



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo Fin de Grado

Delitos sexuales y embarazo no deseado

Grado en Derecho

Curso académico: 2019-2020

Alumna: Marina Isabel Puñal Freire

Tutora: María Ángeles Fuentes Loureiro

ÍNDICE

Listado de Abreviaturas.....	3
Supuesto de hecho.....	5
Desarrollo del trabajo: Cuestiones a abordar.....	7
1. Primera cuestión	7
1.1 Cualifique penalmente los hechos cometidos por Borja, Santiago y José María.	7
1.1.1 Delito contra la libertad e indemnidad sexual	7
1.1.2 Delito contra el patrimonio	11
1.1.3 Delito contra la intimidad.....	13
1.2 ¿Tendría relevancia la edad de la víctima? ¿Como se podría resolver el problema de su indeterminación?	13
1.3 En caso de que los tres acusados rechazasen la versión de los hechos y la prueba principal fuese la declaración de la víctima, ¿qué valor tendría esta declaración?	15
2. Segunda cuestión	17
2.1 Si antes de tener identificado a Santiago como uno de los investigados, este huyera a Portugal, país de donde es nacional (además de España), y donde tiene parte de su familia paterna, ¿cómo podrían las autoridades judiciales hacerlo comparecer ante ellas?	17
2.1.1 Orden europea de detención y entrega.....	17
2.2 Si tras una eventual condena Santiago quisiera cumplir la pena en una prisión portuguesa, ¿podría hacerlo?.....	19
3. Tercera cuestión.....	24
3.1 ¿Podrá Aida cumplir su voluntad de interrumpir el embarazo?	24
3.1.1 Interrupción voluntaria del embarazo	24
3.1.2 Supuesto en el que Aida tiene 18 años.....	25
3.1.3 Supuesto en el que Aida tiene 15 años.....	25
4. Cuarta cuestión	29
4.1 De no practicarse la interrupción del embarazo, ¿qué relación jurídica tendrá la criatura con su progenitor paterno?.....	29
4.1.1 Filiación y patria potestad	29
4.1.2 Relación jurídica existente entre el progenitor y la criatura	29
5. Quinta cuestión.....	31
5.1 Introducción.....	31

5.2 Una vez abierto el proceso, que tiene un importante impacto mediático, y durante la instrucción, Matías, periodista, publica las fotos de los tres acusados tachándolos de “violadores”. ¿Qué repercusión tendría este hecho para Matías?.....	31
5.2.1 Colisión de diversos derechos fundamentales.....	31
5.2.2 Posibles delitos cometidos	35
5.2.3 Incumplimiento del Código Deontológico.....	36
5.2.4 Responsabilidad civil derivada de la comisión del delito	38
5.3 Y si en un determinado foro de internet un usuario publica cortes del vídeo grabado por José María y publica el nombre de la víctima y su dirección, ¿qué repercusión podrían tener estos hechos para quien lo publique?.....	39
5.3.1 Posibles delitos cometidos	39
5.3.2 Responsabilidad civil derivada de la comisión del delito	40
Conclusiones.....	41
Bibliografía.....	44
Índice legislativo.....	46
Índice jurisprudencial.....	47

Listado de Abreviaturas

Artículo (s)	Art. (s)
Código Civil	CC
Código Penal	CP
Constitución Española	CE
Coordinador	Coord.
Director	Dir.
European Case Law Identifier	ECLI
European Legislation Identifier	ELI
Ley 41/2003 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica	LAP
Ley Orgánica	LO
Número	Nº/Núm.

Real Academia Española	RAE
Repertorio de Jurisprudencia	RJ
Sentencia de la Audiencia Provincial	SAP
Sentencia del Tribunal Constitucional	STC
Sentencia del Tribunal Supremo	STS
Tribunal Constitucional	TC
Tribunal Supremo	TS
Unión Europea	UE

Supuesto de hecho

Aida llega a Madrid el 4 de febrero de 2020 procedente de Senegal. En España le espera su padre, Adama, senegalés con residencia legal en Madrid desde 2016. Aida entra en España con un permiso de residencia temporal, de acuerdo al 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 de 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 dichas amigas del barrio en el 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 marchan para casa, y le preguntan a ella si desea ir con ellas, lo que Aida rechaza, ya que Borja se ofrece a acompañarla. El nivel de castellano que tiene Aida le permite mantener una conversación muy simple, siempre y cuando sus interlocutores hagan un esfuerzo en 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 hachís. Los tres chicos comienzan a hablar entre ellos como están acostumbrados a hacerlo, de modo que Aida no comprende nada de su conversación. Borja se acerca a ella y la besa en los labios de forma inesperada para ella, que se siente muy incómoda por lo que Borja hace y por la manera de hacerlo. Con todo, Aida no articula palabra. Un poco más adelante, Santiago entra a 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 es desnudada 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 después de coger su 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 una 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 no deseaba. Mantiene la misma versión de los hechos en una exploración médica y en un interrogatorio en sede judicial posteriores. Durante la exploración médica, Aida dice tener 15 años en lugar de 18. Según ella, tras la muerte de su madre, y para agilizar la reagrupación con su padre, la fecha de nacimiento que figuraba en su partida de nacimiento fue falsificada por una agente del registro civil senegalés amiga de su familia, de modo que figurase que era mayor de edad, para ahorrar los complicados trámites de autorización de salidas al extranjero de menores. Del mismo modo, la apariencia física de Aida aparenta ser la de una mayor de edad, así entendido por los investigados, los cuales afirman no tener sabido 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 acontecido entra en una profundísima depresión que la lleva a tener pensamientos suicidas, siendo sometida a un tratamiento psicofarmacológico y terapéutico. Si ya en un primer momento había rechazado tomar una píldora que le tendría permitido interrumpir el embarazo, por sugerencia 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.

Desarrollo del trabajo: Cuestiones a abordar

1. Primera cuestión

1.1 Cualifique penalmente los hechos cometidos por Borja, Santiago y José María.

Los delitos cometidos por Borja, Santiago y José María se enmarcan en el capítulo I -“De las agresiones sexuales”- del Título VIII -“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”-; en el Capítulo I -“Del descubrimiento y revelación de secretos”- del Título X -“Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”- y, por último, en el capítulo II -“De los robos”- del Título XIII -“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” del Libro II -“Delitos y sus penas”- del Código Penal (en adelante, CP) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

1.1.1 Delito contra la libertad e indemnidad sexual

En los delitos sexuales existen dos bienes jurídicos protegidos, estos son la libertad y la indemnidad sexual.

La libertad sexual es la facultad de las personas de determinarse autónomamente en el ámbito de su sexualidad, ejercer libremente su sexualidad. Con lo cual, el contenido de esta libertad sexual recoge la posibilidad de practicar el acto sexual que se desee y, en consecuencia, con quien se desee, a la vez de servirse de su propio cuerpo.

Pero el ordenamiento jurídico no reconoce esta libertad de decidir mantener relaciones sexuales a todas las personas, es aquí cuando entra en juego la indemnidad sexual. La indemnidad sexual es el derecho concedido a menores y a personas con discapacidad a no sufrir daños en el ámbito sexual, buscando el libre desarrollo de la personalidad y el deber de protección de estas personas (E. Orts Berenguer, 2019: 209-210).

Podemos considerar que los actos realizados por los acusados consisten en una agresión sexual cualificada, públicamente conocida como violación, pero antes de entrar a tratar este tema daré una definición de agresión sexual básica, delito tipificado en el artículo (en adelante, art.) 178 CP¹, y observaremos su diferencia con el abuso sexual.

En nuestro ordenamiento jurídico, existe una distinción entre abuso y agresión sexual, la diferencia entre estas figuras delictivas surge en el elemento de intimidación o violencia. La agresión sexual se caracteriza en que dicho acto es un atentado contra la libertad sexual de otra persona y debe existir violencia o intimidación, en cambio, en el abuso sexual no

¹ Artículo 178 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”.

existe este elemento de violencia o intimidación. En lo que coinciden ambos es que es un ataque no consentido contra la libertad o indemnidad sexual (F. Muñoz Conde, 2019: 216).

En los atentados contra la libertad sexual se exige un elemento subjetivo, pues el sujeto activo debe realizar el acto con el objetivo de encontrar una satisfacción sexual en su realización.

Según Tamarit Sumalla, es necesario que el acto sea realizado con fines sexuales, esto es, se exige que el sujeto activo realice los actos destinados a obtener para sí una gratificación de carácter sexual (J. M. Tamarit Sumalla, 2015).

En nuestro caso es posible que a simple vista no se aprecie la existencia de intimidación ni de violencia, pero podemos determinar que existe agresión y no abuso por la existencia de un tipo de intimidación conocido como “intimidación ambiental”.

La STS 4 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2200), que juzga el conocido caso de “La manada”, hace referencia, a su vez, a la STS de 8 de noviembre de 2005 (RJ 2006/398), que informa acerca de esta intimidación ambiental del siguiente modo:

“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”.

Con lo cual, en la sentencia del caso de “La manada”, se llega a la conclusión de que: “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”.

En base a esto, podemos dejar en claro, que, aunque los acusados no hayan actuado de una forma directamente intimidante, la situación en la que se encontraba la víctima, si creaba este ambiente intimidatorio debido a la presencia y actuación de varias personas. Con lo cual, estamos ante un caso de agresión y no abuso sexual.

Dejando claro este término, pasamos a la cuestión de “agresión sexual cualificada”, tipificada art. 179 CP². Una agresión sexual pasa a considerarse cualificada cuando ésta consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, así como en la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías citadas.

Podemos observar claramente en el caso que Aida es penetrada vaginalmente, con lo cual, queda claro que estamos ante una agresión sexual cualificada.

² Artículo 179 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”.

A su vez, estamos ante un caso de agresión sexual cualificada agravada del art. 180.1. 2ª CP³. Esto es debido a que la agresión se ha cometido entre más de dos personas.

En el caso a tratar, Aida es violada por José María, Borja y Santiago, con lo cual, nos hallamos ante una agresión sexual cualificada en grupo.

Esta agravante se fundamenta en que, existe una mayor potencialidad lesiva y existen menores posibilidades de defensa de la víctima (E. Orts Berenguer, 2019: 224).

En el relato observamos como Borja antes de violar a Aida le besa, mostrándose ella incómoda por este suceso. Podríamos plantearnos un concurso de agresión sexual cualificada junto con los anteriores actos, constitutivos de agresiones sexuales básicas.

Sin embargo, es posible plantear una absorción en las agresiones cualificadas de aquellas otras agresiones que puedan ser consideradas como un tránsito normal previo, agresiones como besos o tocamientos previos a acceso carnal.

Podemos considerar que el beso que le dio Borja a Aida es un tránsito previo a la agresión sexual cualificada, con lo cual no estamos ante un concurso de delitos, ya que uno absorbe a otro.

Como última cuestión a mencionar en este subapartado, nos encontramos ante la duda de si los acusados por este delito ostentarían únicamente la figura de coautores, o, si por el contrario, podría surgir alguna forma de participación en sus actuaciones.

Se considera autor al que domina finalmente la realización del hecho, esto es así en base al criterio objetivo-material del dominio del hecho. Cuando existe más de un autor, hablamos de coautoría, que consiste en que varios autores colaboren consciente y voluntariamente en la realización de un delito. Cuando todos los autores del delito contribuyen en la realización de todos los actos ejecutivos, nos encontramos ante una coautoría ejecutiva directa, en cambio, si se produce un reparto de tareas, la coautoría ejecutiva sería parcial. Lo esencial en la coautoría es que varias personas ostentan el dominio del hecho, asumen la misma responsabilidad por la realización del hecho delictivo (F. Muñoz Conde, M. García Arán, 2019: 407-423).

En cambio, la participación consiste en la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno, en un hecho ajeno perteneciente al autor o coautores, hecho en el cual el partícipe colabora, contribuye. La participación es un concepto dependiente del concepto de autor (F. Muñoz Conde, M. García Arán, 2019: 407-423).

La forma de participación que nos interesa en este caso es la de cooperador necesario. El legislador equipara la cooperación necesaria a la autoría a efectos de pena (F. Muñoz Conde, M. García Arán, 2019: 407-423).

³ Artículo 180.1. 2ª CP: “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 concorra alguna de las siguientes circunstancias: Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”.

El cooperador necesario con su participación en el delito no llega a ostentar el dominio del hecho. En la cooperación necesaria es imprescindible que los que colaboran realicen algún acto sin el cual no se hubiera efectuado el acto y es necesario que la conducta realizada aumente las posibilidades de realización del delito por parte del autor. (F. Muñoz Conde, M. García Arán, 2019: 407-423).

Ahora bien, la STS 18 de octubre de 2004 (RJ 2005\781), indica que cuando dos sujetos cometen cada uno un delito de agresión sexual son coautores en concepto de cooperadores necesarios, bien por realizar actos de fuerza o por la intimidación ejercida. Con lo cual, a cada uno de los sujetos activos se les considera autor del delito de agresión sexual y coautor en concepto de cooperador necesario de la agresión sexual del otro interviniente.

Aunque veamos este razonamiento por parte del Tribunal Supremo (en adelante TS), considero que, en nuestro caso, no existe esta figura de cooperación necesaria, sino que los tres acusados serían coautores.

El hecho de aplicar tres delitos, uno en autoría y dos en cooperación necesaria en delitos que son agravados por ser cometidos en grupo, podría suponer que se desvirtuase la agravante de dos o más personas. Entiendo que esto supondría considerar que existen varios delitos, de los cuales uno es autor y el resto colaboran en su realización, pero no nos encontramos en este caso, nos encontramos en un caso de un único delito con múltiples autores. Nos hallamos ante un único delito de agresión sexual cualificada, agravada por ser realizada en grupo. Considero que el hecho de aplicar la cooperación necesaria supondría considerar la existencia de tres delitos, cada delito con su autor y con dos partícipes, pero no nos encontramos ante este supuesto.

A su vez podemos entender que, al castigarlos por tres delitos agravados, en distintos conceptos, supondría incurrir en la vulneración del principio *ne bis in idem*. Este principio es uno de los principios fundamentales del Derecho penal español y prohíbe que una persona sea sancionada dos veces por los mismos hechos. Si se castiga a los acusados por los tres delitos mencionados (uno por autoría y dos por cooperación necesaria), estaríamos incurriendo en una vulneración del principio *ne bis in idem* ya que estaríamos condenando varias veces por el mismo delito.

Mi posicionamiento es debido a que, los tres acusados parecen ostentar el dominio del hecho, asumen la misma responsabilidad por la realización del hecho delictivo. Ninguno está participando en un hecho doloso ajeno, ya que el delito a considerar es una agresión sexual cualificada agravada por actuación en grupo, con lo cual, es un único hecho delictivo realizado por los tres acusados.

Aunque considero que sí existe intimidación ambiental en los hechos sucedidos, difiero en que deba existir una cooperación necesaria.

Por mi parte, los tres acusados deberían ser castigados como coautores de un delito de agresión sexual cualificada en grupo y no como autores de un delito de agresión sexual cualificada y coautores en concepto de cooperadores necesarios de la agresión sexual cualificada de sus compañeros.

1.1.2 Delito contra el patrimonio

Podemos apreciar un delito contra el patrimonio de la víctima en el momento que se apoderan de su bolso para arrojarlo posteriormente a un contenedor de basura.

Este apoderamiento podría ser considerado robo o hurto, la diferencia clave entre ambos delitos es que en uno se necesita violencia o intimidación y en el otro no.

En el relato fáctico, observamos que, en el momento de apoderarse del bolso de la víctima, no se aprecia ni violencia ni intimidación, pero sí vemos esta intimidación en los momentos anteriores a dicho delito.

En la STS 4 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2200) podemos observar que el acusado se apoderó en beneficio propio del móvil de la víctima aprovechando la situación de intimidación creada para atentar contra su libertad sexual.

“Interesa la condena por un delito de robo con intimidación sólo para el acusado Juan Pablo, al entender que ese apoderamiento en propio beneficio se produjo aprovechando la situación de grave intimidación creada para atentar contra la libertad sexual de la víctima”.

El TS en esta Sentencia, considera que el acusado utilizó la intimidación creada por anterioridad para sustraer a la víctima su teléfono móvil, considerando dicho hecho un delito de robo con intimidación⁴.

“Es claro que el acusado, utilizó el ámbito intimidatorio creado por todos los intervinientes, para perpetrar el delito contra la propiedad, se valió así de la intimidación como medio para apoderarse del teléfono móvil de la víctima, por lo que la correcta calificación de los hechos es que los mismos son constitutivos de un delito de robo con intimidación, previsto y penado en el art. 242.1 CP, en relación con el 237 del mismo texto legal”.

Por otra parte, en un Pleno no jurisdiccional de la sala de lo Penal del TS de 24 de abril de 2018, se llega al siguiente acuerdo, y cito textualmente: “Cuando aprovechando la comisión de un ilícito penal en el que se haya empleado violencia se realiza un apoderamiento de cosas muebles ajenas, se entenderá que se comete un delito de robo del art. 237 del Código Penal cuando se haya perpetrado con inmediatez al acto violento y sin ruptura temporal y la violencia empleada facilite el acto del apoderamiento”.

Podemos extrapolar este razonamiento del Supremo respecto a la violencia en el robo, a la intimidación en el mismo delito.

⁴ Artículo 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”.

Pero el delito de robo no requiere únicamente violencia o intimidación, sino que debe existir un ánimo de lucro, pero este ánimo de lucro no tiene que ser necesariamente económico. La concepción clásica de ánimo de lucro si se restringía al ámbito económico, pero en la actualidad, sobre todo en la rama de Derecho Penal, se ha extendido esta concepción a un provecho, beneficio o utilidad de cualquier tipo⁵.

En Derecho Penal, el ánimo de lucro es un elemento subjetivo que puede entenderse como “la intención que guía a una persona cuando realiza un comportamiento que supone perseguir la obtención de una ventaja patrimonial o cualquier otro provecho ilícito” (Martínez Galindo⁶).

Con todo esto, considero que en este supuesto existe ánimo de lucro, ya que, aunque no es un ánimo de lucro económico (los acusados no se quedan con el bolso ni con el contenido ya que lo arrojan a un contenedor), se puede atisbar un comportamiento que supone un beneficio para los acusados. El hecho de sustraer a la víctima sus pertenencias la puede colocar en una situación de mayor indefensión, esto es debido a que, entre sus pertenencias es probable que se encuentre su teléfono móvil, aparato que podría haber utilizado para ponerse en contacto con alguien de manera más rápida y pedir ayuda. Esta situación puede generar una mayor indefensión en la víctima, y a su vez favorecer a los acusados, con lo cual, el hecho de arrojar el bolso a un contenedor tiene un trasfondo de ánimo de lucro.

Para concluir, podemos observar que, aunque en el momento de la comisión del robo no se empleó violencia o intimidación, si fue empleada en momentos inmediatamente anteriores, facilitando este apoderamiento. Los acusados cogieron el bolso de Aida inmediatamente después de realizar la agresión sexual cualificada, con lo cual, en base al Pleno no jurisdiccional citado anteriormente, a los extractos de la sentencia mencionada y a la conclusión de que existe ánimo de lucro, nos encontramos ante un delito de robo tipificado en el art. 242.1 CP⁷.

Pero nos encontramos con un problema, pues en el relato no se nos proporciona información sobre quién sustrae el bolso a la víctima, con lo cual, para poder imputar este delito a los acusados, necesitaríamos más pruebas para poder determinar quién fue el autor material del delito. Si el delito fuera imputado a los tres acusados por igual nos hallaríamos en una situación no beneficiosa para el posible culpable.

Considerar culpables a los tres acusados como culpables del robo del bolso sin más pruebas, vulneraría uno de los principios básicos del derecho penal español, el principio *in dubio pro reo*. Este principio constituye una regla de valoración de la prueba, busca que la

⁵ Información obtenida en Ánimo de lucro. *Guías jurídicas*, Wolters Kluwer. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUNDUzNztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA6DNj_TUAAAA=WKE

⁶ Información obtenida en Ánimo de lucro. *Guías jurídicas*, Wolters Kluwer. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUNDUzNztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA6DNj_TUAAAA=WKE

⁷ Artículo 242.1 CP: “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”.

figura que juzga acomode la valoración de la prueba, cuando exista duda sobre la culpabilidad, a criterios favorables para el acusado⁸.

Es una regla interpretativa que tiene por objetivo favorecer al acusado cuando surja una situación de duda, “cuando el juzgador no es capaz de formar su convicción con el grado de certeza máxima posible al ser humano, excluyendo toda duda razonable, y como quiera que tiene la obligación insoslayable de resolver, ha de optar por aquella decisión que favorezca al imputado”. Si la convicción judicial no es plena, se debe imponer un fallo absolutorio⁹.

1.1.3 Delito contra la intimidad

En cuanto a la grabación de imágenes que observamos en el relato, esta está penada en el art. 197 CP. El primer apartado de este artículo, entre otros hechos, castiga al que “para vulnerar la intimidad de otro (...) utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o de la imagen...”. Pero, al ser una grabación de carácter sexual debemos acudir al punto 5 de dicho artículo, que nos dice que “cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen (...) o vida sexual (...), se impondrán las penas previstas en su mitad superior”.

En nuestro caso, José María es el único de los tres acusados que realiza este hecho de grabación de imágenes, con lo cual, únicamente él sería castigado por este delito.

1.2 ¿Tendría relevancia la edad de la víctima? ¿Como se podría resolver el problema de su indeterminación?

Estamos ante un supuesto en el que la víctima aparentemente tiene 18 años, pero, realmente tiene 15 años. Este dato fue falsificado por un miembro del registro civil de Senegal.

En el caso de que los acusados tuvieran constancia de la edad real de la víctima, sería de aplicación el art. 183.4.b) CP, el cual trata de agresiones sexuales a menores de dieciséis años, pero no considero que estemos ante este caso.

En este supuesto podemos apreciar un caso de error de tipo, un error sobre la edad de la víctima. El error de tipo supone un desconocimiento o conocimiento equivocado en algún o en todos los hechos constitutivos del tipo realizado. En el art. 14.2 CP¹⁰ observamos que

⁸ Información obtenida en In dubio pro reo. *Guías jurídicas*, Wolters Kluwer. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTA AAUMjSOMjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA3XIuUDUAAAA=WKE

⁹ Información obtenida en *Guías jurídicas*, Wolters Kluwer. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTA AAUMTSwtDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzI0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAgw385jUAAAA=WKE

¹⁰ Artículo 14.2: “el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

cuando existe error en determinados casos, se impide la apreciación del hecho que supone una agravación del delito.

Como ejemplo de error de tipo en desconocimiento de la edad de la víctima nos encontramos con la SAP 28 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:16432). Esta sentencia versa sobre un abuso sexual a una menor de dieciséis años y nos muestra que cuando el acusado:

- No tenga constancia de la edad real de la víctima.

“Hay que afirmar que no ha resultado probado que el acusado conociera que la víctima tenía menos de 16 años, lo que excluye que concurra dolo directo en relación con este elemento del tipo”.

- No se vea despreocupado a la hora de conocerla.

“Pero cabe plantear la existencia de dolo eventual, que concurriría en caso de que el acusado se despreocupara o mostrara indiferencia en relación con la edad; pero para que esto resulte de aplicación cabe exigir un presupuesto fáctico previo: que concurran circunstancias objetivas que condujeran razonablemente al acusado a plantearse que la víctima puede ser menor de 16 años; pese a lo cual no realiza acción alguna para conocer la realidad de la edad (indiferencia o despreocupación que fundamental el dolo eventual)”.

- Tenga indicios o razones para entender que la víctima tiene una edad que realmente no tiene.

“En el caso no solamente no concurren dichas circunstancias objetivas sino que, al contrario, existen razones que objetivamente apuntan a que el acusado podría razonablemente pensar que la víctima tenía al menos 16 años:

1. La apariencia física de las menores es similar en la franja de edad entre los 15 y 16 años;

2. Las normas del “Centro DIRECCION001.” prohíben la entrada al Spa de menores de 16 años”.

Existe un error de tipo sobre el elemento consistente en la edad.

En conclusión, concurre un error de tipo sobre el elemento consistente en que la víctima es menor de 16 años, por lo que, de conformidad con el artículo 14.2 CP, no es posible la aplicación del artículo 183.1 CP. Recordemos que el artículo 14.2 CP dispone que “el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

En el caso que nos atañe, los acusados no tenían constancia de la edad de la víctima. En el pasaporte de Aida consta que ha nacido en el año 2001, con lo cual supuestamente tiene 18 años. A su vez se dice que físicamente aparentaba ser una persona mayor de edad, y, por último, podemos pensar que los acusados, al estar en una fiesta en la que los integrantes consumen bebidas alcohólicas, pueden considerar por este hecho que es mayor de edad.

En base a todo esto, podemos observar que existe un error de tipo sobre el hecho, y con lo cual, como dice el art. 14.2 CP no se debe apreciar la agresión sexual cualificada sobre menor de 16 años, sino que, debe apreciarse simplemente la agresión sexual cualificada (agravada por realizarse en grupo). Con lo cual, en este caso la edad es relevante, ya que, debido al error no se puede castigar a los acusados en base a un delito de agresión sexual cualificada sobre menor de edad.

Para terminar, a efectos del art. 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante LO de Protección Jurídica del Menor) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>) cuando no se pueda establecer la mayoría de edad de una persona, el Fiscal debe realizar un juicio de proporcionalidad que pondere las razones por las cuales se considere que el documento de identidad presentado no es fiable. Las pruebas médicas que sean realizadas para determinar la edad del menor afectado, en nuestro caso Aida, serán sometidas al principio de celeridad, contando con el consentimiento informado del menor y siempre respetando su dignidad y sin que estas pruebas supongan un riesgo para su salud.

1.3 En caso de que los tres acusados rechazasen la versión de los hechos y la prueba principal fuese la declaración de la víctima, ¿qué valor tendría esta declaración?

El hecho de que la única prueba sea la declaración de la víctima trae consigo una serie de riesgos para el acusado que inciden en el derecho constitucional a la presunción de inocencia, esto podemos verlo de manifiesto en las STS 20 de marzo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1366) y STS 26 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:684).

“El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no solo es única prueba de la supuesta autoría del acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación” [STS 20 de marzo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1366)].

“En consecuencia esta Sala ha señalado reiteradamente que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: ausencia de incredibilidad subjetiva, o dicho en positivo,

credibilidad subjetiva del testimonio, verosimilitud del mismo y persistencia en la acusación” [(STS 20 de marzo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1366)].

“En el presente caso la prueba fundamental que se ha utilizado para llegar al pronunciamiento de condena ha sido la declaración de la víctima. Ese tipo de declaraciones puede de ser prueba de cargo única y así lo venimos proclamando de forma reiterada, pero esa afirmación de principio precisa de muchos matices. De un lado, esa escasez probatoria sólo estará justificada cuando no se disponga de otras pruebas, bien por la clandestinidad del delito bien por la forma y momento en que se conozca” [STS 26 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:684)].

Podemos ver que existen una serie de requisitos que son necesarios para que la declaración de la víctima sirva como prueba única, estos requisitos son:

- Credibilidad subjetiva del testimonio. El testimonio debe ser objetiva y racionalmente creíble.
- Verosimilitud del testimonio, es decir, una credibilidad objetiva.
- Persistencia en la acusación.
- Es necesario que no haya más pruebas que puedan culpabilizar al acusado.

Para que la declaración pueda ser utilizada como prueba única debe superar los criterios racionales de valoración que le concedan una consistencia suficiente para proporciona una convicción que no albergue duda racional sobre la responsabilidad del acusado. De esta forma se constituye una garantía al derecho constitucional a la presunción de inocencia.

En conclusión, para que la declaración de la víctima pueda ser objeto de prueba única deben concurrir los requisitos mencionados en torno a la declaración. Por otra parte, para que se mantenga el derecho a la presunción de inocencia y este no sea violado por el hecho de emplear únicamente la declaración de la víctima, la misma debe poseer una consistencia suficiente para que no quepa duda acerca de la responsabilidad de los acusados.

2. Segunda cuestión

2.1 Si antes de tener identificado a Santiago como uno de los investigados, este huyera a Portugal, país de donde es nacional (además de España), y donde tiene parte de su familia paterna, ¿cómo podrían las autoridades judiciales hacerlo comparecer ante ellas?

Nos encontramos con un problema entre dos países miembros de la Unión Europea (en adelante UE). La UE es una entidad geopolítica formada por distintos países de Europa, entre ellos España y Portugal. Entre los objetivos de la UE encontramos algunos como, por ejemplo, ofrecer libertad, seguridad y justicia sin fronteras.

En la UE existe un espacio que se denomina “espacio judicial europeo”, el cual ha sido perfilado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y ha deducido sus principios más básicos, que son la confianza recíproca, el reconocimiento mutuo y la garantía de los derechos fundamentales como límite a la intervención de las autoridades europeas y nacionales. Este espacio se desarrolla en un marco de libertad, seguridad y justicia, y realiza una cooperación tanto civil como penal (D. Ordóñez Solís, 2014: 107-121).

2.1.1 Orden europea de detención y entrega

Para poder hacer comparecer a Santiago en España, la autoridad judicial competente podría emitir una orden Europea de Detención y Entrega. Esta orden tiene como finalidad la detención y entrega por otro Estado Miembro de la persona a la cual el estado emisor reclama para, en nuestro caso, el ejercicio de acciones penales, la entrega para el enjuiciamiento. Busca sustituir los procedimientos de extradición por un procedimiento más rápido y eficaz, construido en los principios de reconocimiento mutuo y confianza recíproca (L. de la Heras Vives, 2014: 243-250).

El sistema de entregas se aplica en las relaciones con los Estados de la UE, con lo cual, esta orden es aplicable entre los Estados de España y Portugal.

La orden Europea de Detención y Entrega se encuentra regulada en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (en adelante Ley 23/2014) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/20/23>) que traspone al ordenamiento interno la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (en adelante, Decisión Marco 2002/584/JAI), siendo esta Decisión Marco la utilizada para resolver la cuestión.

La Decisión Marco 2002/584/JAI indica en su art. 1.1¹¹ que la orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con la finalidad de la detención y entrega de una persona buscada, en nuestro caso, para el ejercicio de acciones penales.

En el art. 2.1¹² de la Decisión Marco 2002/584/JAI observamos que la autoridad judicial correspondiente, en este caso la española, puede solicitar una orden de detención y entrega cuando los hechos por los cuales se solicita la orden supongan una pena de al menos doce meses.

Este mismo artículo, en su apartado 2¹³, nos indica los casos en los que se dará lugar a la entrega sin ser necesario el control de doble tipificación de los hechos.

Que no sea necesario el control de doble tipificación de los hechos significa que la autoridad judicial de ejecución no podrá recalificar los hechos en base a su legislación (F. J. Fonseca Morillo, 2003:69-95).

En el caso de que en el Estado emisor los hechos estén penados en su máximo con una pena de al menos tres años no es necesario el control anteriormente citado, entre estos delitos que no necesitan la doble tipificación se encuentra el delito de violación.

¹¹ Artículo 1.1 Decisión Marco 2002/584/JAI: “La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad”.

¹² Artículo 2.1 Decisión Marco 2002/584/JAI: “Se podrá dictar una orden de detención europea por aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de 12 meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad”.

¹³ Artículo 2.2 Decisión Marco 2002/584/JAI: “Darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión marco y sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor:

- Violación”.

La información sobre la transmisión y el procedimiento de la transmisión de la orden europea de entrega la encontramos en los arts. 9¹⁴ y 10¹⁵ de la Decisión Marco 2202/584/JAI.

Para concluir, el delito por el cual se pretende enjuiciar a Santiago es un delito de violación en grupo. La duración máxima de la pena de este delito es superior a tres años, con lo cual nos encontramos ante uno de los casos en los que España podría emitir una orden europea de detención y entrega sin necesidad de realizar el control de doble tipificación para hacer comparecer a Santiago en España.

2.2 Si tras una eventual condena Santiago quisiera cumplir la pena en una prisión portuguesa, ¿podría hacerlo?

La normativa aplicable a este caso es, de nuevo, la Ley 23/2014 que traspone a ordenamiento interno la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (en adelante, Decisión Marco 2008/909/JAI), siendo esta Decisión Marco la utilizada para resolver la cuestión planteada.

¹⁴ Artículo 9 Decisión Marco 2002/584/JAI: “1. Cuando se conozca el paradero de la persona buscada, la autoridad judicial emisora podrá comunicar directamente a la autoridad judicial de ejecución la orden de detención europea.

2. La autoridad judicial emisora podrá decidir, en cualquier circunstancia, introducir una descripción de la persona buscada en el Sistema de Información de Schengen (SIS).

3. Dicha descripción se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes de 19 de junio de 1990. Una descripción en el SIS equivaldrá a una orden de detención europea acompañada de la información que figura en el apartado 1 del artículo 8.

Con carácter provisional, hasta el momento en que el SIS tenga capacidad para transmitir toda la información que figura en el artículo 8, la descripción equivaldrá a una orden de detención europea hasta que la autoridad judicial de ejecución reciba el original en buena y debida forma.

¹⁵ Artículo 10 Decisión Marco 2002/584/JAI: “1. En caso de que no conozca la autoridad judicial de ejecución competente, la autoridad judicial emisora hará las indagaciones necesarias, en particular a través de los puntos de contacto de la red judicial europea, con el fin de obtener dicha información del Estado miembro de ejecución.

2. Si la autoridad judicial emisora lo deseara, la transmisión podrá efectuarse mediante el sistema de telecomunicaciones protegido de la red judicial europea.

3. Si no es posible recurrir al SIS, la autoridad judicial emisora podrá recurrir a los servicios de Interpol para la comunicación de la orden de detención europea.

4. La autoridad judicial emisora podrá transmitir la orden de detención europea por cualesquiera medios fiables que puedan dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado miembro de ejecución establecer su autenticidad.

5. Cualquier dificultad que surja en relación con la transmisión o la autenticidad de algún documento necesario para la ejecución de la orden de detención europea se solventará mediante consulta directa entre las autoridades judiciales implicadas o, cuando sea pertinente, con la participación de las autoridades centrales de los Estados miembros.

6. Si la autoridad que recibe una orden de detención europea no es competente para darle curso, transmitirá de oficio dicha orden a la autoridad competente de su Estado miembro e informará de ello a la autoridad judicial emisora”.

El objetivo de esta Decisión Marco es establecer las normas por las cuales un Estado Miembro de la UE reconocerá una sentencia y ejecutará una sentencia de otro Estado Miembro para facilitar la reinserción social de una persona condenada (art. 3.1).

En el art. 1 de la Decisión Marco 2007/909/JAI, observamos dos definiciones clave:

- Estado emisor. Este es el Estado Miembro que ha dictado sentencia.
- Estado de ejecución. Es el Estado Miembro que ha recibido una sentencia con la intención de reconocerla y ejecutarla.

Antes de entrar a tratar el tema de reconocimiento de la sentencia y ejecución de condena en otro Estado, es necesario mencionar que es necesario obtener el consentimiento del condenado para transmitir la sentencia condenatoria y ejecutar la condena en otro Estado¹⁶.

En primer lugar, para poder cumplir condena en otro país hay que tener en cuenta unos criterios para la transmisión de la sentencia condenatoria. Estos criterios se encuentran en el art. 4 de la Decisión Marco 2008/909/JAI¹⁷ si bien hablaré únicamente de los que afectan al caso a tratar.

¹⁶ Artículo 6 Decisión Marco 2008/909/JAI: “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, la transmisión de una sentencia junto con un certificado al Estado de ejecución a efectos de su reconocimiento y de la ejecución de la condena requerirá el consentimiento del condenado de conformidad con la legislación del Estado de emisión.”

¹⁷ Artículo 4 Decisión Marco 2008/909/JAI:

1. Siempre que el condenado se encuentre en el Estado de emisión o en el Estado de ejecución, y siempre que haya dado su consentimiento cuando así lo exija el artículo 6, podrá transmitirse una sentencia, acompañada del certificado cuyo formulario normalizado figura en el anexo I, a uno de los siguientes Estados miembros:

- a) el Estado miembro de nacionalidad del condenado en el que este viva, o
- b) el Estado miembro de nacionalidad al que, si no es el Estado miembro en el que vive, el condenado será expulsado una vez puesto en libertad en virtud de una orden de expulsión o traslado contenida en la sentencia o en una resolución judicial o administrativa o cualquier otra medida derivada de la sentencia, o
- c) cualquier Estado miembro, distinto de los Estados miembros mencionados en las letras a) y b), cuya autoridad competente consienta en que se le transmita la sentencia y el certificado a dicho Estado miembro.

2. Podrá transmitirse la sentencia y el certificado cuando la autoridad competente del Estado de emisión, en su caso después de consultas entre las autoridades competentes del Estado de emisión y del Estado de ejecución, tenga el convencimiento de que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado.

3. Antes de transmitir la sentencia y el certificado, la autoridad competente del Estado de emisión podrá consultar, por todos los medios apropiados, a la autoridad competente del Estado de ejecución. La consulta será obligatoria en los casos a que se refiere el apartado 1, letra c). En esos casos, la autoridad competente del Estado de ejecución informará inmediatamente al Estado de emisión de su decisión de autorizar o no la transmisión de la sentencia.

4. En el transcurso de dicha consulta, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá presentar a la autoridad competente del Estado de emisión un parecer motivado, en el que indique que el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución no contribuiría al objetivo de facilitar la reinserción social ni la reintegración con éxito del condenado en la sociedad.

En los casos en que no haya habido consulta alguna, el dictamen podrá presentarse sin tardanza una vez que se hayan transmitido la sentencia y el certificado. La autoridad competente del Estado de emisión examinará el dictamen y decidirá si retira o no el certificado.

El art. 4.1 de la Decisión Marco 2008/909/JAI enuncia los casos en los cuales se puede transmitir la sentencia a un Estado Miembro, siempre que el condenado se encuentre bien en el Estado de emisión bien en el Estado de ejecución, junto con el consentimiento del condenado.

Este apartado nos muestra tres supuestos de los Estados a los que se puede transmitir dicha sentencia:

- El Estado Miembro de nacionalidad del condenado siempre que viva en él.
- El Estado Miembro de nacionalidad que, si no vive en él, será expulsado al mismo una vez sea puesto en libertad, en virtud de una orden de expulsión o traslado contenida en la sentencia u otra medida derivada de la sentencia.
- Cualquier Estado Miembro, distinto de los dos anteriores, siempre que la autoridad competente consienta que se le transmita la sentencia.

Podemos considerar que el caso a tratar se encuadra en el tercer supuesto, ya que, aunque Santiago sea nacional portugués, ni vive en Portugal ni será expulsado a Portugal una vez cumpla la condena.

5. El Estado de ejecución podrá igualmente solicitar, por propia iniciativa, al Estado de emisión la transmisión de la sentencia junto con el certificado. La persona condenada también podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado de emisión o del Estado de ejecución que inicien un procedimiento para la transmisión de la sentencia y el certificado en virtud de la presente Decisión Marco. Las solicitudes realizadas en virtud del presente apartado no supondrán la obligación del Estado de emisión de transmitir la sentencia acompañada del certificado.

6. En la aplicación de la presente Decisión Marco, los Estados miembros adoptarán medidas que tendrán en cuenta especialmente el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado, y que constituirán la base sobre la que sus autoridades competentes adoptarán las decisiones de autorizar o no la transmisión de la sentencia y del certificado en los casos contemplados en el apartado 1, letra c).

7. Cada Estado miembro podrá, bien cuando se adopte la presente Decisión Marco, bien en una fecha posterior, notificar a la Secretaría General del Consejo que, en sus relaciones con otros Estados miembros que hayan efectuado la misma notificación, no exigirá el consentimiento previo contemplado en el apartado 1, letra c), para la transmisión de la sentencia y el certificado:

- a) cuando el condenado viva y haya estado residiendo legalmente de forma continuada al menos durante cinco años en el Estado de ejecución y vaya a mantener un derecho de residencia permanente en dicho Estado, o
 - b) cuando el condenado tenga la nacionalidad del Estado de ejecución en casos distintos de los contemplados en el apartado 1, letras a) y b).
- En los casos mencionados en la letra a), se entenderá por «derecho de residencia permanente» el que la persona de que se trate:
 - tenga un derecho de residencia permanente en el respectivo Estado miembro de conformidad con la legislación nacional de aplicación de la legislación comunitaria adoptada basándose en los artículos 18, 40, 44 y 52 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, o bien
 - posea un permiso de residencia válido, en calidad de residente permanente o de larga duración, en el respectivo Estado miembro, de conformidad con la legislación nacional de aplicación de la legislación comunitaria adoptada basándose en el artículo 63 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los Estados miembros en los que es aplicable la legislación comunitaria, o de conformidad con el Derecho nacional por lo que respecta a los Estados miembros para los que no es aplicable”.

Es necesario hacer una anotación, y es que, el art. 4.7 de la Decisión Marco 2008/909/JAI enuncia que cuando el condenado sea nacional del Estado de ejecución no es necesario el consentimiento de la autoridad competente que observamos en el art. 4.1.c).

A su vez, el art. 4.2 de la Decisión Marco 2008/909/JAI enuncia que dará lugar a la transmisión cuando el Estado de emisión esté convencido de que la ejecución de la condena en el Estado de ejecución sirva para facilitar la reinserción social del condenado.

El Consejo de la Unión Europea, bajo esta Decisión Marco considera que el cumplimiento de la condena en otro país debe incrementar la posibilidad de reinserción social del condenado. A su vez, para asegurar que el Estado donde se ejecuta la condena cumple con la finalidad de facilitar la reinserción social “la autoridad competente del Estado de emisión debe tener en cuenta aspectos como 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”.

Santiago posee un vínculo con Portugal, al ser nacional del país y al residir su familia en el mismo. En base a esto, podemos vislumbrar que el Estado de emisión puede considerar el hecho de que sea nacional y tenga a su familia en dicho país sea un vínculo con el país que ayude a la reinserción social.

El art. 5 de la Decisión Marco 2008/909/JAI¹⁸ muestra el procedimiento para transmitir dicha sentencia.

Nos encontramos, de nuevo, ante un caso en el cual no es necesaria la doble tipificación de los hechos, cuestión regulada en el art. 7.1 de la Decisión Marco 2008/909/JAI¹⁹.

¹⁸ Artículo 5 Decisión Marco 2008/909/JAI:

“1. La autoridad competente del Estado de emisión transmitirá directamente la sentencia o copia certificada de la misma, junto con el certificado, a la autoridad competente del Estado de ejecución por cualquier medio que deje constancia escrita y en condiciones que permitan al Estado de ejecución determinar su autenticidad. Si el Estado de ejecución así lo solicita, se le transmitirá el original de la sentencia, o copia certificada de la misma, así como el original del certificado. Todas las comunicaciones oficiales entre las autoridades competentes mencionadas se harán también de forma directa.

2. El certificado deberá estar firmado por la autoridad competente del Estado de emisión, que deberá certificar la exactitud de su contenido.

3. El Estado de emisión transmitirá la sentencia junto con el certificado solo a un Estado de ejecución cada vez.

4. Si la autoridad competente del Estado de emisión desconoce cuál es la autoridad competente del Estado de ejecución, efectuará todas las investigaciones necesarias, incluso recurriendo a los puntos de contacto de la Red Judicial Europea establecida mediante la Acción Común 98/428/JAI del Consejo, a fin de obtener esa información del Estado de ejecución”.

¹⁹ Artículo 7.1 Decisión Marco 2008/909/JAI:

1. Darán lugar al reconocimiento de la sentencia y a la ejecución de la condena impuesta, en las condiciones que establece la presente Decisión Marco y sin control de la doble tipificación de los hechos, las infracciones siguientes, siempre que estén castigadas en el Estado de emisión con una pena o una medida privativa de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado de emisión:

- Violación.

Que no sea necesario el control de doble tipificación de los hechos significa que la autoridad judicial de ejecución no podrá recalificar los hechos en base a su legislación (F. J. Fonseca Morillo, 2003:69-95).

No es necesaria la doble tipificación ya que nos encontramos con un delito de violación (cometida en grupo), y la pena máxima en el Estado emisor es superior a tres años.

La sentencia será reconocida y la condena ejecutada en Portugal siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 8 de la Decisión Marco 2008/909/JAI²⁰.

²⁰ Artículo 8 Decisión Marco 2008/909/JAI:

“1. La autoridad competente del Estado de ejecución reconocerá toda sentencia que haya sido transmitida de conformidad con el artículo 4 y mediante el procedimiento previsto en el artículo 5, y adoptará sin dilación las medidas necesarias para la ejecución de la condena, a no ser que decida acogerse a alguno de los motivos de no reconocimiento y de no ejecución que se contemplan en el artículo 9.

2. En caso de que la condena, por su duración, sea incompatible con la legislación del Estado de ejecución, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá tomar la decisión de adaptar la condena únicamente cuando supere la pena máxima contemplada por su legislación nacional para delitos del mismo tipo. La duración de la condena adaptada no podrá ser inferior a la pena máxima contemplada por la legislación del Estado de ejecución para delitos del mismo tipo.

3. En caso de que la condena, por su naturaleza, sea incompatible con la legislación del Estado de ejecución, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá adaptarla a la pena o medida contemplada en su propia legislación para delitos similares. Esta pena o medida deberá corresponder siempre que sea posible a la condena impuesta en el Estado de emisión y por consiguiente la condena no podrá transformarse en una sanción pecuniaria.

4. La condena adaptada no podrá agravar por su naturaleza o por su duración la condena impuesta en el Estado de emisión.”

3. Tercera cuestión

3.1 ¿Podrá Aida cumplir su voluntad de interrumpir el embarazo?

Nos encontramos ante un caso complicado, esto es así, ya que Aida en una exploración médica confirmó tener 15 años en lugar de los 18 años que figuran en su pasaporte. El problema nace a raíz de que no se nos muestra si esta edad ha sido confirmada oficialmente, debido a esto, expondré las dos opciones, es decir, si podría cumplir su voluntad de interrumpir el embarazo en el caso de que tenga 15 años y en el caso de que tenga 18 años.

3.1.1 Interrupción voluntaria del embarazo

La interrupción voluntaria del embarazo se encuentra regulada en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, LO 2/2010) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>), modificada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/09/21/11>).

Esta LO nos proporciona un sistema de plazos con una serie de requisitos para poder proceder a la interrupción de plazos, que son:

- Interrupción del embarazo a petición de la mujer²¹.
- Interrupción del embarazo por causas médicas²².

²¹ Artículo 14 LO 2/2010: “Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

- a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.
- b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”.

²² Artículo 15 LO 2/2010: “Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que 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. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.
- b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.
- c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

En nuestro caso nos encontramos ante el supuesto de interrupción del embarazo a petición de la mujer, con lo cual, me centraré en este supuesto.

Cuando nos encontramos ante un caso de interrupción voluntaria del embarazo, el plazo para realizar dicha intervención es de 14 semanas. A su vez, deben concurrir dos requisitos:

- Que la mujer sea informada de los derechos y ayudas que le son propios en el caso de que decida continuar con el embarazo.
- Es necesario que hayan transcurrido tres días entre la puesta a disposición de la información anteriormente citada y la intervención.

El art. 13 de la LO 2/2010 que expone los requisitos para poder interrumpir voluntariamente el embarazo²³. Entre dichos requisitos, en el apartado 1.b observamos que es necesario “que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica” (en adelante, LAP) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>).

La LO 2/2010 no facilita una edad exacta a partir de la cual no se necesite el consentimiento de los representantes legales para interrumpir el embarazo, con lo cual nos dirigiremos a la LAP en busca de este dato.

El art. 9.5 LAP, nos muestra que las mujeres que necesitan consentimiento de sus representantes legales para poder llevar a cabo la interrupción de su embarazo son las mujeres menores de edad y mujeres con la capacidad modificada judicialmente.

3.1.2 Supuesto en el que Aida tiene 18 años

Con lo cual, en el caso de que Aida sea considerada mayor de edad esta podrá interrumpir su embarazo por su propia voluntad si se encuentra en el periodo establecido de las primeras 14 semanas de gestación y, si cumple con los requisitos enunciados en la LO 2/2010.

3.1.3 Supuesto en el que Aida tiene 15 años

²³ Artículo 13 LO 2/2010: “Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Primero.–Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.

Segundo.–Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

Tercero.–Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley”.

Ahora bien, en el caso de que se considere que Aida tiene 15 años, ¿puede decidir ella misma por su propia voluntad interrumpir su embarazo?

Nos encontramos dentro del caso del art. 9.5 LAP, anteriormente mencionado, ya que este artículo nos muestra que las mujeres menores de edad necesitan consentimiento de sus representantes legales: “Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad (...) será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, 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”.

En el caso a resolver, Aida desea interrumpir su embarazo, pero, su padre considera que la interrupción del mismo va en contra de los postulados de su religión, con lo cual, nos encontramos ante un caso de conflicto en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales. Debido a esto, debemos acudir al Código Civil (en adelante, CC) (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)).

En el art. 162 CC observamos que los padres que ostente la patria potestad de hijos menores de edad no emancipados poseen su representación legal. Pero, existen una serie de casos en los que esta norma se exceptúa, entre ellos:

- “Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo a su madurez, pueda ejercitar por sí mismo” (art. 162.1 CC).
- “Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo” (art. 162.2 CC).

En base a esto, nos encontramos ante dos posibles soluciones del conflicto, con lo cual, las trataré en orden.

Para abordar la primera cuestión es necesario hacernos una pregunta, ¿qué son los derechos de la personalidad?

Este tipo de derechos son más bien conocidos como bienes de la personalidad. Son derechos que son inherentes a la persona, son superiores al ordenamiento jurídico, su existencia no puede ser negada. Son derechos innatos, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles. Son absolutos y son extrapatrimoniales. Y estos derechos, afectan a la esfera física y a la esfera espiritual de las personas, en nuestro caso, nos interesa la esfera física, que supondrán los derechos que se ejercitan sobre el propio cuerpo.

Estos bienes de la personalidad gozan de la máxima protección, y serán protegidos frente a cualquier lesión, incluso su vulneración puede llegar a ser recurrida mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC).

¿La interrupción del embarazo podría ser considerada como un derecho de la personalidad?

Podemos considerar la interrupción del embarazo como un reflejo de este tipo de derechos ya que, forzar a una menor a realizar con su cuerpo un acto el cual no consiente resulta incompatible con sus derechos fundamentales. Imaginemos un caso en el que se

continúe la gestación con el consentimiento del representante legal, pero contra la voluntad de la propia gestante, este acto puede llegar a considerarse un acto de violencia, hacer pasar a una menor por unos cambios durante los meses del embarazo y después de ellos, restringiendo su libertad, sin su consentimiento. Podemos apreciar este mismo acto de violencia en el caso contrario, obligar a una menor de edad a abortar sin su consentimiento (J. I. Gallego, 2010: 83-87).

La jurisprudencia también ha llegado a esta solución. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 20 de abril de 2002 (ARP 2006\329): “Mucho antes de cumplir los 18 años la mujer puede concebir y, consiguientemente, estar en alguno de los supuestos en que es precisa la interrupción del embarazo, lo que debe encontrar la respuesta adecuada a través de las excepciones que a la representación de los hijos por los padres establece el artículo 162.1 del repetido Código”.

Como complemento, sería importante hablar del art. 154 CC que enuncia: “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”.

A su vez, cabría mencionar el art. 2 de la LO de Protección Jurídica del Menor²⁴. Este artículo enuncia que el interés superior del menor tiene que ser valorado y considerado como primordial en las acciones que le conciernen.

En base a esto, podríamos considerar que la interrupción del embarazo se encuadra en el caso establecido por el art. 162.1 CC, con lo cual, el padre de Aida podría quedar privado de su representación legal en lo referido a este tema, y el interés que debería primar en este asunto sería el de Aida. Con lo cual, en base al art. 163 CC, Como Aida y su padre tienen un interés opuesto, se le nombrará a Aida un defensor que le defienda en juicio y fuera de este, en caso de ir a juicio, Aida será representada por este defensor y resolverá el caso el Juez.

También podemos abordar la cuestión en base al art. 162.2 CC, que nos muestra que los padres no tendrán la representación legal de sus hijos cuando exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. Cuando surja este problema, acudimos de nuevo al art. 163 CC que nos muestra que al menor se le otorgará un defensor que le represente en juicio y fuera del mismo.

Como he dicho antes, la LO de Protección Jurídica del Menor, habla del interés superior de los menores, e indica que el interés superior del menor tiene que ser considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

También muestra unos criterios generales que deben ser tenidos en cuenta como pueden ser, el desarrollo del menor o, sus deseos, sentimientos y opiniones. Estos criterios

²⁴ Artículo 2 LOPJM: “1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

serán ponderados en base a unos elementos, tales como la edad y la madurez, o la preparación al tránsito a la edad adulta e independiente.

En el caso a resolver existe un conflicto de intereses entre Aida y su padre, ya que ella quiere abortar, y él está en contra de esta práctica. Por tanto, podemos llegar a la conclusión de que, en este caso, nos encontramos en un caso en que el padre queda exceptuado de la representación legal de Aida al existir un conflicto de intereses entre ambos.

Visto todo esto, y teniendo de nuevo en cuenta el art. 163 CC, entendemos que como existe conflicto de intereses, a Aida se le adjudicará un defensor y en caso de necesitar ir a juicio será defendida por este y resolverá el Juez.

4. Cuarta cuestión

4.1 De no practicarse la interrupción del embarazo, ¿qué relación jurídica tendrá la criatura con su progenitor paterno?

4.1.1 Filiación y patria potestad

Esta pregunta nos pone ante un supuesto de filiación. Existen dos formas de definir la filiación, de forma biológica y de forma jurídica. En mi caso, hablaré de la filiación desde el punto de vista jurídico.

La filiación jurídica es el hecho natural de la generación, esto es, el vínculo que une al progenitor con el hijo, reconocido por el Derecho²⁵. Este vínculo genera un estado jurídico que trae consigo una serie de deberes y derechos.

Para poder conocer la relación jurídica que tendrá el acusado con la criatura, primero debo hablar de un término importante, que es, la patria potestad.

Según la RAE la patria potestad es “la potestad ejercida por los padres en beneficio de sus hijos no emancipados, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica”. Esta definición la podemos ver reflejada en el art. 154 CC²⁶ que determina los deberes y facultades inherentes a la patria potestad.

4.1.2 Relación jurídica existente entre el progenitor y la criatura

Definida la patria potestad, puedo entrar a resolver la cuestión a resolver, ¿qué relación jurídica tendrá la criatura con su progenitor?

El progenitor estaría excluido de la patria potestad. El art. 111 CC²⁷ nos muestra los casos en los que los progenitores quedan excluidos de la patria potestad, entre ellos, en el

²⁵ Información obtenida de la página web https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFljTAAUMjcyMTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAB45vNzUAAAA=WKE

²⁶ Artículo 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”.

²⁷ Art. 111 CC: “Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:

apartado 1, “cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación según sentencia penal firme”, con esto, podemos observar que el art. 111.1 CC hace referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Podemos comprobar que, en el caso de que el acusado sea condenado según sentencia penal firme por agresión sexual cualificada quedaría excluido de ejercer la patria potestad.

Sin embargo, atendiendo al propio art. 111 CC, esta restricción quedaría sin efecto por determinación del representante legal del hijo siempre que sea aprobada judicialmente, y también quedaría sin efecto por voluntad del hijo cuando alcance la plena capacidad.

El padre no ostentaría la patria potestad, pero, en base al art. 110 CC²⁸, este está obligado a velar por los hijos menores y a prestarles alimento.

Para concluir, el hijo no ostentará el apellido del progenitor, a no ser que lo solicite él mismo o su representante legal.

Con lo cual, el padre mantendría la relación jurídica de la filiación, pero, en principio, privada de patria potestad, debiendo ejercer una serie de deberes frente al hijo.

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

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

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita el mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

²⁸ Artículo 110 CC: “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”.

5. Quinta cuestión

5.1 Introducción

Para empezar, debemos partir de la idea de que tanto los medios informativos como cualquier ciudadano tienen que tener en cuenta dos clases de derechos, ambos contenidos en la Constitución Española (en adelante, CE) (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)):

- El derecho a la intimidad, honor y propia imagen (art. 18.1 CE). Nadie debe ser objeto de interferencias arbitrarias en su vida privada, familia, domicilio, etc., y tampoco ser objeto de ataques a su honra o reputación.
- El derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). En palabras del TC, “el derecho a la presunción de inocencia significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas” [STC 24 de septiembre de 1986 (ECLI:ES:TC:1986:109)].

5.2 Una vez abierto el proceso, que tiene un importante impacto mediático, y durante la instrucción, Matías, periodista, publica las fotos de los tres acusados tachándolos de “violadores”. ¿Qué repercusión tendría este hecho para Matías?

5.2.1 Colisión de diversos derechos fundamentales

Frente a los derechos mencionados anteriormente nos encontramos con el derecho a la información contenido en el art. 20.1.d) CE. Este artículo recoge el derecho a “comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión”.

Lo que la CE defiende es la transmisión de información veraz que produzca interés general o tenga relevancia pública, podemos observar este hecho en la STC 8 de noviembre de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:199).

El TC sostiene en la STC 16 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TC:2015:18) que “la libertad de información ocupa una posición especial, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático”.

Pero debemos tener en cuenta el art. 20.4 CE que enuncia: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes

que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Bien, en base a esto podemos llegar a la conclusión de que cualquier persona puede o bien comunicar o bien recibir información, siempre y cuando sea veraz. A su vez, este derecho a la información tiene un límite, que es el respeto a los derechos contenidos en el Título Constitucional “De los derechos y deberes fundamentales”. Entre estos derechos nos encontramos con los anteriormente citados, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Este tipo de derechos suelen ser violados mediante los polémicos “juicios mediáticos”, los cuales están caracterizados por:

- La víctima suele ser una mujer o niños pequeños.
- El posible autor del delito es presentado mediáticamente como un monstruo.
- El derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la intimidad no suelen ser respetados.
- No sólo no se respeta a los posibles autores, sino que esta falta de respeto se extiende a los familiares del mismo.
- Las víctimas del delito también sufren la presión mediática.

A su vez, este tipo de juicios generan una serie de efectos:

- Los medios de comunicación ofrecen una versión poco contrastada o verificada de los hechos.
- Esta información genera en el pueblo un veredicto que es difícil de cambiar.
- Es posible que, en caso de existir Jurado Popular, este sea influenciado.
- Falsa percepción de impunidad.

Los juicios mediáticos crean otra clase de juicios, que son unos juicios paralelos que podemos definir como “conjunto de informaciones y/o juicios de valor transmitidos por cualquier sujeto capaz de generar opinión –entre ellos, los medios de comunicación– en la colectividad sobre el desarrollo de un proceso (...), a fin de presionar a los sujetos que participan en ella a asumir o acatar determinados criterios (en su mayoría, no jurídicos) en la conducción del proceso o en la emisión de una sentencia” (H. Muñoz, G. W. Camarena Aliaga, 2015: 286).

Podemos apreciar que, Matías, al publicar una foto de los tres acusados tachándolos de violadores, está mostrando una información que no es veraz, está emitiendo un juicio de valor acerca de tres personas que por el momento no han obtenido una sentencia judicial firme. Realizando esta acción, está, a su vez, sobrepasando el límite enunciado en el art. 20.4 CE.

Podemos llegar a la conclusión de que la acción de Matías podría consistir en una acción en contra del derecho a la propia imagen y una acción en contra del derecho al honor.

El ámbito de protección del derecho a la propia imagen contiene principalmente la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de una persona ajena que no está autorizada, independientemente de la finalidad

buscada por la persona que capta o difunde la imagen, tal y como indica la STC de 27 de abril de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:23). Este derecho está delimitado por la voluntad del titular del mismo, es a esta persona a quien le corresponde permitir la difusión de su imagen por un tercero [STC 10 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TC:2014:19)].

Sin embargo, conforme a la STC 26 de marzo de 2001 (ECLI:ES:TC:2001:81) la garantía constitucional sobre la disposición de este derecho debe entenderse “ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas”.

Los conflictos penales ostentan una vertiente social, obtienen una relevancia pública. Los procesos penales exponen un mayor interés mediático respecto a otros procesos, esto se debe a la naturaleza de los bienes jurídicos implicados. Este carácter noticiable del objeto del proceso penal puede incluirse en el ámbito de protección del art. 20 CE. La existencia de un proceso penal interesa a la opinión pública, es por esto, que los hechos respecto al proceso quedan encuadrados en el ámbito de protección del art. 20.1.d) (R. G. Sánchez Gómez, 2018).

Existen momentos en los que el derecho a la propia imagen se encuentra en tensión en los procesos penales, esto lo podemos ver reflejado en los momentos iniciales de una investigación penal. Aquí cobra especial significado la potencial afectación del derecho a la imagen, pues en este momento es habitual ver publicada la captación de imágenes del sujeto pasivo del proceso penal, se plasma buscando una trascendencia mediática (R. G. Sánchez Gómez, 2018).

En la publicación de imágenes de los sujetos pasivos del proceso, debe existir un interés público, no un interés del público. Lo específico del derecho a la imagen, es la protección de la imagen del sujeto pasivo frente a acciones que, aunque afectan a su esfera personal, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida privada. El aspecto físico de la persona debe de quedar protegido, aunque no tenga nada de íntimo y aunque no afecte a su reputación, indica la STC de 21 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:176).

Conectando el derecho a la información con los derechos fundamentales se ha puesto de manifiesto el estándar constitucional aplicable en los casos de colisión entre derechos fundamentales.

El TC en la STC 10 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TC:2014:19) señala:

“El valor preferente del derecho a la información no significa, sin embargo, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que han de ceder únicamente en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática ... De modo que la legitimidad de las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales ... requiere no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad, sin que baste a tales efectos la simple satisfacción de la curiosidad ajena”.

Con lo cual, la información emitida que esté conectada con la difusión de imágenes ajenas debe cumplir la condición de veracidad y el contenido de dicha difusión debe encontrarse en el marco de interés general del asunto en cuestión.

El carácter noticiable de la información emitida se encuadra en el criterio fundamental [STC 17 de octubre de 1991 (ECLI:ES:TC:1991:197)] y decisivo [STC de 21 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:176)].

Indica la STC de 30 de enero de 2012 (ECLI:ES:TC:2012:12) que cuando debido al ejercicio de la libertad de información surge una intromisión en el derecho a la imagen, este derecho a la información sólo será legítimo cuando la afectación de los derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para poder realizar el derecho a la libertad de información.

En cuanto al derecho al honor si la publicación se encuentra en el ejercicio del derecho a la información, nos volvemos a encontrar con un límite constitucional, en este caso el reconocido en el derecho al honor. Así se asegura la buena reputación de una persona, siendo protegida frente a mensajes que le hagan desmerecer en la consideración ajena [STC de 15 de enero de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:9)].

A su vez, nos encontramos con unos límites marcados por el TS que permiten analizar la relación entre los derechos fundamentales mencionados. (R. G. Sánchez Gómez, 2018).

Se configuran los estándares de:

- Peso abstracto:

“La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático [...]. La técnica de ponderación exige valorar” (R. G. Sánchez Gómez, 2018).

- Peso relativo:

“en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva:

a) Por una parte, la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública [...] pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso [...].

b) Para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor se exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones [...].

c) La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado” (R. G. Sánchez Gómez, 2018).

Además, la CE no reconoce el derecho “al insulto”, con lo cual, la CE en su art. 20.1 a), no protege las expresiones absolutamente vejatorias, esto es, las que, en las circunstancias al caso, y al margen de la veracidad, sean ofensivas y sean impertinentes para expresar la información que se trate STC 15 de enero de 2007 [(ECLI:ES:TC:2007:9)].

Aunque se enfrenten dos derechos fundamentales, en este caso predomina el derecho al honor y el derecho a la propia imagen, ya que, la información vinculada con la imagen difundida debe ostentar la condición de veraz y que tenga una relevancia pública. La información no es veraz, ya que aún no se ha emitido una condena en sentencia judicial firme, y por el mismo motivo no se evidencia una relevancia pública.

5.2.2 Posibles delitos cometidos

Podemos observar un delito contra la propia imagen, tipificado en el art. 197.2 CP²⁹ y un delito contra el honor, exactamente un delito de calumnias, tipificado en el arts. 205 CP³⁰ y 206 CP³¹.

Nos podemos encontrar ante un delito contra la propia imagen ya que, Matías difunde una imagen de los acusados, vulnerando su intimidad, sin su consentimiento. Matías está utilizando en perjuicio de terceras personas imágenes suyas, con lo cual, podríamos encuadrar este acto en el art. 197.2 CP.

A su vez, nos podemos encontrar con un delito de calumnias, esto es debido a que, en la propia imagen difundida por Matías, escribe la palabra “violadores”.

La calumnia consiste en realizar la imputación de un delito, conociendo la falsedad de la imputación o existiendo un temerario desprecio hacia la verdad.

Entendemos que el objeto de la imputación debe ser necesariamente un delito. Esta imputación debe ser clara, concreta y determinada. A su vez, podrá encuadrarse en la calumnia cuando tenga la suficiente entidad y credibilidad. (A. de Pablo Serrano, 2017: 312-326).

²⁹ Art. 197.2 CP: “Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

³⁰ Art. 205 CP: “Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

³¹ Art. 206 CP: Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses.

En cuanto al “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad” nos podemos situar en la segunda posibilidad.

El “temerario desprecio a la verdad” implica el incumplimiento de los deberes subjetivos de comprobación de la fiabilidad y viabilidad de la información relativa a la perpetración del delito. (A. de Pablo Serrano, 2017: 312-326).

En el caso, Matías, está publicando una foto de los acusados tachándolos de violadores cuando el proceso penal no ha llegado a su fin. En el momento que es publicada esta acusación no existe una sentencia firme condenatoria, la acción de Matías podría encuadrarse en “temerario desprecio a la verdad”, esto es debido a que no cumple el deber subjetivo de comprobar si la información que difunde es fiable o veraz.

También nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, esto es debido a que de una única acusación se deriva una lesión al honor de varias personas. (A. de Pablo Serrano, 2017: 312-326).

Existe una posibilidad de que Matías quede exento, aplicando la *exceptio veritatis* y es que, el art. 207 CP³² indica que cuando el hecho criminal imputado quede probado, el acusado por delito de calumnias será exento de la pena que pudiera corresponder. Con lo cual, en el caso de que los acusados finalmente sean condenados por autores de un delito de agresión sexual cualificada, Matías quedaría exento de pena.

5.2.3 Incumplimiento del Código Deontológico

Por otra parte, Matías está incumpliendo el Código Deontológico del periodismo, que fue aprobado en Asamblea Ordinaria celebrada en Sevilla el 27 de noviembre de 1993 y actualizada en Asamblea Ordinaria celebrada en Mérida el 22 de abril de 2017.

En los principios generales, exactamente en los principios dos³³, cuatro³⁴ y cinco³⁵, observamos que el periodista debe respetar la verdad, respetar el derecho a la propia imagen y a la intimidad, y, asumir que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

³² Art. 207 CP: “El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”.

³³ 2. El primer compromiso ético del periodista es el respeto a la verdad.

³⁴ 4. Sin perjuicio de proteger el derecho de los ciudadanos a estar informados, el periodista respetará el derecho de las personas a su propia intimidad e imagen, teniendo presente que:

a) Solo la defensa del interés público justifica las intromisiones o indagaciones sobre la vida privada de una persona sin su previo consentimiento.

b) Con carácter general deben evitarse expresiones, imágenes o testimonios vejatorios o lesivos para la condición personal de los individuos y su integridad física o moral.

³⁵ 5. El periodista debe asumir el principio de que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y evitar al máximo las posibles consecuencias dañosas derivadas del cumplimiento de sus deberes informativos. Tales criterios son especialmente exigibles cuando la información verse sobre temas sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

Matías, al publicar una foto de los tres acusados tachándoles de violadores, está incumpliendo estos tres principios del Código Deontológico.

El Código Deontológico posee unos principios de actuación, de los cuales nos interesa el primero³⁶ que versa sobre el compromiso con la búsqueda de verdad. El periodista, entre otros supuestos, no debe difundir información falsa, debido a esto:

- Debe fundamentar la información difundida.
- En el caso de difundir información falsa, cuando sea consciente de este hecho, corregir dicha información y dispensar una disculpa pública.
- Sin la necesidad de acudir a la vía judicial, debe permitir a los ofendidos replicar las inexactitudes propagadas.

En el Reglamento de la Comisión de Arbitraje, Quejas y Deontología del Periodismo, en el artículo 9, encontramos el procedimiento a seguir por incumplimiento de normas deontológicas³⁷.

Cualquier persona, sea natural o jurídica, cuando se vea afectada por una actividad periodística que no cumpla las reglas del Código Deontológico, podrá solicitar la apertura de expediente a la Comisión de Arbitraje, Quejas y Deontología del Periodismo. La queja deberá ser formulada en un plazo de dos meses a contar desde el momento en que se produjeron los hechos.

El procedimiento será iniciado de forma ordinaria por la parte legitimada y la solicitud debe ser por escrito, en la que debe constar:

- Los datos y circunstancias que permitan la identificación y en su caso los documentos que acrediten la representación orgánica o voluntaria del firmante.
- Los hechos que considere que sean constitutivos de la infracción de normas deontológicas.
- Las normas que se consideren vulneradas, contenidas en el Código Deontológico.
- Los documentos oportunos para sujetar la narración de los hechos y la petición de que se reciba a prueba, indicando los medios.
- Una petición concreta incluyendo las consideradas medidas adecuadas para reparar el derecho o interés legítimo lesionado.

La resolución tomada por el Pleno debe ser motivada, creando una distinción entre la responsabilidad propia del periodista y las posibles responsabilidades debidas a factores

³⁶ 1. El compromiso con la búsqueda de la verdad llevará siempre al periodista a informar sólo sobre hechos de los cuales conozca su origen, sin falsificar documentos ni omitir informaciones esenciales, así como a no publicar material informativo falso, engañoso o deformado. En consecuencia:

a) Deberá fundamentar las informaciones que difunda, lo que incluye el deber que contrastar las fuentes y el de dar la oportunidad a la persona afectada de ofrecer su propia versión de los hechos.

b) Advertida la difusión de material falso, engañoso o deformado, estará obligado a corregir el error sufrido con toda rapidez y con el mismo despliegue tipográfico y/o audiovisual empleado para su difusión. Asimismo difundirá a través de su medio una disculpa cuando así proceda.

c) Asimismo, y sin necesidad de que los afectados acudan a la vía judicial, deberá facilitar a las personas físicas o jurídicas la adecuada oportunidad de replicar a las inexactitudes de forma análoga a la indicada en el párrafo anterior.

³⁷ Para ver el procedimiento completo acudir a <http://www.comisiondequejas.com/reglamento/>

internos o externos de los medios de comunicación. Cuando se adopte la resolución definitiva, esta será adoptada, previa deliberación por el Presidente, por mayoría de votos. En caso de empate, será el que presida quien tenga el voto de calidad.

La resolución contendrá:

- La declaración de haber sido vulnerado los preceptos del Código Deontológico invocados, debiendo ser indicados por su ordinal y su denominación o, la declaración de que la actuación profesional ha sido deontológicamente correcta.
- Las medidas que la Comisión Arbitral recomiende para que el daño causado sea reparado.

Con lo cual, los afectados, en nuestro caso, podrán obtener una resolución en la cual se considere que realmente Matías ha incumplido el Código Deontológico o una resolución en la cual se considere que Matías ha obrado acorde al Código Deontológico. A su vez, si se da el caso, se establecerán las medidas necesarias para reparar el daño causado por Matías.

5.2.4 Responsabilidad civil derivada de la comisión del delito

Se debe mencionar que Matías deberá reparar los daños y perjuicios ocasionados con su publicación, debido a su responsabilidad civil, tipificada en el art. 109 CP³⁸. Esta responsabilidad comprende (art. 110 CP):

- La restitución.
- La reparación del daño.
- La indemnización de perjuicios materiales y morales.

En nuestro caso, se podría observar una reparación del daño³⁹ y una indemnización por perjuicios materiales y morales⁴⁰.

³⁸ Art. 109 CP: “1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”.

³⁹ Art. 112 CP: “La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa”.

⁴⁰ Art. 113 CP: “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”.

Matías es responsable civilmente porque toda persona criminalmente responsable de un delito también lo es civilmente cuando del hecho realizado se deriven daños y perjuicios⁴¹. La cuantía de los daños e indemnizaciones será fijada razonadamente por el Juez⁴².

5.3 Y si en un determinado foro de internet un usuario publica cortes del vídeo grabado por José María y publica el nombre de la víctima y su dirección, ¿qué repercusión podrían tener estos hechos para quien lo publique?

5.3.1 Posibles delitos cometidos

Nos encontramos ante un caso en el que un usuario publica fragmentos del vídeo de la violación grabada por José María, y a su vez, una publicación de datos personales de la víctima. Estos hechos se podrían encuadrar en un delito de revelación de secretos y un atentado contra la integridad moral de la víctima.

La revelación de secretos está tipificada en el art. 197 CP, pero nos interesa exactamente el art. 197.2 CP⁴³ y 197.3 CP⁴⁴. Dicho usuario está difundiendo mediante una publicación en un foro vídeos y datos personales de la víctima.

Se debe tener en cuenta, por otra parte, el art. 197.5 CP⁴⁵ ya que, según este apartado, la condena será impuesta en la mitad superior, entre otros supuestos, cuando los datos revelados afecten a la vida sexual del perjudicado, o el mismo sea menor de edad. Nos

⁴¹ Art. 116 CP: “1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos”.

⁴² Art. 115 CP: “Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”.

⁴³ Art. 197.2 CP: “Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”

⁴⁴ Art. 197.3 CP: “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”.

⁴⁵ Art. 197.5 CP: “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”.

encontramos ante ambos casos, ya que el usuario publica cortes del vídeo de la agresión sexual cualificada y, por otra parte, Aida es menor de edad. Debido a este factor, la pena sería impuesta en su mitad superior.

Por otra parte, nos encontramos con un delito contra la integridad moral, tipificado en el art. 173 CP, pero concretamente nos interesa su apartado 1⁴⁶.

Este usuario, está menoscabando la integridad moral de Aida publicando en un foro de internet la captación de imágenes de la agresión sexual cualificada de la que ha sido víctima, con lo cual, la repercusión que podría surgir de este hecho sería un delito perpetrado contra la integridad moral de Aida.

Un ejemplo muy claro de este tipo de actuaciones lo podemos ver en el caso de un sujeto que difundió cortes del vídeo de la víctima del conocido caso de “La manada”. Este caso fue juzgado por el juzgado de lo penal número 4 de Pamplona, condenando a dicho sujeto a una pena de prisión de dos años y un día.

En este caso el tribunal consideró la existencia de un delito de revelación de secretos y un delito contra la integridad moral de la víctima⁴⁷.

5.3.2 Responsabilidad civil derivada de la comisión del delito

Nos volvemos a encontrar ante la necesidad de que el acusado repare los daños y perjuicios que haya podido ocasionar, debido a la responsabilidad civil tipificada en el art. 109 CP, en los mismos términos que en el apartado 5.2.4.

⁴⁶ Art. 173.1 CP: “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

⁴⁷ Información obtenida en: <https://www.elperiodico.com/es/sucesos-y-tribunales/20200205/condenado-hombre-difundio-foto-victima-manada-violacion-7835418>

Conclusiones

Primera.

Nos encontramos ante una serie de delitos cometidos por Borja, Santiago y José María. En sus actos se puede apreciar contra Aida un delito de agresión sexual cualificada múltiple, un delito contra la intimidad, y, un posible delito de robo.

En cuanto al delito de agresión sexual cualificada múltiple, aunque no se observe una violencia o una intimidación directa, observamos una intimidación ambiental creada por los tres acusados. A su vez observamos una coautoría de los hechos ya que, pese a que el TS sostenga que en estos casos existe una concurrencia de autoría y cooperación necesaria, considero que esta doble imputación de hechos vulnera el principio de *ne bis in idem*, ya que existe un único delito en el cual los tres acusados ostentan el dominio de la acción.

Observamos un delito contra la intimidad basado en grabar la violación, únicamente imputable a José María ya que es quien graba la situación, graba a Aida manteniendo relaciones sexuales no consentidas.

El delito de robo es más complicado que sea imputado a los acusados. Observamos cómo los acusados sustraen el bolso de Aida con la intención de arrojarlo a un cubo de basura, pero en esta narración no sabemos quién es el autor de esta sustracción, con lo cual, al imputarse el delito a los tres acusados se incurriría en la vulneración del principio *in dubio pro reo*. Con lo cual, a no ser que sean arrojadas más pruebas que ayuden a determinar exactamente cómo sucedió esta sustracción, los acusados deberían ser absueltos de esta acusación.

La edad de Aida tiene relevancia en el caso a tratar. En un primer momento Aida dice tener 18 años, pero, ocurridos los sucesos confiesa tener 15 años. Este dato referente a la edad es primordial, ya que, debido a esto, los acusados incurren en un error de tipo sobre un hecho. Cuando concurren este tipo de errores y el hecho cualifica la infracción, este error impedirá la apreciación de la agravación. Con lo cual, se les debe imputar un delito de agresión sexual cualificada múltiple y no la agresión sexual cualificada múltiple a menores de 16 años. Esto es así ya que los acusados no tenían conocimiento de la edad real de Aida.

El hecho de que únicamente exista el testimonio de la víctima como prueba nos pone en una situación controversial. Esto es debido a que la prueba única procedente de la víctima trae consigo una serie de riesgos para el acusado, que ponen en entredicho el derecho constitucional de presunción de inocencia. Con lo cual, se han establecido unos requisitos para que la declaración de la víctima pueda ser objeto de prueba única:

- El testimonio debe poseer objetividad y credibilidad.
- El testimonio debe ser verosímil.
- Debe existir una persistencia en la acusación.
- No pueden existir más pruebas que culpabilicen al acusado.

Como observamos, el testimonio debe poseer una consistencia suficiente para que no queda duda sobre la responsabilidad de los acusados.

Segunda.

Uno de los acusados, Santiago, además de ostentar la nacionalidad española, ostenta la nacionalidad portuguesa, y debido a esto huye a Portugal. Las autoridades españolas disponen de la posibilidad de emitir una Orden Europea de Detención y Entrega para poder hacer comparecer a Santiago en España. Esta orden sirve para que Portugal detenga y entregue a Santiago a las autoridades españolas con el pretexto de ejercer las acciones penales pertinentes, debe ser entregado para el enjuiciamiento en España.

Santiago pretende cumplir la condena en Portugal, país del que es nacional. La finalidad de que un condenado pueda cumplir condena en otro país reside en que se incrementen las posibilidades de reinserción social del condenado, para saber si esto será posible se deben tener en cuenta una serie de aspectos, como puede ser la relación del condenado con el país donde se pretende que se realice el cumplimiento de condena. Santiago tiene lazos con Portugal, es nacional del país y parte de su familia paterna reside en el mismo, con lo cual, Santiago podrá cumplir condena en Portugal una vez se realicen todos los trámites y requisitos contenidos en la Decisión Marco 2008/909/JAI.

Tercera.

Nos encontramos ante un caso en el que la víctima de una relación sexual no consentida se queda embarazada. Al no darnos un dato firme de la edad de la víctima nos podemos encontrar en dos escenarios, que la víctima sea considerada mayor de edad o que sea considerada menor de edad.

En el caso de que Aida sea considerada mayor de edad, no habría problema para interrumpir el embarazo, siempre que se ciña al tiempo y a los requisitos establecidos en la ley de plazos.

El problema lo encontramos si Aida es considerada menor de edad. Su padre se posiciona en contra de realizar de una intervención quirúrgica para interrumpir el embarazo debido a sus postulados religiosos. Nos podemos situar en dos escenarios diferentes, ante un caso de derechos de la personalidad propios del menor y ante un conflicto de intereses del progenitor con su hija. Cuando surge este tipo de conflictos, los padres del menor en cuestión son exceptuados de su representación legal, siendo los menores representados por un defensor que ejercerá sus funciones tanto dentro como fuera de juicio. Siendo así necesario que, en el caso de que Aida y su padre no lleguen a un punto en común, Aida acuda a juicio representada por su defensor, y será un juez quien decida sobre el asunto.

Cuarta.

En el caso de que Aida no practique la interrupción del embarazo, el progenitor paterno quedaría privado de la patria potestad debido a la agresión sexual cualificada. Siendo posible que esta restricción quede sin efecto cuando el hijo así lo desee una vez alcance la plena capacidad y cuando lo determine el representante legal del hijo, siempre que sea aprobado judicialmente.

Aunque el progenitor paterno no ostente la patria potestad, sí debe velar por su hijo y prestarle alimentos.

Y, por último, el niño no ostentará el apellido del padre a no ser que él mismo lo solicite o su representante legal.

Quinta.

En primer lugar, nos encontramos un reportero que publica una serie de afirmaciones sobre los acusados, acusaciones realizadas antes de que exista una sentencia judicial firme sobre el asunto en cuestión. Estamos ante una colisión de derechos fundamentales, una colisión entre el derecho a la información y los derechos a la propia imagen y el honor. En nuestro caso, predominan estos dos últimos, ya que, para que el derecho a la información se superponga a los otros dos derechos fundamentales citados, la información debe ser veraz y ser un asunto de interés general. Con lo cual, nos podremos encontrar ante un delito contra la propia imagen y un delito de calumnias, así como ante una infracción del Código Deontológico del Periodismo.

En segundo lugar, nos encontramos ante un usuario que publica vídeos de la víctima y la dirección del domicilio de la misma, pudiendo incurrir en un delito de revelación de secretos y un delito contra la integridad moral.

Bibliografía

Ánimo de lucro, España: *Guías jurídicas*, Wolters Kluwer. Recuperado de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDUzNztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA6DNj_TUAAAA=WKE última visita: 29/05/2020.

Código Deontológico, España: FAPE. Recuperado de <https://fape.es/home/codigo-deontologico/> último acceso: 15/06/2020.

Comisión de Arbitraje, Quejas y Deontología del Periodismo, España: FAPE. Recuperado de <https://www.comisiondequejas.com/reglamento/> último acceso: 15/06/2020.

DE LAS HERAS VIVES, L., 2014. La orden europea de detención y entrega. *Actualidad jurídica iberoamericana*. Nº 1.

DE PABLO SERRANO, A. 2017. *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

España: *Guías jurídicas*, Wolters Kluwer. Recuperado de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTSwtDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzI0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAgw385jUAAAA=WKE último acceso: 28/05/2020.

Filiación, España: *guías jurídicas*, Wolters Kluwer. Recuperado de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjcyMTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAB45vNzUAAAA=WKE último acceso: 16/06/2020.

FONSECA MORILLO, F. J., 2003. La orden de detención y entrega europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Nº 14.

GALLEGO SOLER, J. I., 2010. *Consentimiento por representación*. Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas.

HEREDIA MUÑOZ, A. L., CAMARENA ALIAGA, G. W., 2015. Análisis de la prisión preventiva desde la óptica de los medios de comunicación. Límites al ejercicio de la función periodística. *Gaceta penal & procesal penal*. Nº 67.

In dubio pro reo, España: *Guías jurídicas*, Wolters Kluwer. Recuperado de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjS0MjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA3XIuUDUAAAA=WKE último acceso: 28/05/2020.

LOZANO, V., RENDUELES, L. (05/02/2020). Dos años de cárcel al ultraderechista que difundió una foto de la víctima de La Manada mientras la violaban. Madrid, España: elPeriódico. Recuperado de <https://www.elperiodico.com/es/sucesos-y->

tribunales/20200205/condenado-hombre-difundio-foto-victima-manada-violacion-7835418
último acceso: 28/05/2020.

MUÑOZ CONDE, F., 2019. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., 2019. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ORDOÑEZ SOLÍS, D., 2014. La configuración del espacio judicial europeo. *Cuadernos Europeos de Deusto*. Nº 50.

ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”. VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), 2019. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ GÓMEZ, R. G., “El proceso penal ante los medios de comunicación”. BALLESTEROS SASTRE, B. (dir.), SÁNCHEZ GÓMEZ R. G. (dir.), 2018. *Proceso penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*. Aranzadi.

TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”. QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), 2015. *Comentario a la reforma penal del 2015*. Aranzadi.

Índice legislativo

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)).

Constitución Española (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>).

Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega de los Estados Miembros (2002/584/JAI).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>).

Decisión Marco del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (2008/909/JAI).

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>).

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/20/23>).

Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con la capacidad modificada judicialmente en la interrupción del embarazo (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/09/21/11>).

Índice jurisprudencial

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 109/1986 de 24 de septiembre de 1986 (ECLI:ES:TC:1986:109).

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 176/1991 de 17 de octubre de 1991 (ECLI:ES:TC:1991:176).

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 199/1999 de 8 de noviembre de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:199).

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 81/2001 de 26 de marzo de 2001 (ECLI:ES:TC:2001:81).

España. Audiencia Provincial de Málaga (Sección 3ª). Sentencia núm. 49/2002 de 20 de abril de 2002 (ARP 2006\329).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1169/2004 de 18 de octubre de 2004 (RJ 2005\781).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1291/2005 de 8 de noviembre de 2005 (RJ 2006/398).

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 9/2007 de 15 de enero de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:9).

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 23/2010 de 27 de abril de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:23).

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 12/2012 de 30 de enero de 2012 (ECLI:ES:TC:2012:12).

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 176/2013 de 21 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:176).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo penal). Sentencia núm. 269/2014 de 20 de marzo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1366).

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 19/2014 de 10 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TC:2014:19).

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 18/2015 de 16 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TC:2015:18).

España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª). Sentencia núm. 681/2018 de 28 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:16432).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 344/2019 de 4 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2200).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 30/2020 de 26 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020/684).