



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



TRABAJO FINAL DE MÁSTER
Máster Oficial de Abogacía
Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona

DICTAMEN JURÍDICO DE DERECHO PENAL

Castellví Monserrat, Sara
NIUB: 17455406
Curso 2019-2020
Tutor: Prof. Dr. Valiente Ivañez

SUMARIO

1. ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	3
2. INTRODUCCIÓN.....	4
3. ANTECEDENTES DE HECHO.....	5
3.1 Caso práctico que se plantea.....	5
4. DOCUMENTACIÓN PROPUESTA PARA INVESTIGAR.....	6
5. CUESTIONES DE NATURALEZA SUSTANTIVA.....	6
5.1. Presupuestos típicos del delito de abusos sexuales.....	6
5.2. ¿Se ha cometido algún otro delito al margen del presunto delito de abuso sexual denunciado?	7
5.3. En caso de que la conducta de la madre fuera penalmente relevante ¿Responderá en concepto de autora o partícipe?.....	7
5.4. ¿Resultan de aplicación al caso alguna de las llamadas agravaciones específicas?	7
5.5. ¿Qué marcos penales resultarán de aplicación en el presente supuesto de hecho?	7
5.6. En el supuesto objeto de análisis ¿Resultará de aplicación la figura del concurso real de delitos de abusos sexuales, o en su defecto, la del delito continuado? ¿Quién sostendrá a lo largo del proceso a incoar cada una de estas categorías?	7
6. ANÁLISIS JURÍDICO	7
6.1 Acusación Principal.....	8
Elementos objetivos del tipo.....	8
Elementos subjetivos del tipo.....	15
Circunstancias agravantes: actuación en grupo.....	16
Autoría y cooperación necesaria.....	18
B) Descripción del comportamiento 2.....	19
Elementos objetivos del tipo.....	19
Elementos subjetivos del tipo.....	22
Circunstancias agravantes	22
Autoría y cooperación necesaria.....	23
Problemática concursal.....	23
La problemática concursal en este caso surge a raíz del espacio temporal entre los dos comportamientos de Carlos:	23
a. Acusación subsidiaria.....	26
7. CUESTIONES DE NATURALEZA PROCESAL.....	27
7.1 .A la vista del posible delito aplicable, ¿Qué tipo de proceso sería el que debería instruirse? ¿Qué elementos básicos tiene ese proceso?	27
7.2. Requisitos de procedibilidad	27
7.3. ¿Existe alguna posibilidad de que se dicte una sentencia de conformidad? En ese caso, ¿Cuándo se puede producir? ¿En qué términos podría concretarse? ¿Qué ventajas tendría en este caso concreto?.....	28

7.4. ¿De qué recursos disponen las partes personadas en la causa en el supuesto caso de que no les resulte favorable la primera de las sentencias dictadas?	29
7.5. Responsabilidad civil. La responsabilidad civil en los delitos contra la libertad sexual: ¿Qué contenido puede tener? ¿Qué conceptos pueden indemnizarse en el caso concreto? ¿Qué elementos de prueba sería preciso acreditar? En este caso concreto: ¿Qué petición de responsabilidad haría y cómo la fundamentaría?.....	29
7.6. Penas.....	30
7.6.1 Carlos.....	30
A) Concurso real.....	30
B) Continuidad delictiva.....	31
7.6.2 Alejandro:.....	31
A) Concurso real.....	31
B) Continuidad delictiva.....	31
8. CONCLUSIONES.....	33
9. EMISIÓN DEL DICTAMEN	35
10. TABLA DE JURISPRUDENCIA	37
11. BIBLIOGRAFÍA.....	39

1. ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
P.	Página
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

2. INTRODUCCIÓN

Dictamen que emite Sara Castellví Monserrat, abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, colegiada número 50.981, según su leal saber y entender sobre los hechos relativos a las actuaciones de Carlos y Alejandro el día 29 de octubre de 2016, siendo su acusación particular la interesada en el análisis de las cuestiones que se procederán a estudiar.

El pasado 25 de septiembre de 2019 se presentó en nuestro despacho la persona encargada de realizar la acusación particular del caso planteado. Tras relatarnos todos los hechos relevantes de lo sucedido el 29 de octubre de 2016 en el polígono Cantur de la localidad de Manresa, nos plantea todas las dudas jurídicas que le suscita el presente caso. Para poder dar respuesta a las mismas, se emite el presente dictamen jurídico con el que se pretende esclarecer las posibles responsabilidades penales a imputar a los acusados Carlos y Alejandro.

La estructura de este dictamen se divide en tres partes claramente diferenciadas y unas conclusiones. La primera de ellas hará referencia a los documentos que consideramos importante que se soliciten y/o aporten en aras de fundamentar la acusación. La segunda consistirá en la realización del análisis jurídico de los distintos comportamientos descritos en aras de poder dictaminar su potencial anclaje en las distintas modalidades delictivas y las posibles estrategias de acusación. Y finalmente, en la tercera parte, se resolverán de forma separada aquellas dudas procesales que susciten mayor controversia. A tenor de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que las opiniones que se van a contener en las siguientes páginas serán valoraciones basadas exclusivamente en los datos proporcionados respecto del caso. Este trabajo no tiene el objetivo de prejuzgar los hechos objeto de debate, sino emitir una opinión y consejo experto sobre las posibilidades de éxito de la representación de los intereses jurídicos de la parte peticionaria en un eventual juicio. Es por ello que también se plantearán los posibles escenarios contrarios a sus intereses y la mejor respuesta a los mismos.

La metodología utilizada para dar cumplimiento a dicho mandato está basada principalmente en la aplicación de la teoría del delito para analizar los hechos sobre los que versa el conflicto y en el uso de jurisprudencia y doctrina para dotar de contenido material a los conceptos objeto de análisis. Por ello, se han utilizado, sobre todo el Código Penal Español y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, además de la doctrina de los autores más especializados en la materia y algunos artículos doctrinales de revistas.

En cuanto a la jurisprudencia, se han analizado numerosas sentencias del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales.

3. ANTECEDENTES DE HECHO

3.1 Caso práctico que se plantea

Los procesados Carlos, Alejandro, Gabriel y Joan, sobre las 23.30h del día 29 de octubre de 2016 se dirigieron a la fábrica abandonada en el polígono Cantur de la localidad de Manresa, cerca de una zona descampada, para asistir a una fiesta en la que había aproximadamente 20 personas, en su mayoría menores de edad. Cuando llegaron, en la fiesta ya se encontraba la menor Alba, nacida el 7 de febrero de 2002. Esta llegó a la fiesta a las 22h con su amiga Celia, portando dos botellas de whisky y varias latas de Red Bull. Estuvieron bebiendo una combinación de dichas bebidas desde su llegada. Sobre las 00h, Alba, junto con su amiga Celia y el menor Santiago se ausentaron de la fiesta para ir a ver a la tía de Alba, la Sra. Eva, regresando a la fiesta sobre las 01h, momento en el que el resto de los menores ya había abandonado la fiesta en la fábrica.

Una vez en la fábrica abandonada, Alba continuó bebiendo el combinado de whisky y Red Bull, consumiendo además algún porro de marihuana. Se hallaba, por tanto, bajo los efectos del alcohol y las drogas. En un momento dado de la fiesta, el procesado Carlos, siendo plenamente conocedor de la edad de Alba, pues eran amigos desde hacía mucho tiempo, siendo plenamente consciente del estado de embriaguez en que se hallaba Alba y con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, se la llevó a una de las dos casetas abandonadas que había cerca. Una vez en su interior, le introdujo el pene en la vagina. Al cabo de un rato, salió de la caseta y se dirigió a otra caseta en la que se encontraban el resto de los procesados. Se dirigió a Alejandro y le dijo “va, te toca a ti, 15 minutos cada uno y no tardes”. Alejandro se dirigió a la caseta en la que se encontraba Alba y siendo igualmente conocedor de su edad la penetró con el pene vaginalmente. Pasados unos 20 minutos aproximadamente, todos los procesados fueron a la caseta en la que se encontraba Alba con Alejandro. Allí, Gabriel, sin ser conocedor de la edad de Alba, pero plenamente consciente del estado de embriaguez en el que se encontraba la menor, la penetró con el pene por vía vaginal por turnos. Por su parte, Joan, siendo plenamente conocedor de la edad y estado de Alba, y observando como sus amigos la penetraban vaginalmente de forma sucesiva, pudiendo evitar con su actuación los citados hechos, se quedó mirando mientras se masturbaba.

Posteriormente, sobre las 3.30h, en la fábrica se hallaban únicamente los procesados Carlos y Gabriel junto con las menores Alba y Celia. Carlos penetró vaginalmente con los dedos a Alba, quien expresó su dolor y pidió que la dejara, pero Carlos y Gabriel la cogieron y la penetraron por vía bucal con el pene.

4. DOCUMENTACIÓN PROPUESTA PARA INVESTIGAR

Para poder fundamentar muchos de los argumentos de la presente acusación, será necesario solicitar al peticionario los siguientes documentos y propuestas respecto a las diligencias de investigación más recomendables:

- Testifical de los asistentes a la fiesta que pudieran situar a los agresores y la víctima en el lugar de los hechos. Sobre todo, la testifical de su amiga Celia que es quién presencia la segunda agresión sexual, y por tanto es testimonio directo. Estas diligencias se proponen con la finalidad de poder acreditar, y dar credibilidad a la testifical de la víctima.
- Informe pericial biológico sobre el perfil genético de las manchas de semen encontradas en el pantalón de la víctima, y el correspondiente porcentaje de probabilidad estadística de que pertenezca a los acusados.
- En aras de probar la intimidación ambiental, aparte de la superioridad numérica (que resultaría probada con las testificales que situasen a los agresores y la víctima en el lugar de los hechos), interesarían pruebas periciales que acrediten las características inhóspitas del lugar: distancia hasta el centro urbano más cercano y luminosidad.
- Para evitar que la defensa argumente en favor del error respecto a la edad de la víctima, pedir un volcado de conversaciones anteriores en la que se pruebe la relación de amistad con alguno de los acusados y, por ende, la imposibilidad o, al menos, inverosimilitud de ser desconocedores de su edad.
- Informes psicológicos y periciales para fundamentar la petición de responsabilidad civil derivada del delito.

5. CUESTIONES DE NATURALEZA SUSTANTIVA

5.1. Presupuestos típicos del delito de abusos sexuales.

5.2. ¿Se ha cometido algún otro delito al margen del presunto delito de abuso sexual denunciado?

5.3. En caso de que la conducta de la madre fuera penalmente relevante ¿Responderá en concepto de autora o partícipe?

5.4. ¿Resultan de aplicación al caso alguna de las llamadas agravaciones específicas?

5.5. ¿Qué marcos penales resultarán de aplicación en el presente supuesto de hecho?

5.6. En el supuesto objeto de análisis ¿Resultará de aplicación la figura del concurso real de delitos de abusos sexuales, o en su defecto, la del delito continuado? ¿Quién sostendrá a lo largo del proceso a incoar cada una de estas categorías?

6. ANÁLISIS JURÍDICO

Una vez finalizada la lectura del supuesto práctico, cabe realizar el análisis indiciario de tipicidad de los hechos relatados en sede policial. El esquema que se ha seguido para su análisis es el siguiente:

- 1) Identificación del comportamiento.
- 2) Tipicidad: parte objetiva.
- 3) Tipicidad: parte subjetiva.
- 4) Circunstancias agravantes.
- 5) Relación de autoría.
- 6) Problemática concursal.
- 7) Propuesta de calificación jurídica teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

Los comportamientos analizados en este dictamen se corresponden con los de Carlos y Alejandro. Teniendo en cuenta que las actuaciones de ambos tienen distintas peculiaridades, estas se analizarán por separado. Sin embargo, se examinará de forma conjunta la primera actuación de Carlos y la de Alejandro, ya que comparten características (comportamiento 1), y más adelante se analizará la segunda actuación de Carlos (comportamiento 2). A continuación, se estudiará de forma conjunta la problemática concursal y se finalizará con la propuesta de calificación jurídica (principal y subsidiaria).

6.1 Acusación Principal

A) Descripción del comportamiento 1

La primera actuación de Carlos consiste en llevarse a Alba a una de las dos casetas abandonadas, siendo plenamente consciente de su estado de embriaguez y de su edad, e introducirle el pene en la vagina. Mientras en la otra caseta contigua se encontraban el resto de los acusados.

A continuación, Alejandro se dirigió a la caseta en la que se encontraba Alba y siendo igualmente conocedor de su edad la penetró con el pene vaginalmente.

Elementos objetivos del tipo

Actuación de contenido sexual:

Los tipos penales relativos a abusos y agresiones sexuales exigen un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Apremiar la concurrencia de este elemento en supuestos en los que la actuación realizada consiste en conductas que no tienen una significación sexual desde una perspectiva social (por ejemplo, los besos) plantea múltiples dificultades. En todo caso, tampoco nos resulta útil emplear como elemento definitorio el contacto entre zonas erógenas, ya que la jurisprudencia ha llegado a apreciar la existencia de una agresión sexual sin que exista contacto sexual con las víctimas¹. No es necesario dedicarnos de manera extensa a este elemento, ya que no resulta objeto de discusión en el presente caso. Nos encontramos ante una conducta de claro contenido sexual, en la que ambos acusados realizan un acceso carnal introduciendo su pene en la vagina de la víctima. Por tanto, la comisión de acciones de carácter activo que atentan contra la indemnidad sexual de la víctima por parte de los acusados, es, en este caso, inequívoca.

Edad:

Como queda plasmado en el relato de hechos, la víctima tenía 14 años en ese momento. Ello nos informa de que es necesario subsumir los hechos relatados en el capítulo

¹ STS 1397/09, de 29 de diciembre: pronunciamiento en el que se condena por agresión sexual el agarrar a las víctimas por el cuello haciéndoles que muestren sus genitales mientras se realizan actos masturbatorios.

destinado a delitos sexuales contra menores de dieciséis años. Por tanto, el tipo realizado deberá ubicarse en los arts. 183 y ss del Código Penal.

Intimidación:

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales protegen a la persona de cualquier comportamiento sexual no deseado ya sea por ausencia de consentimiento o por encontrarse este viciado. Es decir, protegen el derecho de una persona a no verse involucrada en comportamientos de naturaleza sexual no deseados. En cuanto al capítulo de abusos y agresiones a menores de dieciséis años, se protege la indemnidad sexual, que podemos entenderla como el bienestar psíquico y la consecución de un normal y adecuado progreso en la formación sexual de los menores o incapaces². Nuestro CP diferencia tres modalidades comisivas de delitos contra la indemnidad sexual de menores de dieciséis años: actos de carácter sexual sin emplear violencia ni intimidación (art.183 CP), actos de carácter sexual empleando violencia o intimidación (art.183.2 CP) y actos de carácter sexual con acceso carnal diferenciando su penalidad dependiendo del uso o no de violencia o intimidación (art.183.3 CP), todas ellas con atribución de penas muy graves³.

Para poder determinar en qué tipo penal debería subsumirse la conducta objeto de estudio en este caso, conviene recordar las circunstancias que rodean el supuesto:

El comportamiento de Carlos y Alejandro se lleva a cabo en un lugar inhóspito (fábrica abandonada en el polígono de Manresa) cerca de una zona descampada, con una distancia considerable hasta el centro urbano más próximo, y con poca luminosidad. Los acusados son 4 mayores de edad, y de complejidad física mayor que la de la víctima, y todos ellos se encontraban en la caseta contigua.

Además de las características del espacio y la situación contextual, debemos prestar atención a otra información relevante del supuesto de hecho. En ningún momento se hace referencia a la existencia de una actuación empleando violencia por parte de los acusados sobre la víctima. Tampoco se alude a que la situación de embriaguez de la víctima le provocara una situación de inconsciencia absoluta. Por tanto, no podemos afirmar que se encontrara plenamente privada de sentido.

² VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 86.

³ Sobre el endurecimiento de las penas en esta materia véase GALDEANO SANTAMARÍA, A., *La punición en los delitos contra la libertad sexual, Últimas reformas penales*, Consejo General del Poder Judicial, 2016, p. 269.

Esta aclaración nos permite descartar la posible calificación de abuso sexual por estado de inconsciencia. En este mismo sentido, la reciente SAP de Barcelona 813/2019, de 30 de octubre, afirma que: “la víctima se encontraba en estado de inconsciencia, lo que facilitó que los acusados pudiesen realizar los actos sexuales sin emplear violencia o intimidación para intentar vencer una oposición que no existió u obtener un consentimiento que no se estaba en condiciones de otorgar”.

En aras de precisar la situación concreta, debemos plantearnos las siguientes cuestiones: ¿Es posible que la víctima actuase en dicha situación de manera autónoma? Es decir, ¿Existía algún factor externo determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera que no fuera su propia voluntad? En este sentido entendemos que la presencia del resto de los acusados en la caseta contigua, la diferencia de edad entre ambos y la situación de desamparo de la víctima (aunque en el caso se haga referencia a que se encontraba con una amiga, la presencia de la misma no equilibra la situación ni es suficiente como para no sentirse igualmente desamparada) son factores determinantes en el comportamiento de la víctima y, sobre todo, que estos son de entidad suficiente como para crear un cuadro intimidatorio. Es posible que, a raíz de los mismos, la víctima viera mermada cualquier opción de huida y que, por ese motivo, realizara dichas actuaciones sexuales sin mostrar resistencia alguna.

Por consiguiente, se desprende de este relato una ausencia de autonomía personal e independencia respecto a los factores externos a la voluntad de la víctima, o lo que es lo mismo, la existencia de una situación coactiva determinante para la actuación de la víctima. Todo ello, sin obviar el hecho de que nos encontramos ante una menor de edad y, por tanto, el nivel de exigibilidad en cuanto al carácter coactivo de la situación deberá ser menor y adaptarse a las circunstancias propias del sujeto pasivo⁴. Esta consideración ha llevado a la jurisprudencia a calificar como típicas situaciones que se habrían considerado atípicas si se hubiesen realizado a una persona mayor de dieciséis años. Así, por ejemplo, los tribunales han apreciado la existencia de violencia en un caso que el autor agarró por el brazo fuertemente a la víctima menor de edad⁵.

⁴ Esto se tiene en cuenta por los tribunales en múltiples modalidades delictivas. Tomando de referencia el art. 1267 del Código Civil: hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. Como por ejemplo en los deberes de autoprotección de la estafa, donde tales deberes son menos intensos si la víctima es más vulnerable.

⁵ STS 919/2003, de 19 de junio, FJ 3º.

La cuestión relevante a continuación consiste en discernir si dicha situación coactiva tiene entidad suficiente para subsumirse en la figura de la intimidación (más concretamente, dada la situación grupal relatada: intimidación ambiental) o su figura limítrofe: el prevalimiento. La línea divisoria entre las dos figuras es muy difusa, dado que para ambas la acción básica está constituida por la realización de actos no consentidos que atenten contra la libertad sexual de la persona mediante una imposición coactiva (de distinto grado, como veremos a continuación). Por ello, conviene analizar cómo se han venido interpretando ambas conductas por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

En referencia a la concepción de la *intimidación* encontramos numerosas definiciones doctrinales y jurisprudenciales de la misma, sobre todo a raíz del revuelo ocasionado en la opinión pública a raíz de la Sentencia de la Manada. Parte de la doctrina señala como origen de la intimidación una amenaza vertida, aunque esta provenga de un tercero. Por tanto, entienden que constituye intimidación toda materialización de un mensaje intimidatorio intenso mediante el que un sujeto amenaza a otro con causarle un mal grave, futuro y verosímil en alguno de sus intereses más preciados si no accede a padecer o realizar un determinado acto sexual. La gravedad del mal radica en su idoneidad para provocar en la víctima un estado de temor de tal entidad que se vea llevada a escoger, como salida menos gravosa, la realización del acto sexual pretendido por el agresor⁶. En este sentido, RUIZ ANTÓN señala que lo decisivo es que la intimidación despierte en el receptor un sentimiento de temor, angustia o coacción anímica ante la contingencia de un mal real o imaginario⁷. En esta misma línea doctrinal se posiciona un sector de la jurisprudencia, como plasma la STS 542/2013, de 20 de mayo, que define la intimidación como una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, de manera que requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado.

⁶ Véase LAMEIRAS FERNANDEZ, M./ORTS BERENGUER, E., *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, 2014, p.76.

⁷ RUIZ ANTÓN, L., “Los robos con violencia o intimidación en las personas”, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, EDERSA, 1985, p. 1061.

Tal y como se desprende de las definiciones anteriores, suele equipararse la intimidación con la amenaza de un mal concreto⁸. Sin embargo, esta equiparación no es la única interpretación posible del elemento “intimidación”. Señala GONZÁLEZ GUERRA, que la estructura de la intimidación puede ser sistematizada como un proceso de relaciones intersubjetivas con ámbitos perfectamente diferenciables⁹. Existen numerosos pronunciamientos que únicamente exigen para su apreciación que la situación en cuestión sea idónea para vencer la libre decisión de una persona. Como señala CARUSO FONTÁN¹⁰: “Lo esencial es que el dolo del agente abarque la voluntad de causar temor al sujeto pasivo independientemente de cómo esto se lleve a cabo. Por ello, esta situación podrá provocarse mediante la amenaza de un mal concreto o mediante la creación de un ambiente intimidatorio”¹¹. Esta constelación de factores es lo que se ha denominado jurisprudencialmente “intimidación ambiental”¹², que colma las exigencias del tipo objetivo del injusto del modelo básico de la agresión sexual. En este sentido, también lo entiende la STS 1291/2005, de 8 de noviembre, en la que se admite que el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental a la vez que provocar un efecto de reforzamiento psicológico por envalentonamiento, de quien se ve rodeado de otras personas que lo animan o, al menos, no le reprochan lo que está haciendo ni intentan disuadirlo de que lo haga. En este caso concreto se

⁸ En el contexto del Derecho Penal sólo puede ser considerado “mal” aquello que lesiona un interés jurídicamente protegido por el Estado, descartando de ese modo que puedan existir, desde una perspectiva jurídica, “males ilícitos o justos”. Propuesta desarrollada por DIEZ RIPOLLES, J., «Capítulo II. Amenazas», en DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTIN (coords.), *Comentarios al Código Penal*. Tirant lo Blanch, 1997, p. 773.

⁹ El autor presenta un esquema en el que el proceso de intimidación tiene al menos tres partes: puesta en perspectiva o anuncio, situación de inseguridad y intimidación o atipicidad. Véase en GONZÁLEZ GUERRA, C., *Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*, BdeF, Buenos Aires, 2015, p.189.

¹⁰ CARUSO FONTÁN, M., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 184.

¹¹ Al respecto encontramos la STS de 2 de diciembre de 2002 en la que se determinó que, si bien el acusado no realizó amenazas expresas a sus víctimas, sí logro la creación de un ambiente intimidatorio como consecuencia de la gran diferencia de edad con sus víctimas, de encontrarse en un ascensor y de realizar peticiones con claro contenido libidinoso mientras exhibía un objeto no determinado.

¹² La intimidación ambiental que configura el delito de agresión sexual, lo analiza la sentencia TS 1169/2004, de 18 de octubre: Es conveniente, para sentar mejor las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, que la sentencia contenga 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 (véase, en este sentido, la STS 226/2003, de 19 de febrero).

correspondería con el resto de los acusados que permanecieron en la caseta contigua esperando los turnos.

Centrémonos ahora en cómo se ha interpretado el *prevalimiento*. Desde una perspectiva sistemática, al estar anclado en el tipo de abuso sexual, puede interpretarse que su afectación al bien jurídico protegido es gradualmente inferior a la intimidación ya que conlleva penas más bajas. En términos generales, para nuestros tribunales¹³, el prevalimiento consiste en el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. Más concretamente, se han venido exigiendo la concurrencia de tres elementos:

- 1) Situación de superioridad¹⁴, que ha de ser manifiesta.
- 2) Que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima.
- 3) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual¹⁵.

Aún con estos elementos, no queda claro cuál es el límite entre intimidación ambiental y prevalimiento, ya que la conducta de nuestro supuesto de hecho parece, *a priori*, subsumible en ambos. En la STS 132/2016, de 23 de febrero, encontramos el argumentario que emplea nuestro Tribunal Supremo para distinguir ambas figuras en relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. La Sala señala como elemento diferenciador la existencia de un comportamiento coactivo dirigido a la obtención del consentimiento, el cual no aparece en los casos de prevalimiento y sí en los de intimidación. Es decir, en el prevalimiento la situación que coarta la voluntad del sujeto pasivo es gradualmente inferior a la que existente en la intimidación. Así las cosas, en la intimidación el comportamiento coactivo impide la libertad del sujeto pasivo, y en el prevalimiento el comportamiento coactivo disminuye considerablemente su libertad.

¹³ STS 305/2013, de 12 de abril.

¹⁴ Bien sea esta derivada de su posición relación laboral, docente, familiar, cuasi familiar, económica, de edad o de otra índole.

¹⁵ GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia», Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), núm. 12, 2018, p. 85.

La falta de concreción en dicha diferenciación ha llevado a la jurisprudencia a pronunciamientos como el plasmado en la STS 460/2017, de 21 de junio, en la que se condena al acusado por abuso sexual al considerar que colocar boca abajo a la víctima sujetándola con una de sus manos los brazos, situándose el acusado con el cuerpo encima de ella, no tiene entidad suficiente como para ser un acto intimidatorio ni amenazante. Sin embargo, es cierto que no se exige que la intimidación resulte irresistible para la víctima, sino que basta con que sea idónea para doblegar su voluntad o suprimir su voluntad de resistencia. En este punto, resulta muy útil recurrir al conocido caso de la Manada, cuyos hechos probados son públicos y notorios. La SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo, estimó que los procesados conformaron una situación de preeminencia al abusar de su superioridad para presionar a la víctima e impedir que tomara una decisión libre en materia sexual. Para poder incardinar dicha actuación en el art 183.3 del CP, tuvieron en cuenta: el escenario de opresión configurado por los procesados, la asimetría derivada de la edad y las características físicas de la denunciante y la radical desigualdad en cuanto a madurez y experiencia en actividades sexuales de la denunciante y procesados.

Estos elementos presentan similitudes con la situación planteada en nuestro supuesto de hecho. Por ello, nos resulta aún más útil el posterior pronunciamiento del Tribunal Supremo en la STS 344/2019, de 4 de julio. El tribunal entiende que “los hechos no pueden constituir un delito de abuso sexual, sino un delito de violación, siendo incorrecta por tanto la calificación jurídica de los mismo”. A su entender, el relato fáctico describe “un auténtico escenario intimidatorio, en el que la víctima en ningún momento consiente a los actos sexuales llevados a cabo por los acusados”. Ante esta situación intimidante, la joven se vio obligada a adoptar una “actitud de sometimiento, haciendo lo que los autores le decían que hiciera” y más aún por “la angustia e intenso agobio” por el lugar “recóndito, angosto y sin salida” (era un pasillo de un edificio) en que “fue introducida por la fuerza”.

Recapitulando, debemos admitir que nos encontramos ante un cuadro coactivo difícil de anclar en alguna de las dos figuras. Sin embargo, teniendo en cuenta la edad de la menor (14 años) y la actuación grupal acontecida, parece que la situación descrita no consistió en un mero aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta (propiciada gracias el lugar y las personas presentes). La situación se materializó en un estado latente de intimidación ambiental, que determinó la actitud pasiva de la víctima por

miedo a sufrir un daño mayor si se negaba a las pretensiones de los jóvenes que la rodeaban. Este hecho supera los elementos definitorios del prevalimiento para poder subsumirse así en la intimidación.

Elementos subjetivos del tipo

En este caso el dolo debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo y los elementos propios de los tipos agravados. Tradicionalmente, se exigía la existencia de un ánimo lascivo y libidinoso. Sin embargo, actualmente está superada dicha concepción y no es necesaria su acreditación¹⁶. Por lo tanto, poco importa si los acusados la llevaron a la caseta con ánimo libidinoso. El dolo debe proyectarse respecto al conocimiento de la edad de la víctima. En el presente caso, ambos acusados (Carlos y Alejandro) eran plenamente conocedores de la edad de Alba, pues eran amigos desde hacía mucho tiempo, tal y como podrá probar el volcado de conversaciones anteriores con la víctima.

Si dicha prueba no resultase de suficiente entidad como para desvirtuar la eventual invocación de una situación de error, podríamos aducir la temprana edad de la víctima en el momento de los hechos, que nos induce a pensar que, por su apariencia física menuda, era más que probable imaginarse su minoría de 16 años. Asimismo, también existe la posibilidad de encuadrar dicha “despreocupación” como ejemplo de la doctrina de la ignorancia deliberada. En términos similares a los que expresa la STS 187/05, de 23 de febrero: “el acusado tuvo necesariamente que representarse la posibilidad o la probabilidad de que la persona a quien sometió a agresiones sexuales era menor de 13 años y, no obstante, ello, se despreocupó por completo de comprobar tal circunstancia por cualquiera de los medios que tenía a su alcance” (en la misma línea, entre otras, STS 860/06, de 7 de septiembre).

¹⁶ STS 132/2013, de 19 de febrero, al afirmar que: “...el elemento subjetivo del abuso sexual se rellena con el dolo de atentar contra la libertad sexual, sin necesidad de que se concrete un ánimo lubrico o libidinoso...”. En la misma línea, STS 737/2014 dice: “Generalmente el ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente lo que la explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, no obstante, el propósito del autor sea diferente al antes referido”. Así como la STS 447/2016, de 22 de junio: “la jurisprudencia de esta Sala no exige en este tipo de delito la exigencia de un ánimo libidinoso o lúbrico como elemento del tipo penal y tampoco lo exige el tipo penal del art 183.1 CP, que pone el acento en el ataque a la indemnidad sexual de la víctima, cualesquiera que fuera la intención o el móvil del agente que efectuase tal acción, y lo mismo puede decirse, en general respecto de todos los delitos del Título VII, cuya rúbrica ya es de por sí muy significativa: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

Circunstancias agravantes: actuación en grupo

Reza el art.183.4 del CP que las penas se aplicarán en su mitad superior cuando los hechos se cometan por actuación conjunta de dos o más personas. El tipo penal requiere la presencia de dos o más agentes, que no necesariamente deberán ser coautores, sino que caben otras formas de participación. En este mismo sentido, tampoco es necesario que todos ellos realicen conductas de carácter sexual, sino que lo relevante es que intervengan en el contexto de intimidación.

Esta circunstancia, según la STS de 24 de noviembre de 2019, encuentra su razón de ser “no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado, pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación”.

La existencia de una actuación conjunta resulta evidente en el caso que nos ocupa, ya que no es un hecho discutido que los cuatro acusados (Carlos, Alejandro, Gabriel y Joan) formaron parte de la actuación. Si bien es cierto que en el presente caso no está del todo claro si el acuerdo de actuar de forma grupal fue previo o simultáneo a los hechos, no es relevante a efectos de apreciar su aplicación, ya que es suficiente su aceptación tácita y el aprovechamiento de la situación de superioridad por los acusados. Lo relevante en este punto son los problemas en cuanto a su compatibilidad con la autoría y la cooperación necesaria.

La jurisprudencia mayoritaria sostiene que dicho subtipo agravado solo resulta de aplicación al autor, pero no a los cooperadores necesarios (STS 190/10, de 10 de marzo), porque de lo contrario se incurriría en un *bis in idem* (SSTS 742/10, de 15 de julio; 421/10, de 6 de mayo; 1399/09, de 8 de enero). Por tanto, la solución planteada por la jurisprudencia es que en el supuesto en el que actuasen dos personas y cada uno cooperase en la agresión del otro, responden como autores del tipo agravado por actuación conjunta y por otro delito como cooperador necesario sin agravación.

Dicha problemática, también fue mencionada en la ya citada sentencia de la Manada:

“Decíamos en la STS n° 1667/2002, con cita de la STS n° 486/2002, que «...esta Sala ha apreciado que 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». En realidad, como se desprende de esta última sentencia, esta limitación sólo es aplicable respecto del cooperador que, al realizar su aportación, viene a dar lugar al mismo tiempo al requisito fáctico del supuesto agravado. Es decir, cuando sólo pueda apreciarse la actuación conjunta tras su aportación y, precisamente, a causa de ella”¹⁷.

Como podemos deducir de nuestro caso, el comportamiento de Carlos (y el de Alejandro a su vez) como cooperadores necesarios de las agresiones siguientes, no resulta determinante para la apreciación de dicha agravante, ya que al intervenir 3 personas más, la situación se encuentra agravada independientemente de su actuación. La STS 338/2013, de 19 de abril, mantiene la misma interpretación que las anteriores resoluciones citadas, y va más allá, distinguiendo dos situaciones, la primera, en la que participan solo dos personas, el autor y el cooperador necesario, en cuyo supuesto, la agravación se aplicará únicamente al autor, pues en caso de aplicarse también al cooperador nos encontraríamos con una doble valoración de una misma conducta, de un lado, para apreciar la cooperación, y de otra parte, para aplicar la agravante; y la segunda situación, referida a aquellos supuestos en los que intervienen más de dos personas, en los que sí puede aplicarse la agravante a todos los intervinientes, pues en esa ocasión el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por elementos diferentes de su propia conducta, como ocurre en los supuestos de violación múltiple.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, debemos aplicar la agravante de actuación conjunta a Carlos en concepto de autor, y además en su actuación como cooperador necesario en la intervención de Alejandro. El mismo razonamiento nos sirve para calificar la conducta de Alejandro. Situación que, como veremos más adelante, se analizará de forma distinta respecto al segundo comportamiento de Carlos.

¹⁷ STS 344/2019 de 4 de Julio, FJ 6º-5.2

Autoría y cooperación necesaria

Gracias al propio redactado de nuestro CP al proteger la libertad e indemnidad sexual del sujeto, ya no solo podrá ser autor quien realice el contacto corporal que conlleve la consumación del delito, sino que podrán considerarse autores cada uno de los sujetos que toman parte en la ejecución del hecho. Una vez argumentada la existencia de un cuadro intimidatorio es necesario pronunciarse respecto de la posible responsabilidad de los otros acusados en el mismo.

Existe un sector doctrinal, que, en referencia a los supuestos de intimidación ambiental, considera que todos los sujetos deberán responder en grado de autoría. Entienden que al ser lo relevante la producción del efecto intimidatorio en la víctima, y que la seriedad y gravedad del mismo depende del número de personas presentes en el lugar, es evidente que cada una de ellas posibilita la realización del hecho, es decir, que todas intimidan¹⁸.

Independientemente de que dicha línea doctrinal nos parezca muy acertada, es necesario poner de manifiesto que la postura jurisprudencial mayoritaria al respecto es distinta. Como veremos en los siguientes pronunciamientos, en agresiones sexuales grupales, los tribunales suelen optar por considerar autor y cooperadores necesarios a los demás intervinientes. En la SAP Navarra 559/2016, de 19 de octubre, se plasma el reiterado criterio jurisprudencial (STS 757/2011, de 12 de julio) según el cual, será cooperador necesario no sólo el que contribuye al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquél o aquéllos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima, porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única mujer y en lugar solitario.

En este mismo sentido, la STS 1291/2005, de 8 de noviembre, que señala:

“En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun no existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental”.

¹⁸ CARUSO FONTÁN, M., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 189.

Similares hechos al acontecido en el caso planteado se plasman en la STS 486/2002, de 12 de marzo. En dicho caso dos personas cometen una violación cada uno mientras el otro permanecía apartado, y sobre este aspecto sostiene la sentencia: “Su aparente pasividad mientras se producía la violación ni borra su anterior protagonismo ni es realmente actitud pasiva pues su sola presencia reforzó la voluntad delictiva del otro copartícipe, y simultáneamente sirvió para incrementar el campo intimidatorio en el que se produjo la agresión”. Este mismo razonamiento es aplicable al caso que nos ocupa. En este sentido, la actuación de los demás acusados mientras permanecen en la caseta contigua no se corresponde con una pasividad atípica, sino que contribuyen a la creación del campo intimidatorio que sirvió para amedrentar la voluntad de la víctima. Gracias a la presencia de todos ellos, en dicho lugar inhóspito y a altas horas de la madrugada, la víctima renuncia a toda resistencia y sufre el tener que soportar dichos comportamientos sexuales.

B) Descripción del comportamiento 2

Posteriormente, sobre las 3.30h, se hallaban únicamente los procesados Carlos y Gabriel junto con las menores Alba y Celia. Carlos penetró vaginalmente con los dedos a Alba, quien expresó su dolor y pidió que la dejara, pero Carlos y Gabriel la cogieron y la penetraron por vía bucal con el pene.

Tal y como se ha mencionado al inicio de este dictamen, este segundo comportamiento acontecido horas más tarde se analiza por separado ya que las circunstancias que lo rodean son distintas al primero. En este sentido, debemos prestar especial atención a que la actitud de la víctima varía. Anteriormente nos encontrábamos ante una actitud pasiva, ahora, en la expresión de una negativa y de dolor. Lo que a su vez supone también un cambio en la actitud de los acusados, quienes siendo conscientes de dicha negativa la cogieron y obligaron a mantener las relaciones sexuales descritas. En aras de poder calificar dicho comportamiento seguiremos el mismo esquema utilizado anteriormente y nos remitiremos al mismo en aquellos elementos que no sean objeto de nueva interpretación.

Elementos objetivos del tipo

Actuación de contenido sexual:

En este apartado, nos remitimos a lo mencionado para el comportamiento 1. La naturaleza sexual de la actuación de Carlos en este comportamiento es evidente y clara, al penetrar vaginalmente con los dedos a la víctima y posteriormente vía bucal con el pene.

Edad:

Similares consideraciones a las ya mencionadas: la víctima tenía 14 años en el momento de los hechos y, por tanto, dicha actuación es subsumible en el capítulo destinado a agresiones y abusos sexuales a menores de edad.

Violencia:

En este punto, sí es necesario introducir nuevas consideraciones. En este caso, no existe duda alguna respecto al consentimiento o no de la víctima o si adoptó esta una actitud pasiva por temor a peores consecuencias. Como puede deducirse del relato de los hechos, en esta ocasión la víctima expresa su negativa a realizar los comportamientos sexuales y posteriormente es agarrada por los acusados para alcanzar dicho fin.

El hecho de que los acusados la cogieran y la obligaran a mantener dichos comportamientos sexuales nos traslada a un escenario distinto que rebasa la posible existencia de un cuadro intimidatorio, ya que el uso de la violencia por los acusados fue determinante para la consumación de las diversas penetraciones.

Por lo tanto, al apreciar ahora un empleo de la violencia por los acusados, resulta necesario plantearnos la siguiente cuestión: ¿cumple dicha conducta violenta los requisitos necesarios para subsumirse en el tipo penal de agresión sexual? Para responder esta pregunta resultará necesario indagar en cómo se ha venido interpretando dicho concepto por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria.

Es en 1995 cuando se emplea por primera vez el término violencia en relación con los delitos sexuales para referirse al constreñimiento físico, ya que con anterioridad el CP hacía referencia a la fuerza. Para algunos autores, como es el caso de MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO¹⁹, la sustitución de la fuerza por la violencia tiene la virtud de relativizar el problema de la irresistibilidad de aquella, así como el grado de resistencia

¹⁹ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, 1996, p. 311.

exigida por la víctima. Por lo tanto, siguiendo este mismo razonamiento, la fuerza existe, cuando es necesario vencer una resistencia, mientras que el término violencia se refiere al doblegamiento de la voluntad de la víctima²⁰.

La violencia también puede definirse como toda energía física exterior a la víctima que, proyectada inmediatamente sobre ésta, la determina, por haber vencido su resistencia, a padecer o realizar un determinado acto sexual²¹.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido que la mera oposición a la realización de la conducta resulta suficiente para configurar el delito de violación, obviando así la necesidad de vencer resistencia. Veamos algunos pronunciamientos:

STS 18-7-2005: “lo que califica la agresión sexual no es la mayor o menor resistencia, sino la falta de consentimiento para el contacto sexual mediante penetración anal, bucal o vaginal, que se obtiene mediante la violencia o el miedo”.

STS 1030/2010 de 2 de diciembre: “la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si este ejerce una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta”.

Las SSTS 480/2016, de 2 de junio y 898/2016, de 30 de noviembre entre otras, indican respecto a la violencia o intimidación empleada en los delitos de agresión sexual, que no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males.

El dato determinante que obliga a apreciar violencia en los hechos (y no simplemente intimidación) es la expresión del relato fáctico “cogieron”, ya que supone que los acusados fueron un paso más allá y vencieron la voluntad de la víctima ya no por una situación intimidatoria, sino materialmente al cogerla para conseguir tal práctica sexual.

²⁰ MORALES PRATS, F./GARCIA ALBERO, R., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 312.

²¹ LAMEIRAS FERNANDEZ, M./ORTS BERENQUER, E., *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, cit., p.75.

Si bien es cierto que en el relato de hechos no se precisa en qué consistió exactamente el término “coger”, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una menor de edad y que la jurisprudencia ha venido aceptando formas de violencia típicas para estos casos que resultarían atípicas para mayores de edad, parece ajustado a derecho calificar dicha conducta como el uso de una violencia de entidad suficiente como para anclarse a la agresión sexual.

En la SAP Barcelona 556/2019, de 1 de julio, se califica la conducta como agresión sexual al considerar una violencia física sobre la menor el cogerla por la fuerza para llevarla a dos estancias distintas, el intentar, nuevamente, con el uso de la fuerza, tumbarla en las camas, el abrirle las piernas para penetrarla.

Recapitulando, entendemos que, en este caso, las penetraciones realizadas por los acusados se produjeron en tales condiciones que no solo descartan cualquier atisbo de consentimiento, sino que el elemento de la fuerza física empleada contra la víctima es el mecanismo esencial para la obtención de dicho resultado. Por todo ello resulta subsumible en el concepto de violencia que requiere el tipo penal del art.183.3 CP.

Elementos subjetivos del tipo

En este punto, nos remitimos a lo argumentado anteriormente respecto a la edad de la víctima y la actuación conjunta. En este mismo sentido, la negativa de la víctima fue ignorada por el acusado y, siendo consciente de la misma, empleó la violencia para acometer la práctica sexual.

Circunstancias agravantes

Remitiéndonos al contenido del art. 183.4 b) del CP, que establece las penas en su mitad superior cuando los hechos relatados se cometan por actuación conjunta, debemos advertir de que la calificación jurídica antes propuesta no nos resultará aplicable a este comportamiento. En este caso, la existencia de dos personas que forman parte del hecho delictivo y actúan conjuntamente es inequívoca. Por segunda vez, la problemática radica en su compatibilidad con las figuras de la autoría y la cooperación necesaria.

Como hemos mencionado anteriormente, para evitar el *bis in ídem*, no podemos castigar al cooperador necesario con dicha agravante cuando su participación en el hecho es la determinante para su posible aplicación. Es decir, cuando únicamente concurren dos personas, la actuación del cooperador necesario respecto a la conducta del autor no

puede ser agravada porque estaríamos valorando por segunda vez una misma conducta²².

Por todo ello, en este caso es aplicable la circunstancia agravante al autor (Carlos o Gabriel indistintamente) y no será aplicable dicho agravante en sus respectivas conductas como cooperador necesario de la actuación de su compañero.

Autoría y cooperación necesaria

Tal y como hemos argumentado en el comportamiento anterior, la jurisprudencia avala la posibilidad de calificar como autores y cooperadores necesarios a los demás intervinientes en agresiones sexuales grupales. En este caso, no es necesario argumentar por qué su pasividad es relevante al contribuir a la situación coactiva de la víctima, ya que son ambos quienes ejercen la actitud violenta al cogerla para poder penetrarla posteriormente por vía bucal con el pene.

Problemática concursal

La problemática concursal en este caso surge a raíz del espacio temporal entre los dos comportamientos de Carlos:

1:00h Carlos introduce el pene en la vagina de la víctima.

3:30h Carlos penetró vaginalmente con los dedos a la víctima y posteriormente la cogió y la penetro por vía bucal con el pene.

Nos encontramos ante un supuesto de hecho en el que suceden múltiples penetraciones por distintas vías en un lapso de tiempo de dos horas y media. La cuestión a resolver es si se debe aplicar la figura de la continuidad delictiva o el concurso real de delitos. Sin embargo, antes de resolver esta cuestión, es necesario preguntarnos si la figura del delito continuado es aplicable en esta modalidad delictiva.

Con carácter general, la jurisprudencia, ha rechazado la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, declarando que cada vez que se comete un acto atentatorio contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, hay un delito diferente y se renueva en cada acción concreta ante la incapacidad del sujeto pasivo para

²² STS 344/2019, de 4 de julio: “la apreciación de la agravación analizada no implica infracción del *non bis in ídem*, ya que la conducta desplegada por los acusados actuando en grupo, de común acuerdo y aprovechando la situación creada, tiene un mayor desvalor, pues una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo”

consentirla. Sin embargo, también se acepta la excepción²³ a esta regla general de forma muy restrictiva. Solo se admitirá cuando dichas actuaciones respondan a un único plan presidido por un dolo unitario que se proyecte en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes²⁴.

En este sentido, establece el art 74 CP los siguientes requisitos para la apreciación de la continuidad delictiva:

- 1) Ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.
- 2) Pluralidad de acciones que ofendan a uno o varios sujetos que infrinjan el mismo o semejante precepto penal.

La ambigüedad de los términos utilizados por la ley: “se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva²⁵” o, lo que es lo mismo, no siempre que existan varias acciones contrarias a la libertad o indemnidad sexual que afecten a un mismo sujeto pasivo y que infrinjan el mismo precepto penal, se deberá aplicar la figura de la continuidad delictiva.

Asimismo, el lapso temporal de 2 horas y media existente entre ambas conductas no nos facilita la solución a nuestra problemática concursal, ya que es necesario precisar que entendemos por “idéntica ocasión”, para poder determinar si el lapso temporal de dos horas y media es determinante o no. En este sentido, no existe unanimidad en la jurisprudencia cuando se trata de diversas conductas en un lapso de tiempo de cierta entidad, ya que se defiende tanto que hay un delito único como tantos delitos como conductas separadas temporalmente²⁶.

Por ejemplo, la STS de la Manada, parece argumentar en favor de la aplicación de reglas concursales en este tipo de supuestos, aunque no pudiera realizarlo por vulneración del principio acusatorio:

²³ Respecto a esta excepcionalidad del denominado delito continuado se recuerda en la Sentencia núm. 48/2009 de 30 de enero (RJ 2009, 1392) que la continuidad delictiva ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, negándose cuando pueda apreciarse una individualización manifiesta de cada uno de los actos por responder a impulsos eróticos diferenciados, porque cada brote sexual haya aparecido de forma intermitente, con lapsus temporales intermedios que vienen a aislar y a dotar de significación propia a las diversas agresiones sexuales.

²⁴ CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MOLINA FERNANDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, 2019, p. 365.

²⁵ Art. 74.3 Código Penal

²⁶ DÍAZ MORGADO, C., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en CORCOY BIDASOLO, MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 665.

“El hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva, lo que es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado en los que hay intercambio de roles, cuando un sujeto accede y otro intimida, para luego intercambiar sus posiciones, lo que normalmente ha sido subsumido por esta Sala en las normas concursales; no obstante, al no haber sido objeto de impugnación, el principio acusatorio impide que nos pronunciemos al respecto.”²⁷

En la STS 463/2006, de 27 de abril, se clasifican diversos supuestos señalando:

“En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar: a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena. b) Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva. c) Finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos”.

Volviendo al análisis del supuesto fáctico que nos ocupa, es importante destacar que las circunstancias que rodean los dos comportamientos de Carlos difieren. En el primero de ellos, el acontecido a la 1.00 de la mañana, se encuentran tres de los acusados en la caseta contigua y parece desprenderse del relato de los hechos que la víctima se encuentra en una actitud pasiva. En cambio, en el acontecido a las 3.30h, se encuentran únicamente dos de los acusados en una misma caseta con la víctima, y esta tiene una actitud más activa ya que expresó su dolor y pidió que la dejaran. Como consecuencia de ello los acusados emplearon la violencia para doblegar la voluntad de la víctima y satisfacer sus intenciones.

²⁷ STS 344/2019, de 4 de julio.

Por lo tanto, nos encontramos ante distintos actos sexuales diferenciables en el tiempo y que se corresponden con situaciones coactivas distintas (intimidación en el primero y violencia en el segundo), según la jurisprudencia analizada correspondería en este caso aplicar el concurso real de delitos. Sin embargo, y en aras de proporcionar al solicitante de este dictamen la mejor propuesta, no podemos obviar el hecho de que la mayoría de la jurisprudencia se decante por aplicar la continuidad delictiva en supuestos similares al que nos ocupa, por ello recomendamos considerar subsidiariamente la aplicación de la figura del delito continuado. Además de que, desde un plano de proporcionalidad de la respuesta punitiva, es evidente que la concurrencia de al menos dos delitos impone penas tan abultadas que necesariamente reclamarán la aplicación de las limitaciones penológicas del art. 76 del CP, llegando ordinariamente a imponerse un máximo de veinte años de prisión.

a. Acusación subsidiaria

Sobre la base del mismo motivo mencionado anteriormente, es necesario ofrecer al peticionario de este dictamen una opción alternativa a la acusación planteada.

En este sentido, y teniendo en cuenta la dificultad de los tribunales en apreciar la intimidación ambiental en algunos supuestos, la acusación subsidiaria consistirá en calificar los comportamientos descritos anteriormente con la tipología descrita en el art. 183.1 del CP. El abuso sexual se fundamentará en la falta de empleo de violencia e intimidación al considerar que no se encuentran suficientemente probados en el supuesto que nos ocupa. Sin embargo, sí encontramos elementos suficientes para la apreciación del agravante de prevalimiento por lo siguiente:

La situación de superioridad (número y edad de los acusados) fue manifiesta y sirvió para coartar la libertad de la víctima. Y, además, los acusados siendo conscientes de la misma la aprovecharon para conseguir el consentimiento viciado a las prácticas sexuales realizadas²⁸.

²⁸ En este sentido, la STS 1469/2005, de 24 de noviembre, (F.J. 3º): La modalidad más grave de los abusos sexuales con prevalimiento, definida y sancionada en los arts. 181.3 y 182 C.P., ha sustituido al antiguo estupro con prevalimiento que tipificaba el art. 434 C.P. de 1973. En la nueva formulación tipológica, el hecho fundamental es que el bien jurídico protegido en el tipo es la libertad sexual, esto es, el derecho a determinar libremente la propia actividad sexual y la actividad sexual de otro sobre el propio cuerpo, ha sido subrayado con dos matices cuya importancia no puede ser desconocida: de un lado, se exige que la superioridad de que se prevale el sujeto activo sea "manifiesta", expresión que no se encontraba en el viejo artículo 434; de otro, se consigna la necesidad de que el prevalimiento de la situación de necesidad "coarte la libertad de la víctima", con lo que se deja fuera del tipo toda conducta de

7. CUESTIONES DE NATURALEZA PROCESAL

7.1 .A la vista del posible delito aplicable, ¿Qué tipo de proceso sería el que debería instruirse? ¿Qué elementos básicos tiene ese proceso?

Como hemos mencionado anteriormente, la pena abstracta que les corresponde a los delitos aplicables en este caso, es superior a 9 años. Por tanto, aplicando las reglas establecidas en el arts. 757 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) el proceso a realizar será el procedimiento ordinario. A tenor de las reglas de competencia el órgano jurisprudencial competente para enjuiciar este supuesto será la Audiencia Provincial de Barcelona, y el juez de instrucción que por turno corresponda.

También es necesario tener en cuenta que nos encontramos ante un supuesto en que la víctima es menor, por lo tanto, también serán de aplicación las previsiones contenidas en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, tras la redacción conferida por las leyes 8/2015 y 26/2015 de sistemas de protección a la infancia y a la adolescencia. Dichas previsiones legales exigen una justicia específica para los menores, tanto cuando son víctimas necesitadas de especial protección en el orden penal, como cuando se ven involucrados en los procesos civiles, preferentemente familiares. En ambos casos, se trata de hacer factibles dos puntos clave: a) el derecho del menor a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las actuaciones judiciales y, b) la necesidad de que en los procedimientos judiciales sus comparencias y audiencias se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si es necesario, de profesionales cualificados o expertos, preservando su intimidad y utilizando un lenguaje que le sea comprensible²⁹.

7.2. Requisitos de procedibilidad

Para esta modalidad delictiva nuestro derecho penal, en aras de garantizar la intimidad y derechos de la víctima, otorga al titular de los bienes jurídicos afectados la posibilidad de condicionar su persecución. Reza el art. 191 del CP que *“para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará*

esta naturaleza, realizada en el contexto de una situación objetiva que pudiera ser definida como de superioridad, si la misma no ha significado coerción para la libertad de determinación sexual de la víctima o, lo que es lo mismo, si dicha situación no ha generado vicio que haya condicionado seriamente su consentimiento.

²⁹ ECHEBURÚ, E./SUBIJANA, I., «Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados», Anuario de Psicología Jurídica, vol. 28, 2018, p. 23.

ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal". Por lo tanto, la persona titular de los bienes jurídicos afectados puede optar o no (ya que denunciar en este caso no es una obligación) por instar la persecución del delito. También hay que tener en cuenta que, si la víctima fuera un menor de edad o incapaz, necesitará de la intervención del Ministerio Fiscal o representante legal. En cuanto al concepto de "denuncia", este se refiere a una denuncia en sentido literal, por la que se traslada la noticia del hecho a quién tenga la obligación de perseguir al autor del suceso denunciado. Por tanto, no puede confundirse con una manifestación de ciencia exclusivamente descriptiva³⁰.

Finalmente, la relevancia de la denuncia en este delito es destacable, ya que la víctima tiene la posibilidad de activar la iniciación del proceso, pero una vez activado, no tiene potestad para paralizarlo, ya que el perdón del ofendido no extingue la acción penal (art. 191.2 del CP). Como argumenta la STS 709/2000, de 19 de abril, la exigencia de este requisito de procedibilidad ha estado presente en los Códigos penales respecto a las conductas contra la libertad sexual, precisamente, por sus derivaciones y por los aspectos críticos que pueden verse afectados por los hechos que se investigan. En caso de menores o incapaces, la imposibilidad de realizar por ellos mismos la ponderación de los bienes en conflicto, el inicio de la represión debe ser realizado por el representante legal o el Ministerio fiscal.

Aplicando las reglas anteriores a nuestro caso, podemos afirmar que, la denuncia de la menor es prácticamente irrelevante, ya que la potestad recae en sus representantes legales o la actuación del Ministerio fiscal. Incluso si fuera la menor quien al dar conocimiento de los hechos a estos últimos "instara el procedimiento", tampoco tendría la posibilidad de paralizar el procedimiento una vez instado.

7.3. ¿Existe alguna posibilidad de que se dicte una sentencia de conformidad? En ese caso, ¿Cuándo se puede producir? ¿En qué términos podría concretarse? ¿Qué ventajas tendría en este caso concreto?

En virtud del art.787.1 LECrim, no existe posibilidad alguna de dictarse sentencia de conformidad en el caso planteado siguiendo la estrategia jurídica propuesta. Esto es así porque, dicho artículo establece una regla que supedita la posibilidad de sentencia de conformidad únicamente para aquellos delitos que no superen la pena de prisión de 6

³⁰ Véase ASENSIO GALLEGO, J./GONZÁLEZ VEGA I., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual: Análisis sustantivo y procesal*, Juruá, Porto, 2019, p. 123.

años. Teniendo en cuenta que en este caso concreto las penas oscilan los 12-15 años, no es posible su aplicación.

7.4. ¿De qué recursos disponen las partes personadas en la causa en el supuesto caso de que no les resulte favorable la primera de las sentencias dictadas?

De conformidad con el art.846 ter LECrim, las partes personadas en la causa disponen de la posibilidad de recurrir en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia³¹.

7.5. Responsabilidad civil. La responsabilidad civil en los delitos contra la libertad sexual: ¿Qué contenido puede tener? ¿Qué conceptos pueden indemnizarse en el caso concreto? ¿Qué elementos de prueba sería preciso acreditar? En este caso concreto: ¿Qué petición de responsabilidad haría y cómo la fundamentaría?

De conformidad con el art. 116.1 del CP, toda persona criminalmente responsable de un delito, lo es también civilmente si del hecho se desprenden daños y perjuicios. Si fueran varios los autores causados del daño indemnizable, todos ellos serán responsables solidariamente por sus respectivas cuotas. También indica nuestro CP, en su art. 110, que la responsabilidad civil derivada del delito incluye: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

Centrándonos en los delitos contra la libertad sexual, encontramos numerosas sentencias³², como la STS 733/2016, de 5 de octubre, que afirma que en los delitos sexuales puede hablarse de una presunción implícita de que han existido daños morales.

Sin embargo, el problema radica en el momento de su determinación, ya que su cuantificación, como dice la STS 733/2016 ya citada, “no puede hacerse con arreglo a criterios reglados o aritméticos incompatibles con la naturaleza de ese daño no patrimonial por definición; frente al que solo cabe una compensación económica. Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa, aunque sea en equidad más que en derecho. Mientras que la finalidad de la reparación

³¹ Arts.790,791 y 792 LECrim.

³²En esta misma línea, la STS 636/2018, de 12 de diciembre, dice que : ‘‘ en los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad, legitimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, suposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, en este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido -libertad e indemnidad sexual- y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente’’ SSTS 105/2005, de 29 de enero; 40/2007, de 26 de enero.

del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable. La indemnización tendrá como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos y nada precisos”.

En relación a los elementos de prueba necesarios para su fundamentación, hay que insistir en que en los daños morales no se precisa que tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos. En este caso, el ataque a la indemnidad sexual de la víctima fue extremadamente intenso y especialmente denigrante, y además se produjo sobre una menor que se encontraba en una situación de desamparo, circunstancias que justifican que se proponga fijar la indemnización en 24.000 €³³.

7.6. Penas

Teniendo en cuenta las dos posibilidades de acusación que se han expuesto en el presente dictamen, las posibles penas a solicitar son las siguientes:

7.6.1 Carlos

A) Concurso real

Al acusado Carlos, por su primera actuación perpetrada a la 1:00h que hemos propuesto calificar como agresión sexual con la agravante de actuación conjunta, en aplicación de los arts. 183.3 y 183.4 del CP, le corresponde el siguiente marco penal: de 13,5 años hasta 15 años, tras la aplicación del art. 66 del CP y el cálculo de su mitad superior.

A este marco penal, que fijaremos en 14 años dada la gravedad de los hechos acontecidos, debido a la reducida edad de la víctima y su situación de vulnerabilidad, debemos añadir la penalidad correspondiente a las dos cooperaciones necesarias en las posteriores agresiones de Alejandro y Gabriel. Aplicando las reglas de concurso real de delitos (art. 73 del CP) y de la acumulación material ($3 \times 14 = 56$)

A dicha pena (56 años) debemos sumarle la siguiente agresión sexual perpetrada por Carlos a las 3.00h con agravante de actuación conjunta por la presencia de Gabriel, y la

³³Criterio orientativo extraído de la 813/2019, de 30 de octubre (La manada de Manresa), que juzga un caso muy similar al planteado en este supuesto, en el que el tribunal condena a indemnizar en la cuantía de 12.000€.

posterior cooperación necesaria en la agresión de este último, en este caso sin la agravante de actuación conjunta. Por tanto, a tenor de los art. 183.3 y 183.4 en grado de autoría le corresponde el marco penal mencionado anteriormente (13,5 + un día – 15 años) y la suma de (12-15años). Decantándonos por pedir 14 años en autoría y 12 en la cooperación, nos da un resultado total de: $56+14+12= 82$ años. Sin embargo, a este último cálculo debemos aplicar el límite previsto en el art.76 del CP de 20 años de cárcel.

B) Continuidad delictiva

En este caso, si el cliente decidiera optar por considerar la relación entre ambos comportamientos como continuidad delictiva, no debemos usar las mismas reglas de cálculo. En este caso, en aplicación del art. 74 del CP, debemos emplear la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior con el máximo de la mitad inferior de la pena superior en grado. La aplicación de la pena superior en grado en el tipo penal nos proporciona un marco penal de $(15/2=7,5)$ $(15+7,5=22,5)$ 15 años y un día hasta 22 años. La mitad inferior del mismo: 15 años y un día hasta 18,5 años.

7.6.2 Alejandro:

A) Concurso real

Al acusado Alejandro, por su única actuación perpetrada alrededor de 1:15h que hemos propuesto calificar como una agresión sexual con agravante de actuación conjunta, en aplicación de los arts. 183.3 y 183.4 del CP, le corresponde el siguiente marco penal: de 13,5 años hasta 15 años, tras la aplicación del art. 66 del CP y el cálculo de su mitad superior.

A este marco penal, que proponemos fijar en 14 años dada la gravedad de los hechos acontecidos, debemos añadir la penalidad correspondiente a las dos cooperaciones necesarias en las posteriores agresiones de Alejandro y Gabriel. Aplicando las reglas de concurso real de delitos (art. 73 del CP) Acumulación material ($3 \times 14 = 56$)

B) Continuidad delictiva

En este caso, en aplicación del art. 74 del CP, debemos emplear la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior con el máximo de la mitad inferior de la pena superior en grado. La aplicación de la pena superior en grado en el tipo penal nos proporciona un marco penal de $(15/2=7,5)$ $(15+7,5=22,5)$ 15

años y un día hasta 22 años. La mitad inferior del mismo: 15 años y un día hasta 18,5 años.

8. CONCLUSIONES

Las conclusiones extraídas de la elaboración del presente dictamen son las siguientes:

- I. La distinción entre el delito de abuso con prevalimiento y el delito de agresión sexual con intimidación ambiental presenta múltiples dificultades. En ambas figuras se somete o suprime la voluntad de resistencia de la víctima, aunque de manera más intensa en la intimidación, y en el caso del prevalimiento aprovechándose de una situación de superioridad de la cual es consciente el acusado. Sin embargo, y especialmente en aquellos supuestos de multiplicidad de agresores, normalmente no existe la necesidad por parte de los agresores de producir una amenaza expresa de causar un mal (intimidación) ya que resulta suficiente con su intervención en el cuadro coactivo para doblegar la voluntad de la víctima (intimidación ambiental), que a su vez puede interpretarse como el aprovechamiento de una situación de superioridad numérica. Por ello, el prevalimiento acaba siendo un tipo residual para los casos en que no existan indicios suficientes para probar la existencia de intimidación.
- II. La problemática derivada por la apreciación de la circunstancia agravante de actuación conjunta y la vulneración del principio *non bis in ídem* se resuelve en los siguientes términos: solo cuando la actuación del cooperador necesario sea determinante para su apreciación, es decir, cuando participen únicamente dos personas, la apreciación de esta circunstancia agravante vulneraría el principio *non bis in ídem*. Sin embargo, si participaran más de dos, la actuación se encontraría agravada independientemente de la intervención del cooperador y, por tanto, no existirá vulneración alguna del principio en su apreciación.
- III. Cuando en un supuesto como el planteado la víctima sea menor de dieciséis años deberán producirse una serie de especificidades durante el proceso. En relación con la violencia o intimidación típicas deberán adaptarse e interpretarse desde la perspectiva de un menor. Por tanto, nos encontraremos casos en los que la intimidación vertida resultara atípica para mayores de dieciséis y típica para menores. Además, requiere especificidades en el procedimiento, tales como el lenguaje claro y proteger el interés del menor.

Por último, respecto a los requisitos de procedibilidad, la denuncia del mismo será prácticamente irrelevante para su persecución.

- IV. La problemática derivada de la responsabilidad civil en esta modalidad delictiva radica en su cuantificación, y aunque se presume jurisprudencialmente la existencia de daño moral derivado de los delitos de violencia sexual, no existen parámetros para homogeneizar las valoraciones judiciales, provocando así disparidad en sus cuantificaciones.

9. EMISIÓN DEL DICTAMEN

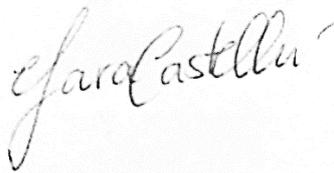
Sara Castellvi Monserrat, abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, colegiada número 50.981, emite el siguiente DICTAMEN sobre las diferentes cuestiones planteadas por la acusación particular. En atención a los antecedentes, la normativa aplicable ponderada y la jurisprudencia referida, las recomendaciones son las siguientes:

- En referencia a la primera actuación realizada por Carlos aconsejo acusar en concepto de autor por un delito de agresión sexual con acceso carnal contra una menor de dieciséis años (art. 183.3 CP) apreciando la circunstancia agravante de actuación conjunta (art. 183.4 CP). En relación con su comportamiento consistente en reforzar el cuadro intimidatorio gracias al que se perpetraron las siguientes agresiones sexuales, recomiendo acusar en concepto de cooperador necesario de las mismas apreciando también la circunstancia agravante de actuación conjunta (art. 183.4 CP). Siguiendo esta línea interpretativa se recomienda esta misma calificación para la actuación de Alejandro.
- Por lo que refiere al segundo comportamiento de Carlos, acontecido a las 3.00h de la madrugada, la interpretación que aquí se propone es su calificación en grado de autoría de un delito de agresión sexual con acceso carnal contra una menor de dieciséis años (art. 183.3 CP) apreciando la circunstancia agravante de actuación conjunta (art. 183.4 CP). Añadiendo su responsabilidad correspondiente a su actuación en concepto de cooperador necesario en la posterior agresión sexual realizada por Gabriel.
- Siendo conscientes de la dificultad en apreciar la existencia de intimidación ambiental por nuestros tribunales, recomiendo a mi cliente solicitar como acusación subsidiaria la existencia tres delitos de abuso sexual con acceso carnal contra una menor de dieciséis años (art. 183.3 CP) apreciando la agravante de aprovecharse de una situación de prevalimiento.
- En cuanto a la problemática concursal existente en el caso, considero que la calificación más ajustada a derecho se corresponde con la aplicación del concurso real. Sin embargo, debe advertirse de que la mayoría de la jurisprudencia opta por aplicar en supuestos parecidos la figura de la continuidad delictiva.

- En caso de decidir adoptar la propuesta aquí recogida, recomiendo conseguir y/o solicitar toda la documentación propuesta ya que es necesaria para poder articular y fundamentar la línea interpretativa propuesta.

En Barcelona, a dieciséis de diciembre de dos mil diecinueve.

Firma

A handwritten signature in cursive script, reading "Sara Castellvi". The signature is written in black ink on a light-colored background.

Sara Castellvi Monserrat
col. 50.981 ICAB

10. TABLA DE JURISPRUDENCIA

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2ª, 19.04.2000	709/2000	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 12.03.2002	486/2002	Joaquín Giménez García
STS, 2ª, 19.06.2003	919/2003	Joaquín Delgado García
STS, 2ª, 18.10.2004	1169/2004	Julián Artemio Sánchez Melgar
STS, 2ª, 29.01.2005	105/2005	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
STS, 2ª, 23.02.2005	187/2005	Gregorio García Ancos
STS, 2ª, 08.11.2005	1291/2005	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
STS, 2ª, 24.11.2005	1469/2005	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS, 2ª, 27.04.2006	463/2006	José Ramón Soriano Soriano
STS, 2ª, 7.10.2006	860/2006	Francisco Monterde Ferrer
STS, 2ª, 26.01.2007	40/2007	José Ramón Soriano Soriano
STS, 2ª, 08.01.2009	1399/2009	José Manuel Maza Martín
STS, 2ª, 24.11.2009	1142/2009	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
STS, 2ª, 29.12.2009	1397/2009	Adolfo Prego de Oliver Tolivar
STS, 2ª, 10.03.2010	190/2010	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 06.05.2010	421/2010	Joaquín Giménez García
STS, 2ª, 15.07.2010	742/2010	José Antonio Martín Palín
STS, 2ª, 02.12.2010	1030/2010	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
STS, 2ª, 12.07.2011	757/2011	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS, 2ª, 19.02.2013	132/2013	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 19.04.2013	338/2013	Miguel Colmenero Menéndez de Luarda
STS, 2ª, 20.05.2013	542/2013	Juan Artemio Sánchez Melgar

STS, 2ª, 18.10.2014	737/2014	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
STS, 2ª, 23.02.2016	132/2016	Andrés Palomo del Arco
STS, 2ª, 02.06.2016	480/2016	Cándido Conde-Pumpido Touron
STS, 2ª, 05.10.2016	733/2016	Antonio del Moral García
STS, 2ª, 30.11.2016	898/2016	Andrés Palomo del Arco
STS, 2ª, 21.06.2017	460/2017	José Ramon Soriano Soriano
STS, 2ª, 12.12.2018	636/2018	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
STS, 2ª, 4.07.2019	344/2019	Susana Polo García
SAP Navarra, 2ª, 19.10.2016	559/2016	Raquel Fernandino Nosti
SAP Navarra, 2ª, 20.03.2018	38/2018	José Francisco Cobo Sáenz
SAP Barcelona, 22ª, 01.07.2019	556/2019	Carlos Cerrada Loranca
SAP Barcelona, 22ª, 30.10.2019	813/2019	Joan Francesc Uría Martínez

11. BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO GALLEGO, J./GONZÁLEZ VEGA I., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual: Análisis sustantivo y procesal*, Juruá, Porto, 2019.

CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MOLINA FERNANDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, 2019, pp. 365 y ss.

CARUSO FONTÁN, M., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 2006.

DÍAZ MORGADO, C., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en CORCOY BIDASOLOMIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 665 y ss.

DIEZ RIPOLLES, J., «Capítulo II. Amenazas», en DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTIN (coords.), *Comentarios al Código Penal*. Tirant lo Blanch, 1997, pp. 773 y ss.

DURÁN SECO, I., «Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación», *Revista Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales*, vol. 12, Aranzadi, 1998.

ECHEBURÚ, E./SUBIJANA, I., «Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados», *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 28, 2018, pp. 22 y ss.

GALDEANO SANTAMARÍA, A., *La punición en los delitos contra la libertad sexual, Últimas reformas penales*, Consejo General del Poder Judicial, 2016.

GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 12, 2018, pp. 82 y ss.

GONZÁLEZ GUERRA, C., *Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*, BdeF, Buenos Aires, 2015.

LAMEIRAS FERNANDEZ, M./ORTS BERENGUER, E., *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, 2014.

MORALES PRATS, F./GARCIA ALBERO, R., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, 1996, pp. 311 y ss.

PÉREZ ALONSO, E., «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales» Indret, núm. 3, 2019.

RUIZ ANTÓN, L., “Los robos con violencia o intimidación en las personas”, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, EDERSA, 1985, pp. 1061 y ss.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Dykinson, Madrid, 2015.