

Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal

2020

Núm. 57 (Enero-Marzo)

Jurisprudencia

3. Fichas de Jurisprudencia

Derecho penal

2. Responsabilidad por actuación en grupo cuando se cometen varias violaciones con intercambio de roles entre los intervinientes (MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA)

2 Responsabilidad por actuación en grupo cuando se cometen varias violaciones con intercambio de roles entre los intervinientes

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA

ISSN 1575-4022

Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 57
Enero - Marzo 2020

 [Sentencia Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019 \(RJ/2019/4052\).](#)

Recurso de casación interpuesto contra la  [sentencia dictada el 1 de febrero de 2019](#) (JUR 2019, 58604) por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección n.º 29, en el procedimiento sumario ordinario 1454/2017, en el que se condenó a los recurrentes como autores penalmente responsables de un delito continuado de agresión sexual, de los  [artículos 178](#),  [179](#),  [180](#) y  [74](#) del  [Código Penal](#) a las penas de

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Nº Marginal: JUR 2019, 285075

Nº Marginal Publicación: RJ 2019, 4052

VOCES

- La intimidación en el delito de agresión sexual
- Diferencias entre intimidación y prevalimiento por abuso de superioridad manifiesta
- Intimidación ambiental
- Responsabilidad por actuación en grupo (violaciones múltiples en las que intervienen varios sujetos con cambio de roles)

- Concurso de delitos: delito continuado versus concurso real de delitos
- Circunstancia gravante del  [art. 180.1.2ª](#) CP (actuación en grupo) condiciones para su apreciación.

SUPUESTO DE HECHO

Los hechos que dieron lugar a la resolución examinada son los siguientes: Salomé mantenía una relación de amistad con Saturnino quien presentó a Salomé a un amigo, Matías, con quien Salomé entabó una relación consistente en encuentros de carácter sexual, siendo el último el 6 de enero de 2015. A través de Saturnino, Salomé conoció también a los procesados Marcos, mayor de edad, sin antecedentes penales, y Millán mayor de edad y sin antecedentes penales. Saturnino le presentó a ambos como sus “hermanos”. Salomé coincidió con ellos en dos ocasiones con anterioridad a los hechos y no mantuvo con ellos ningún tipo de relación.

Marcos y Millán conocían la relación de Salomé y Matías y los encuentros sexuales que habían mantenido. El día 13 de marzo de 2015 Salomé quedó por la tarde con Saturnino, con quien pasó varias horas en el centro comercial. Sobre las 23:00 horas de ese mismo día, como los tres acusados querían tener sexo con Salomé, Saturnino contactó con ella proponiéndole verse esa noche en compañía de sus hermanos para tomar algo. Ante la negativa de Salomé, Saturnino perseveró, hablando el resto de los procesados con Salomé, insistiendo en verse esa misma noche para “tomar algo”, accediendo finalmente Salomé a verse con los cuatro. Saturnino no fue a la cita, so pretexto de tener un plan mejor, lo que no comunicó a Salomé. Los procesados se personaron en el domicilio de Salomé quien se extrañó que no estuviera Saturnino, sentándose en la parte de atrás del vehículo junto a Matías, reclamando a Saturnino su presencia vía WhatsApp, contestando aquél que “ahora iba”. Ante el extraño itinerario que Salomé advirtió, les preguntó a dónde iban, respondiendo que tenían que pasar por casa de la hermana de Matías. Al llegar a dicho domicilio, Salomé y Matías fueron a uno de los dormitorios, donde comenzaron a besarse y a tener un contacto más íntimo. Matías se desnudó completamente y Salomé de cintura para arriba. De forma inesperada entraron en la habitación Marcos y Millán preguntando algo sobre la conexión de la PlayStation, saliendo a requerimiento de Salomé. Pero de inmediato volvieron a entrar en la habitación, haciendo caso omiso a la petición de Salomé de que salieran de allí, cubriéndose con las manos sus pechos. En ese momento los acusados comenzaron a solicitar los favores sexuales de Salomé a lo que ella insistentemente dijo que no quería mantener actos sexuales con ninguno de ellos salvo con Matías. Salomé estaba sentada en el borde de la cama, cruzando los brazos sobre su torso desnudo. A un lado se tumbó Matías desnudo. Por detrás de Salomé se colocó Millán, que comenzó a tocarle el pecho, removiéndose Salomé para que le dejase de tocar, al tiempo que la cogió por la cabeza y le acercó la cara al pene de Marcos para que le realizara una felación, ante lo cual Salomé se levantó, indicándoles que tenía la regla, ellos dijeron que no era problema y empezaron a quitar las sábanas de la cama y alguno fue a por toallas, mientras insistían y ella del mismo modo les decía que no, que no quería y que además tenía un tampón puesto, entonces Millán la cogió del brazo y la metió en el baño, cerró la puerta y le dijo que se quitara el tampón.

Ante la angustiada situación, Salomé pidió auxilio a Matías, reiterándole que no quería tener sexo con sus hermanos, respondiendo Matías que no les podía dejar así y que tenían que probarla para dar el visto bueno a su relación. Salomé ante la situación de grave temor accedió a realizarle una felación con eyaculación dentro de la boca de Salomé. Pero cuando concluyó dicho acto sexual y salieron del baño, los otros dos procesados, que estaban en la puerta, le reclamaron su turno, pidiendo auxilio Salomé a Matías, quien no le hizo caso, no le contestó, no le miró ni le auxilió, entrando a continuación en el baño Millán que comenzó a tocarla por todo su cuerpo quien obligó por la fuerza a Salomé a practicarle una felación.

A continuación, y tras salir Millán del baño, entró Marcos no sin antes insistir Salomé que quería irse a su casa, respondiéndole Matías que Marcos no se podía quedar sin su felación, por lo que finalmente, ante la situación en la que se encontraba, se la practicó Salomé. Los tres acusados a partir del momento en el que Millán y Marcos comenzaron a pretender tener sexo con Salomé, eran conscientes de que ésta se negaba a ello y que le practicó una felación a cada uno de los tres acusados por el temor que los mismos le infundieron intencionadamente con la actitud descrita

anteriormente.

Los procesados Matías y Millán fueron condenados a la pena de 15 años de prisión como autores de un delito continuado de agresión sexual agravado por la actuación conjunta de dos o más personas y Marcos fue condenado a la pena de 14 años de prisión como autor de un delito continuado de agresión sexual agravado por la actuación conjunta de dos o más personas. La resolución fue recurrida en casación y el TS desestimó todos los motivos, confirmando la sentencia.

CRITERIO O «RATIO DECIDENDI»

Los motivos alegados en los recursos son varios y algunos de ellos de índole procesal. Se discuten, en este terreno, la legalidad de la clonación de la memoria completa de los teléfonos móviles de los procesados, así como la amplitud de la medida que cubre un periodo temporal de datos que alcanza los 8 meses.

Al margen de ello, los aspectos que aquí van a ser comentados se encuentran en los Fundamentos Jurídicos séptimo y siguientes y afectan a la interpretación del delito agresión sexual agravada (violación) cometido en grupo, concretamente a algunos de los elementos centrales de esta figura.

D) La primera cuestión que examina el alto tribunal es la relativa al elemento de la *violencia o intimidación* que caracteriza la agresión sexual para diferenciarla de los abusos sexuales con *prevalimiento*. Ambas figuras consisten en imponer a otro determinada actividad sexual sin su consentimiento, estableciéndose como diferencia entre ellas que, en la primera, pese al rechazo de la víctima, se le hace pasar por la relación empleando violencia o intimidación para ello, mientras que, en la segunda, el delito comporta lograr una actividad sexual sin obtener previamente el libre y válido consentimiento de quien se ve afectado por ella.

La agresión sexual acontece cuando se imponen actos de contenido sexual empleando violencia o intimidación. Habrá *violencia* en aquellos casos en los que se emplea fuerza física, concebida como equivalente a acometimiento, coacción o imposición material, lo que implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones o desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima. Se cita, en este sentido, algunas resoluciones, entre otras las [SSTS 1145/1998, de 7 de octubre \(RJ 1998, 8049\)](#); [1546/2002, de 23 de septiembre \(RJ 2002, 8996\)](#) [\(RJ 2002, 8996\)](#) o [373/2008, de 24 de junio \(RJ 2008, 4086\)](#). Habrá intimidación, prosigue el tribunal, cuando se emplee cualquier clase de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado ([STS núm. 1583/2002, de 3 octubre \(RJ 2002, 9356\)](#) [\(RJ 2002, 9356\)](#)) siempre que éste sea serio, previo, inmediato, grave y determinante del consentimiento forzado [[SSTS. 130/2004 de 9 de febrero \(RJ 2004, 2137\)](#) y [1164/2004 de 15 de octubre \(RJ 2004, 7593\)](#)].

Es precisamente la concurrencia de ese elemento coactivo (la intimidación) el que permite diferenciar las agresiones sexuales de los abusos sexuales con *prevalimiento*, en los que existe un verdadero consentimiento, si bien *está viciado por una causa externa que opera a modo de coacción psicológica*. Para diferenciar el *prevalimiento* de la intimidación el tribunal recurre a la [STS 305/2013, de 12 de abril \(RJ 2013, 3187\)](#) en la que se señala que concurre intimidación cuando el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la *voluntad de la víctima que anula o disminuye, de forma radical, su capacidad de decisión*. Define la intimidación como un elemento de naturaleza psíquica que requiere el empleo de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. Frente a esta caracterización, *el prevalimiento lo califica como una especie de intimidación, pero de grado inferior, que no impide de forma absoluta actuar libremente, pero si disminuye considerablemente tal libertad*. El *prevalimiento* consecuencia de la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el [art. 181.3 CP](#), se produce cuando el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, produce una presión al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual.

Para apreciar el delito de agresión, la violencia e intimidación han de operar en un contexto fáctico en el que la víctima haga patente su negativa, siendo ésta percibida por el autor, y termine por doblegarse la voluntad negativa de la víctima precisamente por el uso de fuerza física o intimidante (exigencia objetiva) suficiente para determinar a quien es objeto del ataque (exigencia subjetiva), sin que se requiera una fuerza o intimidación irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, bastando con una aptitud relativa o ajustada a las circunstancias del caso.

II) Aclara también, la resolución reseñada, que no siempre la intimidación se verbaliza de un modo directo, ni siquiera se exterioriza físicamente de una manera determinada y explícita. Son numerosos los supuestos de “*intimidación ambiental*” en los que el amedrentamiento, puede proyectarse de modo consciente, y de manera paralelamente comprensible para el destinatario, sin necesidad de un lenguaje verbal o de un lenguaje gestual manifiesto e incontestable. El contexto, y la forma en que se encadena con la actuación humana, son elementos que – considerando las convenciones humanas y la realidad social en el que se desarrollan– pueden interactuar de una forma tan inseparable y sugerente, que ningún observador ecuaníme dudaría sobre su significado o sentido. La falta de anuncio de daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación, como tampoco desaparece el amedrentamiento cuando no exista una real intención de causar el mal sugerido. Siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha es materialmente adecuada para modificar la que sería la libre opción del destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecerse integra el concepto legal de intimidación. Es a este tipo de intimidación al que podemos denominar “*intimidación ambiental*”.

Considera la resolución que eso fue precisamente lo acaecido en los hechos enjuiciados en los que los acusados no exteriorizaron, ni verbal ni gestualmente, que Salomé fuera a pasar por un mal físico o vital si no satisfacía sus deseos sexuales, pero este riesgo es necesariamente percibido por alguien a quien se le imponga la situación que la sentencia describe. Con independencia de que Salomé acudiera voluntariamente a la vivienda, la sentencia describe que los tres acusados eran hombres adultos cercanos a la treintena de edad, frente a una joven de 18 años escolarizada que reitero su negativa a mantener relaciones sexuales. Que la petición de relaciones sexuales se produjo en un contexto de total desvalimiento ante tres adultos que impusieron concertadamente su voluntad, sin que los sucesos relaten ningún acometimiento físico. *Se llevo a cabo una instrumentalización coactiva del miedo que se robustece en la medida en que cada vez que Salomé se veía obligada a practicar una felación a alguno de los acusados, los otros dos acusados permanecían en el dormitorio* por el que tendría que cruzar Salomé si saliera del baño con pretensión de abandonar la casa, y allí permanecían de manera coercitiva y vigilante hasta que la pareja salía del baño y otro de ellos tomaba a Salomé a la fuerza para encerrarse con ella de nuevo en el baño. De este modo, todos los acusados propiciaron que Salomé no pudiera marcharse hasta la consumación de las tres penetraciones bucales, de lo que es patente expresión que –al inicio de la agresión y cuando Salomé se encontraba a solas con Matías en el interior del baño– le pidiera su ayuda para abandonar la casa y protección frente a los dos amigos que se encontraban en el exterior.

III) Se plantea, en tercer lugar, la naturaleza del delito de agresión sexual. En relación con

esta cuestión indica que el delito de agresión agravado no es un “*delitos de propia mano*”. Esto es, no limita el círculo de posibles autores, con lo que caben todas las formas de autoría y de participación previstas legalmente. Aunque un sector de la doctrina mantuvo tal caracterización para el delito de violación en el en el  [Código Penal de 1973](#), las agresiones sexuales agravadas, más tarde denominadas violaciones, no pueden considerarse delitos de propia mano. De modo que podrán ser autores –coautores materiales– todos aquellos que, actuando concertadamente en la ejecución del hecho e interviniendo directamente en su ejecución más inmediata, ostentan el dominio funcional de su desarrollo y realicen aportaciones esenciales para su consumación, ya sea la violencia o intimidación o el atentado contra la libertad sexual, del tipo que sea. Cabe, por tanto, la coautoría y la autoría mediata, así como cualquier forma de participación.

IV) Conforme a lo expuesto, en los supuestos de *actuación múltiple*, como el examinado, se considera *autor material de un delito de violación a cada uno de los partícipes que ostenta el dominio funcional del hecho*, siempre que durante la ejecución realice aportaciones esenciales para la consumación, incluyendo entre ellas la violencia o intimidación desplegadas para imponer a la víctima la actividad sexual que rechaza ( [art. 28, párrafo 1, CP](#)). Así mismo, las penetraciones, o accesos realizados por los distintos sujetos activos son integrantes de delitos independientes de agresión sexual. Es decir, en las agresiones sexuales múltiples en las que cada uno de los coautores consuma una penetración y, con intercambio de roles, coopera a que sus acompañantes consumen una actuación semejante, el partícipe no solo es autor de aquella, sino coautor material de cada una de estas otras.

Aunque reconoce que, en no pocas ocasiones, la conducta de los que contribuyen con su presencia, u otras acciones, a ejercer la violencia o intimidación es calificada de cooperación necesaria, la jurisprudencia mayoritaria, en favor de la que se inclina esta resolución, califica estas conductas de coautoría, reservando la consideración de cooperador necesario para otras contribuciones a la realización delictiva distintas del ejercicio de violencia o intimidación.

V) En quinto lugar, se refiere a las condiciones que permiten calificar como *delito continuado* supuestos en los que se perpetraran varias agresiones sexuales. En este sentido proclama que, para que pueda apreciarse el delito continuado, es preciso que concurren una serie de requisitos:

- a) Una pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales;
- b) La realización de las diversas acciones en unas coordenadas espaciotemporales próximas, indicadoras de su falta de autonomía;
- c) La unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado sea el mismo en todas ellas;
- d) La unidad de sujeto activo y
- e) La homogeneidad en el *modus operandi* por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines
- f) concurrencia de un elemento subjetivo. El delito continuado precisa de la concurrencia de un dolo unitario que transparente una unidad de resolución y propósito. Es este dolo unitario el que da unión a la pluralidad de acciones comisivas y permite que pierdan su sustancialidad, posibilitando con ello que cada comportamiento aparezca como la ejecución parcial de un designio final único.

No obstante, reconoce que la aplicación que el TS ha hecho de la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual ha sido muy *restrictiva* ( [art. 74.3 CP](#)). Así, la jurisprudencia ha rechazado la continuidad delictiva en aquellos casos en los que los atentados contra la libertad sexual pueden individualizarse y también en aquellos otros supuestos en los que el sujeto activo ha empleado violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima en cada atentado contra su libertad sexual, de modo que sea posible una mínima individualización de cada una de las conductas constitutivas de agresión sexual ( [SSTS 127/98, de 2 de febrero \(RJ 1998, 412\)](#) ;  [140/2004, de 9 de febrero](#) (RJ 2004, 543)).

Además, en lo que hace referencia a supuestos en los que sean *varios los acusados y cada uno de ellos haya consumado una penetración y, con intercambio de roles*, haya participado en actos de violencia o intimidación tendentes a lograr que el resto de los acusados pudieran consumir sus penetraciones, entiende que no cabra la aplicación del *delito continuado*. La jurisprudencia sostiene la imposibilidad de construir la continuidad delictiva cuando los sujetos activos se van turnando en la penetración sexual de una misma víctima en los términos contemplados en el 

[artículo 179](#) del Código Penal. Así lo expresa, entre otras, la [STS 998/2007, de 28 de noviembre \(RJ 2007, 9273\)](#).

En consecuencia, el TS reconoce la inadecuada calificación realizada por la resolución recurrida al aplicar el delito continuado de agresión sexual de los [artículos 178 y 179](#) del Código Penal a los tres recurrentes, pero como ello no ha sido objeto de impugnación mantiene tal calificación.

VI) Por último y vinculándolo con las consideraciones anteriores, actuaciones múltiples y delito continuada, examina el alcance y los supuestos en los que debe aplicarse la *agravante prevista en el* [art. 180.1. 2ª CP](#) (*concurrencia de dos o más personas*).

Para ello el TS examina en primer lugar la interpretación y *significado* de la citada agravante. Concluye el TS que lo relevante para su aplicación no es el acuerdo previo, que puede no ser concurrente, sino la existencia constante la comisión de los hechos de una comunidad de decisión o una confluencia de voluntades en la que todos los que están presentes van a contribuir de manera eficaz al acontecimiento causal descrito en el tipo penal. Es esta comunión la que incrementa el desvalor de la acción, pues introduce una acusada superioridad que asegura el designio criminal, al intensificar la intimidación y disminuir la capacidad de respuesta de la víctima; además de observarse un mayor desvalor del resultado ante la pluralidad de personas que presencian la conducta sexual, atentando de manera objetiva contra el pudor de la víctima, como valor moral y espiritual reconocido en el [art. 10.1 CE](#).

En segundo lugar, valora la posibilidad de apreciar la citada agravante en los supuestos de actuación múltiple. En estos casos su apreciación ha merecido diversas interpretaciones:

a) Un sector nutrido de la jurisprudencia considera *aplicable la agravación a todos los delitos cometidos con independencia de que se responda por ellos como autor o como partícipe*. En este sentido cita, entre otras, la [STS de 24 de noviembre de 2009 \(RJ 2009, 7913\)](#) y [STS 975/2005, de 13 de julio \(RJ 2005, 6607\)](#) en la que se señala que “nada impide la aplicación de la figura agravada a todos ellos por todos los hechos cometidos, pues en todos ellos se aprovecharon recíprocamente de las facilidades que supone la actuación conjunta, lo que a su vez denota una mayor antijuricidad del hecho, justificando la exacerbadura de la pena”. Añadiendo incluso una equiparación penológica entre el autor material y el cooperador necesario, al indicar que “Lo mismo ocurre cuando el autor se apoya para la ejecución en un cooperador que está presente en la escena de los hechos, pues entonces subsisten las razones de la agravación” cuando varias personas intervienen al mismo tiempo en la ejecución de un hecho, es claro que puede apreciarse una actuación conjunta, con independencia de que su participación sea a título de autor en sentido estricto, de cooperador necesario o de cómplice”.

b) Frente a estas interpretaciones, se ha mantenido que la aplicación de la agravante prevista en el [art. 180.1. 2ª CP](#) *sólo podía apreciarse respecto a los hechos que fueran atribuidos en concepto de autor y no de partícipe*. Esta corriente interpretativa considera que en tales casos se aprecia la comisión de dos delitos de agresión sexual, uno como autor natural y otro como autor por cooperación, por lo que la cualificación por el subtipo agravado de actuación conjunta de dos o más personas ([art. 180.1. 2ª CP](#)), vulneraría el principio non bis in ídem respecto del delito derivado de su autoría por cooperación, dado que la cooperación necesaria supone una participación en el hecho de otro e incorpora necesariamente la actuación de las dos personas que la cualificación contempla. En este sentido, entre otras, las SSTS 638/2005 de 2 de junio; [938/2005 de 12 de julio \(RJ 2005, 7646\)](#); [1291/2005, de 8 de noviembre \(RJ 2006, 398\)](#) o [1142/2009, de 24 de noviembre \(RJ 2009, 7913\)](#). La indicada jurisprudencia entiende que, en los casos en los que existe una cooperación necesaria a agresiones sexuales en grupo, cada persona debe responder de su propia agresión sexual cualificada, así como de la de aquel con el que hubiese cooperado, si bien esta sin la concurrencia del subtipo previsto en el [n.º 2 del art.](#)

[180](#) por la incompatibilidad expuesta

Finalmente, y a la vista de los matices y contradicciones que se presentan en la calificación, el TS opta por considerar adecuada la apreciación de agravante en los supuestos, como el que nos ocupa, en los que los distintos intervinientes responden por un delito continuado de agresión sexual. En el caso examinado entiende que, pese a que cada uno de los acusados llevó a término la agresión de manera aislada, describe que todo operó bajo una única actuación intimidatoria, pues la agresión se inició por los tres acusados y mostraron a Salomé que tenía que satisfacer sexualmente a todos si quería salir de la casa. Se describe incluso que mientras cada uno consumó la penetración en el baño, los otros dos resguardaban la intimidación custodiando desde el dormitorio que la agredida no pudiera salir y abandonar la casa. Se muestra así una coautoría material en los tres hechos típicos que excluye que la aplicación de la agravación específica del [artículo 180.1. 2.ª](#) CP a todos ellos pueda entenderse infractora del bis in ídem.

En favor de ello además expone dos argumentos:

- a) Los hechos atribuidos a cada uno de los acusados han sido calificados como un *delito continuado de agresión sexual* de los artículos [178](#), [179](#) y [180.1. 2.ª](#) del CP, en relación con el artículo 74 del mismo texto. Aunque como destaca la sentencia tal juicio de subsunción resulta erróneo, la *consideración unitaria del delito continuado* comporta la integración de la penetración bucal y de las intimidaciones en una unidad sin que pueda en ese caso considerarse que, con la apreciación de la agravante de actuación en grupo, se infrinja el principio de “*non bis in ídem*”.
- b) La sentencia de instancia proclama que la intimidación se ejerció por los tres copartícipes. De este modo, la participación como cooperador necesario al hecho típico perpetrado por otro vendría siempre acompañada de la intervención en los hechos de un tercer acusado (también cooperador necesario), esto es, de un acompañamiento no tenido en cuenta a la hora de definir su participación accesorio, cumpliendo con ello las razones que justifican la agravación en el [artículo 180.1. 2.ª](#) CP.

En definitiva, concluye el TS que no existen motivos para casar la sentencia impugnada, aunque propone una interpretación de este tipo de delitos, agresiones sexuales en grupo, muy distinta de la adoptada en la sentencia recurrida, cuanto menos en términos de sanción.