

43

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LETI S. PRÆVIDE ET PRO

Revista

Diciembre 2018

43

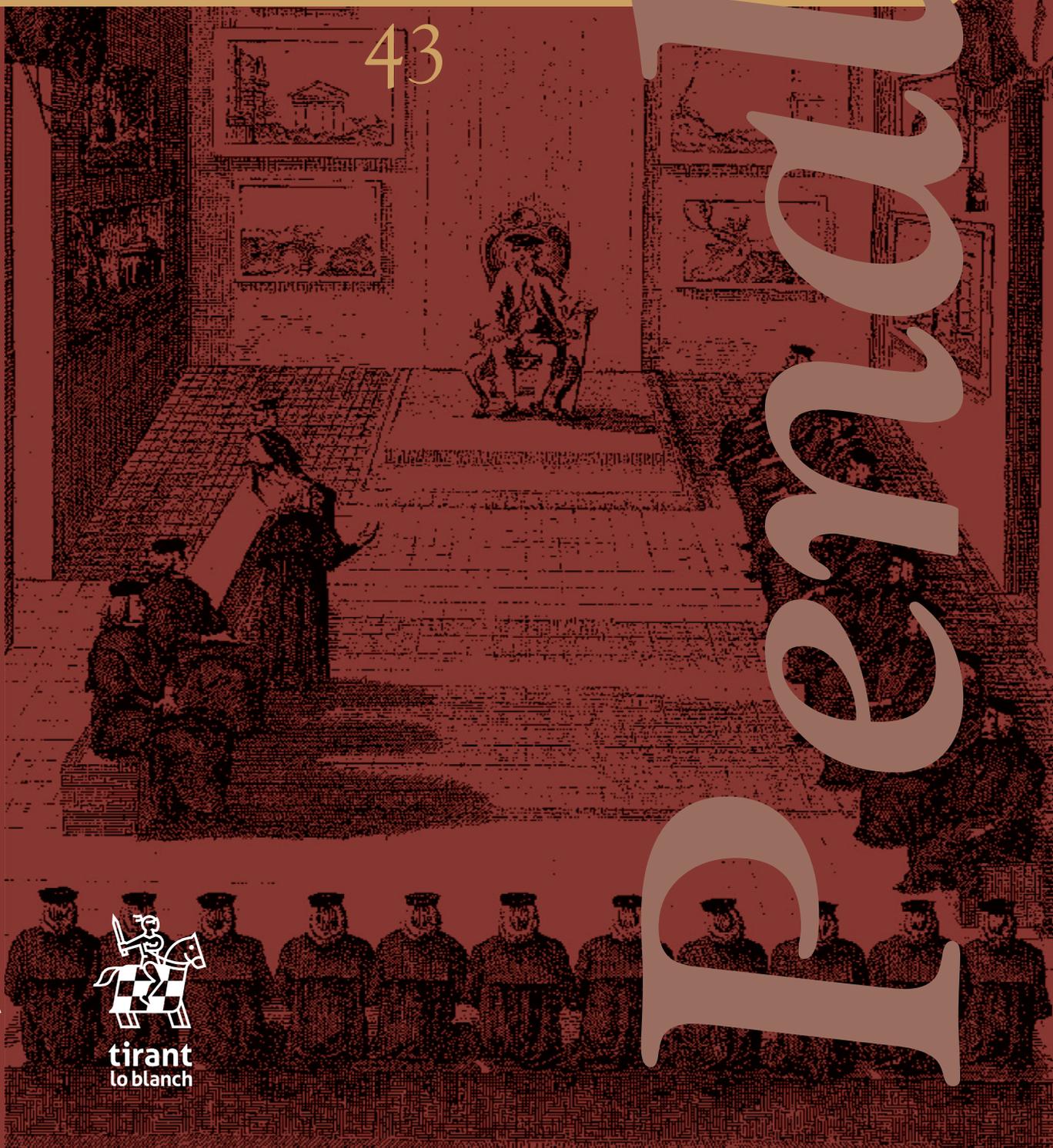
Revista Penal

Diciembre 2018



tirant
lo blanch

Penal



Revista Penal

Número 43

Sumario

Doctrina:

- Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas, por *Kai Ambos y Gustavo Urquizo* 5
- Normalización VS. perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil, por *Viviana Caruso Fontán* 25
- Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores, por *Cristina Fernández-Pacheco Estrada* 46
- Derechos fundamentales afectados en el uso de confidentes policiales, por *Adrián Nicolás Marchal González*..... 64
- Una lectura del artículo 1 del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, a la luz de la práctica de Comités Internacionales y la jurisprudencia de Tribunales internacionales, por *Antonio Muñoz Aunión y Glorimar Alejandra León Silva*..... 89
- Valor probatorio de la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial, por *Francisco Muñoz Conde*..... 102
- La participación del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria, por *Fernando Navarro Cardoso*..... 116
- El primer paso fallido del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el pacto de estado contra la violencia de género, por *Nieves Sanz Mulas* 137
- Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 156
- Stalking: el delito de acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter cp). Problemas de delimitación del tipo penal en España, por *Patricia Tapia Ballesteros* 172
- The Law in the Process of Economic Globalization: Imperialism and Colonization of Legal Systems, por *Yú Wang*..... 195
- Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos, por *Laura Zúñiga Rodríguez* 204

Sistemas penales comparados: Delitos contra la propiedad intelectual (Criminal Copyright infringement)..... 229

Jurisprudencia: La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”, por Francisco Muñoz Conde 290

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Morales (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jiajia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pino (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Lloyd y Theresa Griffiths (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Monica Roncati (Italia)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal, n.º 43. - Enero 2019

1. La vinculación del Juez a la Ley es algo que hoy nadie discute. En el moderno Estado de Derecho, el Juez, como cualquier otro ciudadano, está sometido al imperio de la ley y sólo en ella se encuentra el fundamento y el límite de su actividad¹. En Derecho penal, ello se deriva forzosamente del principio de legalidad de los delitos y las penas que recogen expresamente el art. 25, 1 de la Constitución y los primeros artículos (1 a 4) del Título Preliminar del Código penal de 1995. Este principio de legalidad penal es sobre todo un mandato dirigido al Juez, para que éste se abstenga de aplicar otra cosa que no sea la Ley, y no la sustituya por su personal criterio de Justicia. Dentro del esquema de la división de poderes que propuso Montesquieu, al Juez, al Poder judicial sólo le corresponde la tarea de aplicar la Ley, y si ésta no prevé un hecho como delito, el Juez tiene que abstenerse de iniciar cualquier procedimiento, por más que le repugne la impunidad o considere que el hecho debería ser objeto de sanción.

Del principio de legalidad de los delitos y las penas se deriva también la prohibición de la analogía en la aplicación de las leyes penales. Ciertamente, en la fase judicial es difícil distinguir entre la interpretación de la ley, que se mueve dentro del sentido literal posible de los términos legales, y la analogía, que se salta ese sentido literal posible de la ley para aplicarla a casos similares a los previstos en la misma, pero que no entran dentro de sus previsiones². Al ejemplo clásico que siempre se cita, cuando los Tribunales de Justicia de muchos países incluyeron a principios del siglo XX en el delito de hurto la utilización ilícita de la energía eléctrica, entendiendo que ésta podía ser entendida como

una “cosa mueble” y, por tanto su apoderamiento ilícito considerarse como delito de hurto, se han añadido posteriormente otros supuestos derivados del empleo de nuevas tecnologías, especialmente en Internet, para cometer delitos contra la intimidad o la propiedad con ataques (hackers, introducción de virus, etc.) que difícilmente se podían incluir en las definiciones tradicionales de los delitos ya existentes, sin una previsión legislativa expresa.

Parece, pues, claro, que la adaptación del Derecho penal a las nuevas tecnologías, y a la nueva realidad social, es una tarea que primordialmente corresponde al poder legislativo, que del mismo modo que puede crear nuevos tipos delictivos o modificar los ya existentes, puede considerar también que lo que actualmente se castiga como delito, no deba serlo, o al menos no en la misma forma y medida, en que lo hace la actual ley penal; y que, por ejemplo, ante nueva realidad social, y a veces movido también por el cambio político de, por ejemplo, un régimen dictatorial a un régimen democrático, como el que sucedió en España a partir de la muerte del Dictador Francisco Franco, decida modificar las leyes penales, incidiendo así en una jurisprudencia que hasta ese momento con una interpretación a veces excesivamente rigurosa de la literalidad de los anteriores preceptos penales venía castigando conductas que ya en la realidad social de aquel entonces no parecía que debían ser objeto de sanción penal.

2. Precisamente, esto es lo que ocurrió en las primeras reformas penales habidas en la Transición española a la democracia, cuando se abordó por parte del poder

1 Este principio viene confirmado por el art.117, 1 de la Constitución, cuando dice “la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. Sobre la legitimidad e independencia del poder judicial, véase QUINTERO OLIVARES, La Justicia penal en España, Pamplona 1998, p 187 ss.

2 Sobre las diferencias entre interpretación y analogía y las dificultades existentes para delimitar una y otra forma de aplicación de la Ley penal, me remito a las interesantes consideraciones que hace al respecto Winfried HASSEMER, Fundamentos del Derecho penal, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona 1984, p. 332 ss.; más recientemente, del mismo autor, ¿Por qué castigar?, Razones por las que merece la pena la pena, traducción Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde, Valencia 2016, p. 119.

legislativo salido de las primeras elecciones democráticas de 1977, como tarea primordial de adaptación de la legislación penal a la realidad social de aquel momento, la reforma de los delitos que globalmente podemos calificar como delitos sexuales³. Así, por ejemplo, en los llamados “Pactos de la Moncloa”, las partidos políticos más importantes acordaron derogar el llamado “estupro fraudulento” mediante engaño (que la jurisprudencia de entonces entendía como “falsa promesa de matrimonio”) de la mujer menor de veintitrés años; o el “raptó (sic) de una mujer menor de veintitrés años, con su anuencia, pero en contra de la voluntad de sus padres o guardadores. También se despenalizaron entonces la venta y difusión de medios anticonceptivos, y el delito de adulterio, que siempre era delito cuando lo cometía la mujer, pero que en el caso de que fuera el marido, se le llamaba amancebamiento y se requería para su castigo que éste tuviera mancha dentro del domicilio conyugal o notoriamente fuera del mismo.

Pero después de estas reformas de urgencia, acordadas incluso antes de que se aprobara la Constitución en 1978, no se produjeron reformas importantes en la configuración legal de los delitos sexuales; sólo en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se avanzaron algunas propuestas alternativas que no llegaron a cuajar en ley. Fue en 1989, cuando se produjo una reforma importante de esta materia, modificando la rúbrica del entonces Título VIII, que hasta entonces venía denominándose tradicionalmente como “De los delitos contra la honestidad”, pasando a denominarse “Delitos contra la libertad sexual”, poniendo así de relieve que el bien jurídico protegido común a todos estos delitos no podía ser el vago y moralizante concepto de “honestidad”, sino la libertad de una persona para decidir su comportamiento en el ámbito

de las relaciones sexuales. Con ello se dejaba sin base legal la interpretación que hasta entonces venía haciendo la jurisprudencia con el aplauso de un sector de la doctrina, de que la prostituta no podía ser sujeto pasivo de una violación, porque no era una persona “honesta”; y lo mismo decía respecto a la violación de la mujer casada por parte del marido, porque se entendía que en el ámbito matrimonial una relación sexual incluso forzada no podía ser considerada “deshonesta”, sino todo lo más constituir un delito de coacciones o amenazas, castigado con una pena sensiblemente menos grave.

No obstante, con ser ello un avance importante, la nueva rúbrica que se le dio al Título VIII del anterior Código penal, fue también objeto de críticas porque no podía incluirse en ella, o sólo de una forma indirecta, los delitos sexuales en los que el sujeto pasivo fuera un menor o un discapacitado, porque en estos casos más que una libertad temporal o definitivamente inexistente, se trataba de proteger la indemnidad de los mismos, es decir, el derecho a no ser involucrado por una persona adulta en un acto de carácter sexual, cuya trascendencia bien por falta de madurez o por algún defecto psíquico no pudiera entender. Esto motivó que en una ulterior reforma se incluyera en la rúbrica del Título VIII la referencia a la “indemnidad sexual” como el otro bien jurídico objeto de protección en los casos de que el sujeto pasivo fuera un menor o una persona discapacitada, cuya protección penal se lleva a cabo a través de una serie de tipos delictivos con unas particularidades propias de las que no puedo ocuparme en este momento⁴.

Otra importante novedad de la reforma de 1989 fue la ampliación de la acción típica del delito de violación al “acceso carnal” por vía anal o bucal, además de la forma tradicional del acceso por vía vaginal, siempre

3 Sobre la evolución del Derecho penal español en esta y otras materias desde los inicios de la transición a la democracia hasta la última reforma del Código penal en el 2015, se pueden consultar las diversas ediciones de Manuales, Tratados o Comentarios, especialmente en el ámbito de la Parte especial del Derecho penal, y la copiosa bibliografía y jurisprudencia surgidas durante estos años. Una exposición general de estas reformas y de la jurisprudencia y la doctrina por ellas originadas, se puede seguir a través de las diversas ediciones de mi Derecho penal, Parte especial, que apareció por primera vez en 1975, en los últimos estertores de la dictadura franquista, y que luego fue siendo revisada y actualizada al hilo de las primeras reformas de la transición democrática, de las habidas hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995 y de las posteriores reformas introducidas en éste hasta la última del 2015; véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, desde la 1ª/2ª, 1975/76, hasta las 6ª ed., publicada en el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla; y desde la 7ª hasta la 21ª ed., en editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2017).

4 No entro ahora en la problemática que plantean los delitos relacionados con la indemnidad de menores e incapaces, como, por ejemplo, las dificultades que pueden darse en la imputación a título de dolo del conocimiento de la edad del menor, cuando ni siquiera se ha entrado en contacto físico con él; o, en el caso del delito de “captación”, que la captación se realice con un menor a punto de cumplir los dieciocho años, pero para que realice los actos de exhibicionismo o pornografía cuando haya cumplido ya los dieciocho. Sobre los problemas y dificultades interpretativas que plantean las nuevas tipicidades introducidas en esta materia en el Código penal español por las reformas del 2010 y 2015, véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte especial cit., 21ª ed.p. 215 s., 231 ss. Un caso particular de combinación entre la protección penal de la indemnidad del menor y su libertad sexual, se puede dar con la conversión en delito de una relación sexual con menor de dieciséis años, sin ulterior exigencia de que haya agresión o abuso, aunque para evitar criminalizar relaciones sexuales automáticamente entre jóvenes, se añade en el art.183, que “el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor de edad y grado de desarrollo y madurez” (véase MUÑOZ CONDE, Parte especial cit., p. 211).

eso sí que se lleve a cabo con “violencia o intimidación”, que era y sigue siendo aún la característica principal del delito más grave contra la libertad sexual, la agresión sexual, del que la violación es sólo un tipo cualificado. Con ello se ampliaba obviamente el círculo de sujetos pasivos de este delito, incluyendo también en el mismo al hombre y, por tanto, las relaciones homosexuales conseguidas mediante violencia o intimidación, que hasta entonces sólo se consideraban como “abusos deshonestos”.

En la acción típica de esta modalidad agravada de agresión sexual se incluyó también en esta reforma la introducción de objetos por vía vaginal o anal. Y es en este punto donde se produjo una cuestionable interpretación jurisprudencial que motivó que en el 2003 se incluyera también la introducción en estas vías de “miembros corporales”, ya que el TS en una interpretación excesivamente literal del concepto de “objeto” había excluido expresamente del tipo cualificado de la agresión sexual la introducción de “miembros corporales” y concretamente de los “dedos”. Esta cualificación por acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o por introducción de objetos o miembros corporales por las dos primeras vías, se prevé también, sin emplear el término de violación, en el delito de abusos sexuales, que igualmente es un delito contra la libertad sexual, sin consentimiento del sujeto pasivo, pero en el que no se emplea violencia ni intimidación.

3. Pero es precisamente en la diferenciación entre agresión y abuso sexual, donde se han producido las primeras discrepancias respecto a la regulación legal actualmente vigente de los delitos contra la libertad sexual, sobre todo a raíz de una sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona de 20 de marzo del 2018, en la que, con el voto en contra de uno de los magistrados integrantes del Tribunal que se pronunció a favor de la absolución, se condenó por abuso sexual por prevalimiento a penas de nueve años de prisión, cinco de libertad vigilada e indemnizaciones a la víctima, a cinco varones acusados de haber mantenido en el portal de una casa múltiples relaciones sexuales con penetración por vía vaginal, anal y bucal de una joven, que se limitó a adoptar una posición pasiva, sin resistirse expresamente a tales actos. De tal hecho que duró unos veinte minutos quedó constancia en una grabación de apenas unos minutos que grabó con su teléfono móvil uno de los acusados; además uno de ellos, después de consumada la relación, se apoderó del teléfono móvil de la joven al que quitó el *chip*, tirándolo luego a la basura.

Esta condena por abuso sexual por prevalimiento y no por violación, que hubiera supuesto unos años más de prisión para los acusados, motivó fuertes protestas en amplios sectores de la sociedad, principalmente en los movimientos feministas, que consideraron que en este caso había habido una verdadera agresión sexual

con acceso carnal, que es lo que expresamente se denomina en el Código penal como delito de violación, y no un abuso sexual por prevalimiento de una relación de superioridad, cuyo tipo cualificado por acceso carnal no se denomina como violación y que además tiene menor pena que el mismo hecho cuando se realiza a través de una agresión sexual.

De las críticas y protestas que motivó esta sentencia, surgieron también desde esos mismos sectores, pero también entre algunos juristas y destacados dirigentes de partidos políticos, propuestas de reforma de la regulación legal de estos delitos, considerando que había que hacer tabla rasa de la distinción entre agresión sexual con intimidación y abuso sexual por prevalimiento, estimando que no debería haber ninguna diferencia entre una y otra, valorando por igual como violación cualquier acceso carnal en el que no mediare un consentimiento expreso de la mujer (se supone que también del hombre, caso de que fuera un hombre sujeto pasivo de estos delitos).

Ciertamente, hay casos límites entre una y otra figura delictiva que pueden provocar dudas en los Tribunales a la hora de determinar cuál de las dos figuras delictivas debe aplicarse en un caso concreto. Los Tribunales de Justicia se enfrentan frecuentemente con casos en los que la relación sexual se consigue a través del dominio o de la superioridad de una persona sobre otra, en el ámbito de una relación familiar, docente o laboral. Cuando una relación sexual entre dos personas adultas se ha realizado porque uno de los protagonistas de la misma ha ejercido un chantaje emocional, o prometido una mejor calificación en la nota de un examen, un aumento de sueldo, una mejora en las condiciones salariales, o cualquier otro tipo de beneficio, no cabe duda de que el consentimiento que preste la otra parte es un consentimiento viciado y hasta cierto punto se puede decir que la relación sexual así conseguida es un delito de abuso sexual por prevalimiento, pero ¿puede decirse que alcanza el mismo nivel intimidatorio que se da cuando el acceso carnal se consigue a través de una amenaza de muerte, poniéndole a la víctima una navaja en el cuello, o golpeándola con la amenaza de proseguir con los golpes cada vez más fuertes y violentos hasta que acceda a la relación que se le pide? Es evidente que en este segundo caso la violencia o la amenaza de violencia incluso letal tiene un nivel de mucha mayor gravedad y una superior capacidad para forzar la voluntad de la persona amenazada que la ejercida en los anteriores supuestos. ¿Pueden y deben ambas formas de coerción de la voluntad incluirse bajo el mismo nombre de violación y ser castigados con la misma pena? La interpretación restrictiva que no hace mucho tiempo hacía algún autor del concepto de intimidación, de que a los efectos del delito de violación, sólo podían incluirse en él, los casos en los que el sujeto activo amenazaba con

matar o producir lesiones graves a la persona con la que pretendía conseguir una relación sexual, sin tener para nada en cuenta las condiciones personales del sujeto pasivo (en aquella época sólo la mujer), o el contexto social o familiar en el que se encuentra, sería hoy en día realmente inadmisibles y motivarían protestas y críticas aún más fuertes que las que ha suscitado la sentencia del caso “La Manada”. Con una interpretación de esta clase del concepto de intimidación, se dejarían fuera de la agresión sexual y del tipo cualificado de violación, situaciones como aquellas en las que para conseguir una relación sexual, un policía o funcionario amenaza a una emigrante ilegal con denunciarla y expulsarla del territorio nacional; un empresario amenaza a una persona en apurada situación económica, desempleada y con una pesada carga familiar con no renovar el precario contrato de trabajo temporal; o un profesor amenaza a un estudiante con no darle la calificación académica que le permitiría obtener una beca para continuar sus estudios.

Los supuestos en los que la relación sexual se consigue mediante empleo de violencia, entendiendo como tal la *vis absoluta*, es decir, la irresistible, no son los más frecuentes, y obviamente no plantean ninguna duda respecto a que puedan ser considerados como agresión sexual. Lo más frecuente, sin embargo, es que se emplee una violencia intimidatoria, es decir, que se emplee una violencia inicial de escasa entidad (por ej., una bofetada), con la amenaza de a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la violencia física que empleará el delincuente. Es evidente que en estos casos, aunque la violencia no llegue a desplegarse con toda su intensidad, la amenaza en sí de una mayor violencia es más que suficiente para ser considerada de la misma gravedad y magnitud que la violencia irresistible misma. No es necesario, por tanto, una resistencia continuada, incluso heroica, del sujeto pasivo, que puede, apenas comiencen los primeros actos de violencia, aceptar la relación sexual que se le pide, entre cosas, para evitar males mayores a su integridad física o incluso su propia muerte. Desde luego, la amenaza ha de tener una cierta gravedad y guardar una relación de adecuación con la relación sexual que se pide. Casos como el del productor de cine que amenaza a una joven actriz con no darle el papel de protagonista en la película, o el del detective privado que amenaza con revelar al cónyuge o compañero/a sentimental unas relaciones amorosas extramatrimoniales; o el del médico de la Seguridad social que condiciona dar la baja laboral a cambio de tener con el o la paciente una relación sexual, pueden tener la suficiente gravedad como para que la persona así amenazada pueda acceder a tener una rela-

ción sexual y esta ser calificada como agresión sexual y no como un simple abuso. Ciertamente, la gravedad del mal con que se amenaza debe valorarse también de forma objetiva, pero eso no significa que puedan dejarse a un lado las circunstancias personales o familiares en la que se encuentra la víctima de la intimidación. No se trata, por tanto, de que sea el sujeto pasivo quien determine con su personal sentimiento valorativo, cuando la intimidación puede tener el nivel suficiente de gravedad como para llegar a constituir el medio de realización de una agresión sexual o, en su caso, de una violación, sino de que el Tribunal tenga en cuenta las circunstancias personales en las que se encuentra la víctima en ese momento, que precisamente han sido utilizadas por el agresor para conseguir su propósito⁵.

Tampoco hace falta para que pueda haber un delito de agresión sexual o, en su caso, de violación, que la amenaza o intimidación sea explícita. La intimidación puede darse igualmente en las relaciones familiares, docentes o laborales, en las que implícitamente una persona adopta una posición de superioridad psicológica, afectiva, económica o de cualquier otra clase, en la que no hace falta que se amenace explícitamente para conseguir que la persona sometida a esa relación de superioridad acceda a una relación sexual. Una intimidación implícita en esta clase de relaciones puede ser suficiente para ser considerada como medio de una agresión sexual y no de un simple abuso; pero igualmente puede darse una intimidación de este tipo en el caso de sean varios los agresores y la persona con la que mantienen una relación sexual, en una situación de absoluta indefensión, considere preferible, para evitar males mayores, someterse pasivamente a la relación sexual a la que la someten.

No obstante, habrá que admitir que hay siempre situaciones dudosas en las que el nivel de la intimidación pueda considerarse que no alcanza la gravedad que requiere el delito de agresión sexual, aunque sí el de un abuso sexual por prevalimiento que es el escalón inmediatamente inferior, y por tanto la calificación penal alternativa en caso de que el Tribunal no considere que haya agresión sexual. El delito de abuso sexual tipificado en el art.181, 1, requiere simplemente que no medie consentimiento; y en el apartado 2 considera también como abuso sexual no consentido el ejecutado sobre persona que se halle privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometen anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto; y en el apartado 3 se aplica la misma pena cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación

5 Opinión que vengo manteniendo desde las primeras ediciones de mi Parte especial hasta el momento presente, véase MUÑOZ CONDE, Parte especial cit., 21ª ed., p. 197.

de superioridad manifiesta que coarte la voluntad de la víctima. Un tipo específico de abuso sexual es el contenido en el art.182 que castiga al que realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menos de dieciocho “interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima” En todos estos supuestos las penas respectivas se agravan cuando haya acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos, y se imponen en su mitad superior cuando se den las circunstancias 3ª (víctima especialmente vulnerable) o 4ª (prevalimiento) previstas en el apartado 1 del art.180 (cfr. apartados 3 y 4 del art.181), pudiéndose llegar, en los supuestos previstos en el art.181 a una pena de cuatro a diez años, que en su mitad superior puede llegar a la pena de prisión de nueve años, que junto con la medida de libertad vigilada y la correspondiente indemnización a la víctima, es la que se impuso a los acusados en el caso de “La Manada”.

Dejando ahora al margen el abuso sexual de una persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que inexplicablemente en el art.182 tiene una pena menor que los abusos sexuales tipificados en el art.181, y el supuesto del apartado 2 del art.181, en el que, aún si mediar violencia o intimidación, el empleo de fármacos, drogas o de una sustancia natural o química para anular a la voluntad de la víctima es más parecido a una agresión que a un abuso, el supuesto más problemático para su calificación suele ser el previsto en el apartado 3. Los Tribunales de Justicia se enfrentan frecuentemente con el problema de distinguir en este caso entre abuso (por prevalimiento) y agresión sexual intimidatoria, y aunque la jurisprudencia del TS ha intentado dar unas pautas interpretativas unificadoras para vincular las decisiones de los tribunales inferiores, es difícil sacar de ellas criterios claros y contundentes para saber en el caso concreto cuando estamos ante uno u otro delito, sin tener en cuenta las particularidades y circunstancias de todo tipo que pueden concurrir en el caso que se haya de juzgar.

¿Quiere esto decir que debemos prescindir de este “derecho judicial” para ir directamente a una reforma legal, en la que sea el poder legislativo el que resuelva este problema, eliminando la diferencia entre agresión y abuso sexual, o, lo que es lo mismo, entre la violencia o intimidación y cualquier otro tipo de constreñimiento de la voluntad de una mujer (o de un hombre), siguiendo así el criterio de los movimientos feministas más radicales que solicitan que se valore por igual y con el mismo rasero penal cualquier acto sexual en el que no medie el consentimiento expreso de la mujer, llevando el famoso slogan del “no means no” (“no significa no”) a un “just yes means yes” (“sólo sí significa sí”) hasta el punto de considerar violación todo acto sexual, por lo menos en su forma más relevante

de acceso carnal, en el que no medie el consentimiento expreso?

Desde luego, no cabe duda de que en la sentencia del caso “La Manada”, en la que incluso uno de los Magistrados integrantes del Tribunal sentenciador, sólo vio en las múltiples penetraciones de una mujer joven que apenas había cumplido dieciocho años, llevadas a cabo por un grupo de cinco hombres jóvenes en el estrecho espacio de un portal, un acto placentero del que gozaron por igual los cinco varones y la joven con la que mantuvieron las relaciones, las reacciones de protesta suscitadas estaban más que justificadas sobre todo en el colectivo de mujeres que se vieron, en la imagen que de la víctima ofrecía dicho voto particular, como un mero objeto de placer para satisfacer el apetito sexual de los hombres, igual que si fueran una muñeca inflable o un animal. La “intimidación implícita” grave, de humillación y desprecio en la que debió encontrarse la joven así agredida en el caso de “La Manada”, a la que tras haber consumado el hecho, dejaron semidesnuda abandonada tras haberle sustraído el teléfono móvil, alcanza sin duda el nivel de una agresión sexual, y, por tanto, las diversas penetraciones habidas del tipo cualificado de violación.

Pero lo que no parece tan lógico es que en estas protestas se haya entendido que la insatisfactoria sentencia del caso “La Manada” se debe a las insuficiencias o defectos de la regulación penal de estos delitos, olvidando que, cualesquiera que sean los defectos que tenga la actual regulación, aquí no se trataba de un problema de interpretación de la ley, sino de la determinación y prueba de los hechos a los que la ley debe aplicarse, y de la subsunción de los mismos en el tipo penal correspondiente. Con ello se han confundido, a mi juicio, dos cuestiones que están entrelazadas y estrechamente vinculadas entre sí, pero que son completamente diferentes y responden a técnicas interpretativas diferentes: la vinculación del Juez a la ley, por un lado, y la vinculación del Juez a los hechos, por otro.

Respecto a la primera cuestión, la interpretación del texto escrito en la ley, es una tarea puramente jurídica, para la que los Tribunales utilizan los métodos de interpretación conocidos y habituales en la doctrina penal desde hace siglos. En esta tarea no parece que el Tribunal sentenciador del caso “La Manada” haya tenido especiales dificultades. Los Magistrados que integraron este Tribunal son profesionales del Derecho, con una larga experiencia en el ámbito de la jurisdicción penal, conocen bien la ley y las posibilidades de interpretación que ofrece la misma de acuerdo con la jurisprudencia marcada por el Tribunal Supremo y los parámetros doctrinales más utilizados en la bibliografía jurídico penal. En este tipo de casos el problema más importante con el que se enfrentan los Tribunales de Justicia es de otra índole; nada tiene que ver, o no

directamente, con la interpretación de la ley, sino con la constatación probatoria de los hechos a los que luego hay que aplicar la ley. Y éste es según creo el problema fundamental que claramente generó una fuerte discrepancia primero entre los Magistrados, y luego las protestas en la opinión pública. Y es de esta segunda cuestión de la que paso a ocuparme seguidamente.

4. La vinculación del Juez a la ley y a los parámetros de interpretación de la misma, con ser tan importante, no garantiza en sí misma, desde luego, la Justicia de sus decisiones. El Juez, al mismo tiempo que a la Ley, está vinculado quizás todavía más que a la Ley, a la realidad implacable de los hechos a los que dicha Ley tiene que ser aplicada. Como dice HASSEMER⁶, “¿de qué sirve la vinculación a la ley, si el Juez puede escoger “libremente” los hechos, a los que luego, eso sí, aplica la ley con estricto cumplimiento de las reglas?”. Esta vinculación del Juez a los hechos no ha sido, sin embargo, nunca tan estricta, ni tan profundamente estudiada por los teóricos del Derecho como la vinculación del Juez a la Ley, quizás por su propia obviedad, quizás también por la dificultad que hay para abstraerla teóricamente del caso concreto de la realidad que tiene que ser enjuiciado. En este ámbito la tarea del Tribunal sentenciador no es ya la comprensión del texto legal, sino lo que HASSEMER llama la “comprensión escénica”⁷, una comprensión basada en la participación directa de los implicados (acusados y víctima, y la de sus respectivos representantes legales, Ministerio fiscal incluido), y en la valoración de las pruebas practicadas directamente en su presencia (video, declaración de peritos o de otras personas que asistieron a la víctima en el lugar de los hechos) y cualquier otro elemento adicional, admisible en derecho, que pueda llevarles a comprender y establecer lo que realmente ocurrió allí y darle una respuesta jurídica.

Parece evidente que en el caso de “La Manada” hubo un fallo en la “comprensión escénica” de lo ocurrido en el juicio que quedó claramente puesta de manifiesto en

el voto particular que emitió uno de los Magistrados, considerando en contra del criterio de sus compañeros que en el hecho enjuiciado no había más que un acto de placer plenamente consentido también por la joven.

¿Qué puede hacer el legislador para corregir esa defectuosa comprensión escénica?

En primer lugar, esperar que la repetición del juicio dentro de los estrechos márgenes que permite el recurso de apelación, permita que otro Tribunal superior distinto al que pronunció la primera sentencia, corrija la deficiente comprensión escénica que hubo en el primer juicio. Si algún sentido tiene el recurso de apelación, y en esto se diferencia del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, es precisamente que permite la revisión de los hechos que se dieron por probados en la primera sentencia y hacer una distinta valoración de los mismos⁸. Es verdad que en la praxis el recurso de apelación se ha desnaturalizado hasta el punto de que muchas veces sólo consiste en la revisión de las actas del primer juicio (ahora también del video que recoge la vista oral de ese juicio), y de los respectivos escritos presentados por los representantes de la acusación y defensa. La STC 167/2002, de 18 de septiembre, estableció, sin embargo, que el recurso de apelación tiene que dar lugar a un nuevo juicio, en el que por lo menos las pruebas personales, las declaraciones de los sujetos implicados, acusados y víctima, sean de nuevo realizadas ante el Tribunal de apelación, para que éste pueda tener una verdadera “comprensión escénica” y no un mero remedo de la que hizo el Tribunal en la primera instancia⁹. Y aunque, por diversas razones que ahora no vienen al caso, la referida STC no parece que haya modificado esencialmente la praxis posterior, es de esperar que en este caso, dada la gravedad y la trascendencia social que tienen los hechos, se vuelvan a reproducir en el juicio de apelación las pruebas fundamentales de carácter personal de los protagonistas del caso, la visión del video en el que parcialmente se grabaron algunas escenas de lo ocurrido, las declaraciones de los testi-

6 Fundamentos del Derecho penal cit. p. 142.

7 HASSEMER, *ob. cit.*, p. 217 ss.

8 Sobre los límites que tiene el recurso de apelación como forma de revisión de los hechos probados y de su valoración en la sentencia apelada, véase MUÑOZ CONDE, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Lección magistral pronunciada en la Inauguración del curso 1998/99 en la Universidad Pablo de Olavide, publicada como artículo en Revista de Derecho y Proceso Penal nº 1, 1999; y luego como monografía independiente en la editorial Hammurabi de Buenos Aires, Argentina, 3ª ed. 2007, p. 58 y ss. Específicamente sobre la valoración de la prueba testifical en el recurso de apelación, MUÑOZ CONDE, La valoración de la prueba testifical en el recurso de apelación, en Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo, Madrid 1999.

9 Sobre el alcance y las repercusiones que ha tenido esta sentencia en la posterior praxis del recurso de apelación, véase ALCACER GUIRAO, El derecho a una segunda instancia con todas las garantías, Valencia 2013, p. 21 ss. Téngase en cuenta, que antes de la reforma del 2015, frente a las sentencias de las Audiencias provinciales en los delitos graves, no cabía otro recurso que el de casación ante el Tribunal Supremo que, como repetidamente fue denunciado, no cumplía con el derecho fundamental a la doble instancia que es privativo del recurso de apelación (sobre la posibilidad de que el recurso de casación pudiera hacer las veces de un recurso de apelación, véase PÉREZ MANZANO, El recurso de casación penal y el derecho del condenado a someter a revisión su condena, en Homenaje a González-Cuéllar, Madrid 2006, p. 1122 ss.).

gos que atendieron a la víctima, la de los policías que escucharon las primeras declaraciones de los acusados cuando fueron detenidos, etc., etc.

Es evidente que también para el Tribunal de apelación rige el principio de la “libre valoración de la prueba” que establece el art.741 de la LECrim, que mientras no vaya en contra las reglas de la lógica, es la verdadera garantía de la independencia del poder judicial. Pero en esta etapa de “decisión del caso”¹⁰ nada puede hacer el legislador para modificar el resultado final de esa decisión, aunque como consecuencia de la presión social originada por el caso “La Manada”, modifique la regulación penal de los delitos contra la libertad sexual, que obviamente salvo que fuera en beneficio de los acusados (lo que no parece probable en este tipo de casos) no puede ser aplicado retroactivamente a un caso realizado antes de que se haya producido antes de la reforma.

Esta verdad elemental derivada del principio de legalidad y del división de poderes que sirve de base a la independencia del poder judicial, que constituye el fundamento del Estado de Derecho, parece haber sido olvidada por los movimientos sociales de protesta ocasionados por la sentencia del caso “La Manada” y por algunos líderes políticos, que inmediatamente propusieron reformas legales, en las que, entre otras novedades, se eliminara cualquier diferencia entre agresión y abuso sexual. Ciertamente, reformar el Código penal no cuesta dinero, y, por lo menos a corto plazo, puede dar algún rédito electoral. ¡Así que adelante con la reforma del Código penal! Pero lo más grave es que con esa reforma se pretende también imponer a los Tribunales de Justicia una especie de “prueba tasada”, o una serie de “presunciones de culpabilidad”, que determinen automáticamente la calificación de agresión sexual, cuando en los hechos concurren determinadas circunstancias objetivas y subjetivas, o no exista un consentimiento expreso de la víctima a la realización del acto sexual. De este modo, se ahorrarian, sin duda, ulteriores matizaciones para distinguir entre violencia, intimidación o abuso de prevalimiento; bastaría sólo con que se probara que la víctima no dio un consentimiento expreso, aunque de su comportamiento no pudiera deducirse que se opuso a la relación sexual, pero ¿se conseguiría así una solución más satisfactoria y justa de este tipo de casos?

Lo que FLETCHER llama la “metafísica del consentimiento”¹¹ en las relaciones sexuales entre adultos es el resultado de un proceso de comunicación entre los protagonistas de la relación, a veces no explicitada verbalmente, que secuencialmente recorre una serie de fases que van desde los besos, abrazos, tocamientos en zonas erógenas y genitales, penetraciones por diversas vías, con o sin preservativo, en distintas posturas y posiciones, admitidas en toda su plenitud, o restringiéndolas sólo a algunas de ellas. En el transcurso de las mismas como en todo proceso de comunicación se pueden producir alteraciones, malos entendidos o sobre entendidos, y lo que inicialmente pudo ser consentimiento dejar de serlo en un momento posterior. Una persona puede consentir en ser besada, ser tocada, masturbar o ser masturbada, ser penetrada o no, por una determinada vía, o sólo con preservativo, o sólo una vez; o negarse a hacerlo con varias personas, o a participar en escenas verdaderamente chocantes, como la “lluvia dorada” o la “severa disciplina inglesa”; o a que la relación sexual en la que participa voluntariamente sea filmada, violando así su intimidad, que junto con la libertad sexual, e incluso independientemente de ella, también debe ser objeto de una protección penal. La casuística en esta materia es abundante y puede encontrarse en cualquier manual de sexología o en cualquier película pornográfica; pero mientras actos como los aquí descritos u otros similares se realicen voluntariamente entre personas adultas y con pleno conocimiento del alcance y el significado de lo que realizan, carecen de relevancia penal. Sólo cuando esto no es así, y, bien desde un principio o en un momento determinado de una relación consentida inicialmente, una de las partes no quiera continuar o no quiera, por las razones que sean, participar en un determinado tipo de acto sexual, la insistencia de la otra parte en continuar puede convertirse en un delito contra la libertad sexual que, según el grado de forzamiento de la voluntad de la persona que se opone, puede llegar a alcanzar el nivel de una agresión sexual, de un abuso sexual, con o sin prevalimiento, o quedarse en un simple conflicto verbal que puede solucionarse con la suspensión inmediata de la relación, sin que el asunto llegue siquiera al ámbito de la Justicia penal¹².

10 Sobre la distinción entre “producción” y “decisión” del caso, véase HASSEMER, Fundamentos cit., p. 221 ss.

11 G.P.FLETCHER, Las víctimas ante el jurado, traducción de Juanjo Medina Ariza y Antonio Muñoz Aunió, Valencia 1996, p. 169.

12 Una perspectiva interesante desde el punto de vista del supuesto agresor o abusador es la creencia errónea en que la otra persona tácitamente consiente en la relación sexual. Esta posibilidad que puede darse en casos de embriaguez, situaciones de privación temporal de sentido, por sueño, ingestión de drogas, etc., que en el art.181, 2 del Cp se considera, de un modo excesivamente generalizador, como un mero abuso sexual, y no como agresión, es más difícilmente imaginable en los casos en los que se emplea algún tipo de coerción para doblegar la oposición de la otra parte. En la jurisprudencia del Common Law se suelen citar dos interesantes sentencias respecto el error sobre el consentimiento de la víctima de un delito contra la libertad sexual. En el caso *Regina vs. Morgan*, 1975, la Cámara de los Lores inglesa absolvió a unos marineros que mantuvieron relaciones con la esposa de un compañero, a pesar de la oposición de ésta, cre-

Pero cuando el conflicto llega al ámbito de un Tribunal de Justicia, normalmente mediante denuncia de la persona que estima que se ha violado su libertad sexual, corresponde a éste determinar los hechos valorando las pruebas pertinentes, entre las que muchas veces sólo hay la versión de una parte, la denunciante, contra la versión de la otra parte, el denunciado o los denunciados en el caso de que sean varios, que a veces puede ir acompañadas de otras pruebas objetivas como lesiones corporales, pero que no siempre tienen que estar presentes para demostrar la resistencia que pudo ofrecer la víctima. Ya hace tiempo que se ha superado la jurisprudencia que exigía poco menos que la mujer mostrara en su cuerpo señales evidentes de que había sido objeto de violencia como prueba de que se había opuesto con todas sus fuerzas a la relación sexual. La amenaza incluso la más grave, la de muerte, no deja huellas físicas en el cuerpo de la persona amenazada y puede ser, sin embargo, más que suficiente para obligar a una persona acceder a una relación sexual, o a entregar la cartera en el caso de un robo. La valoración de todas estas circunstancias, relaciones previas, concomitantes o posteriores a la relación sexual deben ser valoradas por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la lógica y, en el caso de que la víctima sea una mujer, teniendo en cuenta la “perspectiva de género” entendida, no como un prejuicio ideológico feminista, sino como una diferente sensibilidad femenina, presumiendo que, en tanto no existan circunstancias evidentes que contradigan su declaración, la credibilidad de una persona que afirma que ha sido violada o forzada a tener una relación sexual es tanto mayor cuando mayores sean los factores que hagan pensar que no tenía ningún interés o motivo en hacer una imputación falsa. No se trata de aplicar una especie de principio no escrito “*in dubio pro muliere*”, sino de asumir que si la única prueba de que una mujer ha sido violada es su declaración y que en ella

consta fehacientemente que no consintió en la totalidad de la relación, o en una parte de la misma, el empleo de cualquier medio que la forzara a aceptarla, es un ataque a su libertad sexual, teniendo el Tribunal sólo que decidir si el nivel de la coerción empleada para vencer su oposición alcanzaba el nivel de una violación o de un abuso sexual, con o sin prevalimiento¹³.

5. Las dificultades con las que a veces se encuentran los Tribunales para diferenciar entre una u otra clase de ataque, o incluso entre lo que puede ser un delito contra la libertad sexual o un hecho sin relevancia penal, no debe llevar, sin embargo, a introducir una nueva regulación legal en la que se haga tabla rasa con una distinción que también está presente en otros delitos en los que, junto con la lesión de un bien jurídico como la propiedad, se viola igualmente la libertad del sujeto pasivo. Así, por ej., dentro de los delitos contra la propiedad sigue siendo fundamental la distinción entre robo con violencia o intimidación sobre las personas y el hurto, o entre los delitos de apoderamiento y los delitos defraudatorios (“*Duobus modis fit iniuria*”, decía ya Ciceron hace dos mil años). En el hurto hay una modalidad agravada cuando se realiza “abusando de las circunstancias personales o de la situación de desamparo de la víctima” (art.235, 6ª Cp), que puede ser un menor, una anciana o una persona discapacitada; pero el apoderamiento de una cosa mueble en esta situación sigue siendo un hurto y no un robo en la medida en que para el apoderamiento no se haya empleado violencia o intimidación contra la víctima. Respecto a la intensidad de la violencia en el delito de robo para conseguir el apoderamiento de una cosa mueble ajena, se discute si el llamado “tirón”, arrancando sorpresivamente el bolso que la víctima lleva en bandolera, debe ser calificado como robo o como hurto, una calificación que el legislador no puede hacer *a priori* en la definición legal

yendo lo que les había dicho su marido de que era una oposición meramente ficticia y que a ella le gustaba mucho tener relaciones con varios hombres a la vez, considerando que actuaron en la creencia irracional de que ella consentía en esa relación. Años más tarde, el Tribunal del Estado de Indiana (USA), condenó por violación al campeón de boxeo Mike Tyson que fue acusado por una mujer que, tras algunos escarceos amorosos, había accedido a subir con él a la habitación del hotel. Allí, según su versión, fue obligada por el famoso boxeador a tener una relación sexual completa sin su consentimiento. La alegación de Tyson de que desde el momento que ella había accedido a subir a la habitación con él, creyó razonablemente que igualmente había consentido en tener también una relación sexual, fue rechazada por el Tribunal. Este caso fue el que motivó grandes manifestaciones de protestas de los colectivos feministas ante el Tribunal portando el famoso slogan “*No means no*” (un comentario comparado de ambos casos en FLETCHER, Las víctimas cit.p. 176 ss.).

13 Sólo en los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad, el art.187, 1 Cp., incluye en el mismo tipo penal determinar a una persona a ejercer o mantenerse en la prostitución empleando “violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad de la víctima”, lo que naturalmente no excluye que, como dispone el apartado 3 del mismo artículo, las penas señaladas en este artículo “se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos cometidos sobre la persona prostituida”, que conservan naturalmente su respectiva autonomía típica. No obstante, en el ámbito de los delitos relativos a la prostitución, se castiga también la explotación de la misma por terceras personas, “aún con consentimiento de la persona prostituida”, lo que obviamente se debe a la desvaloración negativa que se hace de esta actividad y de la posibilidad que otras personas ajenas a la persona prostituida se puedan lucrar de la misma, dando lugar a otros delitos como la trata de seres humanos, que sólo indirectamente pueden dar lugar a un delito contra la libertad sexual. Sobre estos delitos y especialmente sobre el delito de proxenetismo, véase MUÑOZ CONDE, Parte especial cit., p. 226.

de estos delitos, sino que corresponde al Juez o Tribunal a la hora de juzgar el hecho teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el mismo, si hubo o no violencia o intimidación, diferenciando, por ej., si en el apoderamiento del bolso hubo forcejeo con la víctima, o el sujeto cogió el bolso aprovechándose de un descuido de su propietaria sin tener que ejercer ningún tipo de violencia sobre la misma.

¿Quiere decir esto que sería mejor acabar con esta distinción e incluir todos los supuestos de apoderamiento de una cosa mueble ajena, que pueden ir desde el atraco a mano armada hasta el apoderamiento subrepticio de una cartera aprovechando el descuido de su propietario en la bulla del Metro, en un mismo tipo delictivo, con el mismo nombre jurídico, dejando luego al arbitrio del Juez o Tribunal la determinación de la pena concretamente aplicable dentro de un marco penal que tendría que ir desde una pena privativa de libertad de escasa duración o una multa hasta una pena de prisión de veinte o treinta años o incluso (robo con homicidio) de prisión permanente revisable? Desde luego, mirado desde el punto de vista de la víctima no puede decirse que hubo consentimiento en ningún de estos casos, pero seguro que no le es indiferente la forma en que se violó su voluntad al sustraérsele un objeto de su propiedad.

La inclusión de todos los ataques a la propiedad, incluyendo los realizados subrepticamente o mediante engaño (estafa) en un mismo tipo delictivo, puede ser que satisfaga una especie de “sano sentimiento popular”, siempre dispuesto a solicitar el máximo castigo ante cualquier violación de su derecho de propiedad; pero sería, en mi opinión, completamente incompatible con el principio de legalidad de los delitos y las penas establecido en el art.25, 1 CE, e incluso podría llegar a tener efectos negativos desde el punto de vista de la vinculación del juez a la ley. El poder legislativo tiene que contar con el poder judicial para hacer cumplir efectivamente las leyes que ha creado en uso del poder que le confiere la voluntad popular que lo ha elegido en unas elecciones democráticas; pero precisamente por eso no puede renunciar a decidir con toda la claridad posible qué hechos pueden ser constitutivos de delitos, y diferenciar en abstracto y con distinto nombre jurídico antes de que el hecho se realice las categorías que constituyen paradigmas valorativos culturales que han ido cuajando a lo largo de la evolución del Derecho penal antes incluso de que se llegara a la etapa codificadora, que se traducen, además, en distintas repuestas penales con marcos penales también diferenciados. Esta es la tarea que primordialmente corresponde a la

Parte Especial del Derecho penal, a cuya exposición sistemática general he dedicado una buena parte de mi vida académica. El poder legislativo no puede dejar ciertamente en manos del poder judicial un ámbito tan amplio de decisión que, en última instancia, sea el Juez o Tribunal el que decida que es delito y la forma en que debe ser castigado el que lo ha cometido; pero tampoco vincularlo tan estrechamente hasta el punto de no dejarle ninguna posibilidad de diferenciar los comportamientos que tiene que juzgar, teniendo en cuenta las particularidades que incluso tras una larga evolución histórica, diferencian unos delitos de otros, y que el legislador debe seguir distinguiendo empleando incluso términos, conceptos, definiciones y marcos penales diferentes.

Entre uno y otro extremo hay un amplio espacio en el que tiene que producirse un equilibrio entre los dos poderes; un equilibrio, que, como todos los equilibrios, no siempre es fácil de conseguir. “La imagen de una relación entre legislador y juez como una relación ideal y sin problemas, es una imagen ideal que en realidad no existe”¹⁴. Las alteraciones de la vinculación del Juez a la ley son frecuentes y hasta cierto punto inevitables. “El legislador depende de la lealtad de la jurisprudencia”¹⁵, pero es el mismo legislador quien favorece la creación de un “derecho judicial”, a veces “*praeter legem*” y otras incluso “*contra legem*”, cuando en la descripción de los tipos penales emplea conceptos vagos, porosos o que reflejan elementos subjetivos, tendencias o disposiciones anímicas, o que están necesitados de complemento valorativo¹⁶.

¿Cuándo hay dolo de matar o dolo de lesionar?
¿Cuándo la imprudencia es grave o menos grave?
¿Cuándo se altera gravemente la paz pública en el delito de terrorismo?
¿Cuándo hay un alzamiento violento y público en el delito de rebelión o solo un alzamiento público y tumultuario en el delito de sedición?

6. El problema para el Tribunal sentenciador en estos casos no es sólo la interpretación de los términos legales, sino la determinación y prueba de los hechos a los que debe aplicar la ley. Y ahí el legislador nada puede hacer. El juez está ciertamente vinculado con mayor o menor rigor a la ley que tiene que aplicar, pero aún más a la prueba de los hechos que tiene que juzgar, y a los que tiene que aplicar esa ley. Y ahí es donde entra con todo su esplendor, pero también con todas sus miserias, la actividad que va indisolublemente unida a la independencia del poder judicial: la libre valoración de la pena. Una valoración libre que sólo tiene como límite las reglas de la lógica, el sentido común o los conocimientos vinculantes

14 HASSEMER, Fundamentos cit., p. 317.

15 HASSEMER, ob.u.cit., p. 316.

16 Sobre estos conceptos empleados en el lenguaje legal, véase HASSEMER, ob.u.cit., p. 224 ss.

que le aportan las Ciencias naturales, y que en la medida que se atenga a ellas difícilmente podrá ser corregida en nuevo juicio a través del recurso de apelación. Lo que no puede hacer el poder legislativo, en definitiva, un poder eminentemente político que busca siempre congraciarse con sus electores, es intentar corregir, mediatizar o incluso vincular al Juez o Tribunal en lo que constituye el fundamento conceptual de su independencia: la libre valoración de la prueba.

7. Cuando tras las protestas que suscitó la sentencia de la Audiencia provincial de Pamplona en el caso “La Manada”, el entonces Ministro de Justicia anunció a bombo y platillo, que iba a convocar con urgencia la Sección penal de la Comisión General de Codificación, una Comisión vetusta que languidecía desde hacía decenios sin haber sido convocada, y en la que por cierto no había ninguna mujer, para proceder a formular una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual, con la que se pudiera evitar en el futuro decisiones como la adoptada por los Magistrados de Pamplona, llegando a insinuar incluso que uno de ellos, el que hizo un voto particular a favor de la absolución, tuvo algún problema en su actividad profesional anterior, presenté inmediatamente e hice pública mi dimisión como vocal permanente de dicha Comisión desde hacía casi cuarenta años, no sólo por lo que, a mi juicio, constituía una manipulación política de dicha Comisión para acallar momentáneamente las protestas que había provocado la sentencia, sino también por lo que creía era una evidente invasión de la esfera de poder que le corresponde al poder judicial, confundiendo la vinculación del Juez a la ley con la valoración de la prueba que había realizado el Tribunal que juzgó el caso.

Puede ser que la distinción entre agresión sexual y abuso sexual no quede lo suficientemente clara en la actual regulación legal, pero incluso aunque fuera conveniente hacer algún tipo de matización o añadir legalmente algún criterio que ayudara a hacer la distinción un poco más nítida, la decisión final sobre cuando hay uno u otro delito siempre corresponderá al Tribunal sentenciador.

En el plano *de lege ferenda*, habría que ser, en todo caso, muy cauto antes de hacer tabla rasa con la distinción entre agresión y abuso, y sobre todo a la hora de renunciar al par de conceptos “violencia o intimidación”, que no sólo en relación con los delitos contra la libertad sexual, sino en otros ámbitos de la delincuencia, constituyen la forma más grave de ataque a un bien jurídico penalmente protegido.

Mientras tanto los juicios penales seguirán durando una eternidad, hasta el punto de que cuando, tras la decisión de los oportunos recursos presentados, haya

ya una sentencia firme en este caso de “La Manada”, ya nadie se acordará de él, porque probablemente haya sido sustituido en el imaginario colectivo por otro aún más grave que suscitará los correspondientes movimientos de protesta siempre a favor de una mayor dureza de las sanciones penales y de un mayor rigor de los Jueces al aplicarlas. Recientemente, junio 2018, la Audiencia de Alicante condenó a sólo cinco años de prisión a cinco varones que abusaron de una mujer en estado de embriaguez casi letárgica, penetrándola varias veces en el asiento trasero de un coche. Los condenados fueron condenados a una pena sensiblemente menos grave que la que correspondía a la gravedad de los hechos enjuiciados, simplemente porque tuvo que aplicarse la atenuante de “dilaciones indebidas”, ya que desde que sucedieron los hechos hasta que éstos fueron juzgados habían transcurrido más de diez (¡) años; y aún quedaba la posibilidad de que se presentara un recurso, cuya resolución hubiera tardado al menos otro año o más. Conozco casos en los que un accidente de tráfico provocado por un conductor ebrio, superando con creces los índices de alcoholemia establecidos, y conduciendo a una velocidad excesiva, causando la muerte de varias personas y varios heridos, tardó en ser juzgado en primera instancia más de cuatro años; por no decir nada de los procesos civiles, laborales, o contencioso-administrativos que tardan años y años, a veces decenios, en llegar a una sentencia firme. Pero de esto apenas hablan los medios de comunicación, y no parece que a los políticos les preocupe en demasía, sobre todo si además en los juicios está relacionado con casos de corrupción en los que esos políticos, sus colegas o los partidos políticos a los que pertenecen están directamente involucrados.

Tras medio siglo dedicado a la enseñanza del Derecho penal en Grados, Licenciaturas, Masters y Doctorados, en diversos países y centros universitarios, me he topado al final de mi vida académica con la dura realidad de una Administración de Justicia que, condicionada por continuas y a veces dispartadas reformas legislativas y por la carencia de medios y de personal suficiente, se las ve y se las desea para cumplir eficazmente con la tarea que tiene constitucionalmente encomendada de aplicar la ley. Sólo me queda esperar que en un futuro no muy lejano, que de todos modos yo ya no veré, la coordinación entre los distintos poderes del Estado, principalmente en materia penal entre el legislativo y el judicial, pero también el ejecutivo, consigan un Derecho penal más justo y eficaz que el que tenemos actualmente, y no sólo en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, sino también en otros que afectan a otros colectivos igualmente marginados y desfavorecidos por la Justicia.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com