

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: JULIO

**LA INTIMIDACIÓN AMBIENTAL COMO ELEMENTO DE
DISTINCIÓN ENTRE LA AGRESIÓN SEXUAL Y EL ABUSO
SEXUAL**

**THE ENVIROMENTAL INTIMIDATION AS ELEMENT OF DISTINTION BETWEEN
SEXUAL ASSAULT AND SEXUAL ABUSE**

Realizado por la alumna D^a. Gloria González Hernández

Tutorizado por la Profesora D^a. Judit García Sanz

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

ABSTRACT

In this paper we analyze the scope of the concept of intimidation in the crime of sexual assault and, in particular, of the "environmental intimidation", as well as its delimitation against sexual abuse by undue influence. The proximity between these two concepts makes it difficult to delimit between the crime of sexual abuse and sexual assault.

In addition, we raise the problem of the criminal responsibility of the various subjects in crimes against sexual freedom, since in these cases it is necessary to determine the contribution of each of them to the criminal act.

These issues are addressed from a doctrinal and jurisprudential perspective and, in particular, will be analyzed the controversial case of "the Arandina players". As well as, the recent doctrine of the Supreme Court on the interpretation and application of environmental intimidation, which has gained greater importance since the case of "the herd", establishing different criteria and premises that must be taken into account to be able to estimate it.

Finally, we will pause briefly to analyze another of the problems that Courts and Tribunals usually face, and which becomes relevant when there is intimidation, which is the assessment of evidence when it is based exclusively on the victim's statement.

Key Words: consent, environmental intimidation, group sexual assault, co-authorship, sexual abuse, undue influence.

RESUMEN

En este trabajo analizamos el alcance del concepto intimidación en el delito de agresión sexual y, en especial, de la denominada “intimidación ambiental”, así como su delimitación frente al abuso sexual por prevalimiento. La proximidad entre estos dos conceptos dificulta la delimitación entre el delito de abuso y agresión sexual.

Además, planteamos el problema de la responsabilidad penal de los diversos intervinientes en los delitos contra la libertad sexual, ya que en estos casos es necesario determinar la contribución de cada uno de ellos al hecho criminal.

Estas cuestiones se abordan desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial y, en especial, se analizará el polémico caso de “los jugadores de La Arandina”. Así como, la doctrina reciente del Tribunal Supremo sobre la interpretación y aplicación de la intimidación ambiental, que ha cobrado mayor importancia desde el caso de “la manada”, estableciendo diferentes criterios y premisas que hay que tener presentes para poder estimarla.

Finalmente, nos detendremos brevemente en el análisis de otro de los problemas a los que se suelen enfrentar los Juzgados y Tribunales, y que cobra relevancia cuando media intimidación, que es la valoración de la prueba cuando esta se basa exclusivamente en la declaración de la víctima.

Palabras clave: consentimiento, intimidación ambiental, agresión sexual en grupo, coautoría, abuso sexual, prevalimiento.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
II.	LA INTIMIDACIÓN AMBIENTAL.....	8
III.	LA INTIMIDACIÓN AMBIENTAL: ENTRE LAS AGRESIONES Y LOS ABUSOS SEXUALES POR PREVALIMIENTO.....	22
	<i>3.1. La importancia de la intimidación como elemento de distinción y sus consecuencias.....</i>	<i>23</i>
	<i>3.2. Alcance del concepto de prevalimiento en los abusos sexuales.....</i>	<i>25</i>
	<i>3.3. Delimitación entre prevalimiento e intimidación.....</i>	<i>27</i>
	<i>3.4. Alcance del concepto de consentimiento en ambos tipos delictivos.....</i>	<i>33</i>
IV.	ANÁLISIS DEL “CASO DE LOS JUGADORES DE LA ARANDINA”....	37
	<i>4.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre de 2019.....</i>	<i>39</i>
	<i>4.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo de 2020.....</i>	<i>43</i>
V.	OTRAS CUESTIONES: LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CUANDO ESTA SE BASA EXCLUSIVAMENTE EN LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA.....	46
VI.	CONCLUSIONES.....	50

BIBLIOGRAFÍA.

ÍNDICE DE SENTENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN.

La discusión sobre la regulación de los delitos sexuales en España ha cobrado especial relevancia en los últimos años a partir del caso de “la manada”, dando pie al debate sobre el actual tratamiento legal de estos delitos y su respuesta judicial. Así, se cuestiona si la regulación actual da una respuesta adecuada a esta problemática o es necesaria la reforma de los delitos sexuales como parece demandar la sociedad.

En la doctrina penal también se refleja este debate, en especial, se centra en la interpretación de los elementos constitutivos de la agresión sexual, principalmente la concurrencia de violencia o intimidación, su delimitación con el prevalimiento, la resistencia de la víctima y la valoración del consentimiento, así como la gran carga de la prueba que se da sobre la víctima.

Los delitos contra la libertad sexual se regulan en el Título VIII del Libro II del Código Penal, rubricado “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” y se recoge en Capítulos independientes el delito de agresión sexual, abuso sexual, y abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Siendo objeto de discusión la delimitación entre las diferentes figuras delictivas, en función de la utilización por parte del sujeto activo de violencia o intimidación como medios comisivos y, en especial, el alcance de la intimidación y de la denominada “intimidación ambiental”.

Este tipo de intimidación ha venido siendo clave en numerosos casos de agresión sexual en grupo, cuya apreciación cobró importancia a raíz del conocido caso de la manada de San Fermín, en el que el Tribunal Supremo condena en la STS 344/2019, de 4 de julio¹, a los cinco miembros de “la manada” (como así se hacían llamar) por cinco delitos continuados de agresión sexual, al admitir la concurrencia de intimidación en su modalidad de intimidación ambiental, y negar así que se tratase de abuso sexual.

Parte de la doctrina argumenta la necesidad de la reforma del Código Penal, como, por ejemplo, RAMÓN RIBAS, que aboga por la desaparición de la distinción

¹ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019.

entre agresiones y abusos sexuales, por la consideración de todo atentado sexual como una agresión sexual. Entiende el autor que el efecto comunicativo o fuerza expresiva propia de esta expresión es, sin duda, superior y, con certeza, más adecuado para adjetivar los abusos sexuales no consentidos².

Así las cosas, nos encontramos en un momento en el que se plantea si es necesaria esa diferenciación entre las agresiones y los abusos sexuales, a la luz de la percepción social de los mismos, que no acaba de convencerse de la eficacia de las fórmulas legales para considerar que un hecho es una figura delictiva y no la otra, o viceversa.

No obstante, es importante recalcar que no es objeto del Derecho penal educar a los ciudadanos ni imponer determinadas ideas. Pues el ordenamiento penal es una institución de control social destinada a solucionar conflictos sociales y como tal, sus normas pretenden proteger bienes jurídicos y motivar a los ciudadanos para su cumplimiento. De manera que dotar de un valor simbólico a las normas penales supone distorsionar su función para ponerlas al servicio de ideologías particulares³.

Al respecto, apuntar que se denota gran presión social por que cualquier ataque a la libertad sexual sea calificado como violación, sin atender o interesarse al menos por las cuestiones penales que hay detrás, como el principio de proporcionalidad o la determinación de la pena, lo que acaba logrando la desinformación de la población mediante bulos o falsos mitos, que lejos de conseguir un avance hacía una mejor legislación de estos delitos, nos hacen retroceder como sociedad.

El Derecho siempre va un paso por detrás de la realidad, y en los últimos años la sociedad española ha evolucionado a un ritmo que el poder legislativo no ha sabido

² RAMÓN RIBAS, E., “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, en FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.), *La Manada. Un Antes y un Después en la Regulación de los Delitos Sexuales en España*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 166.

³ CARUSO FONTÁN, M^a. V., “¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad Sexual, en *Diario La Ley*, nº 9594, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2021, pp. 1-2.

seguir, produciéndose con ello una dicotomía entre la aplicación de las leyes y la mentalidad social imperante.

Por consiguiente, el presente trabajo trata de examinar el papel sumamente importante que tiene la intimidación ambiental en los delitos sexuales para calificar los hechos como agresión y no como abuso, y viceversa, a efectos de unificar criterios e intentar esclarecer la delgada línea que los separa en determinados supuestos.

Para ello, el trabajo se encuentra estructurado en varios epígrafes. En primer lugar, analizaremos el concepto de intimidación ambiental haciendo hincapié en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como el estudio de la autoría y participación en estos supuestos.

En segundo lugar, con el objeto de intentar delimitar al detalle la agresión sexual mediante intimidación ambiental y el abuso sexual por prevalimiento, se tratará en profundidad la intimidación como elemento de distinción y sus consecuencias, así como el alcance del concepto de prevalimiento en los abusos sexuales, su delimitación con la intimidación y el alcance del concepto de consentimiento en ambos tipos delictivos.

Se procederá a analizar, en tercer lugar, el caso de “los jugadores de La Arandina”, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre, por un lado, en la que el Tribunal aprecia la concurrencia de intimidación ambiental, y, por otro, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo, que no la aprecia, calificando los hechos como abuso sexual. Ello nos permitirá ser conscientes, desde una perspectiva práctica, de la trascendencia que tiene la intimidación ambiental.

Posteriormente, trataremos la compleja labor que implica resolver un caso cuando la actividad probatoria se basa exclusivamente en la declaración de la víctima, para lo cual analizaremos los criterios de valoración de la prueba que ha asentado el Tribunal Supremo.

Y, finalmente, ultimaremos el trabajo con una serie de conclusiones tras la investigación realizada.

II. LA INTIMIDACIÓN AMBIENTAL.

La intimidación, alternativamente a la violencia, es un medio comisivo del delito de agresión sexual previsto en el Capítulo II, rubricado “De las agresiones sexuales”, del Título VIII de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995 (en adelante CP).

Según el Diccionario de la Real Academia, la intimidación equivale a «causar o infundir miedo»⁴. Así, el Tribunal Supremo en múltiples sentencias ha definido que la agresión sexual mediante intimidación supone: “supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza, amedrentamiento o uso de vis compulsiva, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos o contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva”⁵. Además, la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado⁶.

No obstante, hay un tipo de intimidación que no está conformada por la amenaza de un mal concreto, que es la figura de creación jurisprudencial denominada «intimidación ambiental». Este concepto no está expresamente previsto en los delitos de agresión o abuso sexual en el Código Penal, pero que el Tribunal Supremo viene aplicando antaño, disponiendo que debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples, debido a que la presencia de personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual, forma

⁴ Real Academia Española. (tr.). Intimidar. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 9 de mayo de 2021, de <https://dle.rae.es/intimidar?m=form>.

⁵ STS 145/2020, de 14 de mayo de 2020, FJ 5.

⁶ STS 769/2015, de 15 de diciembre de 2015, FJ. 8.

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 artículo 28 apartado b) CP⁷. Y ello porque la presencia de los copartícipes refuerza la situación de desamparo de la víctima, facilitando cada acto causal, haciendo nulo o ilusorio cualquier futuro mecanismo de defensa por parte de aquella que hubiera podido activarse de no concurrir los agresores en grupo⁸.

Se trata de un concepto acuñado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, confeccionado para colmar aquellas deficiencias que se producen cuando se enjuician delitos de naturaleza sexual. Sin embargo, ha sido objeto de controversias respecto a su alcance, ya que una parte de la doctrina está a favor de un concepto restrictivo del mismo y otra, de uno más amplio.

Por un lado, el concepto amplio de intimidación ambiental es aquel que comprende aquellos casos en los que varios sujetos crean con su mera presencia una situación de amedrentamiento de la víctima, de la que se aprovecha otro para llevar a cabo el acto de contenido sexual, pero también extiende este concepto a diversos supuestos que no solo comprenden la mera presencia, en los cuales los Tribunales se han ido pronunciando. Como es el caso de que los intervinientes hagan suyo el ataque participando en la creación de ese contexto intimidatorio, por ejemplo, cuando llevan a cabo comportamientos que en cualquier caso advierten aprobación, como grabar los hechos con un teléfono móvil⁹.

En este ejemplo, el Tribunal Supremo concluyó que haber grabado los hechos refuerza y reafirma no solo su aquiescencia y conformidad con la agresión, sino también la constatación por parte del sujeto pasivo de que es un agresor más, mermando todavía

⁷ STS 1291/2005, de 8 de noviembre de 2005, FJ 2.

⁸ STS 1192/1997, de 3 de octubre de 1997, FJ 1.

⁹ STS 757/2011, de 12 de julio de 2011, FJ. 4.

más su eventual resistencia, correlativamente al aumento de la intimidación mediante la cual los acusados consiguieron el acto sexual forzado¹⁰.

También comprende intimidación ambiental cuando el sujeto lleva a cabo comportamientos activos que, como mínimo, son constitutivos de participación. Como por ejemplo, el descrito en la SAP de Córdoba 11/2002, de 29 de abril, en el que el Tribunal aprecia un verdadero supuesto de cooperación necesaria por intimidación ambiental cuando el sujeto que conduce el vehículo, consciente de que están agrediendo sexualmente a la víctima en el interior del mismo, coadyuva, no ya solo con su presencia intimidatoria, sino también al no detener el vehículo en el momento para impedirlo, incrementando la indefensión de la víctima, de tal manera que, esa actitud omisiva pero de presencia física, no es meramente eficaz -que sería el supuesto de complicidad-, sino que se constituye como condición decisiva, y, en consecuencia, como cooperación necesaria¹¹.

Asimismo, se habla de intimidación ambiental habiendo el sujeto realizado conductas activas de carácter indudablemente intimidatorio, como apuntar con una pistola de aire comprimido a la víctima mientras los demás la forzaban sexualmente. En este caso, el Tribunal Supremo entendió que el sujeto también tomó parte activa en la intimidación con este comportamiento, que, si bien en el primer acto sexual consistió en participar en tal intimidación ambiental con su presencia, en el segundo episodio, su participación intimidatoria es ya resueltamente activa¹².

De igual forma, hay resoluciones que, en el contexto de agresiones sexuales contra víctimas menores de trece o dieciséis años, se aprecia intimidación ambiental por el hecho de que el autor único ejecuta los hechos en un domicilio o cualquier otro lugar del que no se pueda salir fácilmente.

¹⁰ STS 757/2011, de 12 de julio de 2011, FJ. 4.

¹¹ SAP 11/2002, de 29 de abril de 2002, FJ. 2.

¹² STS 626/2005 de 13 de mayo de 2005, FJ. 7.

De hecho, el Tribunal Supremo establece que se trata de una intimidación que podemos denominar “intimidación ambiental en el hogar en delitos contra la indemnidad sexual de los menores”, debido a que el autor de los hechos se ampara en amenazas evidentes contra los menores, convirtiéndose en un acosador psicológico que consigue vencer la oposición inicial, y en muchos casos mínima, de los menores. Y como decíamos, lo significativo es que, en estos casos, resulta más sencillo perpetrar el ataque que en otros escenarios donde otras víctimas pueden tener alguna vía de escapatoria, la cual resulta muy complicada en la intimidad del hogar y en los momentos en los que los progenitores están ausentes del mismo, que es cuando el autor de estos delitos los comete de forma depravada al influirles temor a los menores de las consecuencias de su negativa a sus deseos¹³.

Este supuesto de intimidación ambiental ya se está convirtiendo en una línea jurisprudencial consolidada, ya que empiezan a ser bastantes las sentencias que se pronuncian en la misma dirección¹⁴.

En contraposición, se encuentra el concepto de intimidación ambiental estricto, que entiende que su alcance debe ir referido exclusivamente a aquellos supuestos en los que dicha intimidación tenga su origen en la mera presencia de varios intervinientes que actúan en connivencia para conseguir su propósito sexual.

Al respecto, FARALDO CABANA aboga por este concepto, ya que concibe que en los demás casos donde se emplea el concepto de intimidación ambiental, en realidad, son de aprovechamiento de circunstancias de lugar, lo que entiende la autora que supone desnaturalizar el concepto sin necesidad ni motivo alguno. Asimismo, defiende que cuando el sujeto realiza comportamientos activos que atemorizan a la víctima, como rodearla, desnudarla o impedirle la huida cerrando las vías de salida, no es necesario

¹³ STS 478/2019, de 14 de octubre de 2019, FJ. 2.

¹⁴ SSTS 478/2019, de 14 de octubre de 2019, FJ. 2; 332/2019, de 27 de junio de 2019, FJ. 5; 282/2019, de 30 de mayo de 2019, FJ. 7.

hablar de intimidación ambiental, puesto que, si se emplea fuerza o coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado se trataría de intimidación, sin más¹⁵.

En relación con lo último, el Tribunal Supremo en su Sentencia 930/1998, de 2 de julio, resuelve un caso en el que concurre el anuncio de un mal expreso, puesto que se amenazaba a una mujer emigrante ilegal con la expulsión si no accedía a sus pretensiones, junto a la intimidación ambiental al desviarse hacia un camino entre árboles, entendiéndose que la propia situación ambiental es en sí misma intimidante. Por lo tanto, estimó que no podía aplicar el criterio de la cooperación necesaria propio de la intimidación ambiental porque en el momento del acto sexual, la presencia del interviniente, persona distinta al ejecutor, no tuvo especial relevancia, debido a que la intimidación consistió en la amenaza previa, idónea para doblegar la voluntad de la víctima, de forma tal, que absuelve al interviniente¹⁶.

El Tribunal Supremo considera en esta Sentencia que sería preciso que tal comportamiento presente notas de cualificada aportación y eficiente causalidad en la producción del resultado delictivo que le doten de especial relevancia y trascendencia para la consecución del objetivo propuesto¹⁷. Si bien hay que tener en cuenta que se trata de una Sentencia del año 1998 y un supuesto igual en la actualidad habría sido resuelto de otra forma, ya que, como hemos observado en las anteriores resoluciones expuestas, el concepto de intimidación ambiental ha evolucionado hacia un concepto amplio del mismo.

A nuestro criterio, en casos como el descrito, sí debe estimarse que concurre intimidación ambiental y aplicarse el consecuente criterio de la cooperación necesaria, puesto que, la voluntad de la víctima queda doblegada por el temor que produce la amenaza, pero también por la concurrencia de más sujetos, así la presencia del interviniente contribuye a que la realización de dicha amenaza sea más efectiva, lo cual

¹⁵ FARALDO CABANA, P., “La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 22, 2019, p. 390.

¹⁶ STS 930/1998, de 2 de julio de 1998, FJ. 3.

¹⁷ STS 930/1998, de 2 de julio de 1998, FJ. 3.

constata la víctima al saber que este es un agresor más, reduciendo todavía más su posible resistencia, correlativamente al aumento de la intimidación.

En consecuencia, el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la agresión, sin que sea preciso mayor aportación, ya que la mera existencia del grupo produce en la persona agredida un estado de intimidación ambiental¹⁸.

Asimismo, entendemos que el hecho de que haya amenazas, no excluye que efectivamente haya intimidación ambiental, sino que pueden darse en conjunto, tal y como se ha venido apreciando en diversas resoluciones, como en la STS 145/2020, de 14 de mayo, en la que se concluye que las amenazas proferidas llevan consigo una carga que integra la intimidación ambiental propia del lugar descrito en el hecho probado donde tienen lugar los actos forzados¹⁹. En este sentido, parte de la doctrina suele identificar a la intimidación con las amenazas y, desde nuestro punto de vista, ni toda amenaza origina intimidación, ni la intimidación se puede provocar únicamente a través de una amenaza.

A tal efecto, para MONGE FERNÁNDEZ, la falta de anuncio de daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación. Entiende la autora que siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha sea materialmente adecuada para alterar la libertad de actuación del destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecer se integra en el concepto legal de intimidación, al que podemos denominar intimidación ambiental²⁰.

Y a criterio de CARUSO FONTÁN, quien asusta o atemoriza sin avisar sobre un posible mal concreto, lo hace creando una situación que produce en el sujeto pasivo el convencimiento de que se le ocasionará un daño. Así, quien se asusta es porque teme un

¹⁸ SSTS 145/2020, de 14 de mayo de 2020, FJ. 5; 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ 5.

¹⁹ STS 145/2020, de 14 de mayo de 2020, FJ. 5.

²⁰ MONGE FERNÁNDEZ, A., *“Las Manadas” y su Incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 109.

mal, aunque desconozca exactamente las características que podrá reunir dicho mal. Considera que lo esencial, por tanto, es que el dolo del autor abarque la voluntad de causar temor al sujeto pasivo independientemente de cómo esto se lleve a cabo, y que, por ello, esta situación podrá provocarse tanto mediante la amenaza de un mal concreto como mediante la creación de un ambiente intimidatorio²¹.

A modo de conclusión, y a efectos de determinar el alcance de la intimidación ambiental, respaldamos el concepto amplio, de manera que el efecto intimidatorio puede producirse tanto por la concurrencia de varias personas con su sola presencia, como en el caso de que un único sujeto pasivo se aproveche de circunstancias de lugar, esto es, sitios sin salida o poco concurridos, de noche, alejados de la ciudad, etc. y, en definitiva, aquellas que no conteniendo un mal expreso, sean idóneas para crear un ambiente intimidatorio que neutralice la voluntad de la víctima. Los Juzgados y Tribunales vienen entendiendo que se produce intimidación ambiental en supuestos de agresión perpetrada por varios individuos, así como las que se producen en lugares aislados, las llevadas a cabo por autores de una complejidad superior a la de la víctima, etc.

Descartamos que la concepción amplia de este concepto desvirtúe la intimidación ambiental, pues, al contrario, entendemos que abarca todas aquellas circunstancias que, al no contener un mal expreso, venían siendo difíciles de calificar, y que objetivamente son propias de la intimidación requerida por el tipo de agresión sexual. Por lo que consolidar que estas constituyen intimidación ambiental, propicia una actuación conjunta y en la misma dirección de los Juzgados y Tribunales a la hora de suplir las deficiencias del Código Penal en materia de delitos sexuales, evitando que agresiones sexuales mediante intimidación, especialmente, intimidación ambiental, sean calificadas como abuso sexual.

Por otro lado, para apreciar intimidación ambiental no basta con afirmar que cada interviniente forma parte de la agresión sexual de los demás, sino que hay que

²¹ CARUSO FONTÁN, M^a. V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 187.

aplicarla al caso concreto, cuya función corresponde a los Juzgados y Tribunales, debiendo argumentar que efectivamente, debido a la mera presencia de los sujetos activos que concurren en grupo, se ha cumplido con el elemento intimidatorio que conforma la intimidación ambiental.

Es decir, la doctrina que asienta el Tribunal Supremo acerca de la intimidación ambiental no significa necesariamente que siempre que exista una agresión sexual grupal, todos los sujetos que formen parte de la acción tengan que responder por la de los demás, sino que, cuando todos, en cada agresión, formen parte del elemento de la agresión sexual -en este caso, la intimidación- tendrán que responder en concepto de cooperadores necesarios por formar parte de otro delito, independientemente del que hayan cometido como autores.

Como señala DÍAZ MORGADO, el tipo penal se refiere a “atentar utilizando violencia o intimidación”, enfatizando la idea de que entre la intimidación y el ataque sexual debe existir una relación de medio a fin. Ello implica que la intimidación debe de ser el medio utilizado por el autor para doblegar la voluntad o vencer la resistencia de la víctima²². Pero no necesariamente debe ser irresistible, invencible o de gravedad extraordinario, ya que no se puede requerir a la víctima una resistencia tal que ponga en peligro grave su vida o su integridad física, siendo suficiente con que sea idónea según las circunstancias del caso.

A tal efecto, de acuerdo con la STS 609/2013, la idoneidad de la intimidación se aprecia tanto desde un sentido objetivo que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, que observa las circunstancias personales de la víctima. El motivo de que deban valorarse la totalidad de circunstancias

²² DÍAZ MORGADO, C., “Capítulo I de las Agresiones Sexuales”, en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 657.

concurrentes reside en que el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que, objetivamente y en sí misma, no lo es²³.

De ahí que, según el Tribunal Supremo, sea conveniente para sentar mejor las bases de la concurrencia de intimidación, que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo, haciendo 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, así como la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión²⁴.

De hecho, la apreciación y valoración de estas circunstancias en la Sentencia del conocido caso de «la manada de San Fermín» es lo que llevó al Tribunal Supremo a apreciar intimidación ambiental y, por consiguiente, la calificación de los hechos como agresión sexual: “al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito (un portal), con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, (...) la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. (...) desde lo que experimentó la sensación de angustia, (...) sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad”²⁵.

De igual forma, estos elementos han de ser valorados en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, no pudiendo quedar sujetos a módulos estereotipados e inmutables²⁶.

Por otro lado, coincidiendo con CUERDA ARNAU, la resistencia que pueda haber por parte de la víctima, debe ser entendida como un indicio probatorio más de la falta de consentimiento, lo cual, sin embargo, puede probarse de modos distintos al de

²³ STS 609/2013, de 10 de julio de 2013, FJ 9.

²⁴ STS 1169/2004, de 18 de octubre de 2004, FJ 4.

²⁵ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019.

²⁶ STS 422/2021, de 19 de mayo de 2021, FJ 4.

ofrecer resistencia²⁷. Pues, tradicionalmente, se equiparaba la falta de resistencia con el consentimiento, y debe quedar patente que la intimidación produce en la víctima una actitud de sometimiento que no de consentimiento.

En relación con lo expuesto, el Tribunal Supremo viene diciendo, acertadamente, que no es admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores²⁸. Si éste 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 ésta²⁹.

Además, en cualquier caso, el delito de agresión sexual requiere violencia o intimidación, pero en modo alguno que se ocasionen lesiones a la víctima. Según tiene declarado el Tribunal Supremo, la ausencia de señales físicas en el cuerpo de la víctima o de otros signos externos, no impide la existencia del delito la agresión sexual, que ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones³⁰.

Finalmente señalar que, con respecto al concepto de intimidación, el Tribunal Supremo recientemente tipifica como agresión sexual en su Sentencia 477/2021, de 26 de mayo, la obtención de vídeos sexuales de una menor por las redes sociales, puesto que aprecia un marco de intimidación nutrido de amenazas explícitas, reales, graves y que, en términos situacionales, incorporan una tasa muy significativa de idoneidad³¹. Por lo que argumenta un nuevo criterio que es que la distancia física entre agresor y

²⁷ CUERDA ARNAU, M^a. L., “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”, en FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.), *La Manada. Un Antes y un Después en la Regulación de los Delitos Sexuales en España*, 1^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 129.

²⁸ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ 5.

²⁹ STS 1169/2004, de 18 de octubre de 2004, FJ 4.

³⁰ STS 713/2020, de 18 de diciembre de 2020, FJ 6.

³¹ STS 477/2021, de 26 de mayo de 2021.

víctima no altera la concurrencia de los elementos de la agresión sexual -en este caso, la intimidación-.

Con respecto a la calificación penal que merecen los intervinientes por su contribución individualizada en estos casos de agresión sexual mediante intimidación ambiental, el cual ha sido un tema debatido por la doctrina, partimos de la base de que la agresión sexual no es un delito de propia mano, por lo que se admite la coautoría y la participación.

Al respecto, BOLDOVA PASAMAR aboga por considerar superada la concepción de la agresión sexual como delito de propia mano que solo comete quien lleva a cabo directa y personalmente la acción sexual con la víctima³². MUÑOZ CONDE, por su parte, continúa sosteniendo que las agresiones sexuales son delitos de propia mano, lo que a su parecer no impide que se apliquen las reglas generales de la participación³³.

Siguiendo la teoría objetivo-formal, autor es aquel que ejecuta la acción recogida en el correspondiente tipo de la parte especial, mientras que la participación comprende todas aquellas conductas que se agotan en la fase preparatoria o ejecutiva, pero con acciones de mero auxilio.

De igual forma, el artículo 28 CP contempla una segunda modalidad de autoría, denominada coautoría, según la cual son autores quienes realizan el hecho “conjuntamente”. Esto es, dos o más personas, puestas de acuerdo, realizan el hecho de modo que cada autor lleva a cabo una aportación objetiva, de elementos esenciales, y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin común y, por lo tanto, ejecutan parcialmente el hecho delictivo³⁴.

³² BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como «caso de La Manada»”, en *Diario La Ley*, nº 9500, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2019, p. 6.

³³ CARUSO FONTÁN, M^a. V., *Nuevas perspectivas*, *op. cit.*, p. 240.

³⁴ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 142.

A tal efecto, como mencionábamos anteriormente, el Tribunal Supremo ha asentado que, además de ser cada uno autor por el acto sexual realizado, a su vez, es cooperador necesario por participar con su presencia en el efecto intimidatorio respecto de los actos sexuales realizados por los demás.

Por consiguiente, para que pueda hablarse de coautoría debe concurrir un requisito objetivo, consistente en la co-ejecución del hecho, y otro subjetivo, que es el acuerdo de voluntades entre todos ellos. Ahora bien, el acuerdo de voluntades puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica³⁵.

Pueden darse diversas situaciones a efectos de autoría. La primera es uno de los supuestos complejos que redacta ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC conocido como la “participación sucesiva o adhesiva”, en la que alguien ya ha dado comienzo a la ejecución del hecho, y posteriormente intervienen otros ratificando lo ya realizado o sumando su actividad con la del primero para lograr la consumación³⁶. En este sentido, el Tribunal Supremo establece que el concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun existiendo un plan preordenado, se produce la agresión sexual en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza³⁷. Por lo que, cuando los sujetos que se adhieran sean conscientes de acto forzado, aun no existiendo un acuerdo previo, responderán de igual forma como cooperadores necesarios.

Al respecto, según FARALDO CABANA, cuando estemos ante meros observadores de una agresión ajena, que no intervienen en la creación del contexto

³⁵ GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 561.

³⁶ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 142.

³⁷ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ 5.

intimidatorio, corresponde considerarlos, en su caso, autores de un delito de omisión del deber de impedir delitos previsto en el artículo 450 CP³⁸.

Por otra parte, se puede dar una situación en la que haya pluralidad de hechos y de personas, como, por ejemplo, cuando en una agresión sexual uno sujeta e intimida a la víctima, mientras el otro comete el acceso carnal, para después intercambiarse los papeles³⁹. Pues bien, como dictamina el Tribunal Supremo, será cooperador necesario, no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que, respondiendo a un plan conjunto, ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una la agresión sexual, aunque no se sujetase a la víctima⁴⁰.

En relación con ello, según MUÑOZ CONDE, en todo caso, conforme a la teoría de la coautoría, la actuación conjunta no tiene por qué ir necesariamente vinculada a la ejecución del contacto sexual, ya que el empleo de la violencia o intimidación constituye también una parte de la acción típica de la agresión sexual⁴¹. Por lo que la realización de la violencia o intimidación por una persona distinta a la que realiza el acto sexual, constituirá coautoría.

En la misma línea se manifiesta CARUSO FONTÁN, la cual está a favor de una interpretación realizada conforme a la teoría del dominio del hecho, al entender que es la que propone un análisis más completo de la conducta desde un punto de vista objetivo y subjetivo. Y, en virtud de la cual, se permite sostener, como supuesto paradigmático, la coautoría en aquellos supuestos en los que se diferencie el sujeto que despliega el medio comisivo de aquél que realiza el acto de carácter sexual⁴².

³⁸ FARALDO CABANA, P., “La intervención”, *op. cit.*, p. 391.

³⁹ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 143.

⁴⁰ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ. 5.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 212.

⁴² CARUSO FONTÁN, Mª. V., *Nuevas perspectivas*, *op. cit.*, p. 286.

Al respecto, HERNÁNDEZ PLASENCIA puntualiza que cuando varios sujetos concertados realizan el hecho punible, solo pueden ser coautores si ostentan cada uno de ellos el dominio funcional del hecho. El cual no proviene de la realización de actos ejecutivos del tipo, sino de la función que, conforme a una división del trabajo, ejerce cada interviniente en el hecho, siempre que constituya una aportación esencial en la fase de ejecución del delito⁴³.

Estando de acuerdo con los autores precedentes, podemos concluir que son coautores, respondiendo como tal, todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico, pues, además, si lo trasladamos a un supuesto de intimidación ambiental, los intervinientes realizan uno de los elementos típicos que exige el tipo penal, que es en este caso, la intimidación.

De igual forma, para el Tribunal Supremo, quien violenta in situ a la víctima, mientras otro la agrede sexualmente, mucho más si luego ambos actores intercambian las posiciones de protagonismo típico en el nuevo acceso, es, en puridad, coautor⁴⁴.

En lo concerniente a la delimitación entre coautoría y participación, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, entienden que, con independencia de que algunos de estos casos pudiera considerarse de auténtica autoría conjunta y no de mera participación necesaria, cabe exigir al menos auténticos actos de intimidación en los intervinientes, basándose en que si la sola presencia refuerza la situación intimidatoria creada por otro, pero no la genera directa y principalmente, han de reputarse cooperadores necesarios y no coautores. Además, afirman que dicha delimitación, aun pudiendo resultar ciertamente difícil, no exonera al juzgador a valorar en concreto la conducta del interviniente para determinar si, por su entidad, puede ser considerada como auténtica

⁴³ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 42.

⁴⁴ STS 145/2020, de 14 de mayo de 2020, FJ. 5.

realización de parte del hecho, y no como mero acto sin el cual esa parte no hubiera sido realizada⁴⁵.

Asimismo, CARUSO FONTÁN entiende que se podrá asignar la calificación de partícipes a los que presten una colaboración no determinante del desamparo de la víctima, no actúen con el requisito del acuerdo previo, o bien cuando no tengan conocimiento de lo decisivo de su contribución⁴⁶.

Con todo, el Tribunal Supremo manifiesta que la mejor doctrina para distinguir la coautoría de la participación, a la cual nos sumamos, es que, existiendo un plan común, y aceptándose la teoría del dominio funcional del hecho, la única posibilidad de diferenciar la autoría de la participación necesaria radica en el momento en que tiene lugar la aportación esencial al curso de los acontecimientos. Si acaece en la fase de ejecución es coautoría mientras que si tiene lugar en la fase preparatoria es cooperación necesaria⁴⁷.

III. LA INTIMIDACIÓN AMBIENTAL: ENTRE LAS AGRESIONES Y LOS ABUSOS SEXUALES POR PREVALIMIENTO.

En la práctica, los tribunales se encuentran con casos en los que es realmente complejo delimitar si nos encontramos ante una agresión sexual mediante intimidación o ante un supuesto de abuso sexual por prevalimiento.

Por un lado, el artículo 178 CP dispone que será castigado como responsable de agresión sexual “el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación”. Y, por otro lado, el artículo 181 CP establece, coherentemente con esa previsión, que será castigado como responsable de abuso sexual

⁴⁵ MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. M., “TITULO VIII Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I y II*, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 1.269.

⁴⁶ CARUSO FONTÁN, M^a. V., *Nuevas perspectivas*, op. cit., p. 244.

⁴⁷ STS 145/2020, de 14 de mayo de 2020, FJ 5.

“el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona”.

Por lo que partimos de la base de que el elemento que diferencia a ambos tipos penales es la concurrencia, por un lado, de la violencia o intimidación en las agresiones y, por otro, la ausencia de estas en los abusos. En cuanto al consentimiento puede resultar equívoco y su presencia en el caso concreto dudosa.

3.1. La importancia de la intimidación como elemento de distinción y sus consecuencias.

En función de la calificación que merezca el comportamiento en cuestión, nos encontramos ante dos regímenes punitivos muy distintos. Por un lado, las agresiones sexuales consistentes en acceso carnal llevan aparejada una pena de prisión de 6 a 12 años (art. 179 CP), mientras que, la pena prevista para el delito de abuso sexual con acceso carnal es prisión de 4 a 10 años (art. 181.4 CP).

Según RAMÓN RIBAS, el salto punitivo es, ciertamente, notable, pero mucho mayor aún si observamos lo previsto en los respectivos subtipos agravados. El artículo 180 CP establece que las agresiones sexuales serán castigadas con las penas de prisión de 5 a 10 años para las agresiones del artículo 178 CP, y de 12 a 15 años para las del artículo 179 CP. Y si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, dice el artículo 180.2 CP que, las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior: de 7 años y 6 meses a 10 años en un caso y de 13 años y 6 meses a 15 años en el otro.

Por su parte, en el ámbito de los abusos sexuales el número de agravantes específicas es muy inferior, y también son más moderados sus efectos cualificadores de manera que las penas previstas en el artículo 181.1 CP se impondrán en su mitad superior (2 a 3 años de prisión o multa de 21 a 24 meses en un caso, y prisión de 7 a 10

años en el otro) si concurren la circunstancia 3ª o la 4ª de las previstas en el artículo 180 CP⁴⁸.

Como podemos ver, la agravante 2ª del artículo 180 CP relativa a la actuación conjunta de dos o más personas, es exclusiva del delito de agresión sexual, no estando previsto en el artículo 181.5 CP que esta pueda aplicarse en los delitos de abuso sexual. Esta cuestión la desarrollaremos más adelante a la hora de delimitar estos delitos partiendo de la intimidación ambiental.

Por lo tanto, hay un salto punitivo considerablemente notable entre ambas figuras delictivas, lo cual es aún más notorio cuando en el caso concreto se dilucida qué figura delictiva es la que procede. En este sentido, es evidente y lógico, a nuestro parecer, que el legislador resuelva a favor de que los medios comisivos que advierten mayor potencial para lesionar al bien jurídico son la violencia e intimidación.

En este sentido, compartimos lo que sugiere CARUSO FONTÁN, que puntualiza que, no obstante, la importancia del ámbito de la libertad que se protege a través de estos tipos, imposibilita al legislador relegar a la protección penal sólo a los ataques perpetrados con los medios comisivos más graves. Pues, si así fuese, se estarían excluyendo de la protección del Derecho penal a todas las personas que no tienen capacidad para ser sujetos pasivos de ataques mediante intimidación⁴⁹. Y es que ciertamente, no se puede intimidar a una persona que está privada de sentido, debido a que, si la intimidación opera sobre la capacidad de motivación del sujeto, será preciso una mínima capacidad de formación de la voluntad.

Con respecto al régimen punitivo de agresión y abuso sexual a menores de dieciséis años, es ligeramente más rígido y se encuentra regulado en el artículo 183 del Código Penal, pues son sujetos a los que se le otorga una especial tutela penal. De una parte, los abusos sexuales llevan aparejada una pena de prisión de 2 a 6 años. En el supuesto de que consistieren en acceso carnal o similares, la pena prevista es prisión de

⁴⁸ RAMÓN RIBAS, E., “La intimidación en los delitos sexuales”, *op. cit.*, pp. 135-136.

⁴⁹ CARUSO FONTÁN, M.V., *Nuevas perspectivas*, *op. cit.*, p. 190.

8 a 12 años. Y, de otra, si el autor empleare violencia o intimidación estaremos ante una agresión sexual en la que se impondrá, respectivamente, la pena de prisión de 5 a 10 años o de 12 a 15 años.

Recordemos que, el Código penal de 1995 no recogía en su redacción original un subtipo específico para la agresión sexual a menores de edad (sí una agravante por razón de edad, pero sin mayores referencias)⁵⁰.

3.2. Alcance del concepto de prevalimiento en los abusos sexuales.

De la redacción del delito de abuso sexual en el Código Penal, podemos afirmar que está configurado como un delito contra la libertad sexual, en el que es posible identificar dos elementos, uno negativo consistente en la ausencia de violencia o intimidación, y otro positivo basado en la existencia del consentimiento, que evidentemente se encuentra viciado.

El abuso sexual por prevalimiento se regula en el apartado tercero del artículo 181 CP, disponiendo “cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”.

De esta definición la jurisprudencia extrae los tres elementos que deben concurrir en el prevalimiento para obtener el consentimiento viciado de la víctima, y son: situación manifiesta de superioridad del agente; que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima; y 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 víctima⁵¹.

⁵⁰ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política Criminal, Cultura y Abuso Sexual de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 95.

⁵¹ STS 470/2020, de 23 de septiembre de 2020, FJ 2.

A tal efecto, el Tribunal Supremo apunta que, en la situación de prevalimiento, prevalerse es tanto como valerse o servirse de algo que supone un privilegio o una ventaja, en clave penal, y hemos de partir de su naturaleza subjetiva, que tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad y que proporciona en el plano moral a una persona, un servicio o una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con la finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima⁵². Es decir, el sujeto activo se aprovecha dolosamente de una situación de superioridad con respecto a la víctima. Al respecto, se han considerado casos de abuso aquellos en los que existe una relación laboral, docente, económica, afectiva, etc., como, por ejemplo, un vínculo de amistad entre las familias del autor y de la víctima o cuando existe una diferencia notable de edad entre ambos⁵³.

No obstante, debe de haber un nexo causal constatado entre estas circunstancias con la limitación del consentimiento formalmente prestado por la víctima. De manera que, de no mediar el aprovechamiento de esas condiciones que colocaban al sujeto activo en una situación de superioridad frente a la víctima, es fácil inferir de los actos coetáneos e inmediatamente posteriores de la víctima, que las relaciones sexuales con la víctima no hubieran tenido lugar⁵⁴.

Por una parte, el abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, habiendo un claro desnivel entre las posiciones de ambos, la que determina per se la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima. Y, por otra parte, es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima,

⁵² STS 278/2020, de 3 de junio de 2020, FJ 6.

⁵³ DÍAZ MORGADO, C., “Tema 7. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) / HORTAL IBARRA, J.C. (Coord.), *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Tomo I*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 287.

⁵⁴ GAVILÁN RUBIO, M., “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 12, Dykinson, 2018, p. 90.

que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo⁵⁵.

En definitiva, el Tribunal Supremo en la Sentencia 305/2013, de 29 de abril, concreta que el prevalimiento es una intimidación de menor nivel, que no imposibilite de todos modos la libertad. En este sentido, dichos comportamientos se transforman en delitos de agresión sexual tan pronto como la víctima opone un mínimo de resistencia física, viéndose obligado el sujeto activo a aplicar fuerza corporal para vencerla y conseguir el fin propuesto, de tal forma que, lo que empezó siendo un abuso deviene en estos casos en una agresión sexual.

3.3. Delimitación entre prevalimiento e intimidación.

Desde un punto de vista teórico, y sin profundizar demasiado, podríamos afirmar que la diferenciación de ambas figuras parece evidente y palmaria: cuando media violencia o intimidación, hay agresión; y cuando no hay violencia e intimidación, estamos ante abuso sexual. No obstante, y nada más lejos de la realidad, la frontera que las separa es compleja desde cualquier ángulo, por lo que la doctrina aplica sus propios criterios a efectos de dilucidar ambos conceptos.

De hecho, el Tribunal Supremo ha evidenciado que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada⁵⁶.

Como se ha ido comentado a lo largo de este trabajo, la dificultad aparece al definir si concurre agresión sexual intimidatoria o abuso sexual con prevalimiento, dado que se trata de figuras extremadamente próximas. Tan próximas que las diferencias

⁵⁵ STS 352/2021, de 29 de abril de 2021, FJ 5.

⁵⁶ STS 1030/2010, de 2 de diciembre de 2010, FJ 3.

entre ambos tipos penales radican en sutiles matices, si bien con importantes diferencias penológicas, según se califiquen unos hechos conforme a una figura delictiva u otra.

Y es que el prevalimiento en realidad es una intimidación, pero de menor grado⁵⁷, lo cual nos sitúa en el siguiente contexto que media entre ambos tipos: supuestos que integran esta modalidad de abuso sexual con prevalimiento, guardando una estrecha relación con contextos intimidatorios difusos, esto es, supuestos en los que la amenaza de un mal no es explícita⁵⁸. Es decir, abusos sexuales con prevalimiento en colisión con la denominada intimidación ambiental, caracterizada esta última por no haber el anuncio expreso de mal alguno, pero donde se crea un clima coercitivo de tal forma que impide al sujeto pasivo ejercer libremente su voluntad respecto de la acción sexual en la que se ve envuelto.

Al respecto, el supuesto de la STS 744/2007, de 14 de junio, describe a la perfección este escenario que es objeto de controversias, y en el que se resuelve, en este caso, a favor de la agresión sexual por apreciar intimidación ambiental. La argumentación de la Sala es la siguiente: “no aparece acto alguno de fuerza física para conseguir los mencionados accesos carnales, y también que no existió amenaza de un mal concreto. Pero todo, desde el comienzo, se desarrolló en un ambiente de intimidación que produjo miedo en la víctima, y esto fue la causa de que ella no se resistiera e incluso que colaborara con sus agresores para evitar males mayores, como ya se ha dicho”. Y el ambiente de intimidación descrito es: “Eran dos los atacantes, que comenzaron obligando a X a introducirse en el coche en un lugar apartado de las afueras de Valladolid, en la carretera de circunvalación, de noche, donde ella no tenía otra

⁵⁷ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ 3; STS 769/2015, de 15 de diciembre de 2015, FJ 8.

⁵⁸ BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Capítulo 9. Delitos contra la indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en SOLA RECHE, E., ROMEO CASABONA, C. M^a. y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, p. 200.

opción que la de no resistirse, la alejaron de la ciudad (...), donde Y, que conducía el vehículo, lo detuvo y ocurrieron esos plurales accesos carnales”⁵⁹.

A nuestro criterio, consideramos que la regulación actual de estos delitos permite afirmar que la actuación conjunta de dos o más personas es un supuesto exclusivo de intimidación, pues una interpretación lógico sistemática de estos preceptos, determina que el legislador, al no integrar entre las circunstancias que agravan el delito de abuso sexual la agravante 2ª, esto es, la actuación conjunta de dos o más, en el apartado quinto del artículo 181 CP, es porque considera que estos casos de pluralidad de intervinientes revisten un carácter intimidatorio propio de la intimidación y, por lo tanto, de la agresión sexual.

En este sentido, PLASENCIA CASTRO entiende que la actuación conjunta de dos o más personas no puede subsumirse en el delito de abuso sexual porque el Código Penal considera que la superioridad numérica es una de las formas en que puede manifestarse la violencia y la intimidación, que es incompatible con el abuso. De la misma manera, explica que, si tampoco pueden aplicarse al delito de abuso sexual las agravantes 1ª y 5ª del apartado 1 del artículo 180 CP, esto es, el trato degradante o vejatorio, y el uso de armas, es porque ambas se consideran también que son manifestaciones de la violencia y la intimidación. Ya que, por ejemplo, sería impensable que nadie calificara un delito de abuso sexual con la agravante de uso de armas⁶⁰.

En consecuencia, consideramos que no es necesario una reforma de estos delitos, sino que, en virtud de esta interpretación, todos los casos de actuación conjunta conllevan intimidación, en concreto, intimidación ambiental, por lo que deberían de ser calificados como agresión sexual.

Siendo impensable, por lo tanto, según PLASENCIA CASTRO, que ningún Tribunal pueda volver a calificar como delito de abuso sexual la agresión llevada a cabo

⁵⁹ STS 744/2004, de 14 de junio de 2004, FJ, 3.

⁶⁰ PLASENCIA CASTRO, F., La «actuación conjunta de 2 o más personas» convierte automáticamente el delito contra la libertad sexual en una violación. Conflegal, 28 de abril de 2018.

por pluralidad de intervinientes. Y, en definitiva, entiende que la actuación conjunta de dos o más personas convierte automáticamente el delito contra la libertad sexual en una violación.

Por otra parte, para ALTUZARRA ALONSO, el primer inconveniente en esta distinción reside en que el carácter subjetivo es determinante en estos delitos, cuya apreciación suele resultar compleja y de laboriosa percepción, como lo puede ser la determinación del grado de constreñimiento de la voluntad de la víctima⁶¹. Pues ciertamente, existen casos en los que el Tribunal Supremo afirma que, en última instancia, lo más relevante es el aspecto subjetivo dado que, a pesar de existir un mínimo de entidad objetiva, lo verdaderamente concluyente es la forma en que la misma ha sido vivenciada por la víctima⁶².

En relación con ello, señalar que, si la intimidación se manifiesta de muchas formas e intensidades conforme a la personalidad del sujeto pasivo, cada víctima responderá de maneras y magnitudes diferentes⁶³. Por lo que efectivamente también es imprescindible atender a las circunstancias y condiciones personales de la víctima.

Por su parte, FARALDO CABANA y RAMÓN RIBAS parece ser que dan con el quid de la cuestión. Defienden que agresiones y abusos sexuales comparten varios elementos típicos, y si bien, a raíz de aquí, la problemática se da sobre la base de la concurrencia de intimidación en el abuso sexual con prevalimiento, que no alcanza la intimidación requerida o necesaria en las agresiones sexuales⁶⁴.

Un ejemplo de ello es el caso en el que una persona le dice a otra que, o bien mantiene relaciones sexuales con él o bien desvelará que fue infiel, y la persona intimidada y consciente accede a ello. En este caso, podemos afirmar que estamos ante

⁶¹ ALTUZARRA ALONSO, I., “El delito de violación en el Código Penal Español: Análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional” en *Estudios De Deusto: Revista De La Universidad De Deusto*, Vol. 68/1, 2020, p. 537.

⁶² STS 1396/1999, de 1 de octubre de 1999, FJ 1.

⁶³ STS 587/1998, de 28 de abril de 1998, FJ 6.

⁶⁴ FARALDO CABANA, P. y RAMÓN RIBAS, E., “La intimidación”, *op. cit.*, p. 258.

abuso sexual con prevalimiento, en el que no se aprecia la intimidación que exige el tipo de la agresión sexual en los artículos 179 a 180 CP. Por lo que efectivamente se ha producido una intimidación, pero de menor grado, la cual propició una situación de superioridad manifiesta del sujeto activo respecto del pasivo, que aprovecha obteniendo así el consentimiento viciado de la víctima.

Para captar y delimitar dicho condicionamiento típico, se debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubran la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerla⁶⁵.

Nuestra posición al respecto es que, efectivamente, debe atenderse al grado de incidencia de la intimidación en el caso concreto, observando las limitaciones a la libertad de la víctima. Y, en consecuencia, si dicha libertad está anulada o, en caso de una intimidación de menos entidad, coartada, estaremos, ante una agresión sexual o un abuso sexual, respectivamente⁶⁶. Así, para RAMÓN RIBAS y FARALDO CABANA, si la víctima conserva la opción de negarse al acto, existe abuso sexual. De este modo, se entiende que en los abusos por prevalimiento la víctima ve lesionada su libertad de decidir, mientras que en la agresión lo que se menoscabada es la libertad de obrar⁶⁷. De ahí que, en el caso de pluralidad de intervinientes, sería muy poco probable que, ante un ambiente intimidatorio creado por la presencia de estos, la víctima viese coartada, que no anulada, su libertad, y, en consecuencia, debido a la entidad de la intimidación que reviste esta situación debería de ser reconducida, en todo caso, por el delito de agresión sexual.

En este sentido, a efectos de graduar la intimidación, el propio artículo 181 apartado tercero CP establece expresamente que el prevalimiento tiene lugar cuando “se coarte la libertad de la víctima”, de este modo se puede deducir que, si la libertad se encuentra totalmente anulada por una intimidación, estaremos ante el tipo de las

⁶⁵ STS 145/2020, de 14 de mayo de 2020, FJ 5.

⁶⁶ FARALDO CABANA, P. y RAMÓN RIBAS, E., “La intimidación”, *op. cit.*, p. 258.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 258-259.

agresiones sexuales intimidatorias⁶⁸. Así pues, en la STS 578/2004, de 26 de abril, se establece que la intimidación típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación⁶⁹.

De igual forma, para BOIX REIG y ORTS BERENGUER la intimidación se encuadra en las agresiones sexuales cuando esta es de tal entidad que la conducta de la víctima se observa como impuesta u obligada, lo cual no sucede en el abuso por prevalimiento, en el que el carácter de la intimidación permite actuar con cierta libertad condicionada⁷⁰.

Al respecto, la jurisprudencia viene estableciendo que no se exige una intimidación irresistible, sino que es suficiente que resulte bastante para someter o suprimir la voluntad de resistencia de la víctima⁷¹. En cuanto al concepto de “bastante”, RAMÓN RIBAS concibe que ha de entenderse en una doble vertiente, de manera que, además de referirse a la suficiencia para suprimir la voluntad de resistencia de la víctima que señalan los tribunales, ha de entenderse como «bastante» para conceptuarse como agresión sexual⁷².

Al contrario de lo que piensa CUERDA ARNAU, que rechaza esta postura sosteniendo que, si la intimidación se ha acreditado suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, nada más se requiere para concluir que se está ante una agresión sexual⁷³.

En definitiva, siguiendo a FARALDO CABANA y a RAMÓN RIBAS, podemos llegar a la conclusión de que la agresión sexual exige el empleo de violencia o intimidación, pero no de cualquier violencia o intimidación. Y, por ello, los delitos de abusos sexuales no excluyen, en realidad, el empleo de intimidación, sino de esta cuando tiene una determinada entidad⁷⁴.

⁶⁸ ALTUZARRA ALONSO, I., “El delito de violación”, *op. cit.*, p. 538.

⁶⁹ STS 578/2004, de 26 de abril de 2004, FJ 2; STS 9/2016, de 21 de enero de 2016, FJ 1.

⁷⁰ ALTUZARRA ALONSO, I., “El delito de violación”, *op. cit.*, p. 539.

⁷¹ STS 9/2016, de 21 de enero de 2016, FJ 1.

⁷² ALTUZARRA ALONSO, I., “El delito de violación”, *op. cit.*, p. 538-539.

⁷³ CUERDA ARNAU, M^a. L., “Agresión y abuso sexual”, *op. cit.*, p. 126.

⁷⁴ FARALDO CABANA, P. y RAMON RIBAS, E., “La intimidación”, *op. cit.*, p. 258.

Otra cuestión de suma importancia en tal delimitación es la que enuncia el Tribunal Supremo, pues, en cualquier caso, si subsistiera una muy fundada duda, debe resolverse a favor del reo⁷⁵. Al respecto, coincido con la matización que expone ALTUZARRA ALONSO, pues este criterio conviene que sea aplicado con cautela, dado que se puede dar el peligroso efecto de que, ante el conocimiento de casos complejos, se dé cobijo en el abuso con prevalimiento a conductas que de no existir este tipo se enmarcarían ampliamente en la agresión sexual⁷⁶. Es decir, que se recurra a esta vía de forma subsidiaria en casos complejos de resolver, lo cual es inaceptable. Y, en consecuencia, es aún más relevante que se preste la debida atención a las circunstancias específicas del caso concreto, que, como estamos observando en esta exposición, son la clave para dar la mejor respuesta jurídica.

Finalmente, concluimos que, en cualquier caso de concurrencia de dos sujetos o más, lo que daría pie a intimidación ambiental, debe ser considerado como agresión sexual, siendo inadmisibles su calificación como abuso sexual por prevalimiento, puesto que podemos afirmar que no abarca en su totalidad la gravedad del ilícito penal, siendo aplicable en casos de menor entidad, pero nunca cuando la intimidación tenga su origen en la intervención de varios sujetos que en connivencia ejecutan el ataque sexual.

3.4. Alcance del concepto de consentimiento en ambos tipos delictivos.

Recordemos que estamos ante delitos contra la libertad sexual, lo que supone que cada persona pueda aceptar o rechazar a su razonable criterio una relación. Por ello, la motivación del consentimiento es irrelevante si el motivo no ha tenido su origen mediante engaño o coacción por el sujeto activo. Por lo tanto, en principio, es concebible que una persona mayor de edad, válida física y psíquicamente se encuentre

⁷⁵ STS 368/2010, de 26 de abril de 2010, FJ 4.

⁷⁶ ALTUZARRA ALONSO, I., “El delito de violación”, *op. cit.*, p. 540.

en una situación que le obligue a mantener una relación que no desea, aún sin la concurrencia de fuerza física o amenaza alguna⁷⁷.

Al respecto, los bienes jurídicos penales individuales o personales tienen por objeto viabilizar la autorrealización del individuo, por lo que se encuentran estrechamente vinculados con el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad⁷⁸. En la misma línea, DE VICENTE MARTÍNEZ expone que el consentimiento excluye el ataque a la libertad sexual y, con ello, la tipicidad de la conducta, lo cual se fundamenta en la teoría liberal del bien jurídico referida al individuo⁷⁹.

Esta libertad tiene dos dimensiones, una positiva, constituida por la capacidad del sujeto para disponer de su cuerpo a efectos sexuales, y otra negativa, que sería el derecho de una persona a no verse involucrado en comportamientos de naturaleza sexual no deseados⁸⁰.

Por lo que los bienes jurídicos, en este caso, la libertad sexual, sirven al libre desarrollo del individuo, no habiendo una lesión al mismo cuando el acto sexual se basa en una disposición del titular del bien jurídico que no afecta a su libre desarrollo, sino que por el contrario es una manifestación de su expresión. Y, en definitiva, cualquier consentimiento efectivo excluiría el desvalor del resultado y con él el desvalor de la acción y el tipo de delito.

Cuestión distinta es cómo se expresa esta aceptación. En este sentido, para CARUSO FONTÁN se debe aceptar que el consentimiento puede ser prestado a través de «comportamientos concluyentes». Los llamados «actos concluyentes» son comportamientos indicativos de una determinada voluntad, es decir, comportamientos que, sin ser destinados por su naturaleza a exteriorizar la voluntad, la exteriorizan,

⁷⁷ STS 935/2006, de 2 de octubre de 2006, FJ. 6.

⁷⁸ CHANG KCOMT, R., *El Consentimiento en El Derecho Penal. Análisis Dogmático*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 162.

⁷⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción” en FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.), *La Manada. Un Antes y un Después en la Regulación de los Delitos Sexuales en España*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 187.

⁸⁰ GAVILÁN RUBIO, M., “Agresión sexual y abuso con prevalimiento”, *op. cit.*, p. 84.

porque a través de ellos se advierte que el sujeto que los realiza tiene una voluntad determinada⁸¹.

Al respecto, defiende la autora que no se puede negar normativamente el valor a una exteriorización de voluntad realizada sin palabras, dado que, si los actos concluyentes pueden tener fuerza suficiente como para fundamentar la existencia de un requisito típico, no es posible restarle peso a la hora de excluir la tipicidad de una conducta. Y con razón, reflexiona sobre el hecho de pretender que el consentimiento sea dado de forma expresa en todos los casos y estadios de la relación, lo cual resulta tan remoto como improbable, pues el comportamiento sexual de las personas no va a cambiar porque una norma establezca que debe haber un contrato previo y expreso entre las partes para poder mantener relaciones sexuales⁸².

En lo que se refiere al consentimiento del menor, la autora GONZÁLEZ AGUDELO nos habla de que este ha de ser inequívoco, manifiesto y actualizado, los cuales hacen referencia a la necesidad de exteriorización del consentimiento. Puntualiza, además, que el silencio o la pasividad no es consentimiento, si hay dudas debe verificarse, y esto vale para cada nueva acción sexual que quiera realizarse, aunque ya se haya iniciado una interacción sexual consentida⁸³.

Así con todo, con respecto al consentimiento en el delito de abuso sexual por prevalimiento, este delito es aquel en el que el sujeto pasivo atenta igualmente contra la libertad sexual de la víctima, pero sin violencia e intimidación y sin que medie consentimiento.

No obstante, esa falta de consentimiento, a salvo de tocamientos episódicos o fugaces, lo deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y, en consecuencia, siendo este inválido o inexistente. Por ello, el Código Penal, a los efectos de tipificar este delito, añade la premisa de “se consideran abusos sexuales no

⁸¹ CARUSO FONTÁN, M^a. V., “¿Sólo Sí es Sí?”, *op. cit.*, p. 7.

⁸² CARUSO FONTÁN, M^a. V., “¿Sólo Sí es Sí?”, *op. cit.*, p. 8.

⁸³ GONZÁLEZ AGUDELO, G., *La Sexualidad de los Jóvenes: Criminalización y Consentimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 129.

consentidos”, porque en tales casos el consentimiento se ha obtenido inválida o viciadamente⁸⁴.

Por lo tanto, en el prevalimiento existe un consentimiento viciado debido a que el atacante, aprovechándose de las circunstancias, interviene en el proceso de formación de la voluntad del sujeto pasivo haciendo que esta se configure de acuerdo a las apetencias del primero⁸⁵.

En este sentido, conviene hacer un paréntesis para apuntar que el Diccionario de la Real Academia define consentir como «permitir algo o condescender en que se haga» y también como «dicho de una cosa: soportar, tolerar algo, resistirlo»⁸⁶. Por lo que el término consentimiento comprende supuestos distintos: en unos hay una clara voluntad de que el resultado se produzca (se quiere); y en otros muy poca, de manera que se soporta⁸⁷.

En cuanto al segundo supuesto en el que la voluntad es mínima y se soporta, relacionándolo con el consentimiento viciado en el abuso sexual, cabe estimar lo que apunta ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN para aquellos casos en los que el consentimiento constituye un elemento positivo del tipo: la voluntad del titular existe, pero no se considera eficaz, por ejemplo, porque se trate de una voluntad coartada por un elemento que la invalida, como el empleo de violencia, intimidación o engaño, o se haya abusado de una situación de superioridad, o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima⁸⁸. Por lo tanto, en menor medida, hay consentimiento, pero viciado, y una voluntad coartada, y, por lo tanto, se trata de un consentimiento inválido o nulo.

Por su parte, en el delito de agresión sexual tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis física o vis

⁸⁴ STS 713/2020, de 18 de diciembre de 2020, FJ 6.

⁸⁵ STS 935/2006, de 2 de octubre de 2006, FJ. 6.

⁸⁶ Real Academia Española. (tr.). Consentir. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 2 de junio de 2021, de <https://dle.rae.es/consentir?m=form>.

⁸⁷ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *El Consentimiento en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 31-32.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 59.

moral), para doblegar la voluntad de la víctima. Apreciando también las exigencias típicas de la intimidación ambiental, esto es, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia. Pues, esa fuerza adquiere múltiples formas y aparece con variados matices, unas veces a causa del espacio físico en donde se desenvuelven los acontecimientos, en otras ocasiones por la soledad del paraje en el que se desarrolla el ataque, y en otras, por la concurrencia de varios autores⁸⁹.

En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien esta sea violenta o de carácter intimidatorio⁹⁰.

Finalmente, concluimos en la misma dirección que BOLDOVA PASAMAR, y es que las divergencias fundamentales entre abuso y agresión sexual no radican en el aspecto del consentimiento, asentimiento o aquiescencia de la víctima, a la vista del bien jurídico común, sino en el externo y objetivo de la existencia o inexistencia de violencia o intimidación ejercidas como medios para llevar a cabo la acción sexual⁹¹. No obstante, no por ello debe dejar de ser estudiado en estos delitos, pues los análisis que hace tanto la jurisprudencia como la doctrina son importantes a la hora de examinar ambas figuras.

IV. ANÁLISIS DEL “CASO DE LOS JUGADORES DE LA ARANDINA”.

El presente caso objeto de análisis ha reavivado la polémica que ya venía servida desde la Sentencia de “la manada de San Fermín”, pues nuevamente nos encontramos a la deriva entre la agresión y el abuso sexual. Eso sí, en este caso, a una menor de 15 años.

⁸⁹ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ. 5.

⁹⁰ STS 713/2020, de 18 de diciembre de 2020, FJ 6.

⁹¹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Presente y futuro en los delitos sexuales”, *op. cit.*, p. 3-4.

El caso de los jugadores del club de La Arandina pasa a ser mediático, por una parte, debido a que hay una mayor atención por parte de los medios de comunicación, que no era habitual antes del citado caso de “la manada”. Y, por otra parte, por las penas tan altas con las que ha castigado la Audiencia Provincial de Burgos. Y es que la Audiencia Provincial ha acatado simple y llanamente la jurisprudencia que el Tribunal Supremo venía estableciendo, así como el Código Penal: “en casos como el enjuiciado, y a los meros efectivos de crear doctrina legal, cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, comete cada uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es, ordinariamente, coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por un título diferente (art. 28.1º y 2º.b) de dos delitos de agresión sexual, en su caso, de violación”⁹². Al respecto, señalar que “la manada de San Fermín” hoy estaría condenada a 96 años de cárcel si la acusación lo hubiese solicitado en el recurso, pero en base al principio acusatorio, el Tribunal Supremo no puede aplicar dicha jurisprudencia.

A modo de crítica, ACALE SÁNCHEZ expresa que las penas tan altas que se han impuesto en este caso son la consecuencia de un Código penal punitivista, jaleado reforma tras reforma, por un sector de la sociedad que se siente más protegida cuando más pena se dispone para los delitos, pero que critica la aplicación estricta de esas mismas leyes cuando hay que condenar a uno de los nuestros⁹³.

En primer lugar, nos encontramos con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre, que aprecia intimidación ambiental, subsumiendo los hechos en el tipo de la agresión sexual y, en segundo lugar, con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo de 2020, que resuelve el recurso de apelación interpuesto por los jugadores, en la cual se rechaza la concurrencia de intimidación ambiental, calificando de abuso sexual los hechos.

⁹² STS 1169/2004, de 18 de octubre de 2004, FJ. 4.

⁹³ ACALE SÁNCHEZ, M., Segundo asalto judicial del caso de los jugadores del Arandina. Nueva Tribuna, 20 de marzo de 2020.

En este epígrafe se procederá a analizar ambas sentencias en atención a la fundamentación jurídica en la que se basan para apreciar o no la intimidación ambiental, y así, posteriormente, llegar a una conclusión sobre cual es a nuestro juicio la respuesta jurídica que consideramos que procede en este caso.

Asimismo, estamos ante un caso tan complejo de evaluar porque la principal problemática jurídico-penal radica en la inexistencia de una variedad de pruebas. Es decir, toda la actividad probatoria se ha basado en la declaración de la víctima, lo cual supone una especial dificultad para los magistrados a la hora de tomar una decisión firme.

No obstante, el Tribunal Supremo ha establecido unos criterios en los que explica cómo se debe valorar la prueba cuando esta se base exclusivamente en una sola declaración, cuestión que analizaremos en el epígrafe V.

4.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre de 2019.

Como mencionábamos, la AP de Burgos aprecia intimidación ambiental, por lo que califica los hechos como agresión sexual a menor de 16 años en la modalidad de acceso carnal por vía bucal. Y siguiendo lo establecido por el Tribunal Supremo, condena a cada uno de los acusados en concepto de autor por la agresión cometida a 14 años de prisión y, a su vez, a 12 años de prisión como cooperadores necesarios por participar en la agresión respecto de la realizada por los demás⁹⁴. Es decir, a cada uno se le condena a un total de 38 años de prisión.

De tal forma que, cuando la AP de Burgos apreció intimidación, directamente paso a ser una agresión sexual y directamente paso también a ser aplicable el criterio de la agresión sexual grupal que asentó el Tribunal Supremo, resultando por ello penas tan elevadas. Esto es, la mera existencia de intimidación hace que las penas pasen a 38 años

⁹⁴ STS 1291/2005, de 8 de noviembre de 2005, FJ 2.

ya que supone que se tenga que hacer un doble salto: el primero, el que hace que se pase de abuso sexual a agresión sexual, y el segundo, el que hace que pase a ser juzgado como tres agresiones sexuales de la que los tres son responsables al ser tres acciones diferentes.

En atención a la fundamentación que defiende la intimidación ambiental, la cual es la clave de la Sentencia, la AP de Burgos se remite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo citando que 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. Siendo 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, así como la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión⁹⁵.

Por lo que la Audiencia entiende que en la descripción de este caso, el hecho de que la menor se encontrase en un domicilio ajeno, con la luz apagada y rodeada por tres varones de superior compleción y edad, los cuales se habían desnudado, y quitándole a ella también la ropa, cogiéndole de las manos y la cabeza, dirigiéndola hacia sus penes para que les masturbase y les realizase sucesivamente felaciones, constituye una situación de intimidación ambiental⁹⁶. Motivo por el cual estima que resulta creíble que la menor, por su falta de madurez, y sorpresa, no supiese reaccionar, quedándose bloqueada y paralizada, temiendo que si se negaba los tres acusados pudieran reaccionar en forma violenta.

Al respecto, como se puede observar, la AP atiende a la personalidad y circunstancias de la víctima, así como a su grado de madurez que, como se manifestó por la psicóloga, se correspondía con la de una persona de 13 años, la cual se

⁹⁵ STS 1169/2004, de 18 de octubre de 2004, FJ. 4.

⁹⁶ SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre de 2019, FJ. 8.

encontraba totalmente influenciada por las redes sociales y la imagen que pretendía, y que deseaba ser considerada como una mujer, adulta y con experiencia sexual⁹⁷.

Por lo tanto, consideramos que es acertada la convicción a la que llega la AP de Burgos, pues la intimidación empleada en el delito de agresión sexual no ha de ser irresistible, sino que basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima⁹⁸. Lo cual, si lo trasladamos al supuesto presente, desde un punto de vista objetivo, son circunstancias que crean un ambiente coercitivo idóneo que paraliza la voluntad de la víctima y que, desde una perspectiva subjetiva, es suficientemente intimidatorio para una niña de 15 años con la madurez de una de 13. Por lo que podemos afirmar, además, que hubo una relación de medio a fin entre la intimidación ambiental y el ataque sexual.

Asimismo, la AP de Burgos dictamina que los acusados fueron conscientes de que la menor no prestaba en forma libre y voluntaria su consentimiento para la realización de los actos sexuales, puesto que fueron ellos quienes le quitaron la ropa y ella cruzó sus brazos, tratando de evitar la realización de una acción sexual que no deseaba ni consentía⁹⁹. Lo cual descubre la voluntad opuesta al acto sexual¹⁰⁰. A tal efecto, si éste 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 ésta¹⁰¹.

Por otro lado, en lo que concierne al acceso carnal vía vaginal que tiene lugar en la habitación de uno de los acusados con éste, la AP aplica el artículo 183 quater CP dado que considera que la versión de la menor relativa a que este fue en contra de su voluntad, no resulta debidamente corroborada, apoyándose en unas conversaciones que

⁹⁷ SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre de 2019, FJ. 3.

⁹⁸ STS 609/2013, de 10 de julio de 2013, FJ 10.

⁹⁹ SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre de 2019, FJ. 8.

¹⁰⁰ STS 224/2005, de 24 de febrero de 2005, FJ. 10.

¹⁰¹ STS 1169/2004, de 18 de octubre de 2004, FJ 4.

la víctima mantiene con personas de su círculo de amistad. Por lo que decide aplicar dicha exención teniendo en cuenta el informe del equipo psicosocial en el que se expuso que la madurez del acusado era similar a la de la menor¹⁰².

En este caso, no se entiende que, tras calificar los sucesivos accesos carnales por vía bucal como agresión sexual, el posterior acceso carnal quede impune. Y es que, si bien es una situación difícil de valorar, la intimidación ya se ha producido en la menor, de manera que, una vez acabado el primer episodio sexual, no significa que también la menor haya dejado de sentirse intimidada. De hecho, ella va al baño y el acusado le sigue con la finalidad de seguir satisfaciendo su apetito sexual en el seno de ese encuentro, lo cual se produce de una forma inmediata, pues él le señala que entre en su habitación y ella le sigue con actitud sumisa, sin oponer resistencia, dado que sigue dentro de un ambiente intimidatorio, el cual ha doblegado su voluntad¹⁰³.

Es decir, en virtud de esa intimidación ambiental previa, el acusado se aprovecha para volver a agredir sexualmente a la víctima.

Por lo tanto, estamos en desacuerdo con la aplicación del artículo 183 quater CP¹⁰⁴, pues, aun no resultando debidamente corroborado que el acto fue contra su voluntad, de ello no puede interpretarse sensu contrario que hubo un consentimiento libre, tal y como exige el precepto.

En esta línea, señalar que, siguiendo la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal, citada por la AP en su Sentencia, en el apartado séptimo sobre el ámbito de aplicación puntualiza que el capítulo al que la norma se proyecta es el II bis, que abarca acciones típicas en las que concurre violencia, intimidación o prevalimiento, y que lógicamente

¹⁰² SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre de 2019, FJ. 4.

¹⁰³ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ. 5.

¹⁰⁴ Artículo 183 quater CP: “El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.

estas acciones en ningún caso pueden entenderse consensuadas y por tanto no cabrá ante ellas aplicar la previsión del artículo 183 quater CP¹⁰⁵.

En definitiva, siendo posible la apreciación de la intimidación ambiental en este segundo acto sexual, carece de coherencia aplicar la exención. Además, este artículo sirve de aplicación para aquellos casos en los que realmente hay una relación consentida entre el menor y la otra persona de edad y madurez próxima, no siendo una vía de escape en casos complejos de resolver como es el presente, en el que se absuelve al autor tras haber cometido una agresión sexual intimidatoria y sin quedar probado que hubo realmente un consentimiento libre en el acto sexual objeto de exención.

4.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo de 2020.

Por su parte, el TSJ de Castilla y León estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos por los tres acusados, absolviéndoles de los delitos de agresión sexual por los que habían sido condenados y condenando a dos de ellos por un delito de abuso sexual con la atenuante muy cualificada del artículo 183 quater y absolviendo al tercero de todo delito.

La Sala tumba la intimidación ambiental, pues entiende que, si bien existió acceso carnal por vía bucal, este no se provocó mediante ningún tipo de intimidación ya que considera que el relato de la menor, analizándolo desde el principio de incredibilidad subjetiva, presenta fisuras relevantes en su lógica interna y carece de elementos periféricos que le sirvan de apoyo¹⁰⁶. En este aspecto, como se puede observar en la Sentencia, el TSJ no atiende a las circunstancias personales de la víctima como su edad o su falta de madurez acreditada por la psicóloga.

¹⁰⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal.

¹⁰⁶ STSJ de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo de 2020, FJ. 8.

De hecho, hace una interpretación un tanto obsoleta de las circunstancias del caso, dado que a medida que argumenta la Sentencia, va añadiendo matices como el siguiente *“la conducta inmediatamente anterior, por una parte, subiendo al piso voluntariamente y permaneciendo en él junto a ellos sin abandonarlo, tras comprobar que se habían desnudado, a pesar de que nadie hizo nada para impedirlo”*¹⁰⁷. Es decir, carga de una responsabilidad absoluta a la víctima, que no olvidemos tenía 15 años en el momento de los hechos, dando a entender que la misma tendría que haberse ido ante el desnudo de los acusados, y que si no se fue es porque no quiso, dando por supuesto que no le iban a impedir a la menor marcharse, cuestión no probada. Mientras que lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla¹⁰⁸.

Ello se asemeja a decirle a una persona a la que le acaban de disparar que tendría que haber esquivado las balas, lo que carece de sentido alguno. Además, el Tribunal Supremo ha puntualizado en varias ocasiones que no se puede exigir de las víctimas actitudes heroicas que las conducirían a sufrir males mayores¹⁰⁹.

En cuanto a las circunstancias analizadas desde un punto de vista objetivo, considera la Sala que no existe ninguna coherencia entre una agresión sexual cometida en conjunto por tres personas que, conocedores de la minoría de edad de la denunciante, apagan la luz, se desnudan y cuando vuelve ésta del baño y se sienta en una esquina del sofá, proceden a quitarle la ropa y aprovechando que se ha quedado paralizada por el miedo, la cogen las manos para que les masturbe y luego le sujeten la cabeza para que le haga una felación a cada uno de ellos¹¹⁰. Y es que no tiene porqué ser coherente, sino idóneo para intimidar a una menor de 15 años, impidiendo así que actúe según su derecho de autodeterminación. Idoneidad, además, que depende del caso concreto, pues

¹⁰⁷ STSJ de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo de 2020, FJ. 8.

¹⁰⁸ STS 769/2015, de 15 de diciembre de 2015, FJ. 8.

¹⁰⁹ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ. 5.

¹¹⁰ STSJ de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo de 2020, FJ. 15.

no basta examinar las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción.¹¹¹.

Por otro lado, el Tribunal señala la dificultad de hallar un enlace mínimamente lógico entre la intimidación y el episodio inmediatamente posterior, manteniendo una relación sexual con uno de los acusados. Tal es así que, al no haber sido recurrida tal absolución por la acusación, entiende que es una cuestión a tener en cuenta a la hora de valorar los hechos ocurridos con anterioridad en el salón¹¹², lo que *“implica consecuentemente estimar probado que la menor consintió mantenerla libre y voluntariamente”*¹¹³.

En este sentido, si es verdad que hay un error evidente por parte del Fiscal y de las acusaciones, ya que no recurren dicha absolución. No obstante, en palabras de FARALDO CABANA, el TSJ de Castilla y León utiliza esa absolución, en una pirueta interpretativa, para afirmar que, si el acceso carnal vía vaginal fue consentido y nadie lo impugnó, pues entonces los tres accesos carnales vía bucal anteriores también tuvieron que serlo¹¹⁴. La concurrencia del consentimiento, así como su validez, no puede quedar sujeta a la interposición o no de un recurso.

Por lo tanto, el TSJ, nada más lejos de la realidad, no emplea las herramientas necesarias para abordar si estamos ante agresión sexual intimidatoria o abuso sexual, centrándose, única y exclusivamente, en qué aspectos de la conducta o actitud de la víctima pueden flaquear, sin tener en cuenta su edad e inmadurez, para así dar mayor credibilidad a los acusados, olvidándose de que lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta¹¹⁵. Por el contrario, si podemos observar como a la hora de determinar la responsabilidad de los acusados, sí tiene en cuenta su falta de

¹¹¹ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ. 5.

¹¹² STSJ de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo de 2020, FJ. 2.

¹¹³ STSJ de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo de 2020, FJ. 8.

¹¹⁴ FARALDO CABANA, P., “La intervención”, *op. cit.*, p. 412.

¹¹⁵ STS 1169/2004, de 18 de octubre de 2004, FJ 4.

madurez¹¹⁶, llegando a apreciar una atenuación muy cualificada del artículo 183 quater CP.

Finalmente, el Tribunal llega a la convicción de que, si solamente merecen reproche penal, es por la edad de la denunciante, inferior a los dieciséis años al tiempo de acaecer los mismos¹¹⁷.

V. OTRAS CUESTIONES: LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CUANDO ESTA SE BASA EXCLUSIVAMENTE EN LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA.

Es muy frecuente que la declaración de la víctima sea la única prueba de la que dispone el Juez o Tribunal para tomar su decisión acerca de si es suficiente para enervar la presunción de inocencia, por lo que su valoración es de suma importancia. En los casos de agresión sexual mediante intimidación, como es el caso de los jugadores de La Arandina, la situación es aún más compleja, puesto que no se desprenden evidencias físicas que puedan actuar como pruebas médicas acerca de la realidad del delito cometido.

En primer lugar, subrayar que la declaración de la víctima tiene valor de prueba testifical, siempre que se practique con las debidas garantías, y, además, esta prueba única no es una prueba indiciaria, sino que se considera prueba directa, y ha sido admitida como prueba de cargo¹¹⁸. No obstante, no siempre se convierte en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal.

En este sentido, el Tribunal Supremo dispone que la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las

¹¹⁶ STSJ de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo de 2020, FJ. 13.

¹¹⁷ STSJ de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo de 2020, FJ. 15.

¹¹⁸ STS 1317/2004, de 16 de noviembre de 2004, FJ. 3.

circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos¹¹⁹, como sucede en la mayoría de agresiones sexuales. Asimismo, el Tribunal Constitucional se ha manifestado en más de una ocasión en la misma dirección, como, por ejemplo, en la STC 201/1989, de 30 de noviembre de 1989¹²⁰.

Al respecto, el Tribunal Supremo señala que el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad¹²¹.

Además, afirma que la credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar, ya que no ha presenciado esa prueba, pero en su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que tiene, así como sobre la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal sentenciador de instancia. Por ello, dispone que el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias, como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación¹²².

Si bien estos criterios no son, en todo caso, condiciones objetivas de validez de la prueba, sino parámetros a los que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable y controlable a la luz de las exigencias que estos factores de razonabilidad valorativos representen¹²³.

¹¹⁹ STS 111/1999, de 30 de enero de 1999, FJ. 2.

¹²⁰ STC 201/1989, de 30 de noviembre de 1989, FJ. 1.

¹²¹ STS 650/2008, de 23 de octubre de 2008, FJ. 1.

¹²² STS 650/2008, de 23 de octubre de 2008, FJ. 2.

¹²³ STS 706/2000, de 26 de abril de 2000, FJ. 4.

Respecto al criterio de la incredibilidad tiene dos aspectos subjetivos relevantes a valorar. El primero, las propias características físicas o psico-orgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, así como la incidencia en la credibilidad de sus afirmaciones que puedan tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades. Y, el segundo, la inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, o de las previas relaciones entre acusado y víctima, denotativas de móviles de odio, venganza o enemistad. Las cuales enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes¹²⁴. Si bien, ello no significa que la afirmación de una de ellas de haber sido agredida por otra tenga necesariamente que ser falsa.

Conforme a este criterio, el TSJ de Castilla y León sopesa que el testimonio de la misma presenta fisuras relevantes en su lógica interna, y carece de elementos periféricos que le sirvan de apoyo¹²⁵.

Por lo que a la verosimilitud del testimonio se refiere, debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos, lo cual implica, por un lado, que la declaración de la víctima deba ser lógica en sí misma, es decir, no contraria a las reglas de la lógica de la común experiencia. Y, por otro lado, que la declaración deba de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso. Ello significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima¹²⁶.

Por último, en lo que concierne a la persistencia en la incriminación, supone, en primer lugar, la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia

¹²⁴ STS 650/2008, de 23 de octubre de 2008, FJ. 2.

¹²⁵ STSJ de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo de 2020, FJ. 8.

¹²⁶ STS 650/2008, de 23 de octubre de 2008, FJ. 2.

material en la incriminación, valorable no en un aspecto meramente formal de repetición de una lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones. En segundo lugar, la concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Se valora que especifique y concrete con precisión los hechos, narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar. Y, en tercero lugar, la coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes¹²⁷.

Si trasladamos estos criterios a la fundamentación que sigue la AP de Burgos en el caso de los jugadores de la La Arandina, en la valoración de la declaración de la víctima se llega a la conclusión de que esta ha sido persistente en su declaración, que carecía de móviles espurios para perjudicar a los denunciados y que ha sido congruente en aquellas cuestiones esenciales. Señala la Sala que, todo ello siendo conscientes de que si bien a unos testigos (compañeros de clase) les contó que los hechos habían ocurrido voluntariamente y a otros que habían sido en contra de su voluntad, lo cual ha supuesto una mayor dificultad a la hora de llegar a una conclusión segura sobre la forma en que ocurrieron los hechos¹²⁸.

No obstante, entiende que, si bien dicha disparidad de versiones podría servir para invalidar su testimonio, no miente sobre los hechos expuestos, solamente que, teniendo un sentimiento de culpabilidad por lo acontecido en el piso de los acusados, no deseaba que aquellos conocidos de menor confianza supieran la verdad de lo ocurrido, de tal forma que optó por decirles que habían sido de forma voluntaria, e incluso alardear de ello. Mientras que, ante aquellas personas, familiares o que tenía mayor confianza, mantuvo que los actos sexuales no habían sido consentidos por ella¹²⁹.

¹²⁷ STS 650/2008, de 23 de octubre de 2008, FJ. 2.

¹²⁸ SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre de 2019, FJ. 3.

¹²⁹ SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre de 2019, FJ. 3.

En definitiva, consideramos que debemos confiar en los Juzgados y Tribunales, que son quienes valoran la prueba siguiendo los criterios asentados por el Tribunal Supremo. Por lo que, en el caso de los jugadores de La Arandina, entendemos que ningún Tribunal condenaría a 38 años de prisión, si realmente no tiene claro que la víctima no miente, ello partiendo de la base de la complejidad de casos como este.

VI. CONCLUSIONES.

Tras la realización de este trabajo de investigación, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

I. Definimos la intimidación ambiental como el ambiente coercitivo o de terror dirigido a doblegar la voluntad de la víctima que, o bien los agresores crean con su presencia, o bien se valen de circunstancias de lugar, en cuyo caso no es preciso que concurra más de un agresor. Por lo tanto, aquellas circunstancias que no conteniendo un mal expreso, sean idóneas para crear un ambiente intimidatorio que neutralice la voluntad de la víctima, podrán calificarse como intimidación ambiental.

Además, consideramos que hay un efecto positivo en esta calificación, dado que consolidar como intimidación ambiental estas circunstancias, propicia una actuación conjunta y en la misma dirección de los Juzgados y Tribunales a la hora de suplir las deficiencias del Código Penal en materia de delitos sexuales, evitando que agresiones sexuales mediante intimidación, especialmente, intimidación ambiental, sean calificadas como abuso sexual.

II. Para apreciar intimidación ambiental, hay que aplicarla al caso concreto, cuya función corresponde a los Tribunales, debiendo argumentar que efectivamente, debido a la mera presencia de los sujetos activos que concurren en grupo, se ha cumplido con el elemento intimidatorio que conforma la intimidación ambiental. Para lo cual debe atenderse a las circunstancias objetivas del caso concreto, así como las subjetivas relativas a las condiciones del sujeto pasivo.

III. Defendemos que el delito de agresión sexual no es un delito de propia mano, lo que da paso a la coautoría y participación en este delito. Por lo que concluimos que la actuación conjunta no tiene por qué ir necesariamente vinculada a la ejecución del contacto sexual, ya que el empleo de la violencia o intimidación constituye también una parte de la acción típica de la agresión sexual. De forma que la realización de intimidación ambiental debido a la presencia conjunta de varios sujetos, distintos al que realiza el acto sexual, constituirá coautoría en concepto de cooperador necesario del artículo 28 apartado b) CP.

Asimismo, apoyamos la teoría del dominio funcional del hecho, por lo que serán coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico.

Y en cuanto a la distinción entre coautoría y participación nos posicionamos a favor de lo expuesto por el Tribunal Supremo, que establece que la clave está en el momento en que tiene lugar la aportación esencial al curso de los acontecimientos, pues si concurre en la fase de ejecución es coautoría, mientras que si tiene lugar en la fase preparatoria es cooperación necesaria.

IV. Con respecto a la delimitación entre intimidación y prevalimiento, consideramos que la línea que separa ambos conceptos es igual de difusa tanto en la discusión doctrinal como en la aplicación judicial, pues tanto la intimidación como el prevalimiento parten de la base del aprovechamiento de una situación de superioridad.

No obstante, en lo que se refiere a la delimitación con la intimidación ambiental, entendemos que la falta de previsión en el delito de abuso sexual de la circunstancia agravante de actuación conjunta de dos o más personas del artículo 180 apartado primero CP, es una decisión del legislador que se debe a que estos casos de concurrencia de varios sujetos, constituyen intimidación, la cual es propia y exclusiva del delito de agresión sexual. Y, en consecuencia, en ningún caso, cabría calificar como abuso sexual un supuesto de pluralidad de intervinientes, puesto que no abarca en su

totalidad la gravedad del ilícito penal, siendo aplicable en casos de menor entidad, pero nunca cuando la intimidación tenga su origen en la intervención de varios sujetos que en connivencia ejecutan el ataque sexual.

Finalmente, concluimos que, en cualquier caso de concurrencia de dos sujetos o más, daría pie a la intimidación ambiental y debe ser calificado como agresión sexual, no siendo necesaria, en consecuencia, una reforma del Código Penal, en virtud de esta interpretación.

V. Con respecto al consentimiento, entendemos que las diferencias fundamentales entre agresión y abuso sexual no radican en el aspecto del consentimiento, asentimiento o aquiescencia de la víctima, sino que sirve para determinar la tipicidad o atipicidad de los hechos en cuestión.

VI. Sobre la valoración de la declaración de la víctima cuando esta es la única prueba, consideramos que debemos confiar en los Juzgados y Tribunales, que son quienes, siguiendo los criterios asentados por el Tribunal Supremo, valoran la prueba. Por lo que, en el caso de los jugadores de La Arandina, estimamos que ningún Tribunal condenaría a 38 años de prisión, si realmente no tiene claro que la víctima no miente, y ello partiendo de la base de la complejidad de casos como este.

VII. Finalmente, la normativa sobre los delitos sexuales ha sido objeto de múltiples reformas hasta llegar a la actual, así como de diversas críticas e interpretaciones. No obstante, concluimos que no es preciso en estos momentos una reforma del Código Penal en materia de delitos sexuales, pues la actual regulación está cualificada, de mano de la jurisprudencia y la doctrina, para abordar los problemas sociales que se plantean en los Tribunales. Además, como decíamos al principio de este trabajo, el Derecho Penal no está al servicio de cuestiones ideológicas, de manera que dotar de un valor simbólico a las normas penales supone distorsionar su función.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., Segundo asalto judicial del caso de los jugadores del Arandina. Nueva Tribuna, 20 de marzo de 2020. Disponible en <https://nuevatribuna.publico.es/articulo/sociedad/justicia-sentencia-casoarandina-agresionsexual-violacion-machismomata/20200320181317172372.html> (última consulta el 26 de junio de 2021).
- ALTUZARRA ALONSO, I., “El delito de violación en el Código Penal Español: Análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, en *Estudios De Deusto: Revista De La Universidad De Deusto*, Vol. 68/1, 2020, pp. 511-558. Disponible en <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1833> (última consulta el 12 de mayo de 2021).
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como «caso de La Manada»”, en *Diario La Ley*, nº 9500, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2019.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Capítulo 9. Delitos contra la indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en SOLA RECHE, E., ROMEO CASABONA, C. M^a. y BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.), *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016.
- CARUSO FONTÁN, M^a. V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- CARUSO FONTÁN, M^a. V., “¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Diario La Ley*, n^o 9594, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2021.
- CHANG KCOMT, R., *El Consentimiento en El Derecho Penal. Análisis Dogmático*, 1^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- CUERDA ARNAU, M. L., “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”, en FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.), *La Manada. Un Antes y un Después en la Regulación de los Delitos Sexuales en España*, 1^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción” en FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.), *La Manada. Un Antes y un Después en la Regulación de los Delitos Sexuales en España*, 1^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DÍAZ MORGADO, C., “Capítulo I de las Agresiones Sexuales”, en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DÍAZ MORGADO, C., “Tema 7. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) / HORTAL IBARRA, J.C. (Coord.), *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Tomo 1*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *El Consentimiento en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- FARALDO CABANA, P., “La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n^o 22, 2019, pp. 381-420. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/26493> (última consulta el 25 de mayo de 2021).

- GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GAVILÁN RUBIO, M., “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (R.E.D.S.)*, nº 12, Dykinson, 2018, pp. 82-95.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G., *La Sexualidad de los Jóvenes: Criminalización y Consentimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., “*Las Manadas*” y su Incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R.M., “TÍTULO VIII Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I y II*, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PLASENCIA CRESPO, F., La «actuación conjunta de 2 o más personas» convierte automáticamente el delito contra la libertad sexual en una violación. Confilegal, 28 de abril de 2018. Disponible en <https://confilegal.com/20180428-la-actuacion-conjunta-de-2-o-mas-personas-convierte-automaticamente-el-delito-contra-la-libertad-sexual-en-una-violacion/> (última consulta el 2 de julio de 2021).
- RAMÓN RIBAS, E., “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, en FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M.

(Dirs.), *La Manada. Un Antes y un Después en la Regulación de los Delitos Sexuales en España*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política Criminal, Cultura y Abuso Sexual de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Constitucional 201/1989, de 30 de noviembre de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo 1192/1997 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de octubre de 1997 (recurso 507/1996).

Sentencia del Tribunal Supremo 930/1998 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 2 de julio de 1998 (recurso 2334/1997).

Sentencia del Tribunal Supremo 111/1999 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 30 de enero de 1999 (recurso 2102/1997).

Sentencia del Tribunal Supremo 1396/1999 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 1 de octubre de 1999 (recurso 1615/1998).

Sentencia del Tribunal Supremo 706/2000 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de abril de 2000 (recurso 2212/1999).

Sentencia del Tribunal Supremo 578/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de abril de 2004 (recurso 776/2003).

Sentencia del Tribunal Supremo 1169/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de octubre de 2004 (recurso 1368/2003).

Sentencia del Tribunal Supremo 1317/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 16 de noviembre de 2004 (recurso 2912/2002).

Sentencia del Tribunal Supremo 224/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 24 de febrero de 2005 (recurso 479/2004).

Sentencia del Tribunal Supremo 626/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 13 de mayo de 2005 (recurso 9/2004).

Sentencia del Tribunal Supremo 1291/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 8 de noviembre de 2005 (recurso 263/2005).

Sentencia del Tribunal Supremo 935/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 2 de octubre de 2006 (recurso 1593/2005).

Sentencia del Tribunal Supremo 650/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de octubre de 2008 (recurso 1587/2007).

Sentencia del Tribunal Supremo 368/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de abril de 2010 (recurso 10971/2009).

Sentencia del Tribunal Supremo 1030/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 10 de diciembre de 2010 (recurso 10155/2010).

Sentencia del Tribunal Supremo 757/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 12 de julio de 2011 (recurso 10196/2011).

Sentencia del Tribunal Supremo 609/2013 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 10 de julio de 2013 (recurso 1917/2012).

Sentencia del Tribunal Supremo 769/2015 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 15 de diciembre de 2015 (recurso 1007/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo 9/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de enero de 2016 (recurso 10668/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo 282/2019 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 30 de mayo de 2019 (recurso 10561/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 332/2019 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de junio de 2019 (recurso 10732/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 4 de julio de 2019 (recurso 396/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 478/2019, de 14 de octubre de 2019 (recurso 10205/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo 145/2020 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 14 de mayo de 2020 (recurso 10613/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo 278/2020 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de junio de 2020 (recurso 10693/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo 470/2020 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de septiembre de 2020 (recurso 10735/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo 422/2021 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 19 de mayo de 2021 (recurso 10613/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo 477/2021 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 25 de mayo de 2021 (recurso 3097/2019).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 14/2020 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de marzo de 2020 (recurso 8/2020).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 11/2002 (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 29 de abril de 2002 (12/2000).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 379/2019 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 11 de diciembre de 2019 (recurso 4/2018).



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna