento, que la llevo a una situación de absoluta desprotección e inhibición.

Considera el Ministerio Fiscal que *“nos encontramos ante una persona desvalida, la víctima, rodeada por cinco individuos de fuerte complexión y en un espacio mínimo, apartado y con nulas posibilidades de escapar, se pregunta si ¿es exigible algo más para doblegar a la víctima?, a lo que afirma que no. Entiende que no es admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores.”*

Por otro lado, aduce a la figura de la intimidación, ya definida y estudiada en este trabajo, definiendo esta como causar o infundir miedo o pánico; que en este caso la mera presencia de cinco hombres de gran envergadura, de edades superiores y en cubilo sin salida de madrugada

y apartado de la vista de terceros, genera esa intimidación, no siendo por tanto acorde aplicar la figura del prevalimiento por considerar que se trata de una “intimidación menor”.

Del mismo modo el Ministerio Fiscal saca a relucir la figura de la intimidación ambiental también abarcada en capítulos anteriores, y en este caso en relación con la Sentencia nº 1291/2005, de 8 Nov. 2005, Rec. 263/2005, que establece que: *“Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP. En estos casos cada uno es autor del nº 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido”*.

La intimidación ambiental aludida elemento constitutivo del delito de agresión sexual, así como su diferencia con el consentimiento viciado de la víctima constitutivo del abuso como establece el ministerio fiscal, en el sentido de que los hechos constitutivos de abuso sexual requieren la inexistencia de violencia o intimidación, centrándose en la falta de consentimiento de la víctima, mientras que la agresión sexual exige para la subsunción en el tipo la existencia de un componente violento o intimidatorio. Así la STS 226/2003, de 19 de febrero establece que a la hora de analizar la concurrencia en los hechos de violencia o intimidación debe darse *“una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo. Es importante hacer una referencia a la edad y constitución física del agresor y la víctima, las circunstancias del lugar y tiempo y los demás elementos que deban ser valorados por el órgano juzgador. También tiene relevancia la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión”*.

Este motivo ha sido estimado por el tribunal.

El **sexto motivo** también se basa en infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por inaplicación indebida de los arts. 180.1 1º y 2º del Código Penal.

El Ministerio Fiscal considera que son de aplicación los agravantes recogidos en los citados artículos relativos al empleo de una intimidación o violencia de carácter degradante o

vejatorio al afectar no solo al bien jurídico de la libertad sexual sino también al vulnerar el bien jurídico de la dignidad. Y en segundo lugar la aplicación del agravante por realización conjunta, suponiendo esto o teniendo como resultado un aumento en la indefensión de la víctima.

De este modo argumenta el Ministerio Fiscal que *“En el caso actual, la violencia ejercida se concretó, nos dice la sentencia, en que la víctima fue mantenida desnuda o casi desnuda toda la noche, siendo penetrada analmente por distintos varones, a veces públicamente y otras siendo trasladada... mientras el resto seguía su fiesta bebiendo y fumando, recibiendo sólo risotadas a sus peticiones para que la dejaran marchar... siendo obligada a beber cervezas y a fumar hachís, lo que le aturdió. En definitiva, la víctima fue dispuesta como objeto de placer durante toda la noche a disposición de satisfacer los apetitos sexuales de los autores, tratándose de una acción en la que todos los condenados, junto a otros, participan, y que revela una particular degradación y vejación de la víctima.”*.

Este motivo de Ministerio Fiscal también fue estimado.

El **octavo motivo de casación** está fundado en infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. en base a la inaplicación de los arts. 237 Y 242.1 CP con respecto al acusado Manuel Guerrero Escudero.

Así el Ministerio Fiscal en relación con el robo del teléfono móvil de la víctima interesa que Manuel Guerrero Escudero sea condenado por un delito de robo con intimidación, porque este ministerio considera que se valió de la situación de intimidación generada en la víctima para la sustracción del terminal.

Este motivo también fue estimado por el Tribunal.

En tercer lugar, procedemos brevemente a examinar los motivos casacionales presentados por la ACUSACION PARTICULAR

El octavo motivo de casación: - Los motivos primero y segundo de acusación se fundamentan en infracción de ley, debido a la inaplicación de los artículos 178, 179, y 180.1 apartados 1 y 2 del Código Penal, así como de los art. 237 y 242.1 del mismo texto legal.

Dichos motivos son análogos a los interpuestos por el Ministerio Fiscal, por lo que la sentencia acuerda que, deben ser estimados.

El noveno motivo de casación: El tercer motivo se fundamenta en la infracción de los artículos 109 y siguientes del Código Penal.

De esta manera solicita la parte recurrente que la indemnización por responsabilidad civil de los acusados valorada en la cuantía de 50.000 €, sea de nuevo valorada y aumentada, puesto que los criterios empleados para su valoración únicamente tuvieron de base el trastorno de estrés postraumático sufrido por la víctima sin entrar a valorar otra serie de consecuencias que supusieron daños de diferente índole para la víctima. Esta parte establece en el recurso esos otros daños acumulables al estrés postraumático y así los cita *“la trascendencia social y mediática del caso, que a su vez ha puesto de manifiesto la relevancia y repulsa social de actuaciones como la aquí enjuiciada, y que le ha provocado una situación de malestar que merece una compensación independiente a la derivada del trastorno de estrés postraumático que se le ha ocasionado”*.

Dicho motivo fue estimado parcialmente por el tribunal.

Siguiendo con las partes recurrentes procedemos brevemente a examinar los motivos casacionales presentados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra

El décimo motivo de casación:El recurso se funda en torno a la infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por inaplicación en primer lugar de los art. 178, 179, y 180.1 1º, 2º y 3º del Código Penal, y en segundo lugar inaplicación de los art. 237 y 242.1 del Código Penal.

El recurso es en su mayoría de fundamentos análogo al presentado por el Ministerio Fiscal que como hemos explicado anteriormente fue estimado por el tribunal por lo que en los puntos coincidentes procede la estimación de este.

El punto de diferencia con los motivos casacionales ya expuestos es que esta parte recurrente alega la inaplicación del artículo 180.1. 3º del Código Penal, que establece como situación agravante: *“Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación”*, por considerar que concurre en el presente caso dicha

circunstancia. El tribunal no estima la aplicación de dicha agravante por considerarlo una vulneración del principio *non bis in ídem*.

Respecto al segundo motivo relativo al delito de robo con intimidación esta acusación solicita la condena para todos los imputados y no únicamente para GUERRERO. El tribunal en base a el reconocimiento de la comisión del robo por parte de ANTONIO MANUEL GUERRERO y ante la expresa negación del resto de acusados estima que la inexistencia de prueba suficiente como para acusar a los cinco acusados por dicho delito.

Por todo ello dicho recurso es estimado parcialmente por el tribunal.

Procedemos en último lugar a examinar los motivos casacionales presentados por el Ayuntamiento de Pamplona.

El undécimo motivo de casación: Los motivos casacionales presentados por el ayuntamiento son de naturaleza idéntica que los motivos del Ministerio Fiscal, es por ello que el Tribunal no entra a examinarlos acordando su estimación.

2. Resolución del recurso.

Una vez fallado por el Tribunal haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por el Ayuntamiento de Pamplona y parcialmente haber lugar a los interpuestos por la acusación particular de la víctima y de la Comunidad Foral de Navarra, se procede a una segunda sentencia de resolución del estudiando recurso, donde el tribunal establece que los hechos declarados probados son constitutivos de “*un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP, con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª*”.

Imponiéndose por tanto a cada uno de los acusados la pena de prisión de 15 años como pena principal, y como accesoria la del artículo 55 Código Penal relativa a la inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena así como orden de alejamiento de la víctima a su domicilio, centro de trabajo o cualquier lugar que esta frecuente a una distancia inferior a 500 metros y del mismo modo la prohibición de comunicarse con ella mediante cualquier medio durante un periodo de veinte años.

En cumplimiento de la ley penal también se les impone como medida la libertad vigilada durante ocho años posteriores a la pena de privación de libertad arriba reseñada.

Respecto a la responsabilidad civil el tribunal en base a los recursos recalcula la indemnización cuantificándola en 100.000€.

En último lugar, y respecto al delito de robo con intimidación del dispositivo móvil de la víctima se condena a Antonio Manuel Guerrero Escudero a 2 años de prisión como pena principal y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo también durante 2 años como pena accesoria.

CONCLUSIONES

PRIMERA: De acuerdo con el Capítulo I relativo a la evolución histórica reciente de la legislación que regula los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, desde el CP de 1995, podemos concluir que la transformación que ha experimentado la sociedad ha exigido que las leyes se adecuen a los nuevos cambios presentes en esta. Las sucesivas modificaciones que han sido llevadas a cabo a lo largo de los años han generado un aumento de la protección hacia las víctimas amparando dentro de los tipos penales conductas que anteriormente no se encontraban tipificadas.

En este sentido, la distinción entre agresión y abuso sexual que a su vez cada una incluye el tipo de acceso carnal por las tres vías ya nombradas supone una regulación más exhaustiva de aquellas conductas que pueden atentar contra estos bienes jurídicos, equiparando con el acceso carnal la introducción de objetos.

Por otro lado, el aumento de la edad fijada para prestar consentimiento supone un claro ejemplo de esta adecuación de la normativa a la sociedad actual, en la cual a diferencia de antiguamente los menores emplean más tiempo en su educación y el grado de madurez debido a las condiciones sociales se entiende que tarda más en adquirirse. En definitiva, uno de los ejemplos más claros, de la importancia de realizar este estudio sobre la transformación que ha experimentado la legislación, es la implantación de las nuevas tecnologías en la sociedad, que ha llevado a la regulación de tipos que antes eran inexistentes y cuya tipificación es en la actualidad absolutamente necesaria. Es el caso del art. 183 ter CP, que regula el delito del

“*childgrooming*”, relativo a la solitud sexual online a un menor, normalmente por mayores de edad que mediante el uso de perfiles falsos, se hacen pasar por menores de edad con la finalidad de obtener favores sexuales o material pornográfico. Por tanto, se requiere un contacto a través de internet, proponer un encuentro y realizar actos tendentes al acercamiento o en el caso de querer obtener material pornográfico solicitar al menor el mismo. Son delitos que hace años, no se imaginaban realizables pero que con la implantación de las nuevas tecnologías en la sociedad han generado su necesaria implantación, ya que debido a la facilidad que supone su comisión, tienen un alto grado de criminalidad.

SEGUNDA: De acuerdo con el Capítulo II del trabajo, concluimos que los bienes jurídicos que el Título VIII del CP, trata de proteger son dos: la libertad y la indemnidad sexual. Este capítulo guarda estrecha relación con el anterior, en el sentido de que la evolución de la sociedad, así como la transformación de sus principios morales, también ha supuesto un cambio en el bien jurídico protegido en este tipo de delitos. Puesto que tradicionalmente eran considerados delitos que atentaban contra la honestidad, o la buena reputación en base a las reglas morales que regían en la época. Los cambios legislativos no solo han llevado a tipificar nuevas conductas sino a eliminar de nuestra legislación la tipificación de aquellas conductas que se consideran inadecuadas con las concepciones morales actuales y del todo contrarias a la sociedad actual basada en la igualdad y en la libertad, como puede ser el amancebamiento o el adulterio.

Por tanto, la libertad sexual hace referencia a la capacidad que ostenta la persona para auto determinarse en relación con su sexualidad, teniendo como límite esta libertad la obligación de respetar la ajena, y, por ende, como vertiente negativa de este derecho, preservar la libertad a no sufrir actos de contenido sexual en los cuales no medie consentimiento.

Por indemnidad sexual entendemos el derecho que tiene una persona a que no se produzcan injerencias en el desarrollo de su sexualidad, por tanto, el bien jurídico protegido es el adecuado desarrollo de maduración, el libre desarrollo de la personalidad. La importancia o la gravedad de estos delitos radica en la importancia de los bienes jurídicos que vulneran, ambos bienes constituyen derechos personalísimos, en los cuales el elemento de la intimidad personal se expresa en su mayor exponente, puesto que es el sujeto el único legitimado para decidir de qué modo desarrolla su sexualidad.

TERCERO: De acuerdo con el Capítulo III apartado primero relativo a la agresión sexual hemos de concluir por un lado en relación con los sujetos que la condición de sujeto pasivo podrá también adquirirla quien se dedica a ejercer la prostitución pues dentro de la libertad con que cada uno lleva su sexualidad se incluye la autonomía de su voluntad de disponer libremente de su cuerpo. Y aun existiendo previamente un pacto entre los sujetos acerca de tener relaciones sexuales, el sujeto pasivo sigue conservando el derecho de limitar las pretensiones del actor o denegarlas. Esto también resulta de aplicación para las agresiones ocurridas dentro de un matrimonio o en una pareja. En relación con los problemas interpretativos que genera el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, concluimos que para apreciar consumación basta con la penetración en la esfera genital externa anterior al himen también conocida como zona vestibular. Por otro lado, el acceso carnal por vía bucal, respecto a la consumación del tipo tiene una consideración distinta. En este caso se considera consumado una vez el pene ha alcanzado la línea de los dientes de la víctima sin necesidad de traspasarla ni de una introducción total del miembro viril en la cavidad bucal.

CUARTA: En cuanto al abuso sexual concluimos que consiste en la realización de actos que atenten contra la libertad y la indemnidad sexual teniendo como caracteres la ausencia de consentimiento de la víctima y la ausencia de violencia o intimidación. Siendo el consentimiento un elemento necesario en el tipo es importante llevar cabo una distinción entre los abusos sexuales por ausencia de consentimiento y los cometidos por vicios del consentimiento. En relación con los abusos por ausencia de consentimiento (art. 181.2 CP), el autor realiza la acción de manera que la víctima carece de la posibilidad de manifestar su consentimiento o su negativa ante la acción pretendida por el autor, o también cuando gozando de posibilidad no puede oponer resistencia. Dentro de estos, actualmente el que tiene un mayor índice de criminalidad es el llevado a cabo mediante sumisión química, esto tiene lugar cuando el autor se beneficia de la ausencia de consentimiento de la víctima por haber anulado el mismo a través del uso de fármacos, sustancias o estupefacientes útiles para este fin, no se requiere que genere en la víctima un estado de absoluta inconsciencia basta con que consiga anular la voluntad de esta, así como su capacidad de reacción o de rechazo. De hecho, la mayoría de sustancias empleadas suelen dejar consciente a la víctima, aunque en un estado de absoluta sumisión generando a la vez una anulación de los recuerdos, algunas de las sustancias empleadas son la escopolamina, benzodiacepinas, cocaína, opiáceos o alcohol.

QUINTA: De acuerdo con el Capítulo IV, relativo a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo, considero como bien he expresado en el último apartado del citado capítulo que el núcleo central de discusión de dicha sentencia radica en, si el tipo penal aplicado es el correcto y por tanto en si nos encontramos ante un delito de abuso sexual como se recoge en la sentencia o si por el contrario estamos ante un delito de agresión sexual. A mi parecer analizando los hechos probados podemos afirmar que existió una intimidación respecto de la víctima.

Por un lado, debemos partir de la base de la existencia de un elemento objetivo en el desarrollo de los hechos y esto es, la inexistencia de un consentimiento por parte de la víctima y ese consentimiento no se prestó de una manera clara y expresa en ningún momento por parte de la víctima, y de pensar los agresores que existió fue un consentimiento tácito totalmente viciado.

Una vez se tiene claro la ausencia de esa prestación de consentimiento por parte de la víctima, pasamos a intentar calificar los hechos bien de agresión sexual o por el contrario de abuso. Para encuadrar la conducta de los acusados en alguno de estos tipos penales es necesario probar la existencia de violencia o intimidación, o por el contrario la ausencia de estos medios comisivos calificándose por tanto los hechos de abuso sexual.

En la ya, analizada sentencia, se descarta el empleo de violencia como medio comisivo para atentar contra la libertad sexual de la víctima, siendo en mi opinión dicha argumentación absolutamente correcta y perfectamente motivada, tanto de los hechos probados, como de la declaración de la propia víctima, así como de los informes médicos se deduce que el uso de violencia para doblegar la voluntad de la víctima fue inexistente. Por tanto, una vez descartada la violencia como medio comisivo, entra en debate el empleo o no de intimidación punto clave de este trabajo, en el que he tratado de exponer la relevancia de la ya citada intimidación ambiental, capaz en todo caso de doblegar la voluntad de la víctima, aunque no responda a la clásica definición de intimidación.

El punto central tanto de este caso, como de este trabajo ha erradicado en la valoración de la intimidación, en el valor o intensidad que esta ha de tener para doblegar la voluntad de la víctima, como se ha desarrollado en el capítulo correspondiente, en primer lugar, la gravedad de la intimidación ha de ser tal que coloque a la víctima en la posición de preferir acceder al acto sexual por considerarlo menos gravoso que la posible realización de la amenaza. En

segundo lugar, la amenaza debe recaer sobre intereses de cierta relevancia. Es por tanto la intimidación una acción de carácter psicológico que implica el empleo de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado capaz de anular la libre decisión volitiva de la víctima. Siendo por tanto las características que ha de tener la intimidación para ser considerada como la verosimilitud, inmediatez, gravedad y seriedad. Basándose en esta definición el Tribunal no apreció en los hechos la existencia de una intimidación, que doblegase la voluntad de la víctima.

A nuestro parecer del todo contrario, existió en el desarrollo de los hechos una intimidación por parte de los agresores hacia la víctima. La superioridad tanto a nivel físico, como a nivel numérico, como de madurez o experiencia vital de los acusados en comparación con la víctima es un indicativo claro de intimidación. La víctima con apenas 18 años recién cumplidos, se ve inmersa en una situación en la que se encuentra rodeada por cinco varones de edades superiores entre los 24 y 27 años de edad, sumado a que por sus condiciones físicas eran corpulentos, es una situación que genera una clara intimidación sobre la víctima, que la induce a creer que, en el supuesto de no acceder a realizar dichos actos sexuales, le infunde el miedo a las posibles consecuencias, que podrían llegar a ser mortales. Siendo múltiples los casos conocidos, en que mujeres agredidas sexualmente, al mostrar su total disconformidad e intentar defenderse de dichas agresiones han sido asesinadas posteriormente por sus agresores.

Y aunque bien es cierto que la víctima no se opone de una manera clara e insistente, es lógico pensar que, ante semejante situación de inferioridad, así como de desprotección la víctima en estado de shock no se resistiese obligado a los acusados a emplear la violencia para doblegar su voluntad. Pero ello no implica que no se ejerciese un constreñimiento psicológico sobre ella, que no se le infundiese un miedo generado por aquella situación, que además ella misma ha manifestado sentir.

Es por ello que consideramos que no puede atenderse a la intimidación en el sentido estricto de su definición, como la amenaza real de infundir un mal, sino que es también necesario atender a las circunstancias y al contexto en que ha tenido lugar la agresión, y entrar a valorar con detalle el ambiente que rodea los hechos, que tácitamente sin necesidad de infundir un miedo expreso puede generar una intimidación con la entidad suficiente para doblegar la voluntad de la víctima y que esta acceda a llevar a cabo dichos actos de índole sexual.

Es por todo ello que concluyo que, bajo mi punto de vista, de los hechos probados se desprende que concurren los requisitos necesarios para calificar dichos hechos de agresión sexual con intimidación ambiental.

SEXTA: Respecto a la STS nº 396/2019 de 4 de julio de 2019, frente al recurso interpuesto por las partes en relación con la anterior sentencia analizada, considero del todo acertada la argumentación y motivación expuesta por parte del Ministerio Fiscal y ya abordada en el último capítulo de este trabajo, en sus motivos casacionales los cuales fueron estimados por el Tribunal. Acordándose, por tanto, la existencia del empleo de intimidación por parte de los agresores en el desarrollo de los hechos y siendo esta intimidación totalmente fundamental para la consecución de la perpetración de los hechos.

El Ministerio Fiscal baso del mismo modo su argumentación aludiendo a la intimidación ambiental, a nuestro parecer de manera acertada, considerando que los únicos hechos que se declaran probados es que los acusados superaban a nivel físico, a nivel de edad y a nivel numérico a la víctima, colocándola en una posición clara de inferioridad, de desvalimiento, que la llevo a una situación de absoluta desprotección e inhibición.

Y de la misma manera alude a la jurisprudencia que considera que deben ser condenados todos aquellos que en grupo realicen, participen, presencien estos casos de agresiones sexuales múltiples dado que la mera presencia de otra u otras personas que actúan en conveniencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que puede llegar a debilitar o incluso anular la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal.

BIBLIOGRAFIA

- CADENA SERRANO, F.A., “Tipos agravados en los delitos de agresión sexual del artículo 178 CP y del artículo 179 CP. Problemas de autoría, participación, comisión por omisión y concursos en el delito de violación” en *Los delitos contra la libertad sexual. Régimen vigente y perspectivas de futuro*. (Madrid, 24 de abril 2014).

- CARO CORIA, D., “Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en *Ius et veritas*, nº 19, 1999. Págs. 250-269.

- CORCOY BIDASOLO, M.(Dir.); VERA SANCHEZ, JS. (Cord.), *Manual de Derecho Penal parte especial. Tomo I*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género” en *Anuario de Derecho penal*, nº19, 2000. Págs. 1-17.

- FIGUEROA NAVARRO, M.C., GARCÍA VALDÉS, C., “El delito de violación: sentido y proporcionalidad de la conducta típica”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005.

- GARCIA VALDES, C.; MESTRE DELGADO, E.; FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial.*, Edit. Edisofer S.L, Madrid, 2017.

- GOENAGA OLAIZOLA, R., “Delitos contra la libertad sexual”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 10, 1997. Págs. 95-120.

- JAÉN VALLEJO, M., *la problemática significación de los conceptos de «violencia», «intimidación» y «prevalimiento de superioridad» en los delitos contra la libertad sexual* (en línea), <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/> (consulta 3 de diciembre de 2019).

- JUANES PECES, A. (Coord), *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias.*, 4ª Ed, Edit. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2017.

- LAMARCA PEREZ, C.; MESTRE DELGADO, E.; *et alii*, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Edit. Dykson, S.L., Madrid, 2017.

- MONGE FERNANDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas.*, 1ª Ed, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M., *Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.*

- PUGA GOMEZ, S., *Delito de agresión sexual y continuidad delictiva* (en línea), <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/> (consulta 19 de noviembre 2019).

- QUINTERO OLIVARES, G.(Dir.); MORALES PRATS, F.(Cord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2016.

- RODRIGUEZ RAMOS, L.; RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, G. *et alii*, *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia*, Edit. WoltersKluwer España, S.A., Madrid, 2017.

- ROPERO CARRASCO, J., “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. el proyecto de 2013” en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 34, 2014. Págs. 225-300.

- ROS MARTÍNEZ, M., “Delitos contra la libertad sexual: subtipos agravados de agresión y abusos sexuales. concursos de delitos y formas de participación” en *Los delitos contra la libertad sexual: régimen vigente y perspectivas de futuro* (Madrid, 20 de abril 2015).

- SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRIGUEZ, JR., *Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial*, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2011.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- STS nº 724/ 2000, de 17 de abril.
- STS nº 824/ 2000, de 5 de mayo.
- STS nº 991/2000, de 19 diciembre.
- STS nº 1308/2001, de 2 de julio.
- STS nº 486/2002, de 12 de marzo.
- STS nº 592/2002, de 27 marzo.
- STS nº 834/2002, de 13 mayo.
- STS nº 1583/2002, de 3 de octubre.
- STS nº 187/2003, de 14 de febrero.
- STS nº 426/2003, de 26 de marzo.
- STS nº 919/2003, de 19 de junio.
- STS nº 140/2004, de 9 de febrero.
- STS nº 380/2004, de 19 de marzo.
- STS nº 481/2004, de 7 de abril.
- STS nº 1444/2004, de 10 de diciembre.

- STS nº 108/2005, de 31 enero.
- STS nº 695/2005, de 1 de junio.
- STS nº 136/2007, de 8 febrero.
- STS nº 339/2007, de 30 de abril.
- STS nº 408/2007, de 2 de mayo.
- STS nº 484/2007, de 29 de mayo.
- STS nº 796/2007, de 1 de octubre.
- STS nº 912/2008, de 20 de noviembre.
- STS nº 849/2009, de 27 de julio.
- STS nº 968/2009, de 21 de octubre.
- STS nº 510/2010, de 21 de mayo.
- STS nº 373/2011, de 13 de mayo.
- STS nº 519/2012, de 15 junio.
- STS nº 968/2012, de 30 noviembre.
- STS nº 203/2013, de 7 de marzo.
- STS nº 585/2014, de 14 julio.
- STS nº 834/ 2014, de 10 de diciembre.
- STS nº 721/2015, de 22 octubre.
- STS nº 988/2016, de 11 enero.
- STS nº 9/2016, de 21 de enero.
- STS nº 285/2016, de 6 abril.
- STS nº 547/2016, de 22 junio.
- STS nº 48/ 2017, de 2 de febrero.

- STS nº 171/2018, de 11 abril.
- STS nº 396/2019 de 4 de julio [Recurso de Casación nº 396/2019].
- SAP de Madrid nº 862/2014 de 15 septiembre.
- SAP de Málaga nº 359/2016 de 21 julio.
- SAP de Navarra nº 38/2018 de 20 de marzo.