

LA VIOLACIÓN “POR ACTUACIÓN CONJUNTA” (ART. 180.2^a CP)

Rape “through joint action” (Art. 180.2 Spanish Penal Code)

JOSÉ-LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO*

Fecha de recepción: 27/07/2021

Fecha de aprobación: 20/11/2021

RESUMEN: La violación “por actuación conjunta de dos o más personas” merece regulación agravada específica en el Código Penal español (art. 180.2^a) y suscita diversos problemas de interpretación: hallar su fundamento, que explique por qué no basta con la agravante genérica de abuso de superioridad numérica; determinar el título de imputación de quienes actúan conjuntamente cuando realizan parte de los elementos del tipo penal; pero sobre todo decidir si cada uno de los copartícipes ha de responder por concurso real de tantos delitos como accesos carnales o por tantos como intervinientes que tienen acceso carnal, o por delito continuado, o cabe subsumir lo sucedido en un único delito de violación de gravedad intensificada. Precisamente esta última opción permitiría explicar la existencia de este tipo cualificado para el actuar conjunto e impedir las penas desproporcionadas que de otro modo se alcanzarían.

PALABRAS CLAVE: Violación, perspectiva de género, actuación conjunta, coautoría, cooperación necesaria, concurso real, delito continuado, unidad de acción.

ABSTRACT: *Rape “by joint action of two or more people” deserves specific aggravated regulation in the Spanish Penal Code (Art. 180.2^a) and raises several problems of law interpretation: finding grounds for it, in order to explain why the generic aggravating circumstance of abuse of*

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Extremadura.

numerical superiority is not enough; determining the title of imputation of those who act jointly when they carry out part of the elements of the offence; but above all deciding whether each of the participants has to answer for a factual concurrence of as many crimes as carnal accesses or as intervening parties who have carnal access, or for a continuous offence, or it can be supported that what happened as a whole should be described as a single rape of intensified gravity. Precisely this last option would explain the existence of the qualified type of acting jointly, and prevent the disproportionate penalties that would otherwise be reached.

KEYWORD: *Rape, gender perspective, joint action, co-perpetration, abettor, factual concurrence, continuous offence, unity of action.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Alcance del tipo cualificado del art. 180.2^a CP. III. Fundamento del tipo cualificado del art. 180.2^a CP. IV. Formas de participación de los intervinientes. V. Violación conjunta múltiple: ¿concurso real, delito continuado, unidad de acción? VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos del ámbito sexual han concitado el interés del público en los últimos tiempos, interés en buena medida generado por los medios de comunicación. Pero sobre todo alentado por los gestores de la agenda política, como en tantas otras materias sensibles sobre las que se va fijando el foco, tratando de inducir una inquietud social que cree la esperada demanda que satisfacer con acciones legislativas providenciales o taumatúrgicas. Este clima de opinión, basado en una realidad en cierto modo magnificada, está llevando casi inexorablemente a que se cuestione la regulación penal actual, en la que se echa en falta la denominada perspectiva de género, razón por la que no protegería suficientemente a la mujer como víctima, lo que previsiblemente desembocará en un punitivismo aún más exacerbado. Y desorientado, pues si cabe cuestionar el marco legal actual es, al contrario, por sus desproporcionadas penas.¹

En efecto, a pesar de que, con respecto al CP de 1973, a demanda de la doctrina, en la reforma de 1989 que reorientó la regulación de estos delitos, se produjo una disminución del marco penal de la violación, que había dado lugar a la incoherencia valorativa de que la “violación de una

¹ Así también, Boldova Pasamar, M. Á. (2019). “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como ‘caso de La Manada’”. *Diario La Ley*, nº 9500, 17 de octubre de 2019, pág. 2, en relación también con la jurisprudencia reciente. Merece atenderse su llamamiento a “sosegar los apetitos legislativos” (pág. 11).

mujer” estuviera castigada al mismo nivel que el delito de homicidio (reclusión menor, es decir, prisión de 12 años y un día a 20 años), lo que llegaba a condicionar la interpretación jurisprudencial del tipo; lo cierto es que el actual tipo cualificado del art. 180 CP aún permite que la violación reciba superior pena que el homicidio doloso.² Así, con una circunstancia de agravación específica del elenco del art. 180 CP, puede alcanzarse hasta la prisión de 12 a 15 años, y con dos circunstancias, la violación está castigada con el marco de 13 años y medio a 15 años de prisión. Atenuar tales excesos debería guiar la determinación del alcance de los tipos cualificados e informar la política legislativa.

Ciertamente, en la interpretación de los delitos sexuales hay que tener presente que atentan contra una de las facetas más íntimas de la persona, al constituir una invasión física del cuerpo de la víctima; y que generan una gran alarma social por su alto componente emocional, amplificadas por los medios de comunicación, en particular sobre los hechos cometidos en grupo, medios que convierten en entretenimiento morboso la crónica de sucesos.³ Esta alarma no se corresponde con la estadística criminal,⁴ ni siquiera corrigiendo los datos con la notable cifra negra existente en estos delitos. La atención por los medios resulta desproporcionada con respecto a la que reciben crímenes más graves, como el asesinato, y si se amplifica es también por constituir munición de las denominadas guerras culturales, que en estos casos ven ante todo una manifestación de un postulado heteropatriarcado omnipresente en la vida social, nunca suficientemente erradicado, y que legislador y órganos judiciales deben

² Cancio Meliá, M. (2018). “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal. 2019*, Madrid, pág. 1039, núm. marg. 9301.

³ Torres Fernández, M. E. (2020), “Notas sobre Derecho penal y perspectiva de género”, en J. de Vicente Remesal et al. (Dirs.). *Libro Homenaje al prof. Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario* (en adelante, *H-Luzón*), vol. 2, págs. 1909 s.

⁴ Faraldo Cabana, P. (2019). “La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 22, pág. 383, sí alude a cierto repunte de las violaciones de que han conocido las fuerzas de seguridad.

Datos del Ministerio de Interior disponibles en: http://www.interior.gob.es/documents/642317/12812393/Informe_delitos_libertad_indemnidad_sexual_Espa%C3%B1a_2019_126210034.pdf?af914177-ccc7-4d6f-800b-e00637e87548 (consulta 7 de julio de 2021). En la serie de 2016 a 2019 se aprecia un claro predominio de las agresiones con penetración por un solo autor: el 93,1 %; seguidas a gran distancia de las perpetradas por dos sujetos: el 4,5 %; y por último el 2,3 %, por tres o más responsables. Asimismo, no se aprecia tendencia al alza de las violaciones colectivas (frente a lo que señalan las conclusiones del referido documento) que justifique el foco de los medios sobre este fenómeno. En particular los hechos perpetrados por “manadas” (tres o más responsables) más bien se han reducido.

compensar con la panacea de la perspectiva de género. De ahí deriva un previsible riesgo de exacerbar indefinidamente la intervención penal. Ahora bien, si la denominada perspectiva de género ha de emplearse en delitos de esta índole, que ciertamente cabe considerar como violencia sobre la mujer según la definición del Convenio de Estambul de 2011, dado que recaen sobre la mujer de forma desproporcionada, no debería olvidarse que su trascendencia en materia de interpretación debe limitarse a la eliminación de sesgos o estereotipos discriminatorios para con la mujer, que eventualmente aún pervivan.⁵ Y no debe suponer nada más, o se corre el riesgo de alterar delicados equilibrios jurídicos entre intereses contrapuestos.

De entre los delitos del ámbito sexual, las agresiones sexuales en grupo o conjuntas, casi siempre con víctima femenina, han centrado el debate en diversas ocasiones, sobre todo el caso estrella hace unos años, el denominado de la Manada, que ha dado lugar a una bibliografía amplísima⁶ y prácticamente ha pasado a designar por antonomasia al fenómeno delictivo. Esta modalidad de agresión sexual presenta una pluralidad de aspectos dogmáticos y de política criminal, todos ellos merecedores de análisis reposado, no contaminado del celo ideológico concitado por las referidas guerras culturales y al margen del identitarismo en Derecho Penal denunciado, entre otros, por Díez Ripollés. Así su fundamento, el respectivo título de imputación de los intervinientes, la problemática concursal asociada y la regulación específica de la actuación conjunta como tipo agravado de agresión sexual en el propio Código penal (art. 180.2^a).

⁵ Jericó Ojer, L. (2019). "Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal", en A. Monge Fernández (Dir.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Valencia, pág. 329; Faraldo Cabana (2019). "Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género", en A. Monge Fernández (Dir.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Valencia, págs. 251 ss.

⁶ Ante todo la obra colectiva: Faraldo Cabana, P. / Acale Sánchez, M. (Dirs.) (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia; Acale Sánchez, M. (2020), en J. de Vicente Remesal et al., *Libro homenaje al prof. Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. 2, Madrid (en adelante *H-Luzón*), págs. 1431 ss.; Boldova Pasamar, 2019, *cit.* más bibliografía en su nota 5; Cadena Serrano, F. Á. (2019). "Violaciones conjuntas. Caso La Manada", *Diario La Ley*, 9481, 19 de septiembre de 2019. Más bibliografía en Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (2020). "Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de 'La Manada'", *H-Luzón*, vol. 2, pág. 1761, nota 2. Puede considerarse como materia central de debate en esta *cause célèbre* si enjuiciar la presencia de varios sujetos como constitutiva de prevalimiento (así en la sentencias en primera instancia y en apelación), y por tanto simple abuso sexual, o bien de intimidación, y por tanto violación (así la sentencia en casación).

El elemento central de la agresión sexual colectiva consiste en que esta se realiza bajo la cobertura de un mismo empleo de violencia o intimidación, surgido de la presencia o intervención de varios sujetos, todos o alguno de los cuales realizan acceso carnal con la víctima, sucesiva o simultáneamente.

Por lo que respecta el título de imputación de los copartícipes, se trata de determinar si a todos los que realizan aportaciones esenciales se les imputan los hechos a título de coautores, o bien solo cabe considerar autor a cada uno por su propio acceso carnal (o accesos), lo que requiere analizar previamente si tiene sentido mantener la consideración de la violación como delito que requiere la realización personal, de propia mano, precisamente del elemento del acceso carnal. Pero sobre todo ha de resolverse la cuestión, en caso de pluralidad de accesos carnales, de cuántos delitos se imputan a cada copartícipe, lo que se complica por la opción legislativa del CP de 1995, el cual, estimando por razones político-criminales insuficiente la agravante genérica de abuso de superioridad, acogió la propuesta doctrinal de salir al paso mediante un tipo cualificado de agresión sexual en el art. 180.2ª.

Objeto de estudio será, pues, en primer lugar, como primera aproximación al tema, el alcance del tipo cualificado de violación conjunta y su relación con la agravante genérica relacionada, teniendo en cuenta asimismo las perspectivas de reforma; a continuación, la *vexata quaestio* de si la violación constituye o no un delito de propia mano, lo que condicionará la respuesta al título de imputación de los copartícipes, para concluir analizando cómo computar los accesos carnales que hayan tenido lugar, a la luz de la existencia del tipo cualificado.

En adelante, el análisis de las agresiones conjuntas se circunscribirá a la violación, si bien las consideraciones que se hagan serán trasladables a las agresiones sexuales del tipo básico; y, para facilitar el análisis, a las que se llevan a cabo sobre una sola víctima.

II. ALCANCE DEL TIPO CUALIFICADO DEL ART. 180.2ª CP

El vigente art. 180.2ª CP agrava las penas de “las agresiones sexuales”, en sus tipos básico y cualificado (violación), “cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.”⁷

⁷ En el mismo sentido, entre los delitos contra la indemnidad sexual, es decir, los que recaen sobre víctima menor de 16 años, el art. 183.4.b); si bien en este caso, al ser las penas de partida ya notablemente graves (5 a 10 años de prisión en el tipo básico, 12 a 15 la violación), la realización mediante actuación conjunta de dos o más personas de-

En su redacción inicial, vigente hasta 1999, la agravación se configuraba como la comisión del hecho “por tres o más personas actuando en grupo”. A primera vista, entre la actual expresión de actuación “conjunta” y la de “en grupo” solo parece mediar una diferencia de estilo, si bien se ha buscado cierto matiz diferencial en que la actuación en grupo implicaba “exigencia implícita de concierto entre los intervinientes”,⁸ y no así la actuación conjunta. Esta apreciación resulta difícil de compartir, pues también la actuación conjunta presenta un aspecto de conjunción o coordinación de las aportaciones, que no necesita ser previas; y por otra parte asimismo un grupo puede actuar descoordinadamente.

Sí introduce una novedad, en cambio, el texto vigente, al considerar agravada cualquier actuación de *más de una* persona, en lugar de requerir *al menos tres*. Parece razonable esta opción, teniendo en cuenta que el límite inferior del concepto de actuación conjunta se sitúa en la intervención de más de uno, es decir, de dos; que ser dos los atacantes por lo general ya les confiere superioridad suficiente para doblegar a la víctima, sin que para tal finalidad se requieran más sujetos; y que la actuación conjunta de dos constituye el supuesto más frecuente de entre las plurales, como se aprecia en la práctica procesal,⁹ y que por tanto carecería de sentido no abarcarla en el tipo cualificado.

El precepto agravado parece conceptuar toda la agresión conjunta, sin especificar si turnándose o no los sujetos, como unos únicos “hechos”; queda por ver si también en el sentido de la teoría concursal, conformando una unidad natural de acción o unidad típica. Lo ocurrido se reúne para su consideración jurídica, con una conminación penal agravada, teniendo en cuenta la mayor facilidad de comisión derivada del notable desequilibrio de fuerzas. Sin embargo, ha de cuestionarse si no serán más bien de aplicación el concurso real o el delito continuado¹⁰ (al respecto *infra* V).

termina “solo” el castigo con la mitad superior del marco penal (7 y medio a 10 años; 13 y medio a 15 años, respectivamente).

El texto vigente supone un retorno al antecedente del art. 599 del efímero CP de 1928: “... cuando el delito... sea cometido por el concurso simultáneo de dos o más personas.”

Cfr. Alcácer Guirao, R. (2004). *Delitos contra la libertad sexual. Agravantes específicos*. Barcelona, *passim*.

⁸ Morales Prats, F. / García Alberó, R., (2016). “Artículo 180”, en G. Quintero Olivares / F. Morales Prats, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, pp. 318 s.

⁹ Cfr. los datos reflejados en nota 4.

¹⁰ En Derecho comparado se prevén tipos específicos similares; tal es el caso del párrafo 177.6.2 StGB: “Cuando el hecho sea cometido por varios conjuntamente”; y del art. 609 *octies* CP italiano: “La violencia sexual de grupo consiste en la participación, por varias personas reunidas, en actos de violencia sexual de los descritos en el art. 609 *bis*”,

Esta agravación específica de la actuación conjunta para las agresiones sexuales supone a grandes rasgos una individualización de la agravante *genérica* del art. 22.2ª: “Ejecutar el hecho (...) aprovechando las circunstancias de (...) o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido...”; es decir, del abuso de superioridad en su modalidad de superioridad numérica.

Bien es verdad que no coinciden exactamente actuar en conjunto y obrar con auxilio de otros. Así, en la agravante genérica el TS suele requerir, salvo excepciones, la superioridad de tres a uno.¹¹ Además la agravante genérica se basa en la idea de abuso de una situación de superioridad en cuanto a la correlación de fuerzas, lo que no es homogéneo con el marco de la actuación conjunta por parte de los sujetos activos, ya que allí hay que comparar con el número de atacados, sus condiciones físicas, etc.

La agravante específica, por su parte, acentúa el componente objetivo, el hecho de la actuación conjunta, no exigiendo expresamente el requisito del aprovechamiento de tal situación, como tampoco que se cause efectivamente la indefensión de la víctima, bastando con la concurrencia de los copartícipes;¹² elementos ambos que, sin embargo, pueden considerarse implícitos.

A pesar de esta coincidencia solo parcial, matizada por las consideraciones anteriores, en la agresión sexual con pluralidad de sujetos activos resulta de aplicación preferente el art. 180.2ª, en virtud de la regla de inherencia del art. 67, que imposibilita la aplicación cumulativa de la agravante genérica.¹³ Con la trascendente diferencia, en el ámbito de las consecuencias jurídicas, de que al tratarse aquí de una agravante específica, el marco penal no es el de partida, en el que desplieguen su eficacia las reglas del art. 66; sino que se establece un marco penal propio, situado por encima del previsto para las agresiones sexuales. En la realización conjunta del tipo básico, en concreto, el marco coincide con la pena superior en grado; y en la de la violación, equivale a la pena superior en

si bien se reduce la pena para quien hay tenido una participación mínima en la preparación o ejecución del delito.

¹¹ Dopico Gómez-Aller, J. (2018). “Disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de circunstancias”, *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal. 2019*. Madrid, núm. marginal 4404.

¹² Así Caruso Fontán, F. (2006) *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, págs. 259 s.

¹³ Morales Prats / García Albero, 2016, *cit.*, pág. 319; Núñez Castaño, E. (2020). “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en C. Gómez Rivero, *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, pág. 288.

grado en su mitad inferior, llegando su límite máximo a igualar el del delito de homicidio.

De acuerdo con la descripción legal, basta para la apreciación del tipo cualificado del art. 180.2^a que al menos dos sujetos realicen conjuntamente el hecho de las agresiones sexuales, lo que significa, bien que todos realicen todos los elementos del tipo, bien que algunos intervengan en la situación violenta o intimidatoria, sin necesidad de que todos lleven a cabo la actividad sexual,¹⁴ mientras que otros ejecuten esta, sin necesidad de haber empleado la violencia o la intimidación. Y no hace falta que todos sean coautores; algunos pueden ser meramente partícipes (al respecto, *infra* IV).

Subjetivamente, basta el conocimiento de que otros están participando simultáneamente, con acuerdo previo o simultáneo, que en este último caso también puede ser implícito o tácito. Es decir, el acuerdo da igual que exista previamente a la agresión, o que se forme mientras esta se produce, con ocasión de la propia actuación conjunta.¹⁵

Un problema específico relativo al alcance de este tipo cualificado aparece en los casos en que la intimidación requerida en la conducta típica se deriva del propio hecho de estar presentes a la vez varios sujetos. Así, cierto sector doctrinal considera que vulnera el *ne bis in idem* apreciar la simple presencia concertada de varios individuos como elemento constitutivo esencial de la intimidación ambiental y a la vez como fundamento de la agravante de actuación conjunta. De manera que la agravante quedaría limitada al resto de los supuestos de intimidación (la no ambiental) y a los de empleo de violencia.¹⁶ La STS 344/2019, de 4 de julio (caso La Manada), sin embargo, aduce argumentos que sostendrían la

¹⁴ Cancio Meliá, 2019, *cit.*, pág. 1042, núm. marginal 9318. En contra, Lamarca Pérez, C. (2007). "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en C. Lamarca Pérez (Coord.). *Delitos. La Parte Especial del Derecho Penal*. Madrid, pág. 158, y Faraldo Cabana, 2019, "La intervención...", *cit.*, págs. 398 y 414; quienes entienden que la elevada penalidad a que da lugar el tipo cualificado justificaría que solo se aplicara a los coautores que realicen todos los elementos del tipo, incluyendo el acceso carnal, dejando para el tipo básico otros supuestos de coautoría en que las aportaciones se complementan, y cada uno solo realiza una parte de dichos elementos; se salvaría así el principio de vigencia de la agravante, y se dejaría margen para coautoría sin agravante. De otro modo se infringiría el *ne bis in idem*. *A fortiori*, quedarían excluidos cooperadores y cómplices. No entiendo, sin embargo, qué actuación más conjunta cabe concebir que la complementaria, es decir, cuando se produce la imputación recíproca de las aportaciones respectivas.

¹⁵ Escobar Jiménez, R. (1995). "Delitos contra la libertad sexual", en I. Serrano Butragueño (Coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, págs. 1063 s.

¹⁶ Boldova Pasamar, 2019, *cit.*, pág. 5; Caruso Fontán, 2006, *cit.*, pág. 260.

compatibilidad de la agravante con la intimidación ambiental. En primer lugar, debido a la acusada superioridad que aporta el número de sujetos activos como fundamento de la agravante. Pero es que esa superioridad ya fue valorada para apreciar intimidación ambiental. Por otra parte, el TS da a entender que la intimidación ambiental puede que se derive *no solo de la presencia* de los sujetos, sino, incluso al margen de ella, de las circunstancias que rodearon el hecho, como ocurre en el supuesto concreto: lugar angosto y con difícil salida, diferencia de edad y fuerza, etc., aunque solo uno hubiera realizado acceso carnal y los demás se limitaran a estar presentes, de manera que el resto de los accesos de los otros sujetos vienen a constituir la actuación conjunta. Sin embargo, puesto que cada uno de los accesos (en el supuesto jurisprudencial, diez, constituyendo delito continuado) lo cometen todos, incluyendo los que con su presencia ambiental los posibilitan, si se estimase una decena de delitos de violación, tantos como accesos, la apreciación en cada uno de ellos de la agravante multiplicaría por el número de accesos el *bis in idem*.¹⁷

El alcance de la agravante de actuación conjunta, en los términos analizados, se verá modificado de prosperar alguna de las propuestas de reforma. Al respecto, basten unas breves consideraciones.

La Proposición de LO 2018 y el Anteproyecto de LO 2020,¹⁸ aprobado por el Consejo de Ministros el 6 de julio de 2021, continúan agravando las conductas de actuación conjunta, si bien para un tipo de agresión sexual que pasa a definirse como *cualquier* acto no consentido que atente contra la libertad sexual de la víctima, abarcando por tanto también al actual abuso sexual, previendo así para toda relación inconscientada el mismo tratamiento que actualmente solo se establece para las conductas violentas o intimidatorias.¹⁹

La Proposición aplica la circunstancia de actuación conjunta a los delitos de agresión sexual así configurados, requiriendo que, aprovechándose de una situación de superioridad manifiesta y en un contexto de intimidación, “dos o más” personas “realicen conjuntamente todos o

¹⁷ Boldova Pasamar, 2019, *cit.*, pág. 5; Faraldo Cabana, 2019, “La intervención...”, *cit.*, pág. 403.

¹⁸ Respectivamente, BOCG nº 29-1, de 20 de julio de 2018, y Anteproyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual, de 28 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf> (fecha de consulta: 5 de ju.io de 2021).

¹⁹ Quedaría entonces sin base la afirmación de Acale Sánchez (con base en cierta jurisprudencia, 2020, *H-Luzón*, pág. 1431) de que, puesto que la agravación solo se aplica a las agresiones, no a los abusos, el motivo de la agravación reside en los elementos violencia o intimidación, no en los concretos actos de contenido sexual.

parte de los actos constitutivos de agresión sexual” (tipo básico) y entonces la conducta se considera “agresión sexual colectiva”, para la que se prevé el marco penal de cinco a ocho años de prisión, frente a la de uno a cinco años del tipo básico, susceptible esta además de ser rebajada en un grado o castigarse con multa. En la agresión colectiva cabe la rebaja en un grado en función de la escasa importancia de la aportación individual del sujeto concreto, más la posibilidad de rebaja en uno o dos grados en hechos de menor gravedad. De producirse acceso carnal, la pena de la violación colectiva se eleva a prisión de ocho a doce años.²⁰

La configuración de la agravante incurre, inscrita en este nuevo sistema, en notables errores técnicos. Así, el aprovechamiento de la situación de superioridad ya figura como una de las modalidades de conducta en la descripción del tipo básico; simplemente se añade en la agravante que esa situación ha de ser manifiesta, elemento dirimente de escasa precisión. Y lo mismo ocurre con la exigencia de que los actos se realicen en un contexto objetivamente intimidante. Cabe preguntarse entonces si se limita la agravante de actuación conjunta a las modalidades de abuso de superioridad y de intimidación, quedando descartadas las demás. Díez Ripollés entiende que habrá de aplicarse a todas ellas, si bien cuando estos dos contextos concurren de manera objetiva, al margen de la percepción de la víctima.²¹ En cambio, como mejora técnica cabe destacar que se aplica el tipo agravado a quien realice “todo o parte de los actos constitutivos de agresión sexual”, despejando así dudas relativas a si se refería también a la realización de parte de los elementos del tipo.

III. FUNDAMENTO DEL TIPO CUALIFICADO DEL ART. 180.2^a CP

A primera vista, el fundamento de la agravación parece situarse en la disminución o incluso anulación de las posibilidades de defensa de la víctima, o, expresado de otro modo, en su mayor (o total) vulnerabilidad,

²⁰ En cualquier caso, en las propuestas legislativas cabe observar una tendencia a la exasperación de las penas, si bien no en cuanto a los límites máximos, sí al menos en cuanto afecta a los beneficios penitenciarios.

²¹ Díez Ripollés, J. L. (2019). “Alegato contra un Derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, pág. 17. Lo que se enfrentaría (*loc. cit.*, nota 53) a dos objeciones: la de que entonces la razón de la agravación no es que se afecte en mayor medida la libertad sexual de la víctima, sino que en el concepto social el sexo en grupo se valora más gravemente; y la de que estas dos circunstancias deben concurrir en el tipo básico en sus dos vertientes objetiva y subjetiva, mientras que para la agravación bastaría con que concurrieran objetivamente.

de donde se desprende la mayor facilidad de comisión.²² Resulta innegable, pues, su afinidad con la alevosía, la cual por prescripción legal solo es aplicable a los delitos contra las personas, pero con la que coincide en que la víctima tiene mermadas o anuladas sus posibilidades de repeler la agresión. Del mismo modo, y como se indicó *supra* II, se evidencia la afinidad con la circunstancia genérica de abuso de superioridad, la denominada “alevosía menor”.

El TS aprecia en ocasiones el fundamento en el acuerdo anterior o simultáneo de los que intervienen,²³ lo que no constituye sino un análisis de la descripción de la figura, no un fundamento. Así pues, su razón de ser no reside tanto en la mayor gravedad derivada de que exista acuerdo entre los sujetos para la ejecución, cuanto en el superior grado de indefensión ante la actuación de varias personas, en su superior eficacia intimidatoria y disminución de capacidad o voluntad de respuesta de la víctima e incluso de la posibilidad de denuncia posterior (por temor a perder incluso la vida); en su mayor eficacia para el aseguramiento del resultado,²⁴ es decir, en las superiores posibilidades de que se produzca el resultado lesivo.²⁵

Se ha llamado la atención sobre que el plus de injusto de la agresión colectiva se basa además en que esta representa un superior riesgo para la integridad física o incluso la vida de la víctima.²⁶ No comparto, sin embargo, esta consideración, puesto que tal riesgo no es privativo de la actuación conjunta, ni se da siempre en esta, ni se deriva de la descripción de la agravante, que no lo requiere expresamente. Si la ley hubiera pretendido atender a ese mayor riesgo, lo habría explicitado, como así lo ha hecho en la agravante 5ª del propio art. 180, para los casos en que el riesgo de lesiones graves o para la vida derivado del empleo de violencia se origina en el empleo de armas o instrumentos similares. En suma, solo porque la actuación en grupo no ponga en peligro la integridad física o la vida en absoluto, no va a dejar de aplicarse la agravante 2ª.

²² Díez Ripollés, 2019, *cit.*, pág. 18, con respecto a las perspectivas de reforma, que suponen ampliar el concepto de agresión sexual, señala que, si la razón de la agravación consiste en la mayor facilidad de comisión, dejará de tener sentido aplicada a nuevos supuestos, como p. ej. los de víctima privada de sentido o con voluntad anulada, realización por sorpresa o ausencia de consentimiento.

²³ STS 344/2019, de 4 de julio, caso La Manada (ECLI:ES:TS:2019:344).

²⁴ STS 1142/2009, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:1142).

²⁵ Pérez Cepeda (2015). “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” en C. Gómez Rivero, *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I. Madrid, pág. 273.

²⁶ Acale Sánchez, 2020, *H-Luzón*, págs. 1433 s.

Sin embargo, la cuestión que ha de plantearse no es tanto por qué se agrava la actuación conjunta, puesto que resulta evidente que es debido a que con ella aumentan las posibilidades de lesión del bien jurídico, es decir, se facilita esta; cuanto por qué se agrava aquí; por qué no se considera suficiente la agravante *genérica* de aprovechamiento de la superioridad numérica, y ha de recurrirse precisamente en la agresión sexual al superior efecto preventivo de una agravante *específica*. Los argumentos aducidos *supra* como fundamento serían aplicables asimismo a la mayoría de los delitos, no solo a la agresión sexual. Desde luego, la razón no (solo) puede consistir en la importancia del bien jurídico protegido, cuando no se ha recurrido a esta fórmula agravatoria con respecto a otros incluso de valor superior, como los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o el propio del grupo de delitos a mi juicio más afín, los que atentan contra la integridad moral.

La respuesta podría encontrarse en la probabilidad de que el ataque a la libertad sexual resulte, no solo más seguro, sino sobre todo *más intenso* como consecuencia de la intervención de varios. Sobre todo en la violación, dada la probabilidad de que dicho ataque se concrete en varios accesos carnales, por parte del mismo o de distintos sujetos, simultánea o sucesivamente, que intensifiquen la lesión del bien jurídico, tanto en cuanto al grado de violencia o intimidación desplegada como a la intensidad de los actos de contenido sexual. Todo ello con frecuencia derivado del alentamiento recíproco de cualquiera de esas conductas, constitutivo de inducción, la cual quedará absorbida por la responsabilidad a título de autoría. Ciertamente, cada copartípe ya responde por su respectiva intervención, incluido su aspecto de contribución a los hechos de los demás, pero²⁷ la existencia de la agravante específica cabe explicarla como una forma de cerrar el paso a multiplicar esas dos perspectivas de responsabilidad de cada sujeto. Lo que sí debe descartarse es una superior reprochabilidad del sexo en grupo como tal, que supondría una trasnochada injerencia de la moral en el Derecho penal.

Otra razón para recurrir al agravamiento específico estribaría en la superior vejación que en esas condiciones sufre la víctima, al estar presente una pluralidad de sujetos que son espectadores de su humillación, de su cosificación. Cabría incluso plantear si no se dará solapamiento, e incompatibilidad, entre esta circunstancia de actuación conjunta y la 1ª del mismo art. 180: “Cuando la violencia o intimidación ejercidas revisitan un carácter particularmente degradante o vejatorio”, si bien la juris-

²⁷ Como se desarrollará *infra* V.

prudencia (p. ej., STS 344/2019, de 4 de julio, caso la Manada) no tiene inconveniente en aplicarlas conjuntamente.²⁸ Lo cierto es que resulta difícil imaginar una agresión grupal totalmente aséptica, circunscrita a la satisfacción sexual de uno o varios de los copartícipes, que no implique a la vez una humillación de la víctima. Tal sería el caso, por ejemplo, de la derivada de la posibilidad de acceso carnal simultáneo.

IV. FORMAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS INTERVINIENTES

Dada su configuración legal, el tipo cualificado del art. 180.2ª CP constituye un delito plurisubjetivo, y en concreto de convergencia, si se tiene presente que se compone de colaboraciones más o menos homogéneas y que se encaminan conjuntamente, en la misma dirección, hacia la consecución del resultado común;²⁹ en este caso, el de atentar contra la libertad sexual de la víctima mediante acceso carnal. La cuestión presenta interés a la hora de determinar si, en los supuestos de rotación de papeles, se produce o no un único delito, sobre lo que habrá de decidir en función de si acaece una o varias lesiones del bien jurídico correspondiente. Al respecto *cf.* *infra* V.

En principio cabría la inducción a esta agresión sexual agravada, allí donde el sujeto, sin estar luego presente, instiga a un grupo de personas a cometerla, puesto que al tratarse de una circunstancia relativa al modo de ejecución material del hecho, sería comunicable también a los partícipes que no intervienen en la ejecución, siempre que al momento de su intervención –en este caso, la inducción– conozcan que el hecho se va a ejecutar con esa circunstancia (art. 65.2 CP).

Pero en sentido estricto, la agravante se aplica a los copartícipes que intervienen en la ejecución material. Se entiende, a los efectos de la agravante, que actúan conjuntamente tanto aquellos que realizan todos los elementos del tipo de violación (el o los que acceden carnalmente turnán-

²⁸ Díez Ripollés (2019, *cit.*, págs. 19 s.) objeta a la agravante que en las iniciativas legislativas en curso no se aportan referencias criminológicas o de otra índole que avalen la mayor entidad del daño en estos casos (creo, sin embargo, que difícilmente se puede negar el mayor daño, por las razones indicadas en el texto), así como que cada uno de los intervinientes ya responde por los delitos cometidos individualmente por él mismo sobre la víctima. Asimismo, estima que, si se argumenta que se da un daño adicional a la dignidad de la víctima derivado del ataque colectivo a su libertad sexual, ello pertenece a otra agravante específica, al del ataque especialmente degradante o vejatorio. Al respecto, *vid.* en el texto.

²⁹ Carrasco Andrino, M. M. (2002). *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*. Granada, págs. 51 ss.

dose), como los que llevan a cabo alguna de las aportaciones esenciales en el ataque a la libertad sexual: así algunos puede que solo empleen la violencia o intimidación, pero no ejecuten el acceso carnal,³⁰ o viceversa, que accedan carnalmente, pero no empleen violencia ni intimidación alguna. Queda por determinar qué título de imputación aplicar a cada uno de los intervinientes en la ejecución, para lo que resulta determinante si para responder a título de autor el acceso carnal ha de realizarse necesariamente de propia mano, o no. Esta cuestión, por su incidencia en la agravante de actuación conjunta, merece un excurso.

Hace tiempo que la doctrina mayoritariamente ha descartado la naturaleza de la violación como delito de propia mano;³¹ mientras que la jurisprudencia se debate entre las dos posturas posibles.³²

En ocasiones, la jurisprudencia ha considerado también coautor a quien solo realiza la violencia o intimidación, entendiendo que tanto el acceso carnal como la violencia o intimidación, como elementos esenciales en la ejecución del tipo, pueden fundamentar la autoría en este delito, en tanto que elementos de un tipo penal complejo que no puede considerarse de propia mano.³³ No conceptuándolo como delito de propia mano, cabrá la autoría mediata, p. ej., de quien amenaza a otro para que penetre a un tercero o a sí mismo; cabrá la comisión por omisión; y,

³⁰ Así también Morales Prats / García Albero, 2016, *cit.*, pág. 319.

³¹ Con excepciones. Lo consideran como delito de propia mano Luzón Pena, *Lecciones de Derecho Penal. PG*, 3ª ed., 2016, p. 159; Begué Lezaún, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 1999, p. 58. En contra de la naturaleza de delito de propia mano existe práctica unanimidad: Monge Fernández, A. (2005). *Los delitos de agresiones sexuales violentas*. Valencia, págs. 213 s.; Díez Ripollés, J. L. (2004), "Art. 180", en J. L. Díez Ripollés / C. Romeo Casabona (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, II, págs. 275 ss.; Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (2016). "Delitos contra la libertad sexual", en L. Morillas Cueva (dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, pp. 236 ss.; Morales Prats / García Albero, 2016, *cit.*, págs. 1279 ss.; Boldova Pasamar, 2019, *cit.*, más bibliografía al respecto en su nota 13; Caruso Fontán, 2006, *cit.*, págs. 227, 240 s.; Orts Berenguer / Suárez-Mira Rodríguez, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, pág. 77; Muñoz Conde, F. (2019). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, págs. 212 y 215. Maqueda Abreu, M. L. (1992). *Los delitos de propia mano*. Madrid, págs. 106 ss.; también en: la misma (2020). "La 'prostitución forzada' es una forma agravada de agresión sexual: propuesta para una reforma imprescindible", *H-Luzón*, vol. 2, Madrid, págs. 1759 s.

³² Violación como delito de propia mano: SsTS 1291/2005, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2005:1291); 1169/2010, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:1169); 1399/2009, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2009:1399); 2585/2017, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2585); 4380/2017, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4380). Como delito no de propia mano: SsTS 3129/2014, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3129); STS 493/2017, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2017:493).

³³ SsTS 837/1997, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:1997:837); 5096/2009, de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2009:5096).

por lo que respecta a la actuación conjunta, dada la aportación por unos y otros de elementos esenciales para la realización del tipo, tendría lugar una imputación recíproca de las respectivas aportaciones (violencia o intimidación y acceso carnal), y se haría responder a todos, en concepto de coautores, por todos los accesos carnales consumados, los hayan realizado personalmente o no.

Sin embargo, en la jurisprudencia mayoritariamente se caracteriza a la violación como delito de propia mano. Esta consideración supone importantes implicaciones, ya que impide imputar los hechos a título de autoría a quienes no realizan con su propio cuerpo el yacimiento, entendido como núcleo de la lesión del bien jurídico. Se conceptúa así autor al que penetra a la víctima y solo cooperador necesario al que lo posibilita con su violencia o intimidación.³⁴ Con el inconveniente de que, en caso de que el autor actúe sin dolo (p. ej., fuerza a la prostitución, lo que el cliente desconoce, obrando pues con error sobre el tipo), el cooperador necesario que ha forzado no podría responder, por falta de hecho principal doloso.³⁵ Y en los supuestos de intercambio de funciones, por tanto, no se aprecia coautoría, sino que se hace responder a cada uno por su propio acceso carnal como autor y, por otra parte, como cooperador en los demás actos sexuales. Realmente, no parece una manera muy ajustada de calificar lo que la ley concibe como una “actuación conjunta”.

Ahora bien, encuadrar el solo empleo de violencia o intimidación como simple cooperación necesaria origina un problema derivado de su naturaleza de conducta no de autoría, al menos en los supuestos en que el grupo lo forman solo dos sujetos: un autor y un cooperador. En ellos, el TS aplica la agravante de obrar conjunto solo a uno de esos dos intervinientes, el autor, por estimar que resultaría redundante castigar a quien es partícipe por obrar conjuntamente, algo que resulta inherente en todo partícipe. En caso de intercambio de papeles entre dos sujetos activos, entiende que infringiría el *ne bis in idem* castigar a cada uno como autor

³⁴ Monge Fernández, 2005, *cit.*, pág. 217, sostiene que cuando los tribunales condenan a quienes se limitan a aplicar la violencia o intimidación como “autores”, pero en concepto de cooperadores necesarios, ello no significa que entiendan a la violación como un delito de propia mano, sino que consideran que autor ejecutor solo es quien ostenta el dominio del hecho, y cooperador necesario quien no lo ostenta. Sin embargo, estimo que no cabe negar el dominio del hecho en quien realiza una aportación tan esencial como neutralizar la oposición de la víctima, que por tanto, en atención a la importancia de su contribución, debería responder como autor ejecutor, no como “autor” cooperador.

³⁵ Álvarez García, F. J. / Del Molino Romera, M. (2020). “Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma”, en *H-Luzón*, vol. 2, Madrid, pág. 2037.

de su propia agresión y como cooperador necesario en la del otro; porque la cooperación necesaria presupone siempre actuar conjuntamente al menos con otra persona, el autor, siéndole inherente por tanto la actuación conjunta.³⁶ Según esta tesis, la agravante solo se le puede aplicar al autor, pero no al cooperador. Lo que no obstaría a que, en casos en que cada uno es a la vez autor de su propia violación y cooperador en la del otro sujeto, y luego viceversa, a los dos se les aplicara la agravante en tanto que los dos actúan alternativamente como autores, concurriendo –según la concepción mayoritaria– respectivamente con otra violación a título de partícipes, en la que no sería aplicable la agravante de actuación conjunta. De estos casos distingue la jurisprudencia aquellos otros en que varios autores actúan conjuntamente, de manera que cuando se incorpora el cooperador éste lo hace a una actuación conjunta por motivos ajenos a su propia participación, de lo que es consciente. Es decir, no se daría el mismo tratamiento a cooperar en una actuación de un único autor que a cooperar en una actuación conjunta de varios autores.³⁷ Por ejemplo, en el caso de la Manada, puesto que intervinieron cinco autores (a la vez cooperadores), el TSJ de Navarra no apreció doble valoración en aplicar la agravante de actuación conjunta,³⁸ ya que cada cooperador realizaba su aportación a la actuación conjunta de los otros cuatro.

Según esta línea jurisprudencial basada en considerar a la violación como delito de propia mano, en la actuación de dos, el que es degradado a partícipe se ve beneficiado por partida doble, puesto que como partícipe solo responde accesoriamente, de manera que p. ej. no lo hace si falta un autor doloso; y además no le sería de aplicación la agravante de actuación conjunta.

³⁶ SsTS 486/2002, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:486); SsTS 1667/2002, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:1667); 194/2012, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:194); STS 338/2013, de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2013:338); 246/2017, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:246). Morales Prats y García Albero, 2016, *cit.*, pág. 319, también proponen limitar la agravante a los coautores, si bien con un argumento distinto, el de entender que si el legislador hubiera querido extenderla a la cooperación necesaria, lo habría hecho.

³⁷ No he encontrado referencia de si a estos casos con varios autores se asimilaría el de un autor con al menos otro cooperador; es decir, cuando existen al menos dos copartícipes del cooperador cuya responsabilidad se cuestiona, pero solo uno de ellos actúa como autor.

³⁸ STSJ Navarra de 30 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:Tsjna:2018:473). Bien es verdad que a la vez que cooperadores eran *autores* del delito continuado de violación, y para los autores no parece encontrarse problema en aplicar el tipo agravado. Pero la precisión del TSJ se refiere a su condición de cooperadores, y en un hecho ya plural sin su intervención.

El razonamiento presenta aparentemente una lógica férrea, y tiene el mérito de llamar la atención sobre que colaborar en la aportación de otro copartícipe no resulta compatible con castigar por actuar conjuntamente, planteamiento que, por cierto, sería extensible a otras formas de colaboración distintas a la del cooperador necesario.

Con todo, esta tesis no termina de convencer. Así, en la doctrina se ha sostenido, por el contrario, que cuando hay dos sujetos, uno que penetra y otro que intimida, ha de apreciarse la agravación conjunta en ambos, incluso si a quien intimida se le considera cooperador necesario; porque si bien ser cooperador presupone siempre la existencia de un autor, la cooperación puede prestarse estando uno presente, pero también no estando presente. El que coopera estando presente, refuerza la intimidación con su presencia y además contribuye a la ejecución plural; lo que no ocurre en el cooperador que p. ej. meramente facilita información sobre cómo localizar a la víctima sola, o las llaves de la vivienda donde esta se encuentra, o las claves para desactivar la alarma.³⁹ En efecto, es la presencia física la que precisamente determina la pluralidad en la ejecución.

Asimismo, por el principio de accesoriadad de la participación, si el autor responde por un tipo cualificado debido a actuación conjunta, el cooperador debe responder por ese mismo tipo, puesto que su aportación es accesoria y contribuye al hecho principal conjunto del autor; y téngase presente que, al tratarse de una circunstancia objetiva, sería transmisible en todo caso a los partícipes: al cooperador, esté o no⁴⁰ presente, al cómplice y al inductor.

Por otra parte, la objeción de la inherencia del actuar conjuntamente en el papel de partícipe, esgrimida por la jurisprudencia del TS, sería igualmente predicable de la actuación en coautoría de dos, o incluso de cualquier número de personas, pues connatural e inherente a la coautoría es realizar el hecho “conjuntamente”, según la propia definición del art. 28 CP. El coautor siempre obra conjuntamente, justo igual que el cooperador necesario: aquel en el hecho compartido con otro, este en el hecho ajeno, del autor. Y esta parece precisamente la razón de ser de la agravante del art. 180.2ª: la ejecución conjunta de un delito en concreto: la agresión sexual. Con la tesis del TS, al menos en la actuación de dos coautores no cabría aplicar la agravante, por inherencia. De manera que la agravante no se aplicaría nunca al menos para alguno de los casos lite-

³⁹ Cadena Serrano, 2019, *cit.*, págs. 14 s.

⁴⁰ Si el cooperador no está presente, obviamente para serle de aplicación la agravante tendría que haber al menos dos sujetos sí presentes.

ralmente contemplados: los de actuación conjunta de dos personas, sean dos coautores o bien un autor y su cooperador; contraviniendo con ello el principio de vigencia. Pero además sería extensible a la coautoría de tres o más, puesto que en todos esos casos resulta inherente la actuación conjunta, y la agravante no distingue entre la coparticipación de dos y de más de dos.

Considero, en cambio, que todos los que realizan aportaciones sustanciales al hecho deben responder por la agravante específica de violación colectiva, si bien en la determinación de la pena puede valorarse quién ha realizado todos los elementos del tipo y quién solo algunos de ellos (o solo violencia o intimidación, o solo acceso carnal).

Efectivamente, si se parte de la (dominante) teoría del dominio del hecho en la individualización de las conductas de autoría, en virtud del principio de imputación recíproca de las respectivas intervenciones, siempre que alcancen importancia decisiva, no cabe dudar de considerar coautores a quienes, en el reparto funcional de la ejecución, emplean la violencia o intimidación, pero no yacen; como tampoco de quienes yacen, pero p. ej. no emplean ningún mínimo de violencia porque la víctima ya se encuentra totalmente puesta a su merced debido a la intervención de aquellos. Ambas entrañan aportaciones esenciales e imprescindibles para la realización del tipo, no convenciendo la afirmación de que el atentado contra la libertad sexual le corresponda mayor o más “nuclear” contenido de injusto que al ataque a la integridad física y/o la libertad de voluntad.

Para sostener que se trata de un delito de propia mano, habría que defender que solo podría ser autor el que realizara la acción descrita en el tipo y que dicha acción típica consiste exclusiva o sustancialmente en el acceso carnal.⁴¹ Lo que presupone que ha de introducirse un elemento de evaluación de los elementos descritos, distinguiendo la acción nuclear de las demás, conceptuando como acción nuclear a la que realiza más directamente el injusto típico y se enfrenta directamente con la norma tuteladora del bien jurídico, de manera que solo podría ser autor el que la realizara personal, físicamente, con su propio cuerpo.⁴² Y en el delito

⁴¹ Cadena Serrano, 2019, *cit.*, pág. 13.

⁴² En tal sentido, Díaz y García-Conlledo, M. (1991). *La autoría en Derecho penal*. Valencia, pág 681; quien, aun admitiendo la dificultad de individualizarla en cada tipo, para el delito de violación señala como acción nuclear el acceso carnal. Entiendo que la dificultad se deriva de que la distinción entre el núcleo y lo no central al fin y al cabo supone aplicar una metáfora, que como imagen sirve para transmitir cierta concepción sobre las conductas típicas, pero que acaba enfrentándose a la realidad multiforme de los

de violación, la acción nuclear la constituiría la penetración. Esta afirmación podía tener cierto sentido en el antiguo delito de violación, en la medida en que solo abarcaba como yacimiento al coito vaginal heterosexual, para subrayar que solo el varón podía ser autor; pero no en la regulación actual, que permite todas las combinaciones entre los dos sexos en los papeles de sujeto activo y pasivo.⁴³

Sin embargo, en la descripción del hecho de la violación, al menos tanto “peso” como el acceso carnal tiene el empleo de violencia o intimidación. Estimo que no cabe, pues, establecer una jerarquía autor-partícipe basada en un supuesto contenido de injusto superior o nuclear de la parte de la ejecución consistente en el acceso carnal. Esta consideración en definitiva encubriría un superior reproche moral dirigido al que consume el acceso carnal, que lo convertiría en autor único. Ello supondría en cierto modo resucitar el concepto subjetivo de autoría, al considerar a quien yace como quien tiene más interés en que se ejecute el delito (aunque personalmente solo lleve a cabo una parte de este), puesto que obtiene los beneficios derivados de él, y por tanto autor; mientras que quien actúa en interés de otro (con *animus socii*), procurando la satisfacción sexual de ese otro, por importante que sea su propia contribución, no pasaría de partícipe. Por no hablar de que también quien no tiene acceso carnal puede obtener satisfacción sexual por el mero hecho de participar, o como espectador (*voyeur*) o por ver satisfecha su pulsión de que la víctima se vea forzada a la sumisión sexual.

El paralelismo con el robo con violencia o intimidación puede resultar ilustrativo, ya que como tipo delictivo complejo presenta una estructura sumamente similar a la del de violación, consistiendo igualmente en forzar la voluntad del sujeto pasivo para posibilitar el ataque a otro bien jurídico. ¿Acaso la sustracción, por ser la acción que infringe directamente la norma protectora del bien jurídico propiedad, constituye aquí la acción nuclear del tipo, la que aporta un superior contenido de injusto? Antes al contrario, en el robo con división de funciones difícilmente cabe sostener que solo responde como autor quien lleva a cabo la sustracción

distintos tipos, de la que no alcanza a dar cuenta, porque no todos los tipos están “nucleados” en torno a una acción central. Tal es el caso del de violación.

⁴³ O incluso la víctima de la intimidación, sobre sí misma. Con respecto al tipo básico de la agresión sexual, el TS ha admitido recientemente que sea la propia víctima la que se ve forzada a realizar tocamientos a sí misma, incluso siendo intimidada a distancia, por medios telemáticos; no resulta imprescindible, pues, que el agresor realice los actos directamente sobre la víctima, según la STS 447/2021, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:447). Lo que consecuentemente debería llevar a admitir asimismo la autopenetración –en las modalidades físicamente posibles– forzada *on line*.

y que lo hace como mero partícipe el que emplea la violencia o intimidación. Y en los casos en que los sujetos desempeñan alternativamente el papel de posibilitar la sustracción y de realizarla, no se hace responder por la sustracción que uno ha realizado personalmente, como un delito de robo posibilitado por otros, y además por la participación, empleando la violencia, en la sustracción realizada por otro de los intervinientes. Ciertamente, cabría contraargumentar que la propiedad no es un bien personalísimo, como la libertad sexual, que involucra íntimamente a la persona; así como que cabe obrar también con ánimo de lucro ajeno. Piénsese, entonces, en otros delitos con la violencia habitualmente como medio, como los que atentan contra la vida o la integridad física, en los que no debería cuestionarse la coautoría de quien sujeta férreamente a la víctima, o le impide la huida, permitiendo así que otro realice el “núcleo del tipo”, es decir, producir las lesiones o matar, posibilitado al haber quedado neutralizada la defensa de la víctima.

Podría aducirse que al autor del acceso carnal se le asigna una superior censura moral que al que, en el reparto de funciones, consuma el asesinato o las lesiones, censura que, al estar ausente en el resto de los intervinientes esenciales, les impediría pasar de la condición de partícipes. No obstante, entonces ya no se trataría de censura moral, sino de elevar a núcleo de un delito la transgresión de un tabú, la realización de una afrenta personal a la dignidad de la víctima, de la que solo podría ser autor el que la realiza con su propio ser físico.⁴⁴

La tesis que niega la (co)autoría a quienes no realizan el acceso carnal debería consecuentemente negarla para quienes sí lo hacen, si estos no ejecutan el resto de los elementos típicos esenciales, en concreto la violencia o intimidación. En efecto, el tipo requiere atentar contra la libertad sexual, consistiendo ese atentado en el acceso carnal, utilizando violencia o intimidación. En cuanto a la descripción del tipo, tanto el

⁴⁴ En sentido afín, plantea dialécticamente la presencia de una supuesta “profanación” en la violación, que requiriera una especie de realización personal de una infracción de deber, para rechazar dicha posibilidad, y descartar su naturaleza de propia mano, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2004). *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*. Madrid, pág. 178. En términos semejantes, la STS 8386/1994, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:1994:8386), ya estableció que no se perciben razones para hacer depender el merecimiento de pena de la realización de la acción con el propio cuerpo, ya que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual de la víctima, y desde la perspectiva de esta, dicho bien resulta vulnerado tanto cuando el autor lo realiza con su propio cuerpo, como cuando lo realiza a través de un instrumento (autoría medidata). Razonamiento que es extensivo a la coautoría.

grave atentado contra la libertad sexual como la violencia o intimidación deben admitir la posibilidad de realización personal o por mano ajena. Lo que el tipo requiere es la “utilización” de estos medios para superar la resistencia del sujeto pasivo, no su mero aprovechamiento. Pues bien: o se admite la imputación recíproca de las aportaciones de cada uno, o no, sin que exista la posibilidad de distinguir entre una y otra parte de la ejecución material del tipo. Téngase en cuenta que se trata de un delito complejo, en que la ley unifica en un solo tipo el doblegar la voluntad, que de por sí constituiría un delito (coacciones o amenazas), y ejecutar el objetivo de ese doblegamiento, que asimismo constituiría otro delito (abuso sexual, relación sexual no consentida, sin más). Si se niega la imputación recíproca, en ausencia de su responsabilidad por la violencia o intimidación quien penetra a la víctima solo podría responder por una relación sexual no consentida, es decir, por abuso sexual, no por agresión, lo que resultaría absurdo. Luego únicamente el principio de imputación recíproca de las aportaciones respectivas permite aquí dar debida cuenta de la responsabilidad que corresponde a todos y cada uno de los intervinientes, sin que quepa disitnguir.

Ahora bien, ello no exime de distinguir, entre las aportaciones de los presentes, cuáles constituyen una aportación esencial y cuáles no, puesto que estas sí quedarían relegadas a la cooperación necesaria o la complicidad, lo que se inscribe en la problemática general de la distinción entre coautoría y participación. P. ej., el determinar el papel de quien se limita a vigilar, etc. Así, el TS afirma la cooperación necesaria de quien ejerce la intimidación ambiental con su sola presencia, incrementando simplemente el ambiente intimidatorio, sin intervenir en nada, pero tampoco intentando evitar el delito.⁴⁵ Morales Prats y García Alberó proponen distinguir, en estos casos, los de mero refuerzo de la situación intimidante creada por otros (cooperación), de los que además contribuyen a generar dicha situación (coautoría), aun reconociendo la dificultad de la distinción.⁴⁶ Dudo que quepa realizarla.

En suma, tanto quienes emplean violencia o intimidación, incluida la ambiental, como quienes ejecutan el acceso carnal, deben considerarse

⁴⁵ SsTS 3585/1995, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:1995:3585); 7001/1997, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:1997:7001). No se aborda aquí la eventual responsabilidad por no evitar la violación, tanto en comisión por omisión como por el delito de omisión del deber de impedir delitos contra la libertad sexual. Al respecto, ampliamente, Faraldo Cabana, 2019, “La intervención...”, *cit.*, págs. 388 ss., especialmente 391 s.

⁴⁶ Morales Prats / García Alberó, 2016, *cit.*, pág. 319. Núñez Castaño, 2020, *loc. cit.*, requiere que se intervenga al menos en el contexto de violencia o intimidación.

coautores. Y en cualquier caso, recapitulando, por la agravante de actuación conjunta responderán: ante todo, los coautores; pero eventualmente los cooperadores necesarios (incluso si se conceptúa como tales a quienes solo emplean la violencia o intimidación) y cómplices, desde luego si están presentes en la ejecución, pero también si conocieron que contribuían a una violación conjunta; finalmente, los inductores a un hecho delictivo de estas características.

Ahora bien, sea cual sea el título de responsabilidad de los presentes en la ejecución, queda por determinar si, habiéndose producido varios accesos carnales, la agravante se aplicará a varios delitos de violación en concurso real, o a un delito continuado de violación, o a un solo delito de violación.

V. VIOLACIÓN CONJUNTA MÚLTIPLE: ¿CONCURSO REAL, DELITO CONTINUADO, UNIDAD DE ACCIÓN?

En la violación mediante actuación conjunta presencial, sobre todo si se produce entre los intervinientes alternancia en las funciones de emplear la violencia o intimidación y de efectuar el yacimiento con una única víctima, ha de resolverse asimismo cómo calificar esa situación en que han tenido lugar múltiples accesos carnales, en un contexto de casuística muy variada, pero en que se va a presuponer la ejecución ininterrumpida no muy prolongada y con acuerdo al menos tácito entre los copartícipes.

En tal situación, cabe calificar de distintas maneras lo acaecido, subsumiéndolo de diversas formas en el tipo de violación. Así, puede estimarse que *cada una de las penetraciones*, la realice el mismo o distintos sujetos, constituye un delito independiente de violación, que entraría en concurso real con las demás violaciones, y por el que responderían todos, ya sea como coautores o como cooperadores o cómplices: en suma, contar tantos delitos como penetraciones. O bien que se da concurso real entre *tantas violaciones como copartícipes* hayan tenido acceso carnal, por cada una de las cuales (tanto las propias como las ajenas) responderían todos los presentes. En una u otra opción, cada uno de los delitos en concurso vendría además agravado por la actuación conjunta regulada en el art. 180.2^a.

O bien puede apreciarse un *delito continuado* de violación, por la que responderían todos, agravado por la actuación conjunta.

O bien considerarse que todo el episodio constituye *un único hecho* de agresión sexual, integrado por diversos episodios, aglutinados por la circunstancia de la actuación conjunta de los copartícipes.

Buena parte de la jurisprudencia, y cierto sector doctrinal, que se limita a reproducir la jurisprudencia, han sostenido la tesis del concurso real, si bien computando el número de violaciones en función del número de sujetos activos intervinientes que tienen acceso carnal, no según el número de accesos carnales.⁴⁷ Número el de accesos carnales que, por cierto, con frecuencia presentará dificultades probatorias. Esta postura es, en cierto modo, coherente con estimar que varias penetraciones consecutivas por un solo autor sobre una sola víctima, bajo una misma situación violenta o intimidatoria, entrañan un solo hecho,⁴⁸ puesto que en la modalidad alternativa de intervención de varios, los diversos accesos carnales que algunos de los sujetos puedan haber llevado a cabo se computan como uno solo. No obstante, no se entiende que varias acciones de un solo sujeto se encuadren en una unidad de acción, y no en cambio al menos la acción concertada de p. ej. dos sujetos que emplean la violen-

⁴⁷ Cancio Meliá, 2018, *cit.*, pág. 1039, núm. marginal 9276; para Caruso Fontán, 2006, *cit.*, pág. 262, cada interviniente debe responder por su agresión sexual cualificada, en concurso con las agresiones cualificadas de los demás agentes, en el grado de participación que corresponda. Cadena Serrano, 2019, *cit.*, págs. 13 ss., sostiene: “El ataque con fuerza a la libertad o indemnidad sexual de una persona, cuando se repite, ha de llevar consigo la apreciación de tantos delitos como sujetos activos de la penetración constitutiva del delito del art. 179 hayan existido”. También Escobar Jiménez, 1999, *cit.*, pág. 1064, en el supuesto de tres sujetos, cada uno de los cuales coopera en el acceso carnal de los otros, califica como tres delitos, de los que cada uno será autor material de uno y cooperador de los otros dos; aplicando, además, el 180.2ª, que representa un plus, y no infringiría el *ne bis in idem*, sin analizar más en detalle por qué no. Como en la fecha de publicación de estos *Comentarios* el Derecho vigente exigía para el tipo cualificado la actuación de al menos tres, afirmar lo contrario (un único delito más agravante específica) resultaría más beneficioso que en caso de actuación de dos (dos delitos, y no aplicación de la agravante). Este argumento ya no sería pertinente con la configuración actual, en la que basta la actuación de dos para que se aplicase la agravante.

⁴⁸ El TS considera como unidad natural de acción distintos accesos carnales de un sujeto con la misma víctima, movido por una misma intención libidinosa, en unidad espacio-temporal y sin solución de continuidad: STS 1150/1995, de 20 de noviembre (28/11/2007); 776/1996, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:1996:776); 175/1997, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:1997:175); 553/2000, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2000:553); 134/2001, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2001:134). Aunque en resoluciones aisladas se habla a este respecto de progresión delictiva ininterrumpida, Caruso Fontán, M. V. (2018). *Unidad de acción y delito continuado. Delimitación y supuestos problemáticos*. Valencia, pág. 68, entiende que, como modalidad de unidad de acción, en realidad se trata de realización reiterada (pues ya la primera penetración supone consumir el delito), como p. ej. ocurre en la repetición de insultos. Crítica la concepción jurisprudencial del único impulso en Asúa Batarrita, A. (2008). “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito”, en P. Laurenzo Copello / M. L. Maqueda Abréu / A. M. Rubio Castro (Coords.), *Género, violencia y Derecho*. Valencia, pág. 162, que propone medir la intensidad de la lesión (“ultraje”) en función de la forma concreta de manipulación, la mayor o menor duración y el conjunto de circunstancias vejatorias.

cia y tienen acceso carnal sobre una misma víctima simultáneamente. Piénsese en que entre el primer acceso carnal de uno de los sujetos activos y otros ulteriores suyos pueden mediar los accesos de otros copartícipes: ¿seguirá viéndose aquí un mismo acceso carnal, solo porque quien retoma es el sujeto inicial?

En favor del concurso real, cuando se da pluralidad de intervinientes, se han pronunciado entre otros Morales Prats y García Albero.⁴⁹ Aun negando la naturaleza de delito de propia mano para la agresión sexual, consideran que la existencia de la agravación específica del 180.2^a no representa una excepción a las reglas generales sobre unidad y pluralidad delictiva, de las que se deriva que cada interviniente responde por su propio contacto sexual, si se ha producido, en concurso real con las agresiones, también cualificadas, realizadas por los restantes miembros. La agravante no impediría que los sujetos respondan además de los accesos carnales realizados “de propia mano” por los demás coautores, “fundidos ahora en la amalgama de una sola agresión sexual con pluralidad de intervinientes”.

Muñoz Conde⁵⁰ estima, en cambio, que, en el caso de la violación con intercambio de papeles, se dará concurso real de varias violaciones (se entiende que tantas como sujetos), pero entonces no será aplicable la agravación del art. 180.2^a. Aunque no explicita la razón, se trasluce que porque a la coautoría le sería inherente la actuación conjunta, y apreciar además esta infringiría el *ne bis in idem*. Tampoco indica expresamente a qué supuestos se aplicará entonces la agravante, aunque implícitamente parece apuntar a aquellos en que no hay intercambio de papeles, sino que uno o varios sujetos se limitan a cooperar con quien tiene el acceso carnal, dándose por tanto un solo hecho. A mi juicio con mejor criterio, Queralt⁵¹ sostiene que, puesto que ha de aplicarse el tipo agravado de “agresión plural”, vulneraría el *ne bis in idem* castigar a los autores además como coautores de las agresiones que llevan a cabo los demás, de manera que implícitamente descarta los “ingredientes” del concurso real. No indica Queralt, sin embargo, cómo se efectúa el que puedan dejar de considerarse coautores de lo realizado por los demás.

Lo que la tesis del concurso real no explica suficientemente⁵² es por qué, en unidad de acción, las penetraciones de varios no se estiman en

⁴⁹ Morales Prats / García Albero, 2016, *cit.*, pág. 320.

⁵⁰ Muñoz Conde, 2019, *cit.*, págs. 212 ss.

⁵¹ Queralt Jiménez, J. J. (2015). *Derecho Penal español. Parte Especial*. Valencia, pág. 246.

⁵² La STS 8324/2007, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:8324) simplemente parafrasea la cuestión, pero no la responde, cuando subraya que los ataques violentos a

conjunto también como un solo hecho, allí donde no se llega a interrumpir la ejecución; es decir, por qué ha de ser tan relevante, desde la perspectiva de la autodeterminación sexual de la víctima, que las penetraciones reiteradas provengan del mismo o de diversos sujetos, como para que, en el segundo caso, la intervención de cada uno de los sujetos se individualice en tanto que hecho distinto.

Por otra parte, estimar pluralidad de hechos no impide a los partidarios de esta tesis aplicar el tipo cualificado del 180.2ª, lo que lleva a una intolerable acumulación de penas agravadas, que puede alcanzar la prisión por veinte años en virtud de las reglas del art. 76 CP, y en muchos casos con la limitación de beneficios penitenciarios derivada de atender a la suma total de las innumerables penas (art. 78).

Dado este grave inconveniente, otra opción reside en calificar los hechos como delito continuado de violación, realizado por los distintos intervinientes, lo que no resultaría incompatible con la agravante de actuación conjunta, salvo, en la concepción jurisprudencial, para el cooperador necesario con un solo autor, por la inherencia de la actuación conjunta en el cooperador (*cf. supra* IV). Esta opción presenta la indudable ventaja procesal de resolver los supuestos de incertidumbre sobre el número exacto de accesos carnales que han tenido lugar en la secuencia de los hechos.

Sin embargo, con respecto a la agresión sexual, cierto sector doctrinal ha negado con carácter general la posibilidad de delito continuado. Así, se ha defendido que, con arreglo a lo prescrito legalmente, esta figura no cabe en los tipos contra bienes personalísimos, a excepción de los delitos contra el honor y contra la libertad e indemnidad sexuales, pero en esos casos siempre que estén referidos al mismo sujeto pasivo, en los que podrá apreciarse dependiendo de “la naturaleza del hecho y del precepto infringido” (art. 74 CP).⁵³ Sin embargo, en la agresión sexual, como delito pluriofensivo que afecta asimismo a bienes personalísimos como la libertad (coacciones o amenazas), la integridad física o la vida, incompatibles con el régimen del delito continuado, este elemento se opondría a la posibilidad de apreciar delito continuado.⁵⁴ Ahora bien, la afectación

la libertad sexual presentan características que hacen individualizables a unos de otros, “aunque se hayan cometido contra la misma persona”, refiriéndose obviamente al acceso carnal, no al empleo de la violencia, en que no llega a plantearse tal individualización.

⁵³ Precisión, por cierto, concebida en términos tan genéricos que prácticamente no orienta nada, y que se limita a no dejar abierta la posibilidad sin más.

⁵⁴ Así, Monge Fernández, 2005, *cit.*, pág. 156; se hace eco de esta tesis, Núñez Castaño, 2020, *cit.*, p. 294; Cantarero Bandrés, R. (1990). *Problemas penales y procesales del delito continuado*. Barcelona, págs. 110 ss., alude incluso a que potencialmente pue-

de la integridad física o de la vida no constituyen elementos intrínsecos de la agresión sexual. Y con respecto al ataque a la libertad, tampoco cabe apreciar la pluriofensividad, puesto que el ataque a la libertad resulta inherente a todos los delitos contra la libertad sexual, y si la afectación de la libertad conllevara la exclusión del ámbito del delito continuado, quedarían entonces excluidos todos los delitos del título, lo que contravendría el principio de vigencia de la excepción legalmente prevista. Es decir, la libertad sexual no puede considerarse un bien independiente de la propia libertad, y entre abuso y agresión sexual no media más que una mayor o menor intensidad de la presión para doblegar la voluntad de la víctima en el aspecto sexual.⁵⁵ Cabe afirmar, pues, que en abstracto sí cabe el delito continuado en la agresión sexual.

En contra del delito continuado, pero en concreto con respecto a estos casos de pluralidad de copartícipes en la violación, se ha señalado asimismo⁵⁶ que solo cabe apreciar la continuidad delictiva cuando se trata de acciones semejantes cometidas por una misma persona, o incluso en los casos de coautoría, si concurre homogeneidad de las acciones, “lo que no ocurre cuando hay diversidad del autor material”,⁵⁷ con un matiz que recuerda a la necesidad de transgresión personal del tabú, la necesidad de realización de propia mano del acceso carnal: “El ataque con fuerza a la libertad o indemnidad sexual de una persona, cuando se repite, ha de llevar consigo la apreciación de tantos delitos como sujetos activos de la penetración constitutiva del delito del art. 179 hayan existido”.⁵⁸ Es decir, que no cabe cuando son varios los autores, pues esta figura se aplica a la

den verse involucrados la vida y la integridad física. Si esa potencialidad se convirtiera en acto, se castigaría por lesiones. Que la ley se oponga a descartar la posibilidad de delito continuado en las agresiones sexuales porque lo permite expresamente, como afirma Caruso Fontán, M. 2018, *Delito continuado*, pág. 269, no es compartible, porque si la continuidad delictiva se permite en los delitos contra la libertad sexual es solo condicionada a “la naturaleza del precepto infringido”: precisamente lo que aquí está en cuestión, el que la configuración típica de la agresión sexual lo permita o no.

⁵⁵ Así Caruso Fontán, 2018, *Delito continuado*, págs. 56 ss.

⁵⁶ Cadena Serrano, 2019, *cit.*, págs. 13 ss.

⁵⁷ Entiendo, por el contrario, que sí se da homogeneidad. En el caso de la que la homogeneidad fuera discutible en el tipo de violación, no lo sería en el cualificado de actuación conjunta, porque esta es forma característica de la figura del tipo cualificado: la actuación común con posible rotación de papeles.

⁵⁸ Es decir, en el cómputo de los hechos de violación se tiene en cuenta no cuántas penetraciones ha habido, sino cuántos “penetradores”, con independencia de que hayan intercambiado los papeles varias veces, y de que haya sujetos que no hayan penetrado. Estas dos últimas posibilidades no añadirían delitos al cómputo.

reiteración de conducta por parte de un sujeto activo, no a la agrupación de acciones ejecutadas por distintos sujetos activos.⁵⁹

Así y todo, la jurisprudencia ha admitido la calificación de delito continuado en la violación conjunta, si bien exigiendo determinados requisitos. P. ej., en casos en que los accesos se han prolongado en el tiempo, pero sin que pudiera concretarse su número y circunstancias.⁶⁰ Pero también, y esto es discutible, cuando existe conexión espacio-temporal entre los distintos accesos en virtud del mismo impulso. En la doctrina se ha admitido⁶¹ aquí la calificación de delito continuado, siempre que se den sus requisitos de unidad espacio-temporal, identidad de sujeto pasivo y dolo unitario, ya sea este previo o concebido al calor de la ocasión propicia.

Sin embargo, apenas se repara⁶² en que los supuestos debatidos no presentan ninguna interrupción significativa en la ejecución, elemento esencial del delito continuado que permite hablar de hechos distinguibles, si bien concatenados por los referidos elementos de unificación. Conceptualmente, se requiere cierta intermitencia; para continuar hay que interrumpir y reanudar, y el fin de cada uno de los accesos carnales, al que sigue inmediatamente otro, no significa que se haya interrumpido el ataque a la libertad sexual, debiendo resultar indiferente si quien prosigue es el mismo sujeto u otro de los intervinientes.

⁵⁹ Así, Faraldo Cabana, 2019, “La intervención...”, *cit.*, pág. 394.

⁶⁰ Así, las SsTS 585/2014, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2014:585), y 493/2017, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2017:493), aprecian tantos delitos continuados como autores concurren. En el caso La Manada, STS 344/2019, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2019:344), se condena a cada uno de los sujetos activos por delito continuado: 10 penetraciones a la misma víctima, por parte de varios de ellos, durante unos 20 minutos; si bien de la sentencia se desprende que solo por razones procesales, relativas al principio acusatorio, no se apreció concurso real. Caruso Fontán, 2018, *Delito continuado*, págs. 54 ss., entiende que en el abuso sexual la jurisprudencia admita el delito continuado sin problemas, mientras que en la agresión sexual oscile su postura, y lo explica por la mayor dificultad para individualizar los casos de abusos cuando se trata de una situación de prevalimiento prolongada, lo que contrasta con la facilidad de concretar los casos de empleo de violencia o intimidación. Facilidad que, por cierto, ni mucho menos se dará siempre.

⁶¹ Amplio estudio en Caruso Fontán, 2006, *cit.*, pp. 266 ss.; asimismo Caruso Fontán, M. V. (2018). “Reflexiones en torno a la continuidad delictiva en el caso de La Manada”, en Faraldo Cabana, P. / Acale Sánchez, M. (Dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, pág. 244 ss.

⁶² Con la excepción de Boldova Pasamar, 2019, *cit.*, pág. 10, quien defiende calificar como delito continuado, si bien con poca convicción, reconociendo que se trata de violaciones que no se extienden en el tiempo, sino que se concentran en un solo suceso; y dejando el concurso real para ataques con cortes o cesuras en medio, productos de nuevas violencias o amenazas.

Si bien en la evolución de la jurisprudencia se venía observando cierta tendencia a apreciar delito continuado en lugar de concurso real, con objeto de evitar la exasperación de la pena derivada de este; tal tendencia empieza a verse cuestionada, para los casos de actuación de más de uno, en resoluciones recientes, como la STS del caso La Manada, que apunta a la solución del concurso real entre tantas violaciones como participantes,⁶³ de las que cada uno habría realizado elementos centrales o periféricos de la violación, y además con la agravante específica de actuación grupal. Ahora bien, como subraya Boldova, la pena a la que se llegaría por la hipótesis de concurso real de varias violaciones (en el supuesto de La Manada, 5 o 10, dependiendo que se considere el número de copartícipes o el número de accesos carnales), en cada caso con al menos la agravante de actuación conjunta, resultaría absolutamente desproporcionada. Ello incluso teniendo en cuenta los máximos de cumplimiento del art. 76, que sin embargo no impedirían la limitación de beneficios penitenciarios establecida en el art. 78. Pero paralelamente, la pena por delito continuado acaba pareciéndose a la del cumplimiento efectivo del concurso real, aun cuando sin la aplicación de la restricción de beneficios penitenciarios del art. 78.⁶⁴

Tanto la solución del concurso real como la del delito continuado comportan, pues, penas desproporcionadas. Por esta razón que apela a las consecuencias jurídicas, y las que se expondrán *infra*, creo que cabe postular que los supuestos debatidos, objeto de la agravación específica del art. 180.2^a, integran más bien una unidad de acción.

En primer lugar, no se opone a esta tesis el criterio de interpretación gramatical. Así, la conducta típica de “las agresiones sexuales” consiste, en el tipo básico, en “atentar contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación”, y en la violación concurre “cuando la agresión *consista en acceso carnal...*”. En ninguno de los dos casos se habla de *una* acción concreta de atentado a la autodeterminación en la actividad sexual, o de *un* acceso carnal. Estas expresiones, pues, resultan compatibles con la unidad natural de acción. Por su parte, la aplicación del tipo cualificado del art. 180.2^a requiere que en actuación conjunta se cometan “los hechos”. Es decir, la agravación presupone no un solo hecho, sino la existencia de un devenir múltiple consistente en “hechos”, que quedan abarcados por la cobertura descriptiva del tipo cualificado.

⁶³ Y que si no acaba apreciándola es únicamente por exigencias del principio acusatorio.

⁶⁴ Boldova Pasamar, 2019. *cit.*, págs. 9-11.

Pero además, considero que se dan los requisitos de la unidad de acción con preferencia a los del concurso real o el delito continuado. Como es sabido, el instrumento interpretativo de la unidad natural de acción se basa en que hay determinados hechos que, a efectos de su consideración penal, no cabe fraccionar sino artificialmente. Así acaece cuando varias acciones se encuentran en tan estrecha conexión espacio-temporal, conducidas por una decisión única, que, apareciendo como unidad para un espectador ideal, también cabe valorarlas jurídicamente de forma unitaria. Esta figura permite concebir como una sola acción, y un solo delito,⁶⁵ varios movimientos corporales que de forma sucesiva realizan un mismo tipo penal, como p. ej. los distintos golpes propinados ininterrumpidamente a una misma víctima, o la multitud de insultos, e incluso actividades que se extienden a lo largo de años, como la usurpación de derecho de propiedad industrial ajeno, el tráfico de drogas o el blanqueo.⁶⁶ En estos supuestos, para el cómputo de delitos lo decisivo es la intensidad de la lesión del bien jurídico, y no el número de manifestaciones externas realizadoras del tipo en las que el acto se divide.⁶⁷ En principio, nada se opone a estimar unidad de acción que se ejecuten los hechos de forma conjunta sobre una víctima, como p. ej., ocurre en una paliza a la víctima propinada, no por un solo sujeto, sino por varios.

Sostengo que los supuestos de violación conjunta reúnen los requisitos de la unidad natural de acción. En primer lugar, en ellos se da la unidad espacio-temporal. Asimismo, la unidad de injusto, puesto que lo ocurrido cabe definirlo como un resultado delictivo conjunto, y el injusto resultante es susceptible de graduación cuantitativa. En tercer lugar, se da una situación motivacional unitaria, en este caso de varios copartícipes. En suma, tiene lugar un discurrir típico espacio-temporalmente cerrado, una misma ocasión de lesionar el bien jurídico, en la que el fraccionamiento por episodios resultaría artificial, forzado.

Podría objetarse que, descartado el concurso real, también se satisfarían los requisitos del delito continuado. Y hay que reconocer que la delimitación con respecto al delito continuado no resulta fácil, hasta el punto de que se ha podido hablar de que la unidad natural de acción es una

⁶⁵ Entendiendo que la unidad se configura mediante consideraciones valorativas relativas a la interpretación del tipo, y que por tanto habría que hablar más bien de unidad jurídica, o de unidad típica de acción, Maiwald, M. (1964). *Die natürliche Handlungseinheit*. Heidelberg, pág. 76; Joshi Jubert, U. (1992). “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, *Anuario de Derecho Penal y CCPP*, nº 2, pág. 613.

⁶⁶ Así la jurisprudencia. Al respecto, Caruso Fontán, 2018, *Delito continuado*, págs. 25 s.

⁶⁷ Maiwald, 1964, *cit.*, pág. 70.

especie de continuación comprimida;⁶⁸ o, desde la perspectiva inversa, que el delito continuado es una unidad de acción con continuación o ampliada, al que solo cabe recurrir cuando no cabe captar lo ocurrido como una sola realización típica por simple interpretación de la figura delictiva.⁶⁹ Sin embargo, aun admitiendo tal dificultad, estimo que la ejecución conjunta encaja mejor en la figura de la unidad de acción.

Ciertamente, la comparación con otros delitos contra bienes jurídicos individuales realizados por varios sujetos conjuntamente puede ayudar a sustentar la tesis de la unidad de acción en los casos debatidos.

Así, en el delito de lesiones, si varios efectúan una conducta ininterrumpida de lesiones, p. ej. dan una paliza, con rotación de papeles, a un solo sujeto pasivo, infligiendo un conjunto de lesiones en unidad de acción, solo se atribuye un único delito de lesiones a todos los intervinientes a título de coautores, y no un delito de lesiones por cada resultado lesivo imputable como autor material a cada uno de los coautores, unos a título de ejecución “de propia mano” y otros como coautores de los que realizan respectivamente los demás intervinientes. Para llegar a tal conclusión, resulta indiferente que todos hayan materialmente causado lesiones, o solo algunos, o únicamente uno, mientras que los demás realizaron otras aportaciones esenciales distintas, como p. ej., impedir que la víctima huya o sujetarla: en todos los casos, solo se da un delito de lesiones en coautoría, ni siquiera delito continuado. Lo mismo cabe aplicar incluso a las lesiones, individualizables por su gravedad con respecto a las inherentes al empleo de violencia como medio posibilitador, que entren en concurso auténtico con la agresión sexual: solo se castigará a cada interviniente por un delito de lesiones.

Situación parecida se produce en la ejecución de torturas coordinada e ininterrumpida por parte de varios, con intercambio de papeles. Indudablemente, los actos concretos de tortura, de someter al sujeto pasivo a “condiciones o procedimientos” que “atenten contra su integridad moral”, no pueden ser considerados menos graves que el acceso carnal, y afectan a algo tan personal e íntimo como la integridad moral, ya que al resultado de dolor físico o psíquico se une la humillación y la cosificación de la persona. Pero los coautores de tortura no responden, además de por las realizadas personalmente, por otros tantos delitos de tortura, al haber posibilitado las torturas de los copartícipes, ni por un delito continuado de tortura.

⁶⁸ Sowada, C. (1965). “Probleme der natürlichen Handlungseinheit”, *Jura*, págs. 245 ss.; ampliamente, Caruso Fontán, 2018, *Delito continuado*, págs. 46 ss.

⁶⁹ Choclán Montalvo, J. A. (1997), *El delito continuado*. Madrid, pág. 447.

En el tipo básico de agresiones sexuales, por su parte, difícilmente se estimará que cada uno de los que actúan conjuntamente comete un delito propio, y además ha de responder como coautor de las que eventualmente realicen los demás, ni tampoco un delito continuado. Más bien se calificará como un solo delito, del que todos son coautores. Y si aquí se aprecia en cada uno un único atentado contra la libertad sexual, ¿será ello acaso porque, aun realizando actos de contenido sexual, no se transgrede el tabú del acceso carnal, entendido automáticamente como un ataque a la libertad sexual diferenciado en cada caso? Pero entonces, ¿por qué cada sujeto que tiene acceso carnal se considera que realiza un ataque distinguible del resto? ¿Y por qué no tomar como referencia para el cómputo cada acceso carnal, independientemente de si lo realiza el mismo, o distintos sujetos?

Efectivamente, a favor de la unidad de acción habla asimismo el hecho de que, en caso de *acceso carnal repetido por una sola persona*, actúe sola o en grupo, siguiendo un mismo impulso erótico, el TS aprecia un único delito de violación, ni siquiera un delito continuado. Aquí, los circunstancias que contribuyeran con su presencia o actuación a producir la intimidación o la violencia responderían por un solo delito de violación en coautoría. No obstante, desde la perspectiva de la autodeterminación sexual de la víctima, probablemente resulte indiferente que el acceso carnal se produzca repetidamente por parte de uno solo, o de varios simultánea o sucesivamente. Luego la responsabilidad de los coautores en caso de acceso carnal por parte de varios no debería ser conceptuado más que como coautoría en un solo ataque, ininterrumpido, a la libertad sexual.

En cambio, si, incluso inconscientemente, se considera que el hecho de que la satisfacción sexual (completa o no) suponga la culminación de una violación (consumada, o en caso de varios accesos carnales por un mismo sujeto: agotada) distinguible de la obtenida por otros copartícipes constituye el núcleo del tipo,⁷⁰ ello equivaldría a computar delitos de lesiones o torturas distintos teniendo en cuenta la satisfacción, digamos, psicopática obtenida por cada uno de quienes golpean o torturan. Desde la perspectiva de la autodeterminación sexual de la víctima, tan relevante

⁷⁰ Sobre en qué momento se considera que se rompe la unidad de acción, Orts Berenguer (*Delitos contra la libertad sexual*, 1995, p. 179) apunta a aquel en que el sujeto ha conseguido satisfacer su apetito sexual. Así la STS 994/2011, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:994). A partir de este momento, se daría en su caso un nuevo dolo de repetir el delito. En el momento de la satisfacción se acabaría la culpabilidad unitaria (Caruso Fontán, 2018, *Delito continuado*, p. 68) y la unidad de acción. Evidentemente, también habrá cesura en los casos de ruptura espacio-temporal de la ejecución.

como el *número de sujetos* que tienen acceso carnal es el *número de accesos carnales* que se le han infligido (que pueden deberse a un solo sujeto, y en ese caso la jurisprudencia no ve inconveniente en estimar unidad de acción), o incluso la *duración* de la “tortura” constituida por el acceso carnal, factores estos no tenidos en cuenta en la calificación.

También apunta en el sentido de la unidad de acción la unicidad de la violencia o intimidación ejercidas en la agresión sexual, en cuyas posibles múltiples peripecias, por cierto, nadie ha propuesto ver otros tantos tipos distintos. Partimos de la base de que la situación coactiva de empleo de violencia o intimidación persiste a lo largo de toda la ejecución, sin interrupción temporal, y como no se producen tantos actos de violencia o intimidación como accesos carnales tienen lugar, ni como sujetos que efectúan accesos carnales, castigar por varias violaciones supondría tener en cuenta una misma violencia o intimidación múltiples veces.⁷¹ Bien es verdad que la jurisprudencia no duda en admitir una sola situación de violencia o intimidación como apta para configurar simultáneamente p. ej. delitos de robo y violación, o de robo y asesinato; pero ahí se trata de apreciar delitos distintos, no la reiteración del mismo delito.

Por último, la consideración de los hechos de la violación colectiva debe enlazar necesariamente con el fundamento y sentido de la agravante de actuación conjunta (*supra* III). Si la ley ha optado por prever una regulación específica para los casos de violación en que intervienen conjuntamente dos o más personas, agravando la pena por la ejecución de tales “hechos”, se debe a tener en cuenta la connatural intensificación del ataque en un contexto así. Se acaba de exponer que nada parece oponerse a conceptuar tales hechos como unidad natural de acción. Por otra parte, de la agravación específica se desprende el sentido de dar cuenta de la mayor gravedad de la actuación conjunta de varios, que necesariamente tiene que referirse a la totalidad de lo sucedido ininterrumpidamente, constitutiva de un solo atentado de gran intensidad contra la autodeterminación sexual de la víctima, no a cada uno de los episodios que se suceden en el devenir de la ejecución. A ello se une que el delito cualificado se configura como un tipo plurisubjetivo, en que el objetivo típico coincide con el objetivo de todos; es decir, en que el dolo se refiere al resultado conjunto, no a las actuaciones concretas de cada uno de los intervinientes.

⁷¹ En parte discrepa Caruso Fontán, 2006, *cit.*, págs. 266 s., con una distinción un tanto artificiosa entre los supuestos de violencia (cada agresión supone un hecho distinto: delito continuado) e intimidación (los sucesivos accesos carnales constituyen meramente agotamiento material: unidad de acción), para la violación reiterada por parte del mismo sujeto.

A mi juicio, apreciar esta agravante resulta incompatible con considerar un ataque a la libertad sexual por cada copartícipe que tiene acceso carnal, imputable a todos ellos como coautores, fraccionando así lo ocurrido después de haberlo castigado como obra conjunta. Ello infringiría el *ne bis in idem*. Porque la imputación cruzada de las aportaciones de los demás, es decir, de las partes del tipo no realizadas por cada uno, pero sí por alguno(s) de los otros, solo puede darse, por definición, en caso de actuación de varios. Y esa misma circunstancia no puede tomarse en consideración para agravar la pena de cada uno de los hechos, que se declarasen tipos distintos, plurales, no tipo único. En efecto, hacer responder como coautor a quien p. ej. sujeta para que otro penetre, y de nuevo como coautor de su propia penetración mientras el otro sujeta, es decir, a cada uno como coautor de dos violaciones, contando dos violaciones precisamente porque se ha actuado conjuntamente; ello debería cerrar el paso a volver a agravar la responsabilidad por la misma circunstancia: por la actuación conjunta de ambos.

Puesto que debe preservarse el ámbito de aplicación de la agravante específica del art. 180.2ª, que de apreciar coautoría recíproca no se aplicaría nunca, contraviniendo el principio de vigencia; y por el principio de especialidad, que prima aplicar la agravante específica sobre el régimen general de la coautoría recíproca, en la violación conjunta habrá de apreciarse actuación en coautoría *de una única violación*, con la agravante de actuación conjunta. Ya Muñoz Conde y Queralt pusieron de manifiesto la referida incompatibilidad, y por la razones indicadas parece preferible la conclusión de éste, que descarta castigar por la coautoría en las agresiones de los demás. Pero más bien, de lo que se trata, como solución más ajustada al marco de la ley, es de aplicar el tipo agravado y no a varios delitos, sino a la unidad de acción de lo ejecutado por varios. La única fundamentación de que el sujeto no responda como coautor de las violaciones ajenas, como con razón propone Queralt, reside en considerar que existe una única violación, conjuntamente realizada, y no tantas como penetraciones o como sujetos que perpetran el acceso carnal.

El principio de proporcionalidad corrobora esta propuesta de calificación. Subsumir los hechos en tantos delitos de violación en concurso real como sujetos que tienen acceso carnal, incluso si se quiere recurriendo al régimen del delito continuado, y además aplicando la agravación de actuación conjunta, daría lugar a penas desproporcionadas, que sobrepasan con mucho las del homicidio, invirtiendo el respectivo contenido de injusto entre unos y otros hechos. No es admisible castigar estos casos con mayor pena que un homicidio realizado en coautoría, en que inter-

cambiando sus papeles, supongamos, cada uno de los sujetos activos ha ocasionado una herida mortal, o varias; simplemente por entender que cada acceso carnal, o cada sujeto que lo ejecuta, supone una realización típica individualizable. El tipo cualificado de actuación conjunta se creó para ajustarse, con mayor precisión que mediante la aplicación de reglas generales, a este fenómeno, evitando sumar absurdamente las consecuencias penales de tal cúmulo de delitos artificialmente atomizados.⁷² Y aun así este tipo cualificado prevé pena de prisión de doce a quince años, prácticamente coincidente con la mitad superior del marco del delito de homicidio, lo que da cuenta sobradamente del contenido de injusto realizado.

VI. CONCLUSIONES

El fundamento del tipo cualificado de violación en actuación conjunta podría encontrarse sobre todo en la altísima probabilidad de que el ataque a la libertad sexual resulte, no solo más seguro, sino sobre todo *más intenso* como consecuencia de la intervención de varios. En particular, dada la práctica certeza de que dicho ataque se concrete en varios accesos carnales, por parte del mismo o de distintos sujetos, simultánea o sucesivamente, que intensifiquen la lesión de la libertad sexual de la víctima, tanto en cuanto al grado de violencia o intimidación desplegada como a la intensidad de los actos de contenido sexual.

Por lo que respecta al título de imputación de los intervinientes, en el epígrafe IV se ha intentado argumentar la negativa a considerar la vio-

⁷² Fraccionados, además, en función del número de intervinientes, no de accesos carnales, que sin embargo se estiman constitutivos del supuesto núcleo del tipo. Faraldo Cabana, 2019, “La intervención...”, *cit.*, pág. 404, sin embargo, rechaza incluso el delito continuado, respondiendo al argumento de que con el concurso real el castigo superaría al de un delito contra la vida realizado en coautoría (piénsese por ejemplo la muerte a golpes al joven Samuel Luiz Muñiz perpetrada “en manada” de siete personas en La Coruña el 3 de julio de 2021), que en la agresión sexual conjunta se llevan a cabo *varios ataques* contra el bien jurídico libertad sexual. Pero esa calificación es justamente lo que está en cuestión: si todos esos ataques no constituyen más bien *una sola acción* ininterrumpida, y conjunta, de vulnerar la libertad sexual de la víctima. De todos modos, la infracción del principio de proporcionalidad en la calificación penal de lo cometido por unas y otras “manadas” (muerte a golpes por varios/violación por varios) es incontestable. Pues lo verdaderamente grave de los delitos contra la vida de una persona es justo que se trata de un bien jurídico que por desgracia no permite más de un ataque, y que cancela toda posibilidad de atacar más bienes jurídicos de la víctima. Y, en cualquier caso: en la paliza con intercambio de roles entre los atacantes, sin muerte ni dolo de matar, también cabría defender que se han llevado a cabo varios ataques contra el bien jurídico integridad física: entonces, ¿concurso real entre tantos delitos de lesiones como agresores?

lación como delito de propia mano, sosteniendo que no cabe establecer una jerarquía autor-partícipe basada en un supuesto contenido de injusto superior, o nuclear, de la parte de la ejecución consistente en el acceso carnal, lo que en definitiva encubriría un superior reproche moral supuestamente merecido por quien consume el acceso carnal, que lo distinguiría de los demás, elevándolo a autor. Ello equivaldría en cierto modo a resucitar el concepto subjetivo de autoría, al considerar a quien yace como quien tiene más interés en que se ejecute el delito.

Así pues, tanto quienes emplean violencia o intimidación, incluida la ambiental, como quienes ejecutan el acceso carnal deben considerarse coautores. Por el tipo agravado de actuación conjunta responderán, sobre todo, los coautores. Pero además, los que, por no resultar decisiva su contribución, no pasen de cooperadores necesarios y cómplices, desde luego si están presentes en la ejecución, pero también si, no estándolo, conocieron que contribuían a una violación conjunta; finalmente, los inductores a un hecho delictivo del que conocen la realización conjunta.

En cuanto a la calificación de los diversos episodios de lo acaecido, por las razones expuestas (*supra* V) entiendo que es razonable considerar todo lo ocurrido, atentatorio contra la libertad sexual, como una unidad de acción realizada en común. Que debe descartarse, pues, apreciar en la violación conjunta un concurso real de tantos sujetos como tienen acceso carnal. Y que ni siquiera cabe admitir el delito continuado de violación, que materialmente presupone un concurso real, y que requeriría cierta interrupción y reinicio en la ejecución, lo que falta en estos casos de realización ininterrumpida. Si bien la solución del delito continuado permite atenuar las penas desproporcionadas a las que conduciría la del concurso real, pero aun así, apreciándose la agravante, llevaría demasiado lejos.

Únicamente concebir estos casos como unidad de acción conduce a un resultado punitivo que no desborda tan clamorosamente las exigencias del principio de proporcionalidad. Es precisamente para estos casos de realización ininterrumpida por parte de varios, con posible rotación de papeles, para los que se prevé el tipo cualificado de violación conjunta. En atención a una modalidad ejecutiva, relativamente frecuente, del más grave ataque a la libertad sexual, la ley ha optado por castigar el acceso carnal con violencia o intimidación que perpetran varios *como un solo delito*, que si se agrava es precisamente por los excesos en la lesión que cabe esperar que se produzcan en la actuación conjunta de varios sujetos sobre una sola víctima, actuando sin solución de continuidad, y de manera que carecería de sentido fraccionarlos en episodios distintos a medida que los sujetos activos cambian de papel.

Precisamente la agravante de actuación conjunta da cuenta del superior desvalor de una agresión plurisubjetiva sobre la víctima y de lo que ello puede comportar. En eso consiste la actuación conjunta que se ve agravada, en la división de funciones y consiguiente imputación recíproca de las aportaciones al hecho de cada uno de los intervinientes. Apreciar aquí concurso real o delito continuado incurriría en el *bis in idem* prohibido.

Copyright of Cuadernos de Política Criminal is the property of Dykinson SL and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.