

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 30 de noviembre de 2022

AGRESIONES SEXUALES GRUPALES Y CLÁUSULA DE ATIPICIDAD CON MOTIVO DEL «CASO ARANDINA»

1. MODIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS: LA AUSENCIA DE INTIMIDACIÓN AMBIENTAL Y LA PROXIMIDAD DE MADUREZ FÍSICA Y PSÍQUICA

La presente sentencia del Tribunal Supremo resuelve sobre los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación de uno de los acusados, la acusación particular y la acusación popular contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 14/2020, de 18 de marzo ([ROJ STSJ CL 62/2020](#)).

Según los hechos probados, la víctima, de 15 años, comenzó una relación a través de redes sociales con uno de los acusados, con quien se enviaba fotografías en ropa interior. Tras un encuentro previo, la víctima acudió a su casa, donde se encontraban sus otros dos compañeros de piso. Tras apagar la luz uno de ellos, la víctima masturbó a los chicos y les realizó felaciones, para posteriormente acostarse con el menor de ellos, de 19 años. En un primer momento, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, 379/2019, de 11 de diciembre ([ROJ: SAP BU 1017/2019](#)), entendió los hechos cometidos sin el consentimiento de la víctima, quien expresamente «se cruzó los brazos y no supo cómo reaccionar, quedándose paralizada». De esta manera, y como no podía ser de otra forma, la Audiencia reconoció la existencia de un factor intimidatorio ambiental y condenó a cada uno de los tres acusados como autores de un delito de agresión sexual con acceso carnal a una menor de 16 años y como cooperadores necesarios de los delitos cometidos por los otros inculpados. Siguiendo esta línea, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen la figura del cooperador necesario para las agresiones cometidas en grupo siempre que la aportación para la consumación de las agresiones perpetradas por los otros sea «objetiva, causal y eficaz», incluyendo la «sola» permanencia sin existir un plan premeditado, siempre que con ella se genere un clima intimidatorio ambiental sobre la víctima [BOCANEGRA MÁRQUEZ, Jara. 2021: «Tratamiento jurídico-penal de las comúnmente llamadas ‘violaciones múltiples’». En María Acale Sánchez, Ana Isabel Miranda y Adán Nieto Martín (coords.): Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»? Madrid: Boletín Oficial del Estado, 312).

Sin embargo, tras los recursos de casación interpuestos por los acusados, los hechos probados fueron modificados por el TSJ, entendiendo la existencia de consentimiento según las conversaciones de la víctima con su círculo de amigos los días posteriores a los hechos, que difieren de las declaraciones posteriores de la misma. Tomando como referencia, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, 2/2021, de

13 de enero (ROJ: STS 64/2021), y partiendo de que «la existencia de contradicciones de matices en las declaraciones de la víctima no puede entenderse como determinantes para dudar de la veracidad de su testimonio» (FD 2.º) ya que resulta habitual una progresividad en la declaración de la víctima, el Supremo determina que, en este caso, no se aprecia una progresividad en su declaración, sino que se dieron dos versiones diferentes en la fase inicial en dos entornos distintos. En este sentido, al igual que previamente interpretó el TSJ, el Supremo reafirma que las declaraciones posteriores se motivaron en el «miedo al escándalo» una vez comprendida la trascendencia de los hechos, lo que presenta una duda razonable sobre la declaración de la víctima. Así, aplicando el principio in dubio pro reo, el TS da veracidad a las primeras manifestaciones. Con base en todo lo anterior, no aprecia la presencia de intimidación ambiental y los hechos son calificados como agresiones sexuales cometidas sobre menores de 16 años tipificadas en el actual artículo 181.3 CP.

Por otro lado, y para concluir con los antecedentes de hecho, el TSJ atiende a los informes periciales forenses que determinan que el grado de madurez psicológica del menor de los acusados era similar al de la víctima, lo que, unido a su proximidad de edad, exonera su responsabilidad. Igualmente, aplica una atenuante analógica a los otros dos acusados, ya que únicamente concurren parcialmente sus criterios cumulativos (existe una ligera superioridad madurativa y cierta cercanía de edad). Sin embargo, en este segundo supuesto, el Tribunal Supremo veta cualquier posibilidad de crear una eximente ex novo, con lo que cierra la opción de atenuar la pena, como se verá en el tercer apartado.

2. AGRAVANTE CUALIFICADA POR AGRESIÓN SEXUAL GRUPAL

La primera de las cuestiones a tratar es la pertinencia de la aplicación de la agravante por actuación conjunta de dos o más personas, actualmente recogida en el artículo 181.4 a) CP (antiguo art. 183.4 b) CP). La consideración de agravante por el hecho de que una agresión sexual sea cometida en grupo radica en el mayor aseguramiento en el cumplimiento de la agresión sexual y la superior indefensión de la víctima, siendo evidente el incremento del factor intimidatorio ambiental por verse rodeada o abordada por un conjunto de personas. Además, ello aumenta de forma considerable el peligro de sufrir lesiones que atenten a su integridad física o psíquica. Sin embargo, en el presente caso, atendiendo a los antecedentes de hecho, se parte del supuesto de la existencia de consentimiento por parte de la víctima, lo que lleva incluso a excluir la responsabilidad penal de uno de los acusados. Es por ello por lo que cabe plantearse las siguientes cuestiones: ¿es precisa la concurrencia del factor intimidatorio, aunque sea ambiental, para la aplicación de la agravante por actuación conjunta de dos o más personas? ¿Nos encontramos ante una agresión sexual grupal o, por el contrario, debe tratarse como dos agresiones sexuales a una menor de 16 años de manera individualizada?

Tras la reforma del Código Penal introducida con la Ley Orgánica 10/2022, el título VIII pasó a denominarse «Delitos contra la libertad sexual», eliminando la referencia a la indemnidad sexual. Esta se refiere al derecho de toda persona a no sufrir interferencias en el libre desarrollo de su sexualidad, lo que implicaba su extensión a menores y personas con discapacidad, ya que legalmente no disponen de plena autonomía en el ejercicio de su sexualidad. A pesar de no especificarse en el título, en el propio preámbulo de la citada ley orgánica se hace mención a las violencias sexuales como aquellos actos que «condicionan el libre desarrollo de la vida sexual», realizando una referencia implícita a lo que anteriormente el Código denominaba indemnidad sexual. Es con base en la protección de este libre desarrollo que el Código Penal castiga los actos sexuales contra menores de 16 años aun siendo consentidos, contemplando, como agravante, la actuación conjunta de dos o más personas, sin exigir mayores requisitos. Por tanto, teniendo en cuenta los principios de legalidad y taxatividad, y entendiendo los hechos como cometidos de manera conjunta, cabría la aplicación de la agravante.

Sin embargo, la aplicación de la agravante difiere de su fundamento de cualificación, en tanto no supone el incremento del factor intimidatorio ambiental. Además, debe tenerse en cuenta que la línea jurisprudencial seguida en los casos de agresiones grupales es la de atribuir la total de acciones típicas a todos los sujetos participantes, respondiendo tanto por su acceso carnal como por las acciones típicas ejecutadas por el resto de los actores (ibidem, 308). En este sentido resolvió la sentencia de la Audiencia Provincial, al considerar a la totalidad de los autores como cooperadores necesarios. Por el contrario, el Supremo les declara culpables de sendos delitos de agresión sobre una menor de 16 años con la agravante de comisión grupal, pero no extiende la responsabilidad a las agresiones perpetradas por el otro participante. Por tanto, hubiese sido de mayor corrección calificar los hechos como dos agresiones sexuales individualizadas, sin imponer la circunstancia agravante, o bien extender la responsabilidad como cooperador necesario al otro interviniente (opción más difícil de sostener si los hechos fueron cometidos con consentimiento).

3. SOBRE LA CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA Y SU APLICACIÓN COMO ATENUANTE ANALÓGICA

Como segunda cuestión a comentar, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por la representación de la víctima acerca de la imposibilidad de aplicar la cláusula de atipicidad (según la doctrina mayoritaria) contenida en el artículo 183 bis CP, comúnmente conocida como cláusula Romeo y Julieta. Según su redacción, salvo en supuestos cometidos con violencia o intimidación, «el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

De esta manera, el legislador español optó por un criterio mixto de desarrollo/madurez y edad (criterios cumulativos), sin fijar franjas mínimas, ni en el límite inferior

para consentir, ni en su límite superior en el caso del mayor de 16 años (otros Estados establecen límites concretos). Siguiendo los criterios de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, en el caso de menores de 14 y 15 años, «la protección debe permitir una diferencia de edad que abarque a los jóvenes hasta 20 años inclusive, moderándose en atención al segundo parámetro (grado de desarrollo o madurez)». Es por ello por lo que el Tribunal entiende la conducta cometida por el chico de 19 años, cuya madurez era similar a la de la menor, como acorde a derecho (RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. 2021: «La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal). Cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial». Estudios Penales y Criminológicos, 2021, 41: 307-360).

Sin embargo, en atención a las circunstancias de los otros acusados, tumba la posibilidad de aplicar la cláusula como atenuante analógica por concurrir parcialmente los criterios previstos. En esta resolución, el TS remarca que la cláusula no deja lugar a un espacio intermedio, pues tan solo puede aplicarse en su totalidad como causa de atipicidad. Según su razonamiento, el artículo 21.7 CP, que se refiere a las atenuantes analógicas, hace referencia expresa a «circunstancias de análoga significación a las anteriores». Esta última consideración impediría la posibilidad de ampliarlo a otras circunstancias, como las previstas en el artículo 183 bis CP. Así, para el TS no se estaría aplicando una atenuante analógica, sino creando una atenuante ex novo, aspecto lógicamente vetado en el ordenamiento jurídico español. Esta postura, que, sin duda, resulta correcta desde la interpretación más estricta del sentido literal de la norma, se aleja tanto de lo estipulado por doctrina (ibidem, pp. 347-359), como por los criterios de la Fiscalía General del Estado y la postura jurisprudencial previa (entre otras, STS 699/2020, de 16 de diciembre de 2020 (ROJ: STS 4326/2020); SAP Almería 179/2019, de 16 de mayo de 2019 (ROJ: SAP AL 364/2019); SAP Las Palmas 34/2019, de 06 de febrero de 2019 (ROJ: SAP GC 350/2019), o SAP Vizcaya 2680/2018, de 14 de noviembre de 2018 (ROJ: SAP BI 2711/2018)).

En definitiva, el Tribunal Supremo, al cerrar la puerta a la atenuación de los hechos, castiga con penas de 9 años de prisión a los condenados por un delito de agresión sexual con acceso carnal a una menor de 16 años recogido en el artículo 181.3 CP. Así, aplica las horquillas penológicas introducidas con la LO 10/2022, siendo discutible la aplicación de la agravante por comisión grupal al carecer de fundamento y no extenderse responsabilidad al otro condenado.

Manuel CABEZAS VICENTE
Personal Investigador en Formación | Área de Derecho Penal
Universidad de Salamanca
mcabezas@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre [BOE-A-2022-17272]

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN CASOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO

Con fecha de 21 de octubre de 2022 se publica en el BOE la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022 en la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad 5570-2021 interpuesto por cincuenta y dos diputados/as del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados/as respecto de los apartados décimo y decimonoveno del artículo 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica [BOE n.º 132, de 03/06/2021].

1. ANTECEDENTES

52 diputados/as del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados presentaron recurso de inconstitucionalidad al entender que las modificaciones no encontraban justificación en la finalidad perseguida por la Ley 8/2021 según anunciaba su Preámbulo. En concreto recurrían:

- El párrafo cuarto del apartado 10 del artículo 2 (en concreto, el objeto del recurso es el primer inciso del párrafo cuarto), que suponía una nueva redacción del artículo 94 del Código Civil [Gaceta de Madrid n.º 206, de 25-VII-1889]. Entendían los recurrentes que vulneraba los artículos 24, 117.3, 122 y 9.3 de la Constitución española [BOE n.º 311, de 29-XII-1978]).

Los recurrentes mantenían la inconstitucionalidad del que entienden como carácter automático del no establecimiento o suspensión del régimen de visitas o estancia respecto del progenitor incurso/a en un proceso penal por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. En su opinión limita e impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional, vulnera la reserva de ley orgánica y obliga al juez civil a pronunciarse acerca de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (vulnerando el carácter improrrogable de la jurisdicción, la atribución de asuntos al orden jurisdiccional penal y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley). Se basaban en la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre [BOE n.º 274, de 14-XI-2012]. Asimismo, entendían que afectaba al principio de seguridad jurídica por

la «incertidumbre insuperable» ante la dificultad de determinar con exactitud cuándo una persona se encuentra «incurso en un proceso en un procedimiento penal iniciado».

- El apartado 19 del artículo 2 que modificaba el artículo CC. Entendían los recurrentes que vulneraba el artículo 117 CE en relación con el artículo 39 del mismo texto pues se «prevé la privación automática de la patria potestad con relación al progenitor que se halle en determinadas circunstancias». En concreto, aprecian la inconstitucionalidad si se ha «iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores» y si «la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación».

El recurso fue admitido a trámite por providencia el 7 de octubre de 2021 y trasladada la demanda y documentos presentados al Congreso, al Senado y al Gobierno (artículo 34 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional [BOE n.º 239, de 05-X-1979]. Personándose en la causa a través del procedimiento establecido.

La Abogacía del Estado presentó escrito de alegaciones solicitando la desestimación íntegra del recurso según los siguientes argumentos: el carácter de «poder público» del Legislativo (artículos 9 y 39.1 y 2 CE); la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012 no es aplicable al referirse a supuestos teóricos distintos; los preceptos recurridos no cercenan la patria potestad, sino que configuran el régimen general de ejercicio de facultades de guarda y compañía de menores; el artículo 39 CE no establece un límite mínimo explícito; no vulnera la reserva de ley orgánica pues los preceptos objeto del recurso no invaden o hacen decidir al órgano jurisdiccional civil sobre materias de naturaleza penal; «La modificación del apartado segundo del artículo 156 del Código Civil solo implica la constatación por el juez civil de un hecho indubitado».

Tenidas por formuladas las alegaciones por diligencia del letrado de la Administración de Justicia, quedando pendientes para su deliberación y votación de la sentencia, teniendo lugar el día 13 de septiembre de 2022.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Destacamos los siguientes fundamentos jurídicos:

- Aunque el apartado 19 del artículo 2 de la Ley 8/2021 solo introdujo el segundo párrafo, supone una modificación formal del precepto y se abre de nuevo el plazo del artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para que pueda ser recurrido (FJ 1.B.b).
- «El juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, pues no es este tribunal ‘juez de la calidad técnica de las leyes’, en su triple dimensión de

corrección técnica, oportunidad o utilidad de las leyes sino ‘vigilante de su adecuación a la Constitución’» (FJ 1.C).

- Del contenido del artículo 39 CE o de la protección del interés prevalente del menor que resulta de dicho precepto (FJ 2), de los tratados internacionales y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 2.D) «no se infiere la imposibilidad de que el legislador, al determinar la regulación relativa al régimen de estancias, comunicaciones y visitas establezca la ponderación del interés superior del menor» (FJ 3. párrafo 1.º). Los artículos 39, 117.3 o 24 CE no vedan que el legislador pueda dictar una regulación general modulando la capacidad decisoria de los órganos judiciales (FJ 3. párrafo 2.º).
- La inconstitucionalidad del artículo 92.8 del Código Civil declarada por STC 185/2012, de 17 de octubre, vino motivada por dejar al arbitrio del Ministerio Fiscal la determinación del interés superior del menor.
- Inexistencia de infracción del art. 39 CE (FJ 4). El párrafo cuarto del art. 94 CC carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores.
- Se descarta la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) pues «si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal» (FJ 5.c).
- Se descarta la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. No se atribuye competencia distinta a la que tiene el juzgado de primera instancia (FJ 6.c). Así como tampoco se vulnera la reserva de ley orgánica pues ni se atribuye competencia y «esta reserva no se proyecta a la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial» (FJ 6.c in fine).
- Se desestima la vulneración del principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), en relación con el art. 39 CE. Los recurrentes no argumentan por qué entienden que la atribución a uno de los progenitores de la decisión de que el menor sea asistido y atendido psicológicamente, informando previamente al otro, en las circunstancias preceptuadas sea «irrazonable, desproporcionada, arbitraria, o contravenga el interés del menor». Además, esa decisión no está exenta de control judicial (FJ 7).

3. FALLO

Se desestima el recurso de inconstitucionalidad en su integridad.

Voto concurrente formulado por la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, por medio del cual se presenta la discrepancia con la argumentación que lo

sustenta entendiendo que en la argumentación se obvia la perspectiva de género y la violencia contra las mujeres pues «la norma impugnada surge en desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017». Opinan que se invisibiliza la violencia contra las mujeres en la argumentación y el principio feminista de que «lo que no se nombra, no existe» es una exigencia universal. Las medidas controvertidas no solo pretenden proteger a hijas e hijos que viven en contextos de violencia, sino también a las madres que pueden sufrir violencia vicaria (apartado 1).

Entienden, además, que «la perspectiva de género [...], hubiera exigido analizar por qué y cómo las medidas cuestionadas afectan en particular (aunque no en exclusiva) a las relaciones de poder entre un padre y una madre que, encontrándose en una situación de violencia, tienen hijos o hijas en común con los que despliegan una relación propia que mediatiza la que tienen entre ellos como pareja o expareja» (apartado 2).

Continúan exponiendo los antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la Ley 8/2021, así como legislación foral o especial sobre la materia. Un contexto histórico-normativo que ha de tenerse en cuenta pues de lo contrario se ignora que la evolución normativa tiende a reducir el margen de apreciación del órgano judicial para imponer medidas más restrictivas en cuanto a las relaciones parentales, como en opinión de quienes suscriben el voto concurrente/particular (apartado 3).

El principio de interés superior del menor «no se enfoca tanto hacia la preservación de sus relaciones familiares como hacia la protección de las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física y moral y para el libre desarrollo de su personalidad derivan de su exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica» (apartado 4).

Cristina RUIZ LÓPEZ
Universidad de Extremadura
Profesora Contratada Doctora
cruzlopez@unex.es