

DELITOS SEXUALES Y EMBARAZO NO DESEADO

**FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE
A CORUÑA**

GRADO EN DERECHO

CURSO 2019/2020

AUTORA: NATALIA PÉREZ CARDOSO

TUTOR: PROF. RICARDO PEDRO RON LATAS



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

ABREVIATURAS

Art	Artículo
AAP	Auto Audiencia Provincial
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal actual
Lecrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
OMS	Organización Mundial de la Salud
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES DE HECHO.....	6
2. CALIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS COMETIDOS POR BORJA, SANTIAGO Y JOSÉMARÍA.....	7
2.1. Determinación del tipo delictivo.....	7
2.1.1. ¿Delito de agresión sexual o delito de abuso sexual? La violencia o intimidación: elemento diferenciador.....	7
2.1.2. Delito de agresión sexual.....	10
2.1.2.1. Bien jurídico protegido.....	10
2.1.2.2. Conducta típica: básica y cualificada.....	10
2.1.2.3. Sujetos activo y pasivo.....	11
2.1.2.4. Autoría y participación.....	11
2.1.2.5. Grado de consumación.....	12
2.1.2.6. Concursos.....	12
2.1.2.7. Agravaciones específicas.....	13
2.1.3. Delito de agresión sexual a menores de dieciséis años.....	15
2.1.3.1. Relevancia de la edad de la víctima.....	15
2.1.3.2. Resolución del problema de la indeterminación de la edad.....	16
2.1.4. Valoración de la declaración de la víctima.....	18
2.1.5. Conclusiones.....	19
2.2. Delito de robo.....	20
2.2.1. Bien jurídico protegido.....	20
2.2.2. Sujeto activo y pasivo.....	20
2.2.3. Elementos típicos genéricos.....	20
2.2.4. Grados de ejecución.....	22
2.2.5. Autoría y participación.....	23
2.2.6. Robo con fuerza en las cosas.....	24
2.2.7. Robo con violencia o intimidación.....	24
2.2.8. Conclusiones.....	25
2.3. Delito contra la intimidad.....	26

2.3.1 Bien jurídico protegido.....	26
2.3.2. Sujetos activo y pasivo	26
2.3.2. Tipo objetivo.....	26
2.3.4. Tipo subjetivo.....	27
2.3.5. Grado de realización.....	27
2.3.6 Tipo cualificado del artículo 197.5 CP.....	27
2.3.7. Conclusiones.....	27
2.4. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....	27
2.4.1 La reincidencia. Circunstancia que agrava la responsabilidad criminal.....	27
2.4.2. Conclusiones.....	28
3. ESTUDIO DE COMO PUEDEN LAS AUTORIDADES JUDICIALES ESPAÑOLAS HACER COMPARECER ANTE ELLAS A SANTIAGO Y DE LA POSIBILIDAD DE QUE SANTIAGO CUMPLIESE LA PENA EN UNA PRISION PORTUGUESA.....	28
3.1. De la orden de detención y entrega europea.....	28
3.1.1. Origen.....	28
3.1.2. Naturaleza de la orden de detención y entrega europea.....	29
3.1.3. Emisión de una ODE: España como Estado emisor.....	29
3.2. De la transmisión de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad.....	32
3.2.1. Origen.....	32
3.2.2. Objetivo.....	32
3.2.3. Presupuestos.....	32
3.2.4. Estado al que se puede transmitir la resolución que impone una pena.....	34
3.2.5. Documentación y traslado.....	34
3.3. Conclusiones.....	34
4. ESTUDIO DE LA POSIBILIDAD QUE TIENE AIDA DE INTERRUMPIR SU EMBARAZO.....	35
4.1. Interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad.	35
4.1.1. Evolución.....	35
4.1.2. Requisitos comunes.....	36

4.1.3 Supuestos en que puede practicarse legalmente la interrupción voluntaria del embarazo.....	38
4.2. Conclusiones.....	38
5. ESTUDIO DE LA RELACIÓN JURÍDICA QUE TENDRÍA LA CRIATURA CON EL PROGENITOR MASCULINO.....	39
5.1. De la filiación y sus efectos.....	39
5.1.1. Causas de exclusión.....	40
5.1.2. Alcance de la exclusión.....	41
5.1.3. Régimen de los apellidos.....	41
5.1.4. Obligaciones subsistentes.....	41
5.1.5. Terminación de las sanciones.....	42
5.2. Conclusiones.....	42
6. ESTUDIO DE LA REPERCUSIÓN QUE TIENE PARA MATÍAS LA PUBLICACIÓN DE LAS FOTOS DE LOS ACUSADOS LLAMANDOLOS “VIOLADORES” Y PARA EL USUARIO DESCONOCIDO LA PUBLICACIÓN DEL VÍDEO.....	43
6.1. Colisión entre el Derecho al honor y la libertad de información.	43
6.2. Delito contra la intimidad.....	45
6.3. Conclusiones.....	46
7. BIBLIOGRAFÍA.....	47

1. ANTECEDENTES DE HECHO

Aida llega a Madrid el 4 de febrero de 2020 procedente de Senegal. En España aguarda por ella su padre, Adama, senegalés con residencia legal en Madrid desde 2016. Aida entra en España con un permiso de residencia temporal, de acuerdo con el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar instado por su padre. Su pasaporte indica que nació el 12 de diciembre de 2001, de forma que tiene 18 años.

Tras instalarse en Madrid, Aida, su padre y varios familiares y amigos participan en una fiesta e una asociación vecinal de Alcorcón, localidad en la que residen. La fiesta dura hasta bien entrada la noche y Aida queda en compañía de dos viejas amigas y otros chicos y chicas conocidos de estas amigas del barrio en que residen. En la fiesta, varios grupos de jóvenes consumen bebidas alcohólicas, si bien no en exceso. Aida inicia una conversación con un chico, Borja, de 26 años, de forma que ambos se retiran a la barra de la fiesta a hablar y acaban galanteando. Borja es un conocido de las amistades de Aida, ya que todos viven en Alcorcón y frecuentan más o menos los mismos lugares. Son las diez de la noche cuando las amigas de Aida se van para casa y le preguntan a ella si quiere ir con ellas, lo que Aida rechaza, ya que Borja se ofrece a acompañarla. El nivel de castellano que tiene Aida le permite tener una conversación muy sencilla, siempre y cuando sus interlocutores hagan un esfuerzo de expresarse pausadamente.

Aida es escoltada hasta su casa por Borja y dos amigos de él, Santiago y José María, de 28 y 29 años respectivamente. Ambos con antecedentes por delitos contra la salud pública, a causa de pequeños "trapicheos" de haxix. Los tres chicos comienzan a hablar entre ellos como están habituados a hacer, de forma que Aida no comprende nada de su conversación. En un determinado momento, Borja se aproxima a ella y la besa en los labios de forma inesperada para ella, que se siente muy incómoda por lo que hace Borja y por la manera de hacerlo. Con todo, Aida no articula palabra. Un poco más adelante, Santiago entra en un callejón apartado, oscuro y abandonado, y llama a Borja y a José María a acompañarlo, lo que hacen, llevando con ellos a Aida. En ese lugar ella es desvestida por ellos sin mediar palabra. José María graba con su móvil la escena. En el vídeo puede verse a Aida rodeada de los tres hombres, mucho más altos y corpulentos que ella, siendo besada y penetrada vaginalmente. La cara de ella es inexpresiva y es incapaz de moverse. Varios minutos después, abandonan a Aida luego de cogerle el bolso y tirarlo más adelante en un contenedor de basura.

Minutos más tarde, Aida pide ayuda a dos señoras mayores que pasan cerca del callejón y que, ante el estado de alteración de ella, llaman a la ambulancia. La policía también se acerca y le toman declaración en francés. Aida dice desde el primer momento que fue víctima de una relación sexual que ella no consintió y que no deseaba. Mantiene la misma versión de los hechos en una exploración médica y en un interrogatorio en sedes judiciales posteriores. Durante la exploración, Aida dice tener 15 años en vez de 18. Según ella, tras la muerte de su madre y para agilizar la reagrupación familiar con su padre, su fecha de nacimiento que figuraba en la partida de nacimiento fue falsificada por un agente en el registro civil senegalés amiga de la familia, de forma que figuraba que era mayor de edad, para así ahorrar los complicados trámites de autorización de salidas al extranjero de menores. Del mismo modo, la apariencia física de Aida asemeja ser la de una mayor de edad, así entendido por los investigados, los cuales afirman no haber sido la edad de la misma en el momento de conocerla.

Como resultado del encuentro sexual, Aida queda embarazada. Por este motivo y por el trauma de lo sucedido, entra en una profundísima depresión que la lleva a tener pensamientos suicidas, siendo sometida a tratamiento psicofarmacológico y terapéutico. Si ya en un primer momento rechazaba tomar una píldora que le permitiría interrumpir el embarazo, por sugestión de su padre, este ahora es contrario a una interrupción quirúrgica del embarazo, ya que considera que eso va contra los postulados de su religión, proclives a defender la vida de los no nacidos.

2. CALIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS COMETIDOS POR BORJA, SANTIAGO Y JOSÉ MARÍA

2.1 Determinación del tipo delictivo

Los delitos de agresiones sexuales y abusos sexuales vienen regulados en el CP en el Título VIII (arts. 178 a 194): Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Estos delitos han sido objeto de diversas reformas en el Código Penal. El CP de 1995¹ profundizó en la reforma efectuada por la LO 3/1989, de 21 de junio², en cuanto a proteger ya no tanto la honestidad como expresión de moral sexual sino como un aspecto de la libertad individual de cada persona. La LO 11/1999, de 30 de abril³, introduce junto a la libertad sexual la denominada indemnidad o intangibilidad sexual para la protección de las conductas abusivas o provocadoras que se ejercen sobre menores o incapaces. En esta ley se introduce una agravación de las penas⁴.

Una reforma importante es la operada por la LO 5/2010, de 22 de junio⁵, que endurece las penas para los delitos de agresión sexual y abuso sexual y regula de manera independiente las agresiones y abusos cometidos frente a menores de trece años. La última reforma fue la operada por la LO 1/2015, de 31 de marzo⁶.

La finalidad pretendida ha sido el ampliar los tipos de acción y que las penas se vean endurecidas sobre todo en cuanto puedan afectar a menores, al aumentar la edad de consentimiento sexual y, personas con discapacidad⁷.

En definitiva, estas reformas en los delitos contra la libertad sexual han ido avanzando desde la protección del concepto de moral sexual y de los intereses familiares hasta la idea de la tutela de la libertad sexual como ejercicio del derecho de la libertad de la persona consagrada en la Constitución.

2.1.1 ¿Delito de agresión sexual o delito de abuso sexual? La violencia o intimidación: elemento diferenciador

Lo primero que debemos determinar es si nos encontramos ante un delito de agresión sexual, tipo básico regulado en el artículo 178 del CP⁸, o un delito de abuso sexual, tipo básico regulado en el art. 181.1 del CP⁹.

¹BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

²BOE núm. 148, de 22 de junio de 1989.

³BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999.

⁴Vid. CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A, E.: "Delitos contra la libertad sexual" en AA.VV., *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, 2ª edición actualizada marzo, Bosch, 2001, p.105-107.

⁵BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

⁶BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁷Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales" en AA.VV. (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial.*, Coord.), 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p.209.

⁸Vid. Art. 178 del CP: "El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años".

⁹Vid. Art. 181.1 del CP: "El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses".

Tal y como refiere la STS, Sala de lo Penal, de 28 de mayo de 2015¹⁰: *"la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consisten en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación"*.

La **violencia** puede entenderse como el empleo de la fuerza -vis física- para doblegar la voluntad de la víctima¹¹. Esta violencia no ha de ser irresistible ni de gravedad inusitada, solo suficiente para el logro del fin perseguido.

Para valorar si existe violencia ha de tenerse en cuenta las circunstancias de los sujetos, activo y pasivo, edades, fortaleza física, etc. así como de lugar. Además tiene que haber una conexión entre la violencia y la acción sexual de modo que sin la primera no se hubiese producido la segunda¹².

La resistencia de la víctima no ha de ser desesperada, ha de ser real, verdadera, que exteriorice su voluntad contraria al contacto sexual y no desaparece porque acepte lo inevitable para evitar un mal mayor¹³.

Interesa destacar también la definición que da la OMS sobre el concepto de violencia sexual, refiriendo que es *"todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo"*¹⁴.

En este mismo sentido se pronuncia el TS, Sala de lo Penal, entre otras, en su Sentencia de 31 de mayo de 2019¹⁵, que recoge lo que dice la STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 573/2017 de 18 Jul. 2017, Rec. 742/2017.

La **intimidación** consiste en la amenaza de palabra o de obra de causar un daño, que provoca en la víctima un miedo racional, angustia o desasosiego ante el temor de sufrir un daño real o imaginario. La víctima ha de estar intimidada sin que importe la causa de la que provenga la intimidación, sin que la intimidación tenga que tener los caracteres de irresistible, invencible o de gravedad inusitada. El sujeto activo ha de ser consciente de la intimidación de la víctima y la ha de aprovechar para la acción sexual. En todo caso, ha de valorarse los factores concurrentes, personales y circunstanciales como los actos, gestos, actitudes y palabras¹⁶.

En la antes referida STS, Sala de lo Penal, de 28 de mayo de 2015 analiza los caracteres generales de la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual que: *"no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizándolo o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males. De tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe de hacerse en atención a la conducta del sujeto*

¹⁰Vid. STS de 28 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2599).

¹¹Vid. SERRANO GOMEZ, A.: "Agresiones sexuales" en *Derecho Penal Parte Especial*, 6ª edición, Madrid, Dykinson 2001, p.197.

¹²Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op. cit.*, p.216.

¹³Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op. cit.*, p.216.

¹⁴Vid. Definición de Violencia Sexual disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/rhr12_37/es/ [última consulta: 19 de marzo 2020].

¹⁵Vid. STS de 31 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1728).

¹⁶Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op. cit.*, p.217; STS de 28 de mayo de 2015, *op cit.*

activo. Si este ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquel, no la de esta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013)".

En este punto voy a hacer referencia a la mediática STS, Sala de lo Penal, de 4 de julio de 2019¹⁷, en el caso denominado "La Manada" por entender que es de plena aplicación al supuesto examinado pues en esta STS analiza la doctrina de la Sala en relación al concepto de intimidación del art. 178 CP, haciendo referencia expresa a la "intimidación ambiental":

También he de hacer mención al concepto de intimidación que configura la agresión sexual diferenciándolo de la intimidación de carácter menor que configura el prevalimiento. En este sentido, la STS, Sala de lo Penal, de 4 de julio de 2019, antes referida señala: "[...] En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente. En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada"

En el caso que estoy estudiando teniendo la víctima quince años de edad el consentimiento en todo caso carecería de transcendencia jurídica tal y como referiré en un apartado posterior de este trabajo.

La aplicación de lo antes expuesto al supuesto de hecho me lleva a la conclusión de que nos encontramos ante un delito de agresión sexual. Como hechos y datos relevantes es de destacar que la

¹⁷Vid. STS de 4 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2200). "Por otro lado, la Sentencia nº 1291/2005, de 8 Nov. 2005, Rec. 263/2005, hace expresa referencia a la llamada "intimidación ambiental", en donde se recoge que: "Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP. En estos casos cada uno es autor del nº 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. 7.3.97 y 481/2004 de 7.4). [...] En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental".

[...] También hace expresa referencia a la citada intimidación ambiental, a la que alude el Ministerio Fiscal, la sentencia de esta Sala nº 136/2006, de 8 Feb. 2007, Rec. 1108/2006, al declarar que "La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (dice la Sala de instancia, en palabras de una de ellas: "el miedo que sintió al advertir la presencia de un grupo de chicos mayores que ella y su amiga", junto a la frase citada, quedando "paralizada por el miedo"), sino de la objetividad que proporciona la diferencia de edad: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta.

[...] En cambio, los supuestos del artículo 178 del Código Penal, se refieren a aquellos comportamientos de agresión sexual, que tienen un componente agresivo a través de la utilización de violencia o intimidación. Ambos conceptos son, en algunos casos, compatibles en cuanto que la violencia produce un efecto intimidativo o paralizante, que hace innecesaria la reiteración de la fuerza física para conseguir los propósitos pretendidos.

Es conveniente, para sentar mejor las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo. Es importante hacer una referencia a la edad y constitución física del agresor y la víctima, las circunstancias del lugar y tiempo y los demás elementos que deban ser valorados por el órgano juzgador. También tiene relevancia la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión (véase, en este sentido, la STS 226/2003, de 19 de febrero). En definitiva, cuando no existe consentimiento o éste se muestra conseguido mediante un acto de fuerza física o moral (compulsiva, de carácter intimidante), estamos en presencia de un delito de agresión sexual [...]"

víctima, Aida, cuenta con la corta edad de quince años y no entiende el castellano; los investigados Borja, Santiago y José cuentan con la edad de veintiséis, veintiocho y veintinueve años respectivamente, son muy altos y corpulentos y actúan en grupo. Los hechos se desarrollan en un callejón apartado, oscuro y abandonado. Aida es desnudada por ellos.

Ante esta superioridad numérica y física de los investigados Aida no articula palabra con cara inexpresiva e incapaz de moverse. En ningún momento consintió mantener relaciones sexuales con los investigados ni consta que estos le solicitaran mantenerlas.

Estamos ante una joven desvalida rodeada de tres individuos mayores (teniendo en cuenta las edades de una y otros), altos y corpulentos en un espacio reducido y apartado sin posibilidad de escapar. Por ello se entiende que ha sido esta situación intimidatoria la que doblegó la voluntad de Aida.

A continuación voy a estudiar dentro del delito de agresión sexual ante qué tipo nos encontramos.

2.1.2 Delito de agresión sexual

Aparece regulado en los artículos 178 a 180 del CP¹⁸.

2.1.2.1 Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la libertad e indemnidad sexual aunque algunos autores como Serrano Gómez refieren que "*también se protegen facetas relacionadas con la dignidad e incluso la salud de la víctima y la propia libertad en sí*".¹⁹

2.1.2.2 Conducta típica: básica y cualificada

La **conducta típica básica** consiste en realizar actos contra la libertad sexual, normalmente consistirá en contacto físico corporal entre el sujeto activo y el pasivo que realiza el acto sexual contra su voluntad, sin excluir actuaciones sin contacto corporal²⁰.

¹⁸Vid. Art. 178 del CP, *op.cit.*

Vid. Art. 179 del CP: "*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años*".

Vid. Art. 180 del CP: "*1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- 1.ª *Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*
 - 2.ª *Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*
 - 3.ª *Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.*
 - 4.ª *Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*
 - 5.ª *Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.*
2. *Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior*".

¹⁹Vid. SERRANO GOMEZ, A.: "Agresiones sexuales" en *Derecho Penal Parte Especial*, *op.cit.*, p.196.

²⁰Vid. CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A., E.: "Delitos contra la libertad sexual", *op.cit.*, p.108-109.

La **conducta típica cualificada** es la señalada en el art.179 del CP que es la denominada "violación".

Nos encontramos con dos supuestos:

a) El acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal. Ha de ser una unión sexual entre un hombre y una mujer o entre dos hombres, nunca podrá ser entre dos mujeres. Precizando el acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal de la introducción del pene en la vagina, la boca o en el ano de la otra persona²¹.

b) La introducción de miembros corporales o de objeto por vía vaginal o anal. Entendiéndose por objeto toda cosa corpórea e inanimada que pueda ser apta para un acto de sexualidad²².

2.1.2.3 Sujetos activo y pasivo

A) El sujeto activo en las agresiones sexuales en principio puede ser cualquiera, si bien, hay que puntualizarlo en función de la modalidad típica que estudiemos²³.

En las agresiones sexuales típicas cualquier persona puede cometer el delito.

En las agresiones sexuales cualificadas hay que distinguir cuando el acto consiste en introducir objetos o miembros corporales en que puede ser autor cualquier persona; del acto consistente en el acceso carnal por vía vaginal en que solo pueden ser autores un hombre o una mujer y; el acceso carnal por vía anal y bucal en el que pueden ser un hombre y una mujer o dos hombres.

B) El sujeto pasivo necesariamente ha de ser una persona viva pues no son punibles estas conductas con cadáveres²⁴.

Cuando la conducta consista en acceso carnal por vía vaginal el sujeto pasivo ha de ser del sexo diferentes al sujeto activo.

La protección penal abarca a todas las personas con independencia de la vida que lleven y la relación con el sujeto activo²⁵.

2.1.2.4. Autoría y participación

El delito de agresión sexual puede cometerse por autoría mediata y por cooperación necesaria, ya que no está configurado como un delito de propia mano²⁶.

Como refiere la STS, Sala de lo Penal, de 18 de octubre de 2004²⁷, "*será cooperador necesario no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad o puesta 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 violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en un lugar solitario*".

²¹Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.212.

²²Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.213.

²³Vid. CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A., E.: "Delitos contra la libertad sexual", *op.cit.*, p.111.

²⁴Vid. SERRANO GOMEZ, A.: "Agresiones sexuales" en *Derecho Penal Parte Especial*, *op.cit.*, p.197.

²⁵Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.215.

²⁶Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.214.

²⁷Vid. STS de 18 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:6569).

También cabe la cooperación necesaria por omisión cuando concurren los siguientes requisitos: 1) la omisión en la coautoría ha de ser causal y en la complicidad debe ser eficaz para producir el resultado; 2) una voluntad dolosa de producir el resultado en la coautoría o simplemente de facilitararlo (complicidad); 3) el sujeto pasivo ha de tener el deber jurídico de evitar esa situación de peligro²⁸.

2.1.2.5 Grado de consumación

La agresión sexual es un delito de mera actividad ya que no precisa de ningún resultado que se diferencie de la propia acción sexual²⁹.

Cuando se trate de acceso carnal el delito se consuma con la penetración del pene en la vagina, en el recto o en la boca. Se exige que la penetración del pene sea más o menos perfecta, pero no que haya eyaculación ni rotura de himen en su caso³⁰.

En el caso del coito oral la consumación se aprecia cuando el pene traspasa la línea de los labios, aunque no rebase la de los dientes³¹.

La jurisprudencia del TS admite la comisión del delito de agresión sexual en grado de tentativa, por ejemplo cuando se comienza a ejercer la violencia o se efectúe una amenaza pero no llega a realizarse la conducta sexual que se pretendía o una vez iniciada no se complete por diferentes causas como resistencia de la víctima, etc³².

En caso de desistimiento voluntario el hecho queda exento de responsabilidad penal a través del art.179 CP, si bien pueden castigarse por el art.178 si la conducta ejecutada constituyera una agresión sexual genérica o por otro delito dependiendo de los actos llevados a cabo³³.

2.1.2.6 Concursos

Las agresiones sexuales del art.178 quedan absorbidas por las calificadas por el principio de consumación³⁴.

Los actos coactivos y amenazadores y las privaciones de libertad efectuados durante la agresión, quedan incluidos en la conducta típica, al igual que las lesiones menores que son inevitables a consecuencia de la violencia ejercida³⁵.

Las lesiones más graves, las detenciones ilegales, allanamientos de morados, transmisiones de enfermedades contagiosas, dan lugar a la aplicación del art.77 del CP sancionándose en régimen de concurso ideal³⁶.

Las secuelas psicológicas normalmente son consideradas una consecuencia natural de estos delitos y por lo tanto no se valoran independientemente como lesiones, matizando la jurisprudencia que *"para apreciar las lesiones psíquicas en concurso con un delito sexual se precisa una agresión*

²⁸Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.214-215.

²⁹Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.218.

³⁰Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.218.

³¹Vid. STS de 13 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3342)

³²Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.219.

³³Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.219; Vid. CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A., E.: "Delitos contra la libertad sexual", *op.cit.*, p.113.

³⁴Vid. CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A., E.: "Delitos contra la libertad sexual", *op.cit.*, p.113.

³⁵Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.220.

³⁶Vid. CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A., E.: "Delitos contra la libertad sexual", *op.cit.*, p.113.

*fuera de lo normal por su intensidad y/o por su duración; y que la lesión psíquica quede abarcada por el dolo, al menos eventual, del autor*³⁷.

2.1.2.7 Agravaciones específicas

Estas agravaciones se aplican tanto a las agresiones sexuales básicas y a las cualificadas³⁸.

1ª Cuando la violencia o intimidación ejercida revistan en un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, "degradar" equivale a "humillar, envilecer", y "vejar" a "maltratar, perjudicarle, molestar". Se trata de conceptos imprecisos que han de ser valorados por el juez³⁹.

Estas circunstancias no se basan en la intensidad o contundencia de la violencia o intimidación sino en la capacidad de humillar y rebajar a la víctima. Supone una humillación añadida a la que conlleva toda agresión sexual⁴⁰. Así lo ha expresado el TS, Sala de lo Penal, en su Sentencia de 4 de julio de 2019⁴¹.

En ocasiones el TS ha señalado como supuestos de violencia e intimidación de carácter degradante por ejemplo, el individuo que pone una barra antirrobo entre las piernas de una mujer mientras la golpe y muerde y arranca pelos del pubis (STS de 23 de marzo de 1999) o desnudar a la víctima, obligarla a introducirse un objeto entre insultos y burlas, orinar sobre ella, quemarla con cigarrillos, restregarle por la cara un pañal con heces... (STS de 14 de noviembre de 2011)⁴².

2ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas

El fundamento de esta circunstancia agravante se encuentra en la mayor facilidad para la ejecución del hecho con la intervención de más de una persona y la menor posibilidad de defensa de la víctima⁴³.

Han de actuar necesariamente un mínimo de dos personas pero de forma conjunta. No todos tienen que ejecutar la agresión, basta con que colaboren a que alguno la lleve a cabo⁴⁴.

³⁷Vid. STS 14 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:2004:8225).

³⁸Vid. CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A., E.: "Delitos contra la libertad sexual", *op.cit.*, p.114.

³⁹Vid. CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A., E.: "Delitos contra la libertad sexual", *op.cit.*, p.114.

⁴⁰Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.223.

⁴¹Vid. STS de 4 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2200): "*Como señala la doctrina más autorizada, el carácter «particularmente degradante o vejatorio» de la violencia o intimidación empleadas, que contempla la agravación específica mixta del número primero del art. 180.1 debe ser entendida, no como intensidad, gravedad o contundencia que, por otra parte es preciso concorra para que se trate de una agresión sexual stricto sensu, sino como la capacidad para humillar y rebajar a la víctima en el caso concreto, más allá de lo que cualquier agresión sexual por sí misma puede suponer. Esta Sala también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la citada agravación, exigiendo que concorra una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio [...] No obstante lo anterior, este Tribunal también ha apreciado la citada agravación, cuando la violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio no solo se refiera al acto aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que somete a la víctima*".

⁴²Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.224.

⁴³Vid. CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A., E.: "Delitos contra la libertad sexual", *op.cit.*, p.114; Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.224.

⁴⁴Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.224.

Una cuestión que se ha planteado el TS es si constituye un *bis in idem* castigar a cada uno de los que intervienen como autores de su agresión y cooperadores de las de los otros y al mismo tiempo aplicarles esta circunstancia.

La mayoría de la jurisprudencia del TS opta por no aplicar el subtipo agravado en la agresión sexual cometida como cooperador necesario⁴⁵.

No obstante, la postura de la Sala de lo Penal del TS ha pasado por diferentes etapas tal y como se refleja en la Sentencia de 4 de mayo de 2012⁴⁶.

3ª Vulnerabilidad de la víctima

Este concepto de vulnerabilidad es muy amplio, con notable indeterminación, lo que puede conllevar inseguridad jurídica, teniendo que ser los tribunales quienes han de valorar en cada caso⁴⁷.

La vulnerabilidad se refiere a la mayor dificultad de ciertas personas para oponerse a los actos sexuales de su atacante. Tiene que ver con el estado de la víctima, no con la mayor fuerza del agresor⁴⁸. El sujeto activo ha de ser consciente de la vulnerabilidad del sujeto pasivo y se ha de aprovechar de la superioridad que ello le otorga⁴⁹.

4ª Prevalimiento de una situación de superioridad o de parentesco

Esta agravación trae su causa en el delito de estupro-incesto⁵⁰.

⁴⁵Vid. STS de 30 de noviembre de 2017 (EDJ 2017/259384).

⁴⁶Vid. STS de 4 de mayo de 2012 (EDJ 2012/97403): "Antes de dar solución al problema resulta oportuno hacer algunas puntualizaciones sobre la postura adoptada por esta Sala. En efecto, la solución jurisprudencial a la hipótesis más emblemática de violaciones dobles (e incluso múltiples) con intercambio de roles entre autores y partícipe -primero uno accede y otro intimida y luego al revés-ha registrado diversos enfoques. En tal sentido podemos distinguir: a) En un primer momento la Sala II consideraba que estábamos en presencia de dos delitos de violación del art. 179 del CP, con la característica de que en cada uno de ellos el autor era el que realizaba el acceso y el partícipe quien utilizaba la violencia o intimidación instrumental. Ahora bien, ni al autor ni al partícipe se le aplicaba el subtipo agravado, pues " la participación plural se entendía satisfecha con la doble penalidad del tipo básico y el principio *ne bis in idem* habría resultado vulnerado con la extensión del subtipo no sólo al autor, sino también al partícipe" (véase, por todas, STS 12.3.2002). b) En una segunda etapa, que puede considerarse la más ampliamente seguida por esta Sala, el subtipo acabó por aplicarse a supuestos en que concurrían en el hecho delictivo sólo un autor y un partícipe, (véanse SS.TS 975/2005 de 13 de julio; 217/2007 de 16 de marzo; 61/2008 de 24 de marzo, 1142/2009 de 24 de noviembre; 187/10 de 10 de marzo de 2010; 535/10 de 6 de mayo de 2010, 742/10 de 15 de julio de 2010 y 194/2012 de 20 de marzo. En estos casos la cualificación alcanzaría sólo al autor. c) Dentro de la línea antes dicha existe una variante que se refiere a aquellos casos en que concurren un autor y varios partícipes, relevándose en el rol o sin relevación, a los que nunca alcanzaría la cualificación al conceptuarlos como cooperadores necesarios de la conducta nuclear de otro. Así nos dice la Sala que "cuando existe una cooperación necesaria en agresiones concertadas, cada sujeto responde de su propia agresión sexual y de la que hubiese cooperado, si bien en esta última sin la concurrencia del subtipo agravado de actuación en grupo. Véase SS.TS. 686/2005 de 2 de junio; 938/2005 de 12 de julio, 975/2005 de 13 de julio; 217/2007 de 16 de marzo; 439/2007 de 21 de marzo, 86/2007 de 14 de febrero; 61/2008 de 14 de enero; 885/2009 de 9 de septiembre; 1399/2009 de 8 de enero de 2010; 742/2010 de 15 de julio; 190/2010 de 10 de marzo; 421/2010 de 6 de mayo). d) Una cuarta etapa que surge con la STS 27 de julio de 2009, en que advierte la condición de coautor en quien realiza el elemento típico de la "violencia o intimidación", alcanzando a éste la cualificación. Sin embargo para sucesivos "accesos carnales" de los diferentes coautores integrarían un solo delito continuado de violación". El primer aspecto está dentro de la línea decisoria correcta; el segundo no resultaría admisible, en tanto no cabe continuidad delictiva entre varios sujetos activos".

⁴⁷Vid. CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A., E.: "Delitos contra la libertad sexual", *op.cit.*, p.115.

⁴⁸Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.225.

⁴⁹Vid. STS de 22 de marzo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:2362).

⁵⁰Vid. CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A., E.: "Delitos contra la libertad sexual", *op.cit.*, p.115.

No solo exige la relación entre las personas que se refieren (ascendiente, descendiente, hermano, etc.) sino que el agresor se aproveche de esta situación⁵¹.

5ª Uso de medios peligrosos

Estos medios han de poder producir la muerte o las lesiones de los artículos 149 y 150 del CP y ello porque lo que se trata de proteger es la vida o la integridad de las personas⁵².

Es suficiente con el uso de estos medios para la aplicación de esta circunstancia agravante. Pues si tuviera lugar la muerte o la producción de las lesiones se originaría un concurso de delitos⁵³.

2.1.3 Delito de agresión sexual a menores de dieciséis años

En lo que a este caso interesa, tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el tipo básico aparece regulado en el art.183 del CP⁵⁴.

2.1.3.1 Relevancia de la edad de la víctima

Se castiga al que "realizare actos de carácter sexual con menor de dieciséis años". En consecuencia lo relevante es la edad de la víctima para la aplicación de este artículo. El legislador niega toda capacidad para prestar consentimiento válido en materia sexual a un menor de dieciséis años⁵⁵.

Lo referido en los apartados anteriores a las agresiones sexuales en cuanto: sujetos, participación, etc. es aplicable a este supuesto⁵⁶. La diferencia está en la mayor penalidad con que están castigados los delitos cometidos contra menores de dieciséis años.

Para entenderse cometido este delito es necesario que el sujeto activo tenga conocimiento de la edad de la víctima pues este elemento cronológico ha de quedar abarcado por el dolor del autor,

⁵¹Vid. SERRANO GOMEZ, A.: "Agresiones sexuales" en *Derecho Penal Parte Especial*, op.cit., p.203.

⁵²Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", op.cit., p.225.

⁵³Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", op.cit., p.226.

⁵⁴Vid. Art. 183 del CP: "1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades".

⁵⁵Vid. STSJ Asturias, de 10 de febrero de 2020 (EDJ 2020/507127).

⁵⁶Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", op.cit., p.234.

según lo que establece el art.5 del CP⁵⁷. En este sentido se expresa la STSJ (Civil y Penal) de Asturias de 10 de febrero de 2020⁵⁸.

2.1.3.2 Resolución del problema de la indeterminación de la edad

Cuando se habla de edad de la víctima, esta se refiere a la cronológica, no a la mental. El cómputo de la edad cronológica se hace de momento a momento ya que así se puede beneficiar al reo y para su comprobación se acude al art.375 de la Lecrim⁵⁹, conforme al cual se ha de acudir al Registro Civil, a la partida bautismal o al peritaje médico⁶⁰.

En el caso examinado al haber sido falsificada la partida de nacimiento en el Registro Civil y manifestando la víctima tener quince años, la manera de comprobarlo sería acudiendo a un peritaje médico.

La estimación de la edad biológica se hace partiendo del grado de madurez de ciertas estructuras anatómicas, aunque no todos los individuos se desarrollan de igual manera, sino que les influyen factores biológicos, ambientales, étnicos, etc⁶¹.

⁵⁷Vid. Art. 5 del CP: "No hay pena sin dolo o imprudencia"

⁵⁸Vid. STSJ Asturias, de 10 de febrero de 2020 (EDJ 2020/507127): "En definitiva el autor ha de conocer que la víctima no había alcanzado la edad de dieciséis años al desplegar sobre ellas las conductas sexuales.

Como destaca la STS 392/2019, de 24 de julio (EDJ 2019/663107), "... la incardinación dogmática de tal aspecto intelectual ha de radicarse en la existencia de un error de tipo por parte de la acusada, que impide, en cuanto al dolo, el justo conocimiento de la situación fáctica relativa a ambos reproches penales, porque ambos exigen que la conciencia del autor tome en consideración la edad marcada cronológicamente por el Código Penal...".

En el mismo sentido La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Núm. 320/2017, de 4 de mayo (EDJ 2017/57034), califica el error sobre la edad en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual como "error de tipo" del párrafo 1º del artículo 14 del C.P. (EDL 1995/16398)

"La doctrina sobre el error como causa de exclusión del dolo error de tipo- o como presupuesto excluyente de la culpabilidad -error de prohibición- ha sido ampliamente abordada por esta Sala (cfr. SSTs 737/2007, 13 de septiembre (EDJ 2007/175217); 411/2006, 18 de abril (EDJ 2006/59578); 721/2005, 19 de mayo (EDJ 2005/103476); 709/1994, 28 de marzo (EDJ 1994/2837); 873/1994, 22 de abril (EDJ 1994/3557), entre otras muchas). Conforme a esta idea, el error sobre la edad de la víctima en los delitos de abusos sexuales no debe ser etiquetado, en principio, como un error de prohibición (art. 14.3 CP (EDL 1995/16398)), sino como un error de tipo (art. 14.1 CP (EDL 1995/16398)). El delito por el que se formulaba acusación ... exige, a la vista del art. 183 del CP (EDL 1995/16398), afectado en su redacción inicial por las reformas operadas por las leyes orgánicas 11/1999, 21 de mayo, 15/2003, 25 de noviembre, 5/2010, 22 de junio y 1/2015, 30 de marzo, que el sujeto abarque con el dolo que la menor con la que está manteniendo relaciones sexuales es, en función del arco de vigencia de cada una de aquellas leyes, menor de 12, de 13 o de 16 años...".

⁵⁹Vid. Art. 375 Lecrim: "Para acreditar la edad del procesado y comprobar la identidad de su persona, el Secretario judicial traerá al sumario certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro civil o de su partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro.

En todo caso, cuando no fuere posible averiguar el Registro civil o parroquia en que deba constar el nacimiento o el bautismo del procesado, o no existiesen su inscripción y partida; y cuando por manifestar el procesado haber nacido en punto lejano hubiere necesidad de emplear mucho tiempo en traer a la causa la certificación oportuna, no se detendrá el sumario, y se suplirá el documento del artículo anterior por informes que acerca de la edad del procesado, y previo su examen físico, dieren los Médicos forenses o los nombrados por el Juez."

⁶⁰Vid. ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales", *op.cit.*, p.234.

⁶¹Vid. SIERRA FERNÁNDEZ, J.: "Determinación de la edad en el sujeto vivo, algunas cuestiones jurídicas", *El Derecho Editores, Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, de 1 de julio de 2010, nº3, p.1.

Para concretar y determinar la edad se cuenta con el auxilio de las ciencias forenses y las pruebas médicas. Y es importante disponer de un procedimiento protocolizado médico que asegure la fiabilidad en la determinación de la edad⁶².

La Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados⁶³, en su punto 5 señala que: "*Pruebas a realizar: Corresponde a los facultativos médicos según las leyes de su ciencia determinar las pruebas adecuadas y suficientes para eliminar la inseguridad sobre la minoría de edad del extranjero afectado. Se recomienda seguir los parámetros y pautas de actuación fijadas en las Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los MENA. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. En: Revista Española de Medicina Legal. 2011, Vol. 37, número 1, enero-marzo.*

Cualesquiera que sean las pruebas practicadas tendentes a determinar el grado de maduración ósea o dental (prueba radiológica del carpo izquierdo de la muñeca y examen de la dentición, en particular del tercer molar, por medio de una ortopantomografía, radiografía de la clavícula para la cuantificación de los cambios de osificación), será preceptivo el previo examen físico y personal del interesado".

Y, en las Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España⁶⁴, se recomienda los medios diagnósticos a utilizar.

⁶²Vid. SIERRA FERNÁNDEZ, J.: "Determinación de la edad en el sujeto vivo, algunas cuestiones jurídicas", *op.cit.*, p.1.

⁶³BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014.

⁶⁴Vid. "Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjero [...]" en *Revista Española de Medicina Legal*, Ed. Doyma, 2011, 37 (1): 5-6: "*el grupo de trabajo recomienda los siguientes medios diagnósticos en los casos de estimación forense de la edad en supuestos menores de 18 años y mayores de 14 años:*

— *Anamnesis dirigida.*

— *Examen físico general: en este se especificarán el peso y la talla del sujeto, biotipo e índice de masa corporal, evolución de signos de maduración sexual y conclusiones del examen médico general; se describirá cualquier tipo de signo indicativo de una condición patológica que pudiera interferir con el ritmo madurativo del menor.*

— *Estudio radiográfico del carpo de la mano izquierda.*

— *Examen de la cavidad oral y estudio radiográfico dental. Esta exploración estaría orientada a definir condiciones patológicas que pudieran alterar el ritmo de maduración dental y a valorar el estado de desarrollo y mineralización dentales.*

En los casos dudosos con los estudios anteriormente recomendados y en los que se solicitan estimaciones de edad entre los 18 y 21 años, este grupo de trabajo recomienda la aplicación de los siguientes medios diagnósticos (fig. 1):

— *Estudio radiográfico de la extremidad proximal de la clavícula.*

— *Estudio con tomografía computarizada de la extremidad proximal de la clavícula mediante método multicorte fino.*

Si por parte de los examinadores se decide utilizar otro medio diagnóstico, este ha de hallarse refrendado por estudios de población correctos en su diseño y adecuados a la población a la que correspondería el supuesto menor estudiado. En todo caso, los métodos radiográficos centrados en el estudio de la maduración ósea en la pelvis, como los destinados a valorar el signo de Risser en la cresta ilíaca, no resultan recomendables dada la necesidad de someter al supuesto menor a radiación ionizante en la región pelviana. La existencia de alternativas técnicas a esta prueba de la misma fiabilidad relativa para los fines periciales pretendidos la hacen prescindible".

La STS de 10 de diciembre de 2014⁶⁵ también hace referencia a estos métodos al señalar: "Y recordemos que doctrinalmente los grandes métodos para determinar la edad son los siguientes: Radiografía de muñeca (método de Greulich y Pyle Atlas 1930) (Atlas Thiemann-Nitz 1977). Ortopantomografía dental para determinar la maduración de los terceros molares (método Dermijian). Tomografía computarizada (TC) del extremo medial de la epífisis clavicular (estudios de Schmeling), con la utilización de cortes axiales de alta resolución".

2.1.4 Valoración de la declaración de la víctima

La declaración de la víctima es prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia siempre que concurren los parámetros que la jurisprudencia del TS ha venido estableciendo, así en las Sentencia, Sala de lo Penal, de 2 de abril de 2019⁶⁶, Sentencia, Sala de lo Penal, de 4 de febrero de 2020⁶⁷ y que son: parámetros subjetivos, objetivos y temporales.

Con respecto al parámetro subjetivo encontramos el criterio de la ausencia de incredulidad, que como señala el Auto del TS, Penal, de 23 de septiembre de 2004⁶⁸ tiene dos aspectos subjetivos relevantes:

En primer lugar, sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las cuales se ha de valorar a la vez que el grado de desarrollo y madurez, la importancia que pueden tener ciertos trastornos mentales o enfermedades como la drogadicción en la credibilidad de sus afirmaciones.

En segundo lugar *"la inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien por las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones"*.

Con respecto al parámetro objetivo, es necesaria la concurrencia de la verosimilitud del testimonio, que debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Según el anteriormente mencionado Auto del TS, Penal, de 23 de septiembre de 2004 esto supone:

1º Que la declaración de la víctima debe ser lógica en sí misma, es decir, no contraria a las reglas de la común experiencia o la lógica vulgar, lo cual exige valorar si su versión es o no insólita, o en su defecto, objetivamente inverosímil en su contenido.

2º Que la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso. Esto quiere decir que exista algún dato objetivo además de la propia declaración, aunque en algunos casos se admite sin ningún otro dato pues se trata de delitos que no dejan huella. Estos datos objetivos pueden ser manifestaciones de otras personas, periciales sobre algunos extremos de valor, etc.

Con respecto al parámetro temporal, es la persistencia en la incriminación, esto es, que se mantenga en el tiempo sin contradicciones. Esto supone:

⁶⁵Vid. STS de 10 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/223338).

⁶⁶Vid. STS de 2 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1071).

⁶⁷Vid. STS de 4 de febrero de 2020 (EDJ 2020/507618).

⁶⁸Vid. ATS de 23 de septiembre de 2004 (EDJ 2004/154665).

a) Ausencia de modificaciones esenciales, es decir, que no se contradiga ni se desdiga. Ha de ser una persistencia material en la incriminación, valorable *"no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones (STS 18 de junio de 1998)"*.

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

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, relatando los hechos con la necesaria conexión lógica entre los mismos.

2.1.5 Conclusiones

1ª En el caso examinado el testimonio de Aida entiendo que es una prueba de cargo suficiente pues cumple los parámetros exigidos por la jurisprudencia del TS. Así, no estaba afectada de ningún tipo de trastorno mental ni alcoholismo ni drogadicción según se refiere, tampoco veo que pudiera tener ningún tipo de enemistad con los investigados. Su declaración es lógica, sin contradicciones, pues a la policía que le toma declaración en un primer momento le manifiesta que *"fue víctima de una relación sexual que ella no consintió y no deseaba"*, versión que mantiene durante la exploración médica y en el interrogatorio que se llevó a cabo en juzgado.

Su declaración aparece corroborada por el vídeo grabado por José María en el que se ve a Aida rodeada de los tres hombres siendo besada y penetrada vaginalmente, observándose que su cara es totalmente inexpresiva y sin movilidad alguna; por la exploración médica que se le realiza y también por las manifestaciones de las señoras mayores (testigos no presenciales) que pasaban cerca del callejón y observaron el estado de alteración en que se encontraba por lo que llamaron a la ambulancia.

Por último, Aida persiste en todo momento en la incriminación que realiza, sin contradicciones, sin modificaciones y sin ambigüedades ni vaguedades.

2ª Los hechos cometidos por Borja, Santiago y José María son constitutivos de un delito de agresión sexual.

Cabe destacar que en el momento de los hechos Aida es menor de edad, no entendía el español por lo que no comprende nada de la conversación que llevaban a cabo los acusados cuando iban según pensaba Aida a acompañarla a su casa.

Borja, procede a besarla en los labios de forma inesperada sin que Aida diga nada pues se ve sorprendida por este hecho. En el camino que llevaban, Borja y José María llevan a Aida a un callejón apartado, oscuro y abandonado donde ya se encontraba Santiago y allí sin mediar palabra la desnudan, la besan y la penetran vaginalmente, todo ello en un ambiente de total intimidación pues los tres hombres son mucho mayores que ella (veintiséis, veintiocho y veintinueve años de edad), más altos y corpulentos. Ante esta situación Aida es incapaz de moverse ni de hacer nada, no tiene capacidad de reacción. En ningún momento Aida consintió o deseaba el mantener relaciones sexuales con los acusados. Los investigados aprovecharon la situación para realizar los actos sexuales con ánimo libidinoso.

Nos encontramos así ante unos hechos en los que Borja, José María y Santiago utilizando intimidación (intimidación ambiental) atentaron contra la libertad sexual de Aida con una agresión sexual consistente en el acceso carnal por vía vaginal.

3ª Para la determinación de la edad de la víctima cuando no se pueda acudir al Registro Civil o a la partida bautismal, se acude al peritaje médico para llegar a la edad biológica de la víctima. Existen varios métodos para ello, los principales son: radiografía de muñeca, ortopantomografía dental para determinar la maduración de los terceros molares, tomografía computarizada (TC) del extremo medial de la epífisis clavicular, con la utilización de cortes axiales de alta resolución.

4ª Aunque Aida cuente efectivamente con la edad de quince años, no es de aplicación el art.183 CP pues los agresores desconocían que tuviera esa edad, creyendo que era mayor de edad pues su apariencia física era la de una joven mayor de edad, produciéndose así en los agresores error en relación con uno de los elementos del tipo penal, como es la edad, que es una causa de exclusión del dolo.

Borja, Santiago y José María son autores cada uno de ellos de un delito de agresión sexual de los artículos 178, 179 y 180.1.2ª del CP, y además autores, por cooperación necesaria, de otros dos delitos de los artículos 178 y 179 CP.

En cuanto a la aplicación del art.180.1.2ª CP entiendo que procede pues según la jurisprudencia que he referido anteriormente es aplicable al autor material del delito.

Borja, Santiago y José María son cooperadores necesarios de los delitos cometidos por los otros acusados pues contribuyen al acceso carnal ajeno ya que la presencia de los mismos en un lugar solitario frente a una única joven es de por sí un fuerte componente intimidatorio.

2.2 Delito de robo

El tipo básico se encuentra regulado en el artículo 237 del CP⁶⁹.

2.2.1 Bien jurídico protegido

Existe una corriente doctrinal (RODRIGUEZ DEVESA, BAJO FERNANDEZ, QUINTERO OLIVARES) que entiende que el bien jurídico protegido es el derecho de propiedad y otro sector doctrinal (CUELLO CALON, MUÑOZ CONDE) que consideran que el verdadero bien jurídico protegido es la pacífica posesión de la cosa mueble⁷⁰. El TS en algunas resoluciones mantiene que son la propiedad y la posesión el bien jurídico protegido en este delito, como las SSTS 612/1969 de 11 de diciembre y la de 24 de octubre de 1992⁷¹.

2.2.2 Sujeto activo y pasivo

El sujeto activo puede ser cualquier persona, siempre y cuando no sea propietario del bien sustraído y tampoco puede ser sujeto activo de este delito el que esté ligado al sujeto pasivo por una relación de parentesco referida en el art.268 del CP⁷². El sujeto pasivo es el propietario o poseedor del bien mueble sustraído⁷³.

⁶⁹Vid. Art.237 CP: "Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren".

⁷⁰Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: "De los hurtos", *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, en AA.VV, Granada, Comares, 1997, p.1170.

⁷¹Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes..." en AA.VV., (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p.348.

⁷²Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: "De los hurtos", *op.cit.*, p.1170.

⁷³Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes..." *op.cit.*, p.349.

2.2.3 Elementos típicos genéricos

1º El hecho de tomar

El Código dice "se apoderen", lo que ha dado lugar a las siguientes teorías en relación con el significado de este término: 1ª la de la "aprehensio" según la cual el delito se perfecciona cuando el sujeto coge o toca la cosa; 2ª la de la "ablatio" que entiende que se perfecciona con la separación de la cosa de su lugar; 3ª la de la "admotio de loco ad locum" que exige que la cosa se cambie de lugar; 4ª la de la "illatio" que se perfecciona el delito con la disponibilidad abstracta de la cosa por el sujeto activo⁷⁴.

Este tema guarda relación con el grado de perfección delictiva que trataré a continuación.

2º Cosa mueble

Se refiere a todo objeto corporal valuable en dinero y susceptible de ser desplazado de un lugar a otro⁷⁵.

Este concepto de cosa mueble coincide con el bien mueble del CC, si bien, en el ámbito penal incluye otros bienes que en el CC se recogen como inmuebles, como maquinaria agrícola. También los animales que en el CC son considerados semovientes, son muebles a efectos penales⁷⁶. Es decir, todo lo que se pueda trasladar físicamente, es considerado cosa mueble en el delito de robo⁷⁷.

El bien ha de tener carácter corporal, por lo que otras cosas muebles como la energía en su estado natural, quedan excluidos de este delito⁷⁸.

Otro de los requisitos de la cosa es que tenga un valor económico, que vendrá determinado por el valor de mercado⁷⁹. Por ello no puede ser objeto de este delito las cosas muebles que sólo tienen valor afectivo o sentimental⁸⁰. En cuanto a las cosas de valor económico potencial o hipotético, se distingue si su posesión permite la realización del valor del documento (ej: título valor al portador), en cuyo caso sí que puede ser objeto del delito, de aquellos otros casos en que los que ha de valorarse si, en sí mismo el título, como soporte físico documental tiene algún valor⁸¹.

3ª Ajenidad

Este elemento se refiere a que la cosa no sea propia y a que el sujeto activo no sea poseedor de la cosa⁸².

4º Ausencia de consentimiento del dueño

⁷⁴Vid. LUZÓN CUESTA, J.M., "Compendio de Derecho Penal Parte especial", Madrid, Dykinson, S.L, 1997, p.122.

⁷⁵Vid. LUZÓN CUESTA, J.M., "Compendio de Derecho Penal Parte especial", *op.cit.*, p.123.

⁷⁶Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: "De los hurtos", *op.cit.*, p.1171.

⁷⁷Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes...", *op.cit.*, p.351.

⁷⁸Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes...", *op.cit.*, p.351.

⁷⁹Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes...", *op.cit.*, p.352.

⁸⁰Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: "De los hurtos", *op.cit.*, p.1173.

⁸¹Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: "De los hurtos", *op.cit.*, p.1173.

⁸²Vid. LUZÓN CUESTA, J.M., "Compendio de Derecho Penal Parte especial", *op.cit.*, p.123.; BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes...", *op.cit.*, p.353.

El apoderamiento se ha de efectuar sin la voluntad del dueño⁸³. Si el consentimiento se obtiene con violencia o intimidación hay robo⁸⁴.

5º Ánimo de lucro

Este es un elemento subjetivo del injusto⁸⁵. El más característico que lo distingue de otros propósitos que quedan fuera del delito⁸⁶.

Para la jurisprudencia equivale a cualquier provecho, beneficio, ventaja o utilidad, que para el sujeto activo o para un tercero, se derive de la apropiación, incluso altruista o contemplativa, como puede ser que el objeto sea donado o un cuadro que es contemplado, y que sólo puede excluirse cuando se pueda llegar a la conclusión de que el propósito del sujeto activo era otro⁸⁷.

El ánimo de lucro conlleva el propósito de colocar la cosa en una esfera de disponibilidad real que posibilite la "utilización" de la cosa, de conformidad a su propia naturaleza, y de varias formas. Hay ánimo de lucro cuando la cosa sustraída se entrega o dona a un tercero o se cambia por dinero, pues el lucro se valora desde la perspectiva de la ventaja del autor⁸⁸.

Se presume en la apropiación de cosas ajenas, salvo prueba en contrario, tal y como nos refiere la STS, Sala de lo Penal, de 23 de mayo del 2000⁸⁹: *"De modo indudable, ha de reconocerse que el "ánimo de lucro" es un "elemento subjetivo del injusto" inherente al delito de robo, en relación con el cual esta Sala ha declarado: que dicho ánimo consiste en el propósito del autor de aumentar su patrimonio a costa del ajeno, sin motivo o razón legal que lo justifique; que dicho ánimo se identifica con el de "rem sibi habendi", o de tener la cosa para sí, prescindiendo del móvil o fin inmediato de la acción; y que no ha de tratarse solamente de un beneficio económico. Dicho ánimo, como elemento interno de la persona, ha de inferirlo el Tribunal del conjunto de circunstancias concurrentes -como ha de hacerse respecto de cualquier otro estado psicológico-, pero con la precisión de que "el ánimo de lucro se presume siempre en el apoderamiento de las cosas de ajena pertenencia, salvo prueba en contrario" (v. SS. de 14 de marzo de 1987, 23 de septiembre de 1998, y 30 de marzo de 1990, entre otras); afirmándose, incluso, que "el ánimo de lucro se encuentra ínsito en los delitos de apoderamiento patrimonial" (v. S. de 16 de junio de 1988)".*

El ánimo de lucro no equivale a obtener una ventaja patrimonial de lo sustraído, es la intención del sujeto activo de ejercer todos los derechos y facultades del dueño, así utilizarlo para sí mismo, donarlo, venderlo o destruirlo⁹⁰.

2.2.4 Grados de ejecución

Según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria el delito se consuma cuando el sujeto activo una vez tomado el bien lo traslada a su dominio pudiendo así disponer como si fuese de su propiedad⁹¹.

⁸³Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes...", *op.cit.*, p.350.

⁸⁴Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: "De los hurtos", *op.cit.*, p.1176.

⁸⁵Vid. LUZÓN CUESTA, J.M., "Compendio de Derecho Penal Parte especial", *op.cit.*, p.123.

⁸⁶Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Libro II. Título XIII" en AA.VV., (Quintero Olivares, G. Director), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, Aranzadi, 1996, p.1092.

⁸⁷Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: "De los hurtos", *op.cit.*, p.1178.

⁸⁸Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: "De los hurtos", *op.cit.*, p.1178.

⁸⁹ Vid. STS de 23 de mayo del 2000 (EDJ 2000/14404).

⁹⁰Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes...", *op.cit.*, p.354.

⁹¹Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes...", *op.cit.*, p.356.

La STS, Sala de lo Penal, de 5 de marzo de 1998⁹², señala: "[...] Como recogió la sentencia de 15 de abril de 1992, la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo ha exigido para la consumación de los delitos de robo, ya no la disposición efectiva de los bienes sustraídos -lo que supondría que la infracción ha llegado a la fase de agotamiento- sino a la disponibilidad, siquiera sea durante un breve lapso de tiempo y aunque sea meramente potencial -sentencias de 2 de noviembre de 1981, 28 de enero, 17 y 20 de febrero, 2 de marzo, 27 de mayo, 28 de septiembre y 4 de octubre de 1982, etc.-. Se consuma así el delito, si los procesados se apoderaron de los objetos y desde que iniciaron la huida hasta que fueron aprehendidos transcurrió un período de tiempo más o menos dilatado -sentencia de 30 de noviembre de 1981."

La STS, Sala de lo Penal, de 22 de octubre de 2012⁹³, indica: "(...)El cuarto motivo, también por infracción de ley, alega violación del art. 16 del Código Penal por sancionar el hecho como delito consumado. Considera que los acusados no tuvieron disponibilidad efectiva de los objetos robados, pues el bolso fue encontrado y recuperado unos metros más allá de donde se produjo la sustracción.

Para la desestimación del motivo solo es necesario señalar que según el hechos probado el bolso fue recuperado por la policía, transcurriendo un cierto tiempo entre el apoderamiento y la intervención de ésta, manteniéndose durante dicho tiempo el bolso fuera del alcance de la vista de su propietaria o de cualquier otra persona que pudiese auxiliarla, y a la plena disposición de los acusados, que pudieron apropiarse de cualquiera de los objetos que contenía, y de hecho lo hicieron (...)".

Como delito de resultado que es, cabe la tentativa inacabada (el sujeto activo inicia hechos exteriores sin llegar a coger el bien mueble que pretende) y acabada (el sujeto activo va más lejos, se apodera del objeto, pero llega a tener disponibilidad del mismo)⁹⁴.

2.2.5 Autoría y participación

Cabe la autoría mediata. Cuando intervienen varios sujetos activos en un delito de robo podemos distinguir dos teorías según la STS de 13 de octubre de 2015⁹⁵: "[...] la denominada teoría del 'acuerdo previo' ('pactum scealeris' y reparto de papeles), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

Otra teoría es la del 'dominio del hecho' (en cuanto posibilidad de interrumpir a voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos de 'imputación recíproca' de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la «totalidad» de lo hecho en común".

⁹²Vid. STS de 5 de marzo de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:1495).

⁹³Vid. STS de 22 de octubre de 2012 (EDJ 2012/227049).

⁹⁴Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes...", *op.cit.*, p.357.

⁹⁵Vid. STS de 13 de octubre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:4429).

Hoy en día, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria siguen la segunda teoría⁹⁶.

Cabe hablar también de la complicidad cuando la intervención de uno de los partícipes es de menor entidad y su aportación no es necesaria para la ejecución del acto delictivo⁹⁷.

2.2.6 Robo con fuerza en las cosas

El concepto de fuerza es un concepto legal, no descriptivo. Solo se califican de fuerza los medios referidos en el art.238 del CP⁹⁸.

La fuerza ha de aplicarse sobre el lugar en que están las cosas sustraídas, no sobre ellas⁹⁹. La fuerza puede ejercerse antes de la consumación o de forma posterior en la salida de lugar¹⁰⁰.

2.2.7 Robo con violencia o intimidación en las personas

Aparece regulado en los artículos 237 y 242 del CP¹⁰¹.

La violencia o intimidación deberá tener relación directa con la disponibilidad efectiva de la cosa¹⁰².

La **violencia** supone una actuación física sobre una persona, que no tiene por qué ser el dueño de la cosa, sino que puede ser, por ejemplo un tercero que quiere impedir el apoderamiento. La violencia ha de ser verdaderamente tal, de cierta entidad¹⁰³.

⁹⁶Vid. CUERDA ARNAU, M.L.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). Robo con violencia...", en AA.VV., (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p.379.

⁹⁷Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes...", *op.cit.*, p.358.

⁹⁸Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Capítulo II. De los robos [Arts. 237 a 242]" en AA.VV., *Comentarios al Código Penal español. Tomo I y II*, 7ª ed., Aranzadi, abril 2016.

⁹⁹Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes...", *op.cit.*, p.365.

¹⁰⁰Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Capítulo II. De los robos [Arts. 237 a 242]", *op.cit.*

¹⁰¹Vid. Art. 237 CP: "*Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren*".

Art. 242 CP: "*1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.*

2. Cuando el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años.

3. Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciera uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

4. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores".

¹⁰²Vid. CUERDA ARNAU, M.L.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). Robo con violencia...", *op.cit.*, p.373.

¹⁰³Vid. CUERDA ARNAU, M.L.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). Robo con violencia...", *op.cit.*, p.375-376.

Para el TS, Sala de lo Penal: *"La violencia supone el empleo de acometimiento o fuerza física sobre la persona mediante el cual se vence o evita su física oposición o resistencia al apoderamiento perseguido [...] En cualquier caso, la relevancia vendrá determinada por su suficiencia o idoneidad instrumental como medio comisivo del apoderamiento"*¹⁰⁴.

En cuanto a la **intimidación** el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, la entiende *"como el anuncio de un mal inmediato grave, personal y posible que despierte o inspire en el ofendido un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado"*¹⁰⁵.

En cuanto a la entidad que ha de tener la intimidación, esta no ha de ser invencible, ha de valorarse cada caso en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias y situación de la persona intimidada, pues el miedo es subjetivo. También ha de tenerse en cuenta si esa intimidación es suficiente e idónea para el fin del apoderamiento¹⁰⁶.

Las intimidaciones pueden ser psicológicas, sin la necesidad de una amenaza específica, cuando las circunstancias de tiempo, lugar u otras así lo revelen¹⁰⁷.

La intimidación puede dirigirse contra el dueño de la cosa o un tercero¹⁰⁸. Si la intimidación es una amenaza esta ha de ser inmediata, no de futuro¹⁰⁹.

Tanto la violencia como la intimidación han de ser anteriores, coetáneas o posteriores a la sustracción¹¹⁰.

Cuando el apoderamiento de cosa mueble ajena se lleva a cabo aprovechándose de la previa comisión de un ilícito penal en el que se emplea violencia o intimidación, el TS tras el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2018, entiende que se comete un delito de robo del art. 237 del CP, *"cuando se haya perpetrado con inmediatez al acto violento y sin ruptura temporal y la violencia empleada facilite el acto de apoderamiento"*. En este sentido en sus STS, Sala de lo Penal, de 12 de marzo de 2019¹¹¹, 4 de febrero de 2020¹¹², entre otras.

No procede el estudio en este caso de los tipos cualificados ya que no se contemplan en el supuesto.

2.2.8 Conclusiones

José María, Borja y Santiago son autores cada uno de ellos de un delito de robo con intimidación de los artículos 237 y 242.1 del CP. Pues concurren todos los requisitos que exige el tipo penal, así procedieron a tomar el bolso de Aida (cosa mueble valuable económicamente), sin la voluntad de la misma y con intimidación, al haberse producido el apoderamiento de modo inmediato a tener lugar la agresión sexual con intimidación. También concurre el elemento del ánimo de lucro,

¹⁰⁴ Vid. STS de 20 de octubre de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:7557).

¹⁰⁵ Vid. CUERDA ARNAU, M.L.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). Robo con violencia...", *op.cit.*, p.376.

¹⁰⁶ Vid. CUERDA ARNAU, M.L.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). Robo con violencia...", *op.cit.*, p.377.

¹⁰⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Capítulo II. De los robos [Arts. 237 a 242]", *op.cit.*

¹⁰⁸ Vid. CUERDA ARNAU, M.L.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). Robo con violencia...", *op.cit.*, p.377.

¹⁰⁹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Capítulo II. De los robos [Arts. 237 a 242]", *op.cit.*

¹¹⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Capítulo II. De los robos [Arts. 237 a 242]", *op.cit.*

¹¹¹ Vid. STS de 12 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1510).

¹¹² Vid. STS de 4 de febrero de 2020 (EDJ 2020/507618).

pues el mismo se presume siempre salvo prueba en contrario y en este caso, ninguna prueba desvirtúa esta presunción.

Se ha producido la consumación del delito, pues desde el momento del apoderamiento hasta que lo tiraron al contenedor de basura tuvieron la plena disponibilidad del mismo, como si fuera de su propiedad.

2.3 Delito contra la intimidad

El artículo que compete al estudio de este caso es el 197.1 y 5 del CP¹¹³.

2.3.1 Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es el secreto y la intimidad de los particulares¹¹⁴. El derecho a la intimidad *"atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida"* (STC, Sala Primera, de 15 de julio de 1999)¹¹⁵.

2.3.2 Sujetos activo y pasivo

En STS, Sala de lo Penal, de 14 de octubre de 2011¹¹⁶ *"sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, "el que" dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo "sus" referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta "sus telecomunicaciones"*". También pueden ser sujeto pasivo las personas jurídicas públicas o privadas¹¹⁷.

2.3.3 Tipo objetivo

La conducta típica puede tener dos modalidades:

1ª Apoderamiento para descubrir.

Se consume con el mero apoderamiento para descubrir sin necesidad de su posterior divulgación. No se tiene en cuenta el fin último que persigue el sujeto activo¹¹⁸.

2ª Interceptar las comunicaciones o utilizar artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación.

¹¹³Vid. Art. 197: "1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior".

¹¹⁴Vid. BARJA DE QUIROGA, J.: "II Descubrimiento y revelación de secretos" en AA.VV., *Manual de Derecho Penal Parte Especial Tomo II*, 1ª ed., Navarra, Aranzadi, 2018, p.RB-8.12.

¹¹⁵Vid. STC de 15 de julio de 1999 (BOE-T-1999-17663).

¹¹⁶Vid. STS de 14 de octubre de 2011 (EDJ 2011/242263).

¹¹⁷Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad...", en AA.VV., (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p.289.

¹¹⁸Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad...", *op.cit.*, p.287.

Se prohíbe interceptar comunicaciones en canal cerrado o utilización de los artificios mencionados anteriormente, siendo lo más frecuente la interceptación de comunicaciones telefónicas, correos electrónicos, etc. Lo importante es la seguridad para garantizar la no intromisión de terceros ajenos a dichos canales cerrados, lo comunicado no tiene relevancia¹¹⁹.

2.3.4 Tipo subjetivo

La conducta típica ha de ser dolosa, el tipo exige *"un ánimo o intención de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. Es necesario además un elemento subjetivo de lo injusto consistente en la finalidad de perjudicar al titular de los datos o a un tercero"* (STS de 29 de abril de 2019)¹²⁰.

2.3.5 Grado de realización

No se exige la posterior divulgación, se trata de un delito mutilado de dos actos: *"uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que este llegue a producirse"* (STS, Sala de lo Penal, de 12 de julio de 2011¹²¹).

La consumación se produce *"por el solo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad"*¹²².

2.3.6 Tipo cualificado del artículo 197.5 CP

La agravación viene dada en base a dos razones, una que se refiere a la protección de la esfera más sensible de la intimidad, los datos personales sobre el origen racial, creencias, vida sexual, etc.; y la otra a la condición desvalida y vulnerable de la víctima, protegiendo así a los menores o incapaces¹²³.

2.3.7 Conclusiones

Los hechos cometidos por José María son constitutivos de un delito contra la intimidad del art.197.1 del CP en el subtipo agravado del apartado 5 de ese mismo artículo.

José María procede a grabar con su móvil la escena de la violación, con ánimo de captar y dejar constancia de esos actos de naturaleza sexual realizados sobre Aida, vulnerando así el ámbito más privado y reservado de su vida. Aida aparece manteniendo relaciones sexuales forzada.

No cabe hablar de consentimiento de Aida teniendo en cuenta que esta estaba siendo agredida por lo que no puede asentir a tales actos de intromisión en su intimidad.

El delito se consumó por el solo hecho de la toma del vídeo con el móvil.

2.4 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

2.4.1 La reincidencia. Circunstancia que agrava la responsabilidad criminal

¹¹⁹Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad...", *op.cit.*, p.289.

¹²⁰Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad...", *op.cit.*, p.287.

¹²¹Vid. STS de 12 de julio de 2011 (EDJ 2011/166776).

¹²²Vid. STS de 14 de octubre de 2011 (EDJ 2011/242263).

¹²³Vid. BARJA DE QUIROGA, J.: "II Descubrimiento y revelación de secretos", *op.cit.*, p.RB-8.16.

Aparece regulada en el art.22.8 del CP¹²⁴.

Esta agravante será apreciada si el sujeto anteriormente a haber cometido el acto ilícito fue condenado mediante sentencia firme por un delito de análoga naturaleza, en concreto ha de estar regulado en el mismo título. No tiene importancia la pena impuesta en el delito anteriormente cometido¹²⁵.

2.4.2 Conclusiones

En el supuesto analizado no se aprecia la agravante de reincidencia pues los delitos cometidos por Santiago y José María se encuentran recogidos en los Títulos VIII, X y XIII del CP; mientras que el delito contra la salud pública está contemplado en el Título XVII del CP, no tratándose así de delitos de análoga naturaleza.

3. ESTUDIO DE COMO PUEDEN LAS AUTORIDADES JUDICIALES ESPAÑOLAS HACER COMPARECER ANTE ELLAS A SANTIAGO Y DE LA POSIBILIDAD DE QUE SANTIAGO CUMPLIESE LA PENA EN UNA PRISION PORTUGUESA.

3.1. De la orden de detención y entrega europea

3.1.1. Origen

La Orden europea de detención y entrega tiene su origen en la Decisión-marco adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea el 13 de junio del 2002¹²⁶, y que se aplica tanto en España como en Portugal desde el 1 de enero de 2004. En un primer momento fue transpuesta por la Ley 3/2003, de 14 de marzo¹²⁷, habiendo sido derogada ésta por la Ley 23/2014 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea¹²⁸, modificada por la Ley 3/2018 de 11 de julio, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea para regular la Orden Europea de Investigación¹²⁹.

Esta Decisión Marco es el primer instrumento del Ejercicio de Libertad, Seguridad y Justicia inspirado en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y demás resoluciones penales. Se basa en la confianza en los órganos judiciales de los Estados de la Unión Europea¹³⁰. Es la “piedra angular” de la cooperación judicial. Sustituye al mecanismo de la extradición, que se inspiraba en los principios de soberanía y territorialidad¹³¹.

La Orden de detención y entrega europea (en lo sucesivo ODE), produce, una simplificación y agilización del procedimiento en relación con la extradición; una homogenización de las normas

¹²⁴Vid. Art. 22.8ª: "Son circunstancias agravantes: Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza".

¹²⁵Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Capítulo IV. De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal [Art. 22]", *op.cit.*

¹²⁶Vid. Diario Oficial de las Comunidades Europeas 18.7.2002 L 190/1 Europeas 18.7.2002 L 190/1.

¹²⁷BOE núm. 6 de 17 de marzo de 2003.

¹²⁸BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014.

¹²⁹BOE núm. 142, de 12 de junio de 2018.

¹³⁰Vid. GUTIERREZ ZARZA, A.: "La orden de detención europea y el futuro de la cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reconocimiento mutuo, confianza recíproca y otros conceptos claves", en AA.VV., *La orden europea de detención y entrega. Consejo General del Poder Judicial. Manuales de Formación Continuada 42*, Madrid, 2008, p. 20.

¹³¹Vid. GUTIERREZ ZARZA, A.: "La orden de detención europea y el futuro de la cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reconocimiento mutuo, confianza recíproca y otros conceptos claves". *op. cit.* p. 27.

internacionales que regulan la extradición dentro de la Unión Europea y un gran avance en la creación del espacio judicial europeo¹³².

3.1.2. Naturaleza de la orden de detención y entrega europea

La orden europea según el art.34 de la Ley 23/2014, "*es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores*".

Se necesita una "orden" dictada por una autoridad judicial¹³³; una "solicitud", así se refiere en el encabezamiento del formulario¹³⁴ y finalmente, la ODE, se dicta mediante un "formulario unificado".

3.1.3. Emisión de una ODE: España como Estado emisor.

A) Ámbito territorial, temporal y material.

El ámbito territorial es la Unión Europea y la aplicación será cuando los diversos países la incorporen a su legislación, en el caso de España el 1 de enero de 2004, así lo establece la Ley 3/2003 al igual que Portugal, Ley 65/2003 de 23 de agosto (modificada por la Ley 35/2015 de 4 de mayo)¹³⁵.

La ODE ha de dictarse en el curso de un procedimiento penal, ya sea en su fase de enjuiciamiento como en la de cumplimiento de la pena¹³⁶.

B) Presupuestos para la emisión de una ODE.

- Objetivos: relativos a la infracción.

Según el art.37 de la Ley 23/2014, la ODE tiene como objeto la detención y entrega de un sujeto con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales (ODE para enjuiciamiento) o con el fin de proceder al cumplimiento de una condena a una pena o una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo (ODE para cumplimiento).

En el caso del ejercicio de acciones penales, han de concurrir dos condiciones:

1ª Se ha de tratar de hechos para los que la ley penal española "*señale una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo*".(art. 37 a. de la Ley 23/2014).

¹³²Vid. SEGARRA, J. "La Orden europea de detención y entrega" publicado en *Togas.biz*: 27 de julio de 2006, nº 62 (EDC 2018/511563).

¹³³Vid. PENIN ALEGRE, C., *Modulo IV, Tema 10 La Orden de Detención Europea*, ed. 5ª, Consejo General del Poder Judicial, 2013, p. 71.

¹³⁴Vid.. PENIN ALEGRE, C. "Orden de detención europea: España como estado de emisión" en AA.VV, *La orden europea de detención y entrega*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 203.

¹³⁵Vid.http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=298&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo).

¹³⁶Vid. PENIN ALEGRE, C. "Orden de detención europea". *op. cit.* p. 74.

2ª Y, además "los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para acordar el ingreso en prisión preventiva del reclamado o los de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, para acordar el internamiento cautelar de un menor" (art. 39.1 de la Ley 23/2014).

Los supuestos en que puede acordarse la prisión provisional aparecen regulados en los arts. 502 y 503 de la LeCrim, tras la última modificación operada por la Ley 13/2015, de 5 de octubre.

Según el art. 502: "cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes" y el art. 503, refiere que "sólo podrá ser decretada", cuando "conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión...." y si son varios los hechos imputados "se estará a lo previsto en las reglas especiales de aplicación de las penas"; cuando "aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión" y que la medida persiga alguno de los siguientes fines: "asegurar la presencia del investigado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga" teniendo en cuenta la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponérsele, la situación familiar, laboral y económica de este, así como la inminencia de la celebración del juicio oral.

El delito por el que se emite la ODE no debe de estar extinguido¹³⁷.

- **Subjetivos.**

La autoridad judicial competente para la emisión es el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 35.1 de la Ley 23/2014).

Teniendo en cuenta el momento procesal en que se encuentre el procedimiento puede ser el Juez de Instrucción, el Juzgado Central de Instrucción, el Juez de lo Penal, el Juez Central de lo Penal, la Audiencia Provincial, la Audiencia Nacional, el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo. También se admite que sea la jurisdicción castrense y el Juez de Menores, si bien en este caso la autoridad de ejecución puede interpretar si por su edad, en su legislación es irresponsable¹³⁸.

El sujeto reclamado debe ser un investigado, encausado, procesado o condenado. Puede ser: un nacional del Estado de ejecución, en este caso algunos países como Portugal, pueden condicionar la entrega a que el reclamado sea devuelto al país para la ejecución de la pena; un inimputable; una persona con privilegios o inmune y también abarca a las personas amparadas con el principio de especialidad¹³⁹.

- **Previos a la emisión de la ODE.**

Antes de la emisión de una ODE, el Juez competente puede solicitar autorización al Estado en que se encuentre la persona reclamada para tomarle declaración mediante una solicitud de auxilio judicial (art. 38 de la Ley 23/2014).

¹³⁷Vid.. PENIN ALEGRE, C. "Orden de detención europea: España como estado de emisión", *op. cit.* p. 219.

¹³⁸Vid. PENIN ALEGRE, C. "Orden de detención europea", *op.cit.* p.75.

¹³⁹Vid.. PENIN ALEGRE, C. "Orden de detención europea: España como estado de emisión", *op. cit.* p. 223-224.

Y, en todo caso, ha de dar traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación particular, para informe, y sólo en el caso de que alguno de estos intervinientes interesen la emisión de la ODE para el ejercicio de acciones penales, podrá acordarlo el juez, por auto motivado (art. 39.3 de la Ley 23/2014).

C) La solicitud.

Ha de utilizarse el modelo de la Decisión Marco, que aparece como anexo I en la Ley 23/2014. No es necesario acompañar la resolución que acuerda su emisión¹⁴⁰.

Puede emitirse la ODE durante todo el procedimiento, siempre que sea necesaria la presencia del sujeto en territorio español. Si, una vez preste declaración, no va a ser privado de libertad, no procede la emisión de la ODE, sino que hay que acudir a otros procedimientos¹⁴¹, como la orden europea de investigación.

El contenido de la ODE se refleja en el formulario. Se trata de un impreso que ha de ser rellenado por la autoridad judicial, requiriendo firma y sello oficial. En el formulario han de constar los datos que se refieren en el art. 36 de la Ley 23/2014 y ha de ser completado con el mayor detalle posible¹⁴² y ha de ser traducido a la lengua oficial del Estado miembro al que se dirija (art. 7.3 de la Ley 23/2014).

D) Transmisión.

En la transmisión de los instrumentos de reconocimiento mutuo, se puede diferenciar:

1. Si el reclamado está en paradero conocido.

En este caso la transmisión podrá hacerse directamente a la autoridad judicial que sea competente en el Estado de ejecución (art. 40.1 de la Ley 23/2014). También podrá la autoridad judicial recabar el auxilio de la Red Judicial Europea y de la Red Judicial Española, Magistrados de Enlace y Eurojust; así como de la Red de Fiscales.¹⁴³

2. Si el reclamado está en paradero desconocido.

Entonces la autoridad judicial puede introducir una descripción de la persona reclamada en el Sistema de Información Schengen y si no es posible puede acudir a los servicios de Interpol para la comunicación de la ODE (art. 40. 2 y 4 de la Ley 23/2014).

E) Actuaciones posteriores a la decisión del Estado de ejecución.

1. Si el Estado de ejecución condiciona la entrega a que la persona sea devuelta a ese Estado para el cumplimiento de la pena, entonces la autoridad judicial de emisión de la ODE, decidirá, previamente a haber oído a las partes personadas en el procedimiento, si acepta o no la condición (art. 44 de la Ley 3/2014).

2. Si el Estado de ejecución deniega la entrega, entonces la autoridad judicial ha de comunicarlo al Ministerio de Justicia, quien lo comunicará a Eurojust (art. 46 de la Ley 23/2014).

¹⁴⁰Vid. PENIN ALEGRE, C. "Orden de detención europea", *op.cit.* p.76

¹⁴¹Vid. PENIN ALEGRE, C. "Orden de detención europea", *op.cit.* p.77.

¹⁴²Vid. PENINALEGRE, C. "Orden de detención europea", *op.cit.*, p. 15-19.

¹⁴³Vid. PENIN ALEGRE, C. "Orden de detención europea", *op.cit.*, p. 79.

Si la causa no puede seguirse sin la presencia del investigado se procederá a su archivo provisional, no definitivo, pues pueden desaparecer los obstáculos que impidieron en ese momento la entrega.¹⁴⁴

3. Si se acuerda la entrega, a autoridad judicial de emisión de la ODE encarga a los servicios policiales que se hagan cargo de los trámites para conducir al sujeto reclamado a su presencia, convocando una comparecencia, de conformidad con la establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para resolver la situación personal del detenido (art. 45.1 de la Ley 23/2014).

F) Gastos.

Son de cuenta de España, tanto los de emisión como los de traslado, pero no ocasionados en el Estado de ejecución¹⁴⁵.

3.2. De la transmisión de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad.

3.2.1. Origen

Su origen lo encontramos en la Decisión Marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008¹⁴⁶. La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, viene a trasponer al ordenamiento español esta Decisión Marco.

En Portugal es de aplicación desde el 17 de diciembre del 2015, al ser traspuesta por la Ley 158/2015 de 17 de septiembre de Régimen jurídico de transmisión y ejecución de sentencias en materia penal (modificada por la Ley 115/2019, de 12 de septiembre)¹⁴⁷.

3.2.2. Objetivo

Se trata de que las condenas penales que impone la autoridad competente de un Estado miembro de la UE puedan ejecutarse en otro Estado miembro de la UE, si así se facilita la reinserción social de la persona condenada¹⁴⁸. En cuanto a la definición de reinserción social, el punto 2.7.3 de la Comunicación de la Comisión-Manual sobre el traslado de condenados y penas privativas de libertad en la Unión Europea (2019/C403/02)¹⁴⁹, señala los aspectos a tener en cuenta.

3.2.3. Presupuestos

1. Subjetivos

¹⁴⁴Vid. PENIN ALEGRE, C. "Orden de detención europea", *op.cit.*, p. 83.

¹⁴⁵Vid. PENIN ALEGRE, C. "Orden de detención europea", *op.cit.* p. 85.

¹⁴⁶ DO L 327 de 5.12.2008.

¹⁴⁷http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2472&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=&y ; https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?CategoryId=14

¹⁴⁸Vid. GARCIA MORENO, J.M. "El reconocimiento mutuo de resoluciones que imponen una pena o medida privativa de libertad", *El Derecho Editores: Revista de Jurisprudencia El Derecho*, de 1 de abril del 2016, n° 2 (EDC 2016/1010880).

¹⁴⁹ Diario Oficial de la Unión Europea, C/403/2, de 29.11.2019. Punto 2.7.3 de la Comunicación de la Comisión-Manual sobre el traslado de condenados y penas privativas de libertad en la Unión Europea (2019/C403/02), "*la autoridad competente del Estado de emisión debe tener en cuenta aspectos como, por ejemplo, "la relación del condenado con el Estado de ejecución, por ejemplo si el condenado considera que allí se encuentran sus vínculos familiares, lingüísticos, culturales, sociales o económicos, y otros lazos con el Estado de ejecución [...] la reinserción social debe entenderse en el sentido de que es más apropiado que las medidas de reinserción se tomen en un país donde la persona condenada entienda el idioma y con el que tiene vínculos estrechos. La posibilidad de tener contacto social con familiares y amigos ayuda a preparar a la persona condenada para que vuelva a la sociedad"*.

La competencia la tiene, en el caso de los mayores de edad, el tribunal penal que dictó la sentencia en primera instancia, si a transmisión se acuerda antes de empezarse a cumplir la sentencia, y si es después de que se inicie la ejecución, la tiene el Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 64.1 de la Ley 23/2014).

El juez o tribunal sentenciador puede transmitir la resolución directamente al Estado de ejecución o a través del Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 65.2 de la Ley 23/2014).

El procedimiento para la transmisión puede iniciarse de oficio por el tribunal competente, por solicitud del Estado de ejecución o por petición de la persona condenada (art. 65.1 de la Ley 23/2014).

2. Objetivos.

Las resoluciones firmes que pueden ser objeto de transmisión son las que imponen penas o medidas privativas de libertad, pendientes, total o en parte, medidas de internamiento a los menores de edad según la legislación de menores¹⁵⁰.

La persona condenada no ha de estar cumpliendo ninguna otra pena, no ha de tener ninguna sentencia condenatoria pendiente de alcanzar firmeza, y no se han de seguir otros procedimientos penales en trámite contra la misma, y ello con la finalidad de evitar que se transmitan sólo alguna de las penas impuestas o que pudieran imponérsele¹⁵¹.

Los requisitos que se han de cumplir para que la sentencia pueda transmitirse son: a) Que el condenado esté en España o en el Estado de ejecución. Así el procedimiento no puede iniciarse si el condenado está en paradero desconocido, b) Que la autoridad judicial española estime que se facilitará la reinserción social del condenado con la transmisión de la pena a otro Estado de la UE y c) Que el condenado consienta el traslado¹⁵².

La opinión del condenado es relevante, como se ha puesto de manifiesto en el Auto de la A.P. de Valencia, Sección 5ª, de 23 de septiembre de 2019¹⁵³.

¹⁵⁰Vid. GARCIA MORENO, J.M. "El reconocimiento mutuo de resoluciones que imponen una pena o medida privativa de libertad", *op.cit.*

¹⁵¹Vid. GARCIA MORENO, J.M. "El reconocimiento mutuo de resoluciones que imponen una pena o medida privativa de libertad", *op.cit.*

¹⁵²Vid. GARCIA MORENO, J.M. "El reconocimiento mutuo de resoluciones que imponen una pena o medida privativa de libertad", *op.cit.*

¹⁵³Vid. AAP Valencia de 23 de septiembre del 2019 (EDJ 2019/698108). "*(...) II.- La resolución impugnada por el penado, impugnación a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal, denegando la transmisión, parece fundarse exclusivamente en que considera el juez a quo que como el penado ha vivido los últimos cuatro años en España dispondría de vínculos en España, con independencia de que el penado además cuente con importantes vínculos familiares en Holanda, pero lo cierto es que la mayor parte de la vida del penado ha transcurrido en Holanda, en donde cuenta con importantes vínculos familiares, lingüísticos, culturales, sociales o económicos, según manifiesta, y lo cierto es que cuando delinquiró estaba en España, separado de esos importantes vínculos, por lo que no se acierta a comprender por qué la vuelta al entorno no delictivo de su país no pueda contribuir a su reinserción social.*

Debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.3 de la Ley 23/2014, Ley en la que se traspone la Decisión Marco 2008/909/JAI, que regula la interpretación de la ley española, en caso de contradicción entre la Ley española y la Decisión Marco prevalece ésta, y con arreglo al apartado 6.3 de la Decisión Marco, "la opinión del condenado debe tenerse en cuenta a la hora de decidir", considerándose razonable que si el penado tiene vínculos con su país y ha solicitado y consentido la transmisión, una decisión contraria a lo que solicita debería ser excepcional y estar fundada en otros obstáculos, como puede ser el tener algún otro procedimiento pendiente de tramitación en España, y en el presente supuesto no concurre ningún obstáculo que impida la transmisión.

3.2.4. Estado al que se puede transmitir la resolución que impone una pena.

La resolución sólo puede transmitirse a un único Estado de ejecución. Este Estado puede ser, según señala el art. 71.2 de la Ley 23/2014: *"a) el Estado del que el condenado es nacional y en el que tenga su residencia habitual; b) el Estado del que el condenado es nacional y al que, de acuerdo con la sentencia o una resolución administrativa, será expulsado una vez puesto en libertad; c) cualquier otro Estado miembro cuya autoridad competente consienta que se le trasmita la resolución y; d) cualquier otro Estado miembro, sin necesidad de recabar su consentimiento, cuando así lo haya declarado ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, siempre que exista reciprocidad y concurren al menos uno de los siguientes requisitos: 1º Que el condenado resida de forma legal y continuada en ese Estado desde hace al menos cinco años y mantenga en él su derecho de residencia permanente. 2º Que sea nacional de ese Estado de ejecución pero no tenga su residencia habitual en el mismo"*.

En relación con el apartado c) el punto 2.3.4 de la Comunicación de la Comisión-Manuel sobre el traslado de condenados y penas privativas de libertad en la Unión Europea (2019/C403/02), señala que *"la tercera situación...se aplica cuando el Estado de emisión desea transmitir la sentencia y el certificado a un Estado distinto del Estado miembro de nacionalidad en el que vive...por ejemplo...al Estado miembro del cual es nacional, pero en el que no vive ni al que será expulsado"* .

En este caso, antes de la transmisión de la resolución, la autoridad judicial española ha de consultar a la autoridad competente del Estado de ejecución a fin de determinar si con la transmisión de la resolución se va a facilitar la reinserción del condenado (art. 68 Ley 23/2014).

3.2.5. Documentación y traslado.

Decidida la ejecución de la sentencia en otro Estado de la UE, la autoridad competente transmitirá la sentencia con el certificado que figura en el anexo II de la Ley 23/2014 (art. 69 Ley 23/2014).

Si el Estado de ejecución acepta la ejecución de la resolución deberá trasladarse a la persona condenada, en un plazo máximo de 30 días, aunque en algún caso se puede prorrogar 10 días más¹⁵⁴

3.3. Conclusiones

1ª.- La autoridad judicial española que conoce de la causa, puede emitir una orden de detención y entrega para enjuiciamiento, para que la autoridad judicial competente en Portugal acuerde la detención y entrega a España de Santiago. Para ello ha de cubrir el formulario oficial que se encuentra en el Anexo I de la Ley 23/2014, con el mayor detalle posible, pero antes ha de contar con informe del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, que interesaran su emisión, debiendo la autoridad judicial dictar Auto motivado.

Concurren en este caso los requisitos para la emisión de la ODE de enjuiciamiento, pues, se trata del ejercicio de acciones penales, por hechos para los que la ley penal española señala una pena privativa de libertad cuya duración máxima es de más de doce meses.

En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por el condenado, dejando sin efecto la resolución del juez a quo que deniega la transmisión, y, en su lugar acordarla transmisión a Holanda de la sentencia condenatoria".

¹⁵⁴Vid. GARCIA MORENO, J.M. "El reconocimiento mutuo de resoluciones que imponen una pena o medida privativa de libertad", *op.cit.*

Y, también se dan los requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para acordar la prisión provisional, pues los hechos presentan caracteres de delitos, violación y robo con intimidación, cuyo máximo es superior a dos años de prisión; existen motivos bastantes (declaración de la víctima, grabación de video, lugar donde fue encontrado el bolso, etc.) para creer responsable criminalmente de los delitos a Santiago y la medida persigue asegurar la presencia de Santiago en el proceso, pues en este caso, puede inferirse el riesgo de fuga, pues Santiago, una vez cometido los hechos se trasladó a Portugal, donde tiene familia.

2ª.- Santiago podría pedir al tribunal que dictó la sentencia que la transmitiese al órgano competente en Portugal para el cumplimiento de la pena en Portugal, pues se cumplen los requisitos, así: la sentencia ha de ser firme, y Santiago no consta que tenga ninguna sentencia pendiente de firmeza en España ni que se sigan otros procedimientos contra él; Santiago se encuentra en España y el cumplimiento de la pena en Portugal facilitará la reinserción social, hay que tener en cuenta que es nacional de allí, que tiene vínculos familiares (familia paterna), lingüísticos y culturales, el tener contacto social con familiares, puede ayudarlo a volver a la sociedad.

En este caso, siendo la residencia habitual de Santiago en España, Portugal deberá consentir la transmisión de la resolución. También la autoridad judicial española ha de consultar a la autoridad competente en Portugal, antes de la transmisión, su opinión, en relación a si con la transmisión se va a facilitar la reinserción social.

4. ESTUDIO DE LA POSIBILIDAD QUE TIENE AIDA DE INTERRUMPIR SU EMBARAZO

4.1. Interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad.

4.1.1. Evolución

El aborto fue despenalizado por la LO 9/1985, de 5 de julio, que introdujo el art. 417 bis en el que se señalaban los tres supuestos despenalizados. Se seguía así un sistema de indicaciones, la terapéutica, la ética o criminológica y la eugenésica, casos en que la mujer podría abortar porque se entendía que había un conflicto de intereses entre derechos fundamentales de la mujer y la protección del embrión¹⁵⁵.

La LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo¹⁵⁶, deroga el art.417 bis del CP, sustituye el sistema de las indicaciones por un sistema mixto de plazos e indicaciones. Se da al aborto practicado cumpliendo los requisitos el carácter de derecho subjetivo, por lo que no puede ser delito. Se da prioridad a los derechos de la mujer, de libre determinación de la personalidad, a la vida, a la intimidad, a la libertad religiosa, a la integridad física y moral y no discriminación¹⁵⁷, pues esta Ley responde a una concepción ideológica de la sexualidad cercana a la ideología de género, en este sentido el art. 12 de la misma¹⁵⁸.

La LO 11/2015, de 21 de septiembre para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo¹⁵⁹, modifica la LO

¹⁵⁵ Vid. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: "Aborto de la menor", *Patria potestad, minoría de edad u derecho a la salud*, Madrid, Dykinson S.L., 2015, p.151.

¹⁵⁶ BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

¹⁵⁷ Vid. CARBONELL MATEU, J.C.: "Aborto" en AA.VV., (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p.97.

¹⁵⁸ Vid. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: "Aborto de la menor", *op. cit.*, p.152-153.

¹⁵⁹ BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2015.

2/2010, y exige según la Exposición de Motivos I para que la menor pueda interrumpir voluntariamente el embarazo *"además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad"*.

4.1.2. Requisitos comunes.

La Ley exige que el aborto lo practique un médico especialista o bajo su dirección, que se haga en un centro sanitario público o privado acreditado y con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada, o en el caso, como he dicho anteriormente, de una menor o persona con capacidad modificada judicialmente, además de su manifestación de voluntad, es preciso el consentimiento expreso de sus representantes legales, excepto cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la embarazada y no sea posible conseguir la autorización, entonces en este caso el facultativo puede llevar a cabo la intervención (art. 9.2.b de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre de 2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁶⁰)¹⁶¹.

Según el art. 12 de la LO 2/2010, las condiciones para la interrupción voluntaria del embarazo han de ser interpretadas en el modo que más favorezca a la protección y derechos fundamentales de la mujer.

El art. 13 de la LO 2/2010, remite a la Ley 41/2002, que en el art. 9.5 párrafo segundo, señala que en el caso de menores de edad, además de su manifestación de voluntad, han de dar su consentimiento los representantes legales de la menor, y que *"los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil"*, que judicializa el conflicto¹⁶².

En este punto, he de hacer referencia:

- A que la necesidad de manifestación de la voluntad de la menor, viene dada porque la menor aunque no tenga plena capacidad de obrar, sí es titular de derechos. Según lo señalado en el art. 12.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la Niña¹⁶³, vigente en España desde el 5 de enero de 1991 *"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los derechos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño"*, en este sentido también, el art. 2.1 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, con la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁶⁴, garantizan que el menor ha de ser oído y escuchado en los procedimientos en que esté afectado y cuando tenga suficiente madurez.

- El consentimiento de los representantes legales.

El consentimiento informado a que se refiere la Ley 41/2002, en el caso de emitirse por el representante legal, no es de representación en sentido jurídico, sino que lo emiten en cumplimiento de los deberes que conlleva esa representación, que son el salvaguardar la vida, integridad corporal y

¹⁶⁰ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

¹⁶¹ Vid. CARBONELL MATEU, J.C.: "Aborto" *op. cit.*, p.97.

¹⁶² Vid. CARBONELL MATEU, J.C.: "Aborto" *op. cit.*, p.97.

¹⁶³ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

¹⁶⁴ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996 y BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

la salud del menor, y la decisión de prestar el consentimiento siempre tiene que ser tomada en interés de la menor¹⁶⁵.

Así el interés del menor es lo que ha de prevalecer. El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado y comprende tanto los bienes materiales o patrimoniales como los espirituales o ideales, así todos los que la persona considera valiosos.¹⁶⁶

Al interés del menor se refiere el art. 39.2 de la CE¹⁶⁷ al señalar que *"los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos..."* y el art. 2 de la LO 1/1996, que establece los criterios a tener en cuenta y su ponderación, señalando así que el menor tiene derecho a que *"su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan", "que primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir"*.

Con la anterior legislación, al estar despenalizado el aborto terapéutico, se entendía que el interés era fácilmente constatable al ser más objetivo, porque el peligro para la menor embarazada estaba médicamente determinado. La LO 2/2010 mantiene esta idea, apreciando un interés de la menor a abortar cuando exista ese riesgo para la vida de la madre, permitiendo el art. 9.2.b) de la Ley 41/2002, que lo practique el propio médico cuando no pueda obtener esa autorización y exista el grave riesgo para la mujer¹⁶⁸.

El art. 9.6 de la Ley 41/2002, refiere: *"En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente"*.

- En caso de conflicto la Ley 41/2002 remite al CC.

Después de la reforma del CC de 1981 la doctrina mayoritaria considera que puede haber conflicto de intereses entre los representantes legales y los menores no sólo de carácter patrimonial sino en asuntos extrapatrimoniales, en cuyo caso según el art. 162 del CC, redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁶⁹, los padres dejan de tener la representación legal de los hijos menores. Debiendo acudir a la figura del defensor judicial¹⁷⁰ para que los represente en juicio y fuera de él (art. 163 CC).

El defensor judicial se nombra para un asunto determinado y su misión es de representación y defensa, no de vigilancia¹⁷¹.

Si el conflicto de intereses fuera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro la representación (art. 163, párrafo segundo).

¹⁶⁵Vid. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: "Aborto de la menor", *op. cit.*, p.157.

¹⁶⁶Vid. GARCÍA PRESAS, I., "La Patria Potestad", *La Patria Potestad*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 115.

¹⁶⁷BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

¹⁶⁸Vid. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: "Aborto de la menor", *op. cit.*, p.157-158.

¹⁶⁹BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

¹⁷⁰Vid. GARCÍA PRESAS, I., "La Patria Potestad", *op. cit.*, p. 48.

¹⁷¹Vid. CASTAN VAZQUEZ J.M.: "Comentarios al Código Civil. Art. 163" en AA.VV, *Comentario del Código Civil Tomo I*, Madrid, 1991, p. 561.

En el caso contemplado, la razón de que el padre de Aida no da el consentimiento para el aborto, es por motivos religiosos. En este punto señalar que el Tribunal Constitucional establece como límite de la libertad religiosa, el respeto a los derechos de terceros¹⁷².

4.1.3 Supuestos en que puede practicarse legalmente la interrupción voluntaria del embarazo.

Puede practicarse el embarazo legalmente, dentro de las primeras catorce semanas de gestación, y también dentro de las veintidós semanas, si se dan las indicaciones previstas legalmente¹⁷³.

Las indicaciones son:

- La terapéutica que aparece regulada en el art. 15 a) de la LO 2/2010, que señala que podrá interrumpirse el embarazo cuando "*no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija*".

El plazo de las veintidós semanas se establece teniendo en cuenta la viabilidad extrauterina del feto. Este precepto viene a afirmar la prevalencia de la vida y salud del embarazada¹⁷⁴.

Al hablar de salud, se refiere a la física y a la psíquica, pues las enfermedades psíquicas pueden ser más graves y peores para el que las sufre que cualquier enfermedad física. Y se exige que el peligro sea grave para la salud¹⁷⁵.

En el caso de enfermedad psíquica, el médico que ha de emitir el dictamen ha de ser un psiquiatra, no sirve de un psicólogo.

- La embriopática. Cuando existen graves anomalías en el feto.

- La indicación por falta de viabilidad. Cuando se den anomalías fetales incompatibles con la vida o el feto tenga una enfermedad extremadamente grave e incurable cuando se le diagnostique¹⁷⁶.

4.2. Conclusiones

En el caso estudiado nos encontramos con que Aida quiere interrumpir su embarazo y su padre, único progenitor vivo, se opone por motivos religiosos.

Aida, a consecuencia lo sucedido, tiene una profundísima depresión que la lleva a tener pensamientos suicidas, siendo sometida a tratamiento psicofarmacológico y terapéutico.

En este caso entiendo que Aida tiene posibilidad de interrumpir su embarazo, siempre que se encuentre dentro de las veintidós semanas de gestación.

¹⁷² Vid. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: "El conflicto entre la libertad religiosa de los padres y el derecho a la vida del menor: prevalencia del interés de menor", *op. cit.*, p.228-229.

¹⁷³ Vid. ASENSIO SANCHEZ, M.A.: "El aborto de la menor", *op.cit.* p. 152.

¹⁷⁴ Vid. CARBONELL MATEU, J.C.: "Aborto" *op. cit.*, p.99.

¹⁷⁵ Vid. CARBONELL MATEU, J.C.: "Aborto" *op. cit.*, p.99.

¹⁷⁶ Vid. CARBONELL MATEU, J.C.: "Aborto" *op. cit.*, p.99.

Nos encontramos en una situación de conflicto entre el intereses del padre y el de la menor, por lo que el padre cesa en la representación de la misma, y se le nombra un defensor judicial para que la defienda en el procedimiento judicial que se siga.

Cuando se trata de menores, estos deben ser oídos, Aida que cuenta con 15 años de edad, manifiesta su deseo de interrumpir su embarazo y, las decisiones han de ser adoptadas siempre en beneficio de los menores, prima el interés de la menor sobre otro interés legítimo con el que pueda concurrir.

El interés del padre debe decaer en favor del interés de la menor, cual es la protección de su vida y salud.

El continuar adelante con el embarazo, obligando a Aida a tener un hijo que no quiere, podría agravar su ya profunda depresión, pudiendo desembocar en el suicidio.

5. ESTUDIO DE LA RELACIÓN JURÍDICA QUE TENDRÍA LA CRIATURA CON EL PROGENITOR MASCULINO

5.1. La filiación y sus efectos

La filiación se encuentra recogida en los artículos 108 a 141 del CC tras la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo¹⁷⁷.

La filiación es un hecho natural, ya que todos tenemos una madre y un padre biológicos. Esta puede ser tanto por naturaleza como por adopción como señala el art.108 del CC¹⁷⁸. La diferenciación entre una y otra ha ido evolucionando progresivamente tras la utilización de técnicas de reproducción asistida, al permitir como progenitores por naturaleza aquellos que se sabe que no lo son biológicos. Por otra parte, también se regulan supuestos en los que no cabe la maternidad o paternidad biológicas, un ejemplo sería la filiación derivada de un incesto¹⁷⁹.

A su vez, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial¹⁸⁰.

Independientemente de la forma de determinación de la filiación (matrimonial o no matrimonial, así como la adoptiva), surtirá los mismos efectos para sus hijos, sin que pueda existir discriminación alguna por razón de nacimiento¹⁸¹.

Dichos efectos son los siguientes:

1º La filiación determina los apellidos de los hijos como señala el art.109 del CC¹⁸².

¹⁷⁷ BOE núm. 134, de 5 de junio de 1981.

¹⁷⁸ Vid. Art. 108 CC: "*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*".

¹⁷⁹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "La filiación" en AA.VV, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 4ª ed., Madrid, ERICAL, 2015, p. 213-214.

¹⁸⁰ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "La filiación", *op.cit*, p. 214.

¹⁸¹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "La filiación", *op.cit*, p. 214.

¹⁸² Vid. Art. 109 CC: "*La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley.*"

Como dicta la STS, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 1965¹⁸³: "*El apellido es uno de los derechos de los hijos legítimos que constituye un auténtico patrimonio moral de la persona solo transmisible de padres a hijos, siendo irrenunciable e imprescriptible*".

2º El deber de amparo "el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos" (art.110 CC).

El deber de amparo se trata de una lista concreta de deberes y facultades. Este deber de velar por los hijos no se agota cuando llegan a la mayoría de edad, a diferencia de lo establecido por el CC, pues la CE en su art.39.3 dice: "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda"¹⁸⁴.

Algunas manifestaciones de la función de amparo serían: el deber de prestar alimentos a los hijos, el deber de establecer legalmente la filiación, facultades y deberes paternos en orden de incapacitación y tutela de los hijos, etc¹⁸⁵.

Con respecto al deber de prestar alimentos, se refiere tanto a hijos menores, como a mayores de edad si lo necesitan. En el caso de los hijos menores nos encontramos ante una obligación de régimen especial¹⁸⁶.

5.1.1. Causas de exclusión

Las causas de exclusión se encuentran recogidas en el art.111 del CC y son las siguientes:

1ª Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

Uno de los ejemplos más típicos para este supuesto es la condena de violación, de la que nace un hijo¹⁸⁷. En este supuesto, procede la sanción de exclusión en todos los casos en los que el padre haya sido condenado por un delito que conlleve necesariamente unas relaciones sexuales que hubieran determinado la generación. Esta sanción viene justificada por la actitud innoble del progenitor, se trata de proteger al hijo, apartándole de quién no garantiza que vaya a protegerlo¹⁸⁸.

Para que exista la sanción se requiere además que haya habido una condena por sentencia penal firme en la que se determine dicha filiación, la misma está solo legalmente prevista en los supuesto del art.193 del CP cuando se trata de delitos contra la libertad sexual¹⁸⁹.

El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo.

El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos".

¹⁸³ Vid. STS de 13 de noviembre de 1965 (RJ 1965, 5042).

¹⁸⁴ Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M. en AA.VV, *Comentarios a las Reformas Del Derecho de Familia Volumen I*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 816.

¹⁸⁵ Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M. en AA.VV, *Comentarios a las Reformas Del Derecho de Familia Volumen I, op.cit.*, p. 816.

¹⁸⁶ Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Art. 110", *op.cit.*, p. 818.

¹⁸⁷ Vid. GARCÍA PRESAS, I., "La Patria Potestad", *op. cit.*, p. 86.

¹⁸⁸ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario del Código Civil" en AA.VV, *Comentario del Código Civil Tomo I*, Madrid, 1991, p. 435.

¹⁸⁹ Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Art. 111", *op.cit.*, p. 821.

Aunque también se aplica la sanción cuando ha habido un reconocimiento voluntario de la paternidad por el autor del delito antes de la sentencia firme, en este caso la exclusión de la patria potestad y demás funciones tuitivas y derechos es automática, sin necesidad de la resolución judicial¹⁹⁰.

2ª Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

Se puede señalar que estos casos de exclusión conllevan una sanción a la conducta que puede ser tanto del padre como de la madre¹⁹¹.

5.1.2. Alcance de la exclusión

El sujeto sancionado sería el progenitor que incurre en el supuesto anteriormente señalado; los otros miembros de la familia de dicho progenitor no serían sancionados, sin embargo, sí que serían llamados a las funciones tuitivas así como ostentarían los correspondientes derechos con relación al hijo o sus descendientes o incluso en sus herencias¹⁹².

Las funciones de las que queda excluido el progenitor serían tanto la patria potestad como las demás funciones tuitivas, con la excepción de que quedarán a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimento¹⁹³.

En cuanto a los derechos que deja de ostentar "no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo de sus descendientes, o en sus herencias" (art.111 CC). Entre ellos encontramos el derecho de alimentos, derecho a imponerle un nombre propio, así como tampoco se podrá exigir al hijo los deberes que tendría como tal respecto al padre¹⁹⁴, los derechos sucesorios mortis causas, aunque sí puede recibir por vía testamentaria¹⁹⁵.

5.1.3. Régimen de los apellidos

El art.111 establece que: "*el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal*".

El hijo al no ostentar el apellido del progenitor el puesto de ese apellido será cubierto por los apellidos de la madre, que podrá determinar el orden de los mismos según el art.49 de la Ley del Registro Civil¹⁹⁶.

El hijo o el representante legal pueden solicitar el apellido del progenitor excluido, es un derecho potestativo del hijo y un derecho de opción, que podrán optar en cualquier tiempo¹⁹⁷.

5.1.4. Obligaciones subsistentes

Velar por los hijos

Se trata de un derecho-deber, esto quiere decir, que para poder cumplirlo-ejercerlo es necesario que se conceda a los padres cierto poder o potestad. Normalmente se cumple en el marco de la patria potestad, ostentando el padre o madre la compañía de su hijo, sin embargo también se prevé como

¹⁹⁰ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario del Código Civil", *op.cit.*, p. 435.

¹⁹¹ Vid. GARCÍA PRESAS, I., "La Patria Potestad", *op.cit.*, p. 86.

¹⁹² Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Art. 111", *op.cit.*, p. 822.

¹⁹³ Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Art. 111", *op.cit.*, p. 823.

¹⁹⁴ Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Art. 111", *op.cit.*, p. 823.

¹⁹⁵ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario del Código Civil", *op.cit.*, p. 436.

¹⁹⁶ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

¹⁹⁷ Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Art. 111", *op.cit.*, p. 825.

señala el art.160 CC "*aunque no ejerzan la patria potestad*" ya que prevalece el deber de velar y su mejor medio para cumplirlo es el derecho-deber de relacionarse el progenitor con su hijo¹⁹⁸.

Velar por los hijos es uno de los más inconcretos deberes de los padres. PEÑA lo identifica con la "función paterna de amparo" que engloba según él: derecho de prestar alimentos, deber de establecer legalmente la filiación, etc. Sin embargo, RIVERO discrepa argumentando su excesiva amplitud, pues para él, velar por los hijos supone atender diligentemente a su persona, a su salud física y psíquica, etc¹⁹⁹.

Prestar alimentos

Este deber se encuentra regulado en diversos artículos del CC. Sin embargo, el régimen aplicable a los alimentos referidos en el art.110 será el del art.154²⁰⁰ (entre los deberes que comporta la patria potestad), pues los artículos 142 y siguientes solo caben aplicarlos en determinados casos y con limitaciones. Esta prestación compete al padre y/o a la madre de forma íntegra o en la proporción que dé lugar el régimen económico matrimonial o, en su defecto el que haya acordado un juez. En su determinación se tendrá en cuenta la contribución del hijo al levantamiento de las cargas familiares. Para que sea eficaz, también se prevé la adopción de medidas cautelares para la prestación de estos alimentos dictada previa reclamación ante el juez²⁰¹.

5.1.5. Terminación de las sanciones

La terminación de las sanciones puede ser:

1º Por voluntad del hijo, tras alcanzar la plena capacidad, la cual puede producirse por mayoría de edad o emancipación²⁰².

2º Por determinación del representante legal del hijo, en los casos en los que haya dicha representación, que a su vez afecte al orden personal²⁰³.

3º Forma, la cual no debe ser inexcusablemente pública, ya que el art.111 no la exige²⁰⁴.

4º Eficacia, la declaración de la finalización de las sanciones de referencia es de carácter irrevocable²⁰⁵.

5.2. Conclusiones

¹⁹⁸ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario del Código Civil, *op.cit.*, p. 434.

¹⁹⁹ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario del Código Civil, *op.cit.*, p. 434.

²⁰⁰ Vid. Art. 154 CC: "*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

2.º *Representarlos y administrar sus bienes.*

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad".

²⁰¹ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario del Código Civil, *op.cit.*, p. 434.

²⁰² Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario del Código Civil, *op.cit.*, p. 436.

²⁰³ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario del Código Civil", *op.cit.*, p.436.

²⁰⁴ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario del Código Civil", *op.cit.*, p.436.

²⁰⁵ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario del Código Civil", *op.cit.*, p.436.

En el caso estudiado, la relación jurídica que tendría el progenitor con el hijo de Aida, es la de filiación. En la sentencia condenatoria por el delito de violación deberá pronunciarse sobre la filiación, salvo que voluntariamente el progenitor la reconozca con anterioridad.

No obstante, el padre quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo al haber sido condenado por una sentencia penal firme por violación.

El hijo no tendrá el apellido del padre salvo que lo solicite él o su representante legal, también estas restricciones dejan de producir efecto si el hijo cuando alcance la plena capacidad lo decide o por decisión del representante legal aprobada judicialmente.

El padre tendrá las obligaciones de velar por el hijo y prestarle alimentos.

6. ESTUDIO DE LA REPERCUSIÓN QUE TIENE PARA MATÍAS LA PUBLICACIÓN DE LAS FOTOS DE LOS ACUSADOS LLAMANDOLOS “VIOLADORES” Y PARA EL USUARIO DESCONOCIDO LA PUBLICACIÓN DEL VÍDEO

6.1. Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información.

La colisión que ha de resolverse afecta, de una parte, al derecho al honor de los tres acusados y, de otra parte, a la libertad de información del periodista Matías.

El **derecho al honor**, como derecho fundamental, aparece reconocido en el art. 18.1 de la CE²⁰⁶. Este derecho se protege penalmente en el CP, artículos 205 a 216 y civilmente, con la LO 1/1982, de 5 de mayo en la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio²⁰⁷.

El honor es un concepto que ha de determinarse en cada momento histórico teniendo en cuenta los valores, ideas sociales vigentes y las normas. La palabra honor obedece a la opinión que se tiene de una persona, como la buena reputación, fama u honra²⁰⁸.

El TS, Sala de lo Civil, recogiendo sentencias del TC ha referido en la Sentencia de 30 de julio de 2014²⁰⁹ que *“el derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, FJ 2) impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, FJ 7)”*.

La CE, en su art.20.1.d), *“reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”*.

La **libertad de información** tiene una vertiente activa que es el derecho a “comunicar” y otra vertiente pasiva que es el derecho a “recibir” información. Los hechos que se difunden han de ser veraces. Lo que no significa que tengan que ser exactos sino que se ajusten a la verdad en los aspectos relevantes²¹⁰.

²⁰⁶Vid. Art 18.1; *“Se garantiza el derecho al honor...”*.

²⁰⁷BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982 y BOE núm 152, de 23 de junio de 2010.

²⁰⁸Vid. NARANJO DE LA CRUZ, R.: "Capítulo XVIII: Derechos fundamentales" en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 2015, p.483.

²⁰⁹Vid. STS de 30 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3551).

²¹⁰Vid. NARANJO DE LA CRUZ, R.: "Capítulo XVIII: Derechos fundamentales", *op. cit.* p.510

El concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido, cuando la CE exige que la información sea veraz, lo que hace es establecer un deber de diligencia sobre el informador, al que exige que los hechos transmitidos deben haber sido previamente contrastados con datos objetivos, no se priva de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas (STS, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 2011)²¹¹.

La STS, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 2014, señala: *“La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo /SSTC 104/1986, de 17 de julio, 139/2007, de 4 de junio, y 29/2009, de 26 de enero). Se trata de una libertad fundamental que encuentra su límite, especialmente, en el respeto a los derechos de la personalidad, entre los que se encuentra el derecho al honor”*.

La protección del derecho al honor es un límite al ejercicio del derecho a la libertad de información, según señala el art. 20.4 de la CE.

Cuando entran en conflicto estos derechos fundamentales según el TC este ha de ser resuelto por la técnica de la ponderación, valorando *“el peso abstracto de los respectivos derechos fundamentales”*, debiendo respetar la ponderación la posición preferente que tiene el derecho a la libertad de información por ser fundamental como garantía para la opinión pública (STC, Sala Primera, de 15 de enero de 2007²¹²).

Para valorar el peso abstracto de los derechos en conflicto, se ha de atender:

-A si la información se refiere a asuntos de relevancia pública o interés general, en este caso se considera justificada la intromisión en el derecho al honor (STC, Pleno, de 19 de diciembre de 2013²¹³).

La STS, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2017²¹⁴, refiriéndose a la noticia de una violación de una menor, señala: *“según la jurisprudencia concurre dicho interés en la información sobre investigaciones de hechos de trascendencia penal de tanta gravedad y, con mayor razón, cuando los afectados son menores de edad”*.

-También se considera justificada la intromisión en el derecho al honor si la información es veraz.

Veracidad entendida, como he referido antes, a que al difundir información en los medios de comunicación el informador ha agotado su deber de diligencia y se basa en fuentes objetivas y fiables, como pueden ser las investigaciones policiales y judiciales; no pueden transmitirse como verdaderos presuntos rumores sin contrastar. En este sentido se pronuncia la Sentencia, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2016²¹⁵, citando a la STS de 8 de mayo de 2015.

²¹¹Vid. STS de 24 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9199).

²¹²Vid. STC de 15 de enero de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:9).

²¹³Vid. STC de 19 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:216).

²¹⁴Vid. STS de 2 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:280).

²¹⁵Vid. STS de 20 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2123): *“De esta doctrina se colige que lo que mediante este requisito se está exigiendo al profesional de la información es «una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz» (SSTC 240/1992, 28/1996 y 192/1999). Y como recuerda la reciente STS de 30 de septiembre de 2014, rec. nº 349/2012, prescindiendo de la forma elegida para su comunicación y de inexactitudes no esenciales, la información se reputará veraz si se basó en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas y susceptibles de contraste, de modo que las conclusiones alcanzadas por el informador a partir de los datos contrastados que resulten de aquellas sean conclusiones a las que el lector o espectador medio hubiera llegado igualmente con los mismos datos. Por el contrario, se reputará no veraz la información que se apoye en conclusiones derivadas de meras especulaciones, en rumores sin fundamento,*

El informador no tiene que esperar al resultado de las actuaciones penales, la existencia de una instrucción penal en curso constituye para la jurisprudencia una fuente objetiva y fiable a la hora de valorar si el informador agotó la diligencia que le era exigible al momento de comprobar la noticia (STS, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2017²¹⁶).

La STS de 30 de julio de 2014, resume la doctrina jurisprudencial respecto del deber de diligencia informativa cuando se refiere a informaciones relativas a la existencia de investigaciones judiciales contra el presunto autor del delito que puede afectar al interés público, señalando que *“la protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza”*.

También ha de tenerse en cuenta en la ponderación el respeto a la presunción de inocencia (STC, Sala Segunda, de 26 de febrero de 1996²¹⁷).

Y, también han de tenerse en cuenta *“el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc”* (STC, Sala Segunda, de 31 de enero del 2000²¹⁸).

- En la transmisión de la información, no deben utilizarse frases y expresiones ultrajantes u ofensivas (STS de 30 de julio de 2014).

No obstante, cuando se refiere a los titulares de las noticias, en algunas ocasiones el TS, como en la Sentencia de 2 de febrero de 2017, entiende que la falta de proporcionalidad compromete la veracidad de la información, al presentar la noticia a un investigado como responsable indubitado de un delito, pero en palabras de la STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2018²¹⁹, ello solo sucede *“cuando esta conclusión rotunda, inequívoca, carezca de la menor lógica y proporción conforme a los datos a disposición del periodista en ese momento”*.

En relación con la omisión de la palabra “presunto” en la noticia, la STS de 18 de julio de 2018, antes referida, recogiendo las STS de 30 de junio 2009, de 7 de octubre de 2009 y de 2 de octubre de 2014, señala *“ni siquiera la falta de advertencia alguna en la información sobre el carácter supuesto o presunto de la imputación es determinante en todo caso de la existencia de intromisión ilegítima en el honor”*.

En esta última sentencia, el TS refiere que el uso de la palabra “agresor” en el subtítulo de la noticia publicada en portada, teniendo en cuenta las circunstancias no le priva de veracidad y por ello la libertad de información ha de ser protegida.

6.2. Delito contra la intimidad.

carentes de apoyo en datos objetivos extraídos de fuentes igualmente objetivas y fiables que estuvieran al alcance del informador. En esta línea, la STS de 3 de noviembre de 2014, rec. n.º 2882/2012, cita jurisprudencia constitucional según la cual únicamente « cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si ésta puede mencionarse en la información misma» (STC 178/1993, FJ 5º), lo que implica que sí será necesario contrastar la noticia si la fuente del periodista no tiene esas características, debiendo el periodista atenderse «a los datos objetivos procedentes de fuentes serias y fiables disponibles en el momento en que la noticia se produce, y sin que tales datos sean sustituidos por los personales y sesgados criterios del periodista que transmite la noticia» (STC 154/1999, FJ 7º)”.

²¹⁶Vid. STS de 26 de abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1627).

²¹⁷Vid. STC de 26 de febrero de 1996 (ECLI:ES:TC:1996:28).

²¹⁸Vid. STC de 31 de enero de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:21).

²¹⁹Vid. STS de 18 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2804).

Algunos aspectos del delito contra la intimidad los he tratado en el apartado 2.3 de este trabajo, ahora voy a analizar los artículos 197.3 párrafo segundo del CP²²⁰.

Nos encontramos ante un tipo atenuado similar al encubrimiento, se contempla el supuesto de que el sujeto lleve a cabo un acto de revelación, difusión o cesión de datos, hechos o imágenes, que conciernen a la intimidad de otra persona, sin haber tomado parte en el descubrimiento de los secretos de dicha persona y con conocimiento de su origen ilícito. Se exige que el delito de descubrimiento ya esté consumado, así como el conocimiento de la procedencia ilícita, que no tiene que ser delictiva, de la información que difunde²²¹.

Se trata de un delito denominado "de indiscreción", que es autónomo al resto de los tipos que se contemplan en este artículo. El sujeto no conoce de forma lícita la intimidad de otro para luego difundirla sino que conoce esa intimidad por ejemplo por haber comprado la información, porque un tercero ha accedido a esos datos de forma ilícita, etc²²².

Con este tipo queda cubierta una necesidad político-criminal, al evitar que el sujeto pueda ampararse en el dato de no haber tomado parte de la conducta del tipo básico que alimenta el delito de revelación o difusión de información. Supone un límite al uso ilegítimo y arbitrario de la libertad de información, pues si desde la lógica de la experiencia humana la fuente de la información no es lícita (ejemplo un conversación grabada), y se publica el contenido de la misma dará lugar a la aplicación de ese artículo²²³.

Se castiga no solo la que difunde secretos de "primera mano" sino a todos los eslabones de la cadena. El único límite de esta obligación de responsabilidad se producirá cuando la información deje de ser secreta²²⁴.

6.3. Conclusiones

1ª.- En este caso, Matías publicó fotos de los tres acusados, llamándolos "violadores". Entiendo que prevalece el derecho a la información frente al derecho al honor de los acusados, pues teniendo en cuenta los parámetros a valorar resulta:

- Que el asunto tiene una fuerte relevancia pública, pues así se nos indica "tiene un importante impacto mediático", ya que se trata de la violación de una menor de edad por tres adultos.
- La información suministrada es veraz, pues Matías se ha basado en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas y susceptibles de contraste, pues existe una instrucción penal en curso, a la que entiendo que Matías tenía acceso, en la que los acusados están siendo investigados por el delito de violación, de modo que con esos datos cualquier lector hubiera llegado a iguales conclusiones. El deber de diligencia no obliga a que Matías tenga que esperar al resultado de las actuaciones penales.

²²⁰ Vid. Art. 197.3 párrafo segundo del CP: "Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior".

²²¹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad...", *op.cit.*, p.294; FERMÍN MORALES, P.: "Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos", *op. cit.*

²²² Vid. FERMÍN MORALES, P.: "Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos", *op. cit.*

²²³ Vid. FERMÍN MORALES, P.: "Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos", *op. cit.*

²²⁴ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad...", *op.cit.*, p.294-295.

2ª.- En este caso el usuario publicó cortes del vídeo grabado por José María así como el nombre y la dirección de Aida. Entiendo que esta conducta es constitutiva de un delito contra la intimidad y revelación de secretos del art. 197.3 párrafo segundo y del art. 197.5 del CP, se ignora cómo llegó a su poder el vídeo, partiendo de la versión que más pudiera favorecerle entiendo que el vídeo con los datos le fuera facilitado por alguien que de manera ilícita hubiera tenido acceso a su contenido y se lo hiciese llegar por algún medio como whatsapp y que el usuario conociendo su procedencia ilícita se limita a su publicación.

Esta publicación supone un atentado a la intimidad de Aida, se publica una imagen vejatoria y humillante, y que al poner el nombre y dirección de esta favoreció que pudiera ser fácilmente identificada por terceras personas como víctima de una agresión sexual.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ASENSIO SANCHEZ, M.A.: “Aborto de la menor”, *Patria potestad, minoría de edad u derecho a la salud*, Madrid, Dykinson S.L, 2015.
- BARJA DE QUIROGA, J.: "II Descubrimiento y revelación de secretos" en AA.VV, *Manual de Derecho Penal Parte Especial Tomo II*, 1ª ed., Navarra, Aranzadi, 2018, p.RB-8.12.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “La filiación” en AA.VV, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 4ª ed., Madrid, ERCAL, 2015.
- BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II). Cuestiones comunes..." en AA.VV., (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- CALDERÓN A., CHOCLÁN J.A, E.: "Delitos contra la libertad sexual" en AA.VV., *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, 2ª edición actualizada marzo, Bosch, 2001.
- CARBONELL MATEU, J.C.: "Aborto" en AA.VV., *Derecho Penal. Parte Especial*, (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- CASTAN VAZQUEZ J.M.: "Comentarios al Código Civil. Art. 163" en AA.VV, *Comentario del Código Civil Tomo I*, Madrid, 1991.
- "Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjero [...]" en *Revista Española de Medicina Legal*, Ed. Doyma, 2011, 37 (1): 5-6.
- CUERDA ARNAU, M.L.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV). Robo con violencia..." en AA.VV., (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- GARCIA MORENO, J.M. "El reconocimiento mutuo de resoluciones que imponen una pena o medida privativa de libertad", *El Derecho Editores: Revista de Jurisprudencia El Derecho*, de 1 de abril del 2016, nº 2 (EDC 2016/1010880).
- GARCÍA PRESAS, I., "La Patria Potestad", *La Patria Potestad*, Madrid, Dykinson, 2013.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad..." en AA.VV., (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- GUTIERREZ ZARZA, A.: “La orden de detención europea y el futuro de la cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reconocimiento mutuo, confianza recíproca y otros conceptos claves”, en AA.VV., *La orden europea de detención y entrega. Consejo General del Poder Judicial. Manuales de Formación Continuada 42*, Madrid, 2008.
- LUZÓN CUESTA, J.M., "*Compendio de Derecho Penal Parte especial*", Madrid, Dykinson, S.L., 1997.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: “De los hurtos”, *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, en AA.VV, Granada, Comares, 1997.

- NARANJO DE LA CRUZ, R.: "Capítulo XVIII: Derechos fundamentales" en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 2015.
- ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indignidad sexuales (I): agresiones sexuales" en AA.VV., (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- PENIN ALEGRE, C., *Modulo IV, Tema 10 La Orden de Detención Europea*, ed. 5ª, Consejo General del Poder Judicial, 2013.
- PENIN ALEGRE, C. "Orden de detención europea: España como estado de emisión" en AA.VV., *La orden europea de detención y entrega*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M. en AA.VV., *Comentarios a las Reformas Del Derecho de Familia Volumen I*, Madrid, Tecnos, 1984.
- QUINTERO OLIVARES, G.: "Libro II. Título XIII" en AA.VV., (Quintero Olivares, G. Director), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, Aranzadi, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G.: "Capítulo II. De los robos [Arts. 237 a 242]" en AA.VV., *Comentarios al Código Penal español. Tomo I y II.*, 7ª ed., Aranzadi, abril 2016.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario del Código Civil" en AA.VV., *Comentario del Código Civil Tomo I*, Madrid, 1991.
- SEGARRA, J. "La Orden europea de detención y entrega" publicado en *Togas.biz*: 27 de julio de 2006, nº 62 (EDC 2018/511563).
- SERRANO GOMEZ, A.: "Agresiones sexuales" en *Derecho Penal Parte Especial*, 6ª edición, Madrid, Dykinson, 2001.
- SIERRA FERNÁNDEZ, J.: "Determinación de la edad en el sujeto vivo, algunas cuestiones jurídicas", *El Derecho Editores, Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, de 1 de julio de 2010, nº3.

Páginas web:

- Definición de Violencia Sexual disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/rhr12_37/es/ [última consulta: 19 de marzo 2020].
- http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=298&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo
- http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2472&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=&
- https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?CategoryId=14