



Roj: **STS 188/2023 - ECLI:ES:TS:2023:188**

Id Cendoj: **28079120012023100028**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2023**

Nº de Recurso: **10196/2022**

Nº de Resolución: **10/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 10/2023

Fecha de sentencia: 19/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10196/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10196/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 10/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.ª Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 19 de enero de 2023.





Esta Sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de la Acusación Popular **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ORCOYEN**, de la Acusación Particular Dña. Lina y de los acusados D. Constantino , D. Baltasar y D. Damaso , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 28 de febrero de 2022, que desestimó los recursos de apelación formulados por las representaciones de los anteriormente citados acusados, de la Acusación Particular Lina , de la Acusación Popular Excmo. Ayuntamiento de Orcoyen y de la también Acusación Popular Comunidad Foral de Navarra, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera, de fecha 5 de julio de 2021, que condenó a los citados acusados por delito de agresión sexual, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes Acusación Popular Excmo. Ayuntamiento de Orcoyen (Navarra) representado por el Procurador D. Alejandro Viñambes Romero y bajo la dirección Letrada de Dña. Sara Vicente Collado; la Acusación Particular Lina representada por la Procuradora Dña. Isabel Bermúdez Iglesias y bajo la dirección Letrada de D. José Javier Echeverría Barbain; los acusados Constantino , Baltasar y Damaso representados por la Procuradora Dña. Marte Mª Barthe García De Castro y bajo la dirección Letrada de D. Aitor Tapias Prieto y Dña. Sheila Villanueva Baztán y la Acusación Popular Comunidad Foral de Navarra representada por el Asesor Jurídico-Letrado de dicha Comunidad Foral, y los recurridos acusados D. Hermenegildo representado por el Procurador D. Jesús López Gracia y bajo la dirección Letrada de D. Orlando Merino Moreno y D. Isidro representado por la Procuradora Dña. Silvia Albite Espinosa y bajo la dirección Letrada de Dña. María del Mar Moriones Oneca.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Pamplona/Iruña instruyó sumario con el nº 3355/19 contra Constantino , Baltasar , Damaso y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera, que con fecha 5 de julio de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- En el mes de noviembre de 2019, doña Lina , de 23 años de edad en aquellas fechas, vivía con su familia, padres y hermanos, en la localidad de DIRECCION000 (Navarra). Dicha señora está diagnosticada de DIRECCION001 y DIRECCION002 , y tiene reconocido por la Agencia Navarra para la Dependencia del Gobierno de Navarra, por resolución de fecha 20 de junio de 2011, un grado de discapacidad psíquica del 67 %, en virtud del diagnóstico de DIRECCION003 moderado que presenta. En el citado mes, doña Lina era usuaria del teléfono móvil número NUM000 y utilizaba con cierta habitualidad la red social denominada DIRECCION004 , siendo esta una red social cuya función es facilitar el contacto entre personas que quieren hacer amigos, tener una cita esporádica o una relación estable. SEGUNDO.- A través de dicha red, el día 17 de noviembre de 2019, Lina contactó con el acusado Isidro , nacido en DIRECCION005 (Marruecos), mayor de edad y sin antecedentes penales, y en situación administrativa irregular en España, el cual le preguntó su nombre a aquella. El día 20 de noviembre de 2019, dicho acusado contactó de nuevo con Ana María a través de esa red social, y en el transcurso de la comunicación le pidió su DIRECCION006 , facilitándole esta su citado número de teléfono móvil. El día 22 de noviembre de 2019, el acusado, a través del teléfono móvil del que era usuario, número NUM001 , realizó una vídeo llamada a Lina , estableciéndose una comunicación entre ambos de 5 minutos y 24 segundos de duración. Posteriormente, el acusado Isidro , dejó de contactar con Lina , si bien facilitó el número de teléfono móvil de esta al acusado Damaso , nacido en DIRECCION005 (Marruecos), mayor de edad y sin antecedentes penales, y en situación administrativa irregular en España, al objeto de que este pudiera mantener contacto con Lina . TERCERO.- Damaso , era usuario del teléfono móvil número NUM002 , y guardó el número del teléfono de Lina en su agenda telefónica. Los días 25 y 26 de noviembre de 2019, el mismo realizó tres llamadas a Lina , y los días 25, 26 y 28 de noviembre de 2019 contactó con ella a través de DIRECCION006 en cuatro ocasiones, en tanto el propio día 28 de noviembre de 2019 realizó tres vídeo llamadas a Lina , todo ello con la intención de conocerla y mantener relación con ella. CUARTO.- El día 29 de noviembre de 2019, los procesados citados Damaso y Isidro y los también procesados Constantino , nacido en DIRECCION005 (Marruecos), mayor de edad y sin antecedentes penales, y en situación administrativa regular en España, Baltasar , nacido en DIRECCION005 (Marruecos), mayor de edad y sin antecedentes penales, y en situación administrativa irregular en España y Hermenegildo , nacido en DIRECCION007 (Marruecos), mayor de edad y sin antecedentes penales, y en situación administrativa regular en España, se desplazaron hasta Pamplona desde la localidad de DIRECCION008 (Navarra), donde todos ellos residen, a bordo del vehículo matrícula NUM003 , conducido por Constantino . Tras permanecer en esta ciudad desde la mañana de ese día, Damaso contactó por la tarde con Lina , y quedó con ella para verse posteriormente en el lugar que esta le indicase, facilitándole la misma la ubicación del lugar en el que se





encontraba, correspondiéndose este con el Bar DIRECCION009, sito en la C/ DIRECCION010 nº NUM004 de la localidad de DIRECCION000, donde reside Lina. Sobre las 21,30 horas del repetido día, se dirigieron los cinco acusados en el citado vehículo a la localidad de DIRECCION000, dejando estacionado el vehículo en un lugar próximo al citado bar y al Hotel DIRECCION011. QUINTO.- Sobre las 21,37 horas del citado día 29 de noviembre de 2019 Lina se comunicó por DIRECCION006 con el acusado Damaso, y sobre las 21,41 horas, aquella salió del Bar DIRECCION009, donde había quedado con dicho acusado, y lo esperó fuera. Segundos después, llegó a dicho lugar el citado acusado Damaso, acompañado de los también acusados Constantino e Baltasar, los cuales se habían bajado del citado vehículo, vehículo este en cuyo interior permanecieron los acusados Isidro y Hermenegildo. Lina y aquellos tres referidos acusados se saludaron al encontrarse, quedando todos ellos, seguidamente, en dirigirse hacia el PARQUE000, situado en las inmediaciones, marchando hacia allí esos tres acusados y, tras ellos, Lina. Una vez en dicho parque, permanecieron Lina, Damaso, Constantino e Baltasar unos instantes junto a un banco allí existente, acordando los mismos mantener relaciones sexuales sucesivas con Lina, ejecutando cada uno su acción, en tanto los dos restantes esperaban a que se ejecutase la misma. SEXTO.- En un momento determinado, el acusado Damaso ofreció a Lina apartarse a una zona existente tras unos matorrales muy próximos, al objeto de mantener algún tipo de contacto sexual con la misma, accediendo voluntariamente aquella, quedando en el exterior de esa zona los otros dos citados procesados, Constantino e Baltasar. Tras acceder a esa zona, oculta a la vista de terceros desde el exterior, Damaso comenzó a besar por el cuello a Lina, le quitó la chaqueta y la extendió en el suelo, tumbándose ambos sobre la chaqueta, ella boca arriba y el acusado encima de ella, pidiéndole el acusado que se bajase los pantalones y las bragas, bajándose los Lina hasta el tobillo, sin llegar a quitárselos. El acusado se puso de pie, se bajó sus pantalones y el calzoncillo, le dijo a Lina que era muy guapa, y le pidió que le chupara el pene, haciéndolo Lina de forma voluntaria, y después el acusado se tumbó sobre la joven y le introdujo el pene en la vagina, tras lo cual, el mismo salió de dicha zona apartada al exterior, quedando ella sentada en ese lugar. SÉPTIMO.- Seguidamente, y tal como habían acordado los tres repetidos acusados antes de acceder Damaso a la citada zona, avisó este a Constantino de que él había terminado con la joven, chocando ambos sus manos en el momento de salir de esa zona Damaso y acceder a ella Constantino. Este último, una vez en el interior de esa zona donde se encontraba Lina, viéndola sentada, le quitó las zapatillas, los pantalones y las bragas que tenía bajados, mientras le decía que era guapa, todo ello prescindiendo de la voluntad o consentimiento de la misma, que se vio sorprendida, sin capacidad de reacción, ante la inesperada irrupción de aquel en dicha zona apartada y asustada, al ser conocedora de la presencia de los otros dos acusados en el exterior, agarrando el acusado a Lina de la cabeza y haciéndole chuparle el pene. Tras ello, ante la situación de aturdimiento de Lina, le subió la camiseta y le bajó el sujetador, dándole un mordisco en el pecho derecho. A continuación, el acusado la echó para atrás, introduciéndole, en contra de su voluntad, el pene en la vagina, y cuando lo sacó, Lina se llevó la mano a la vagina y comprobó que tenía sangre, marchándose el citado Constantino. Durante la ejecución de esos hechos, permanecían en el exterior del citado lugar Damaso e Baltasar, en tanto Constantino finalizaba su acción y daba aviso a Baltasar para que este accediese a dicho lugar. OCTAVO.- Constantino, cumpliendo el plan previsto con los otros dos acusados, avisó a Baltasar de que él había terminado con Lina. Baltasar accedió al lugar donde se encontraba Lina, estando ésta sentada, dolorida, y conmocionada por lo que había sucedido, así como asustada al encontrarse en una zona apartada y sabedora de la presencia de otros de los acusados en las inmediaciones. Al llegar hasta ella el citado acusado, Lina se tumbó en el suelo temiendo lo que iba a pasar, bajándose el acusado los pantalones y el calzoncillo, diciéndole a Lina que era muy guapa, y, en contra de la voluntad de esta, prescindiendo de dicha voluntad y de su consentimiento, amparado en el temor de la misma, le introdujo el pene en la vagina, haciéndole daño, no hablando más con ella, y se marchó del lugar. Durante la ejecución de esos hechos, permanecían en el exterior del citado lugar Damaso y Constantino, en tanto Baltasar finalizaba su acción. NOVENO.- Hermenegildo, que hasta ese momento había permanecido en el vehículo, que habían estacionado al llegar a DIRECCION000 en un lugar próximo, sin que conste que desde ese lugar pudiese verse la zona concreta en la que se encontraba Lina, salió del vehículo y, al observar la presencia de sus amigos en las inmediaciones, se dirigió a la zona donde se encontraban estos. Al llegar a su altura, le contaron estos parte de lo ocurrido en relación con la citada joven, observando Hermenegildo que Lina estaba sentada en el suelo en la repetida zona, tras aquellos matorrales, y, poniéndose a su altura, le preguntó a Lina su edad, indicándosela esta y diciéndole él, a preguntas de aquella, que tenía 20 años, no hablando más el acusado, marchándose del lugar. DÉCIMO.- Instantes después, el acusado Damaso se dirigió a esa zona y le dijo a Lina que se vistiese, haciéndolo Lina, dándole él la chaqueta y el bolso, saliendo ambos de detrás de los arbustos, estando ya en el vehículo los restantes acusados, abandonando dicho acusado el lugar, quedándose sola Lina, la cual, seguidamente, se dirigió a su domicilio, donde llegó sobre las 22,25 horas. DÉCIMO PRIMERO.- No quedó acreditado que, tras los hechos realizados por Baltasar, el también acusado Isidro se dirigiese al lugar en el que se habían desarrollado esos hechos, y que, bajándose los pantalones y el calzoncillo, y en contra de la voluntad de Lina, le introdujese el pene en la vagina. DÉCIMO SEGUNDO.- Al día siguiente, 30 de noviembre de 2019, Lina contó parte de lo sucedido a una Educadora del Centro Juvenil de DIRECCION000, siendo seguidamente examinada en el Servicio de Urgencias del Servicio de Obstetricia.





y Ginecología del Complejo Hospitalario de Navarra, constando en el informe emitido por dicho servicio, en el apartado Exploración Ginecológica, lo siguiente: "Exploración general: no hematomas. Lesión eritematosa de 1 cm cerca de pezón derecho, en el areola. Genitales externos: lesión eritematosa de 1 cm en vestíbulo vulvar. Carúnculas himeneales eritematosas. Al colocar el espéculo comienza a sangrar, se objetivan dos desgarros de 1-2 cm cada uno de ellos en la entrada de la vagina, a las 4 y las 8 horas, sangrado activo del desgarró localizado a las 8 horas. Tras la toma de muestras se coloca solución de Monsel en las lesiones. Cervix con ectopia cervical. No sangrante. Resto de vagina normal. ECO TV: útero en anteflexión, endometrio secretor de 11 mm. Ambos ovarios normales. No líquido libre en Douglas." La Médico Forense que examinó a Lina el día 30 de noviembre de 2019, en el indicado Servicio de Obstetricia y Ginecología del Complejo Hospitalario de Navarra, en Informe Médico-Legal de fecha 13 de diciembre de 2019, indicó, entre otros extremos, lo siguiente: "La paciente ha mantenido relaciones sexuales recientes con penetración vaginal... La presencia de los desgarros vaginales simétricos es poco frecuente. Puede darse en casos de: Penetración de un miembro viril de grandes dimensiones. Escaso flujo vaginal (esto puede producirse con una penetración rápida sin excitación previa o por el uso de anticonceptivos que pueden disminuir el flujo). Introducción de un objeto con aristas simétricas." De las citadas lesiones Lina curó en 8 días, habiendo precisado tratamiento médico, señalando el informe de sanidad un perjuicio personal básico de 8 días. A consecuencia de los hechos descritos, la misma sufre DIRECCION012 con síntomas disociativos crónico (duración mayor de tres meses) y de inicio temprano. Con fecha 19 de marzo de 2020, por las psicólogas y facilitadoras de la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual (UAVDI) de la Fundación A LA PAR, se emitió informe en el que se señala que Lina "muestra altos niveles de ansiedad, con puntuaciones elevadas en preocupaciones y en sintomatología fisiológica. La ansiedad viene dada por ideas de angustia constante, pensamientos intrusivos (compatible con la escala IES-DI) acerca de los hechos investigados. En la escala de depresión, Lina obtiene un percentil de 95, mostrando una sintomatología depresiva muy elevada. Lo más destacado son los sentimientos de tristeza, irritabilidad, llanto y alteraciones del sueño. Tras la valoración del daño de Lina, se puede concluir, que presenta una clara afectación, compatible con sufrir "Daño Psíquico", de los supuestos hechos investigados ocurridos en diciembre de 2019".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Condenamos a los acusados Constantino, Baltasar y Damaso en los siguientes términos: 1) A Constantino : a) Como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual, con acceso carnal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. b) Como autor criminalmente responsable, por cooperación necesaria, de un delito de agresión sexual, con acceso carnal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 2) A Baltasar : a) Como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual, con acceso carnal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. b) Como autor criminalmente responsable, por cooperación necesaria, de un delito de agresión sexual, con acceso carnal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 3) A Damaso, como autor criminalmente responsable, por cooperación necesaria, de dos delitos de agresión sexual, con acceso carnal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por cada uno de ellos, a la pena de ocho años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo, imponemos a Porfirio, Constantino, Baltasar y Damaso la prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 300 metros a doña Lina, a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, por tiempo de 15 años respecto de los dos primeros y de 13 años respecto del tercero, y la de comunicarse con la misma durante igual periodo de tiempo por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Imponemos, además, a los acusados la medida de libertad vigilada, por tiempo de ocho años en cuanto a Constantino e Baltasar y por tiempo de siete años en cuanto a Damaso, medida que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del Código Penal. Condenamos a dichos acusados, solidariamente, a indemnizar a la citada doña Lina en la cantidad de 100.000 € por los daños morales y lesiones físicas y psíquicas causados, con el interés establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y al pago de las costas procesales correspondientes a los delitos por los que son condenados. Absolvemos a dichos acusados de los restantes delitos que se les imputaban, declarando de oficio las costas causadas en relación con esos delitos. Absolvemos a los procesados Isidro y Hermenegildo de los delitos que se les imputaban por las acusaciones, declarando de oficio las costas causadas en relación con estos acusados. Para el cumplimiento de las penas impuestas



abona a los acusados que son condenados el tiempo durante el cual permanezcan privados de libertad por estas actuaciones".

Contra indicada sentencia se interpuso recurso de apelación por las representaciones de la Acusación Popular Excmo. Ayuntamiento de Orcoyen, de la Acusación Particular Lina , de los acusados Constantino , Baltasar y Damaso y de la Acusación Popular Comunidad Foral de Navarra, en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que con fecha 28 de febrero de 2022, dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"PRIMERO.- Que debemos desestimar como desestimamos los recursos de apelación interpuestos por: - La Procuradora de los Tribunales Dña. Rosario Biurrun Ibiricu; en nombre y representación de Damaso , - La Procuradora de los Tribunales Dña. Rosario Biurrun Ibiricu; en nombre y representación de Constantino e Baltasar , - La Procuradora de los Tribunales Dña. María Sagrario de la Parra Hermoso de Mendoza, en nombre y representación de LA DENUNCIANTE, - El Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, en nombre y representación de la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA y - El Procurador de los Tribunales D. Ricardo Beltrán García, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE ORCOIEN, contra la sentencia 160/2021, de 5 de julio de 2021, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, dictada en su Procedimiento Sumario Ordinario número 115/2020, confirmando la misma en todos sus pronunciamientos. SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas causadas en el recurso de apelación. TERCERO.- Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella podrán interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que habrán de preparar mediante escrito autorizado por abogado y procurador y presentado ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la sentencia a sus representantes legales, a tenor de los artículos 855 y 856 de la misma Ley. CUARTO.- Una vez firme que sea, devuélvase la causa a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra de procedencia, con testimonio de la presente resolución".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por las representaciones de la Acusación Popular **Excmo. Ayuntamiento de Orcoyen**, de la Acusación Particular Lina y de los acusados Constantino , Baltasar y Damaso , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Popular **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ORCOYEN**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por indebida aplicación de los arts. 178, 179 y la doctrina jurisprudencial aplicable a los mismos.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por indebida aplicación de los arts. 178 y 179 del Código Penal y la jurisprudencia.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 28 del Código Penal.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 180.1.3º del Código Penal.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Dña. Lina** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Vulneración de Derechos Fundamentales recogidos en el art. 24 de nuestra Constitución al amparo de lo establecido en el art. 5.4º, de la LOPJ y en el art. 852 de la LEcrim., por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- Vulneración de Derechos Fundamentales recogidos en el art. 24 de nuestra Constitución al amparo de lo establecido en el art. 5.4º, de la LOPJ y en el art. 852 de la LEcrim., por la omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas y así como el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia en relación a la aplicación a este caso de la doctrina del Tribunal Supremo y del Convenio de Estambul respecto del "consentimiento".

Tercero.- Vulneración de Derechos Fundamentales recogidos en el artículo 24 de nuestra Constitución al amparo de lo establecido en el art. 5.4º, de la LOPJ y en el art. 852 de la LEcrim., por la omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas y así como el apartamiento manifiesto de las máximas



de experiencia en relación a la coautoría de Hermenegildo respecto de los delitos de agresión sexual cometidos por sus compañeros.

Cuarto.- Vulneración de Derechos Fundamentales recogidos en el art. 24 de nuestra Constitución al amparo de lo establecido en el art. 5.4º, de la LOPJ y en el art. 852 de la LEcrim., por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas y así como el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia en su valoración) en relación a la no concurrencia del subtipo agravado contemplado en el artículo 180.1. 3ª del C. P.

Quinto.- Infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se prepara por aplicación indebida del artículo 195 del Código Penal.

III.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados **D. Constantino , D. Baltasar y D. Damaso** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

Primero.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º y art. 851.3º de la L.E.Cr., por aplicación indebida del artículo 28 CP, y de los art. 56.1.2º, 178, 179 y 192.1 C.P. Asimismo, por infracción del art. 742 LECrim, por omisión en la Sentencia de Apelación de fundamentación sobre todas las alegaciones manifestadas por esta representación en el recurso de apelación y que versan sobre la existencia de pruebas objetivas y documentales y que la Sentencia recurrida omite de igual modo, no habiendo sido resueltos todos los puntos expresados por esta parte en su defensa.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la L.E.Cr., en particular vulneración del art. 24 C.E. relativo al derecho a la tutela judicial efectiva en relación a un juicio justo con todas las garantías, derecho a ser juzgado de forma imparcial, a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Tercero.- Por error en la apreciación de la prueba a las luz del 849.2º de la L.E.Cr., por la omisión de toda referencia a pruebas objetivas (imágenes captadas por cámaras y registro telefónico) que constan en autos y que no han sido tenidas en cuenta, prevaleciendo la declaración de la denunciante y la máxima de la experiencia de los Juzgadores, confirmando la Sentencia sobre la que se pretende interponer recurso de casación la Sentencia de Instancia, a pesar de haber sido objeto del recurso de apelación presentado por esta representación.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruidas las representaciones del recurrido acusado Hermenegildo de los recursos de la Acusación Particular Lina y del Excmo. Ayuntamiento de Orcoyen que solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación; del recurrido acusado Isidro que se opuso a los recursos de Lina y del Excmo. Ayuntamiento de Orcoyen; de la Acusación Particular Lina que impugnó el recurso de los acusados Constantino , Baltasar y Damaso ; de la Acusación Popular Comunidad Foral de Navarra que impugnó el recurso de los acusados Constantino , Baltasar y Damaso ; de los acusados recurrentes Constantino , Baltasar y Damaso , que solicitó la inadmisión y subsidiaria desestimación del recurso de la Acusación Particular Lina y de la Acusación Popular Excmo. Ayuntamiento de Orcoyen que impugnó y solicitó la desestimación del recurso de los acusados Constantino , Baltasar y Damaso .

SEXTO.- Dado traslado por diligencia de ordenación de 23 de noviembre de 2022 a las representaciones de las partes recurrentes por plazo de cinco días por si interesasen formular alegaciones con respecto a la aplicación de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre de Garantía Integral de la Libertad Sexual en la presente causa, la representación de Dña. Lina , por escrito de 29 de noviembre de 2022 presentado telemáticamente en el Registro General del Tribunal Supremo, indicó que las peticiones de prisión solicitadas inicialmente en el recurso de casación, no se ven afectadas por la reforma de indicada Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre; la representación del Ayuntamiento de Orkoien, en escrito presentado telemáticamente en el Registro General del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2022, solicita dejar al criterio jurídico del Tribunal la aplicación de la actual legislación teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y el relato de la víctima al haberse impuesto por la condena, la pena máxima; y la representación de Damaso , Baltasar y Constantino , por escrito presentado telemáticamente en el Registro General del Tribunal Supremo con fecha 1 de diciembre de 2012, se ratifica en su recurso de casación, solicitando se dicte sentencia de acuerdo con el mismo.

Dado traslado por diligencia de ordenación de 1 de diciembre de 2022 a las representaciones de los recurridos y al Ministerio Fiscal por plazo de cinco días por si interesasen formular alegaciones con respecto a la aplicación de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre de Garantía Integral de la Libertad Sexual en la presente causa, la representación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, en escrito presentado telemáticamente en el Registro General del Tribunal Supremo con fecha 7 de diciembre de 2022, solicita confirmen las penas ya impuestas en la instancia por la Audiencia Provincial de Navarra y confirmadas por el Tribunal Superior de





Justicia de Navarra; la representación de Isidro en escrito presentado telemáticamente en el Registro General del Tribunal Supremo de fecha 12 de diciembre de 2022, entiende que no habría necesidad de pronunciamiento alguno sobre la aplicación de la Ley referenciada; la representación de Hermenegildo, en escrito presentado telemáticamente en el Registro General del Tribunal Supremo con fecha 13 de diciembre de 2022, indica que la norma a aplicar no tiene trascendencia respecto a Hermenegildo; y el Ministerio Fiscal, en escrito presentado telemáticamente en el Registro General del Tribunal Supremo con fecha 14 de diciembre de 2022, indica que las penas impuestas no deben modificarse, ya que con la nueva regulación la pena es perfectamente imponible, y se acomoda a la nueva penalidad, proporcionalidad de pena y reglas dosimétricas.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 18 de enero de 2023, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación los interpuestos por las representaciones del AYUNTAMIENTO DE ORCOYEN, Lina y Constantino e Baltasar y Damaso, contra la sentencia de nº 6/2022 de 28 de febrero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por delito de agresión sexual.

Con carácter previo, como con acierto apunta el Fiscal de Sala, es preciso realizar unas precisiones previas para delimitar el alcance de los hechos probados resultante de la prueba practicada y de lo fijado en un escenario en el que contamos con sentencia dictada por la Audiencia Provincial que ha sido revisada por el TSJ y el absoluto respeto a los hechos probados que supone un límite infranqueable en el proceso de los recursos de casación que se interponen ante esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el determinante y relevante punto de partida que ese es el límite que no puede superarse ante los motivos que se interponen en este caso por los recurrentes, no pudiendo postularse en sede de casación una revisión de la valoración probatoria que determine una alteración del relato de hechos probados, propugnándose alegatos que vayan dirigidos a plantear que en base a la prueba que expongan los recurrentes debió ser valorada de otra forma, interesando un cambio en la sentencia que exigiría el correlativo cambio en los hechos probados que es inviable.

Dicho esto es preciso destacar los siguientes aspectos que son relevantes para el desarrollo de cada uno de los motivos que exponen los recurrentes, a saber:

1.- El TSJ desestimó los recursos formulados por los recurrentes y mantiene las condenas dictadas que son las siguientes:

a.- Baltasar Y Constantino fueron condenados como autor, cada uno de ellos, de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP y como cooperador necesario de otro delito de los artículos 178 y 179 CP a las penas respectivas de 9 y 8 años de prisión por cada uno de los delitos, tanto como autor como cooperador necesario.

b.- Damaso, es condenado como cooperador necesario de dos delitos de los artículos 178 y 179 CP a las penas de 8 años de prisión por cada uno de ellos.

2.- Damaso tuvo una relación sexual con la víctima Lina consentida por esta en su totalidad y sin oposición en modo alguno.

3.- Damaso, Baltasar y Constantino se pusieron de acuerdo en tener acceso carnal con Lina actuando conjuntamente para cubrir el escenario de los hechos cuando fueran ejecutados por los demás.

4.- Constantino tuvo acceso carnal con Lina contra la voluntad de esta y expresa oposición mientras era cubierto por Baltasar y Constantino, siendo Lina conocedora, cuando fue violada por Constantino, de la presencia de Damaso y de Baltasar en base al concierto previo de ellos en la forma de ejecución del acto.

5.- Acto seguido Baltasar repitió la escena anterior de Constantino y tuvo acceso carnal con intimidación sobre Lina sabedora ésta de la presencia de Constantino y Damaso, en base al concierto previo de ellos en la forma de ejecución del acto.

6.- Baltasar y Constantino actuaron, por tanto, con intimidación ambiental, al margen de cualquier consentimiento habilitador de la práctica forzada e impuesta sobre la mujer violada.

Sin embargo, de los hechos probados se desprende que Damaso realizó sus actos sexuales con Lina con el consentimiento de esta, aunque Damaso sí que se concertó en llevar a cabo los actos tal cual habían previsto y se ejecutaron. Estaba allí cooperando a los actos de Baltasar y de Constantino. Damaso cooperó necesariamente en las agresiones de éstos, no queridas ni consentidas, pues participaba de la coacción





ambiental y del temor inspirado a la víctima por la presencia plural de acusados en el exterior del lugar apartado en el que se realizaron las agresiones sexuales.

7.- La intimidación surgió por la presencia plural de personas, el concierto criminal previo, la búsqueda del lugar apartado y oscuro, y la sucesión de los autores en la realización de las penetraciones típicas, que ya había iniciado el llamado Damaso desnudando a la joven y consumando el acceso antes que los indicados, pero con la aquiescencia de la mujer.

8.- Los hechos probados declaran no probado que Isidro hubiese penetrado a la víctima ni que hubiese acudido al lugar de los hechos.

9.- Hermenegildo se quedó en el vehículo en lugar alejado desde el que no se veía la zona oscura y apartada de los hechos y solo salió para preguntarle a la víctima su edad, no hablando más y marchándose del lugar.

Ninguno de los dos últimamente citados participaron del concierto criminal o de la intimidación grupal.

10.- No consta reflejado en los hechos probados que los condenados tuvieran conocimiento del DIRECCION003 moderado que padecía la víctima.

En consecuencia, estos son los hechos sobre los que gira la condena dictada y la sucesión de acontecimientos que tuvieron lugar para el encaje posterior de los motivos que se exponen por los recurrentes y la resolución dictada que es objeto de recurso.

RECURSO DE CASACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE ORCOYEN

SEGUNDO. - 1.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849 párrafo 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 178, 179, 180.1.3.

Entiende la parte recurrente que Damaso debió haber sido condenado, además de como doble cooperador necesario de las agresiones de Constantino e Baltasar, como autor de un delito de agresión sexual por sus accesos vaginal y oral sobre la víctima.

Sin embargo, dado que se plantea por la vía del art. 849.1 LECRIM el motivo es preciso recordar que se deben respetar los hechos probados y en este caso no ocurre así, ya que pese al dictado de los hechos probados donde se excluye que Damaso empleara violencia o intimidación se postula su condena como autor.

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Hay que tener en cuenta que, según consta en los hechos probados Damaso "ofreció" a Lina acudir a un lugar separado del que estaban todos y tener relaciones sexuales a lo que ella consintió voluntariamente, señalan los hechos probados. Consta, asimismo, que Damaso tuvo relación sexual bucal y vaginal con el consentimiento voluntario de Lina y fuera, o no, de la presencia de terceros. Consta de forma expresa su voluntariedad. Es decir, que no acepta por una intimidación ambiental provocada por la presencia de terceros que le intimidaran para llegar ella al consentimiento mediatizado por los terceros, al modo de una intimidación ambiental que pudiera haber ejercido Damaso sobre ella. En modo alguno consta este extremo en los hechos probados que son intangibles.

En el escenario entre Damaso y Lina y la relación sexual que completan está presidida por el consentimiento de ella, y no está coaccionada por el temor que pudiera influirle en su decisión de tener acceso carnal con Damaso saber que por allí estaban también los otros dos recurrentes.

Por ello, en modo alguno puede prosperar la petición del recurrente de que se le condene a Damaso como autor de un delito de agresión sexual ex art. 178 y 179 CP, ya que solo ha sido condenado por cooperar en los delitos cometidos por los otros dos recurrentes. Porque aquí sí que consta en los hechos probados que los tres acordaron tener relaciones sexuales con Lina ejecutando su acción y esperando a que terminara uno para





actuar el otro al modo de la cooperación necesaria, ya que cuando se describen las agresiones sexuales, aquí sí, de Baltasar y Constantino, por cuanto consta que ella no quería llevarlas a cabo, fue intimidada y asustada por la presencia de los demás mientras estos realizaban el acceso carnal. La cooperación de Damaso sí que concurre en las dos agresiones sexuales para integrar la intimidación ambiental, aunque en un grado inferior al de otros hechos que se han analizado por esta Sala en cuanto a la intimidación más presencial, pero que en este caso concurrió de forma diferente a otros casos de mayor ámbito participativo en la intimidación que el presente, por cuanto en ese concierto se procede a una presencia fuera del escenario físico, pero siendo conscientes de que se quedan allí en el apoyo y cobertura, aunque degradada frente a otros modos o formas de cooperación por intimidación ambiental más presenciales cercanas a la víctima. En este caso se trata de una intimidación ambiental por cooperación presencial fuera del escenario que debe conllevar un tratamiento penológico más reducido como más tarde veremos.

La víctima era consciente de que ellos estaban allí. Consta en los hechos probados que en ambas violaciones la víctima se quedó *sin capacidad de reacción, ante la inesperada irrupción de aquel en dicha zona apartada y asustada, al ser conocedora de la presencia de los otros dos acusados en el exterior.*

Cierto es que la intimidación requiere cuando con la apreciación subjetiva de la víctima la objetiva atendidas las circunstancias del caso según esta Sala del Tribunal Supremo Sentencia 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019. Y esta misma sentencia concreta que *Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima.*

Por ello, para apreciar la intimidación este elemento debe tener relevancia objetiva además de la subjetiva de la víctima. Y ello concurre en el presente caso aunque luego trataremos el grado de su afectación en el caso concreto que determina una aminoración de la pena.

Los hechos probados relatan en varios apartados y con claridad descriptiva ese concierto de voluntades previo y esa cooperación en la ejecución de las violaciones de Baltasar y Constantino mientras estos lo llevaban a cabo y la constancia de la intimidación ejercida por ellos y percibida por la víctima que ejecutan los demás al estar allí presentes cerca, lo que determina la cooperación de los demás en los dos delitos de violación ejecutados por Baltasar y Constantino.

Pero a Damaso no se le puede extender la autoría en su acto sexual, por cuanto estuvo presidido por la expresa voluntad de Lina que consta en los hechos probados, por lo que la pretensión del recurrente supondría alterar los hechos probados, que son intangibles.

La parte recurrente realiza por la vía del art. 849.1 LECRIM alegaciones relacionadas con valoración de prueba, por cuanto introduce referencias a la declaración de la víctima, lo que no es sostenible por la vía del error iuris y en la que nos debemos sujetar a los hechos probados. Hace referencia a que aunque pudo consentir en el acceso bucal, no así lo hizo en el vaginal, pero los hechos probados describen una actuación conjunta y continuada de consentimiento de Lina con Damaso, aunque no con los demás.

Nótese que los hechos probados reseñan que Damaso ofreció a Lina tener contacto sexual, a lo que ella accede voluntariamente y que lo hizo en un contexto de continuidad en el ofrecimiento y en la aceptación, no recogiendo los hechos probados ninguna referencia a la oposición que sí ejerció Lina cuando se relatan los demás actos de violación de Baltasar y Constantino. Sin embargo, en el caso de Damaso ello no se refleja en los hechos probados constatando un clima de voluntariedad.

De suyo, la condena a Baltasar y Constantino por cooperación necesaria lo es respecto de un delito de agresión sexual, que fueron los respectivos de ellos cada uno en relación al del otro, pero no el acto sexual de Damaso, que lo fue voluntario, y así consta con claridad en los hechos probados, sin que podamos alterar el resultado de los mismos mediante una interpretación extensiva y contra los mismos que pretende el recurrente, introduciendo en este motivo cuestiones afectantes a la valoración probatoria respecto de la valoración de la declaración de la víctima, que no es admisible en esta sede.

Lina no tuvo miedo alguno en su relación sexual con Damaso, lejos de lo que ocurrió con los otros dos, en donde hubo negativa, oposición y miedo ambiental por la presencia de los demás. Precisamente por ello, estos tres son condenados por cooperación en los dos delitos de agresión sexual cometidos sobre Lina por Baltasar y Constantino.

Hace referencia la parte recurrente a la doctrina de la Sala sobre la intimidación ambiental en los delitos sexuales, lo que es cierto cuando son cometidos por varias personas, y que ello lleva a la condena por cooperación necesaria en la actuación de los restantes en los delitos sexuales de cada uno de ellos, lo que





cierto, pero lo que aquí se pretende es la condena como autor directo de la violación sobre Lina de Damaso , respecto de quien consta que realizó los actos con expreso consentimiento de Lina .

Recordemos que la nueva LO 10/2022, de 6 de Septiembre integral de delitos contra la libertad sexual recoge en el art. 178 CP *Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*

Con ello, no se exige en estas situaciones un consentimiento expreso, sino que puede ser tácito, y dependiendo, y aquí está la clave del texto, de las "circunstancias del caso". Pues en este supuesto estas circunstancias evidencian que la voluntariedad existió. Incluso consta que hubo un ofrecimiento y una aceptación voluntaria a llevar a cabo el acto sexual, por lo que el acceso sexual, tanto bucal como vaginal, fue consentido, sin que conste en modo alguno en los hechos probados algún tipo de negativa o no aceptación por la víctima, ya que mientras que esta negativa se expone en los actos sexuales forzados de Baltasar y Constantino , nada se dice en los de Damaso que fue quien primero tuvo acceso bucal carnal con Lina y con su voluntariedad expresa, por lo que la referencia de la reforma del CP a las "circunstancias del caso" puede aquí aplicarse en su totalidad, habida cuenta que aunque no se exija un consentimiento expreso, en este caso, incluso se da el dato de la voluntariedad de Lina ante el ofrecimiento de Damaso .

Hay que recordar que con relación a los actos sexuales realizados por una persona hay que fijar varios matices:

- 1.- La circunstancia de que la mujer quiera realizarlos con una persona no determina que deba realizarlos con otras personas que aparezcan en el lugar.
- 2.- O que si una mujer consiente a un acto sexual quiera decir que consienta más veces, incluso con la misma persona, o con otros.
- 3.- La mujer tiene libertad sexual para consentir un acto sexual y para negarse al siguiente.
- 4.- Que haya aceptado un acto sexual con una persona no quiere decir que acepte otros actos sexuales con ella o con otros.
- 5.- No existe una presunción de consentimiento perpetuo de la mujer en los actos sexuales, sino que cada uno de ellos debe ser "renovado" atendidas las circunstancias del caso.
- 6.- No existe el subjetivismo del autor de que la mujer consiente el acto sexual. Debe quedar evidenciado atendidas las circunstancias del caso.

Pero en este caso concreto, las circunstancias del caso evidencian el consentimiento, no pudiendo introducirse criterios en esta sede de revaloración de prueba que afecten a los hechos probados que la recurrente los interpreta de forma que no existió el consentimiento, cuando se trató de una aceptación de Lina a los actos sexuales que tuvo con Damaso en su conjunto.

Precisamente, es la doctrina que refiere el recurrente sobre la intimidación ambiental lo que ha determinado la condena a Damaso , pero por cooperación necesaria probada y que consta en los hechos probados respecto de los delitos de agresión sexual perpetrados por Baltasar y Constantino , pero no se puede alterar el hecho probado para condenarle por autoría respecto de su acto sexual porque fue voluntario y así consta.

Tenemos, además, el límite de las sentencias absolutorias dictadas en sede de apelación, y sobre las que se pide la revisión y condena en sede casacional, lo que hace inviable la condena en casación.

Como recuerda la STS de 17.2.2022, nº 126, " *cuando el recurso de apelación o de casación se interponen contra una sentencia absolutoria, la reforma de 2015 ha vedado, en términos concluyentes, que el tribunal de segunda instancia o el de casación reconstruyan el hecho probado a partir de una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, cualquiera que sea la naturaleza de esta. La acusación solo puede pretender la revocación de la sentencia absolutoria y la condena del absuelto, cuestionando el fundamento normativo jurídico de la decisión a partir de los hechos que se declaran probados.*

Por contra, cuando los gravámenes afectan al cómo se ha conformado el hecho probado o cómo se ha valorado la prueba solo pueden hacerse valer mediante motivos que posibiliten ordenar la nulidad de la sentencia recurrida. Lo que solo acontecerá si, en efecto, se identifican defectos estructurales de motivación o de construcción que supongan una fuente de lesión del derecho de quien ejercita la acción penal a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 CE . Ni la acusación puede impetrar ante el tribunal de segunda instancia una nueva valoración de la prueba, como una suerte de derecho a la presunción de inocencia invertida. Ni, tampoco, que se reelabore el hecho probado corrigiendo los errores de valoración o de selección de datos probatorios.

Los límites ante recursos ante sentencias absolutorias y con hechos probados de contenido absolutorio.





Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 110/2022 de 10 Feb. 2022, Rec. 1157/2020 que *"Debemos recordar una síntesis de pronunciamientos del Tribunal Constitucional que permiten delimitar nuestra capacidad de fiscalización de estas sentencias absolutorias.*

El Tribunal Constitucional en materia de recursos de amparo contra sentencias absolutorias, (SSTC 45/2005 de 28.2 , 145/2009 de 15.6 , ha recordado que la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental a la condena penal de otra persona (por todas SSTC. 157/90 de 18.10 , 199/96 de 3.12 , 215/99 de 29.11 , 168/2011 de 16.7), sino que meramente es titular del ius ut procedatur, es decir del derecho a poner en marcha un proceso, substanciándolo de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas STC. 120/2000 de 10.5).

La función del TC se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el ius ut procedatur del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las Leyes en vigor reconocen. Supuesto este en que si es posible declarar la nulidad de la sentencia penal absolutoria al haber sido dictada en el seno de un proceso penal substanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso, respetando en él las garantías que le son consustanciales (SSTC. 215/99 de 29.11 , 168/2001 de 16.7), o en fin, por poder incurrir la sentencia absolutoria en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, no satisfaciendo así las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (STC. 45/2005 de 8.2)."

Nos encontramos, pues, ante una sentencia absolutoria en este extremo de la absolución como autor que es recurrida directamente en casación. Y, así se recoge en la sentencia antes citada que:

"Previamente, dado que el presente recurso se interpone contra una sentencia absolutoria dictada en primera instancia por una Audiencia Provincial porque la prueba practicada en el juicio oral no permitió concluir con la certeza exigida por el derecho penal, ... la autoría del delito debemos recordar la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS 517/2013, de 17-6 ; 122/2014, de 24-2 ; 22/2016, de 27-1 ; 421/2016, de 18-5 ; 206/2017, de 29-3 ; 641/2017, de 28-9 ; 252/2018, de 24-5 ; 528/2020, de 21-10 ; 72/2021, de 28-1 ; 425/2021, de 19-5 ; 574/2021, de 30-6), en orden a que "las sentencias absolutorias tienen una especial rigidez en relación al pronunciamiento absolutorio, lo que no es más que una manifestación de la especial situación que tiene todo imputado en el proceso al disponer de un estatus especial y más protegido que el resto de las partes. Por ello, cuando en el ejercicio del ius puniendi estatal, se concluye con una sentencia absolutoria, siempre que la decisión esté motivada y quede garantizada la efectividad de la interdicción de la arbitrariedad, ex art. 9.3 CE, la anulación de tal pronunciamiento requiere específicos requisitos.

No podemos olvidar que el derecho a la doble instancia penal reconocido en los Tratados Internacionales, artículo 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos , sólo esté previsto con carácter vinculante para las sentencias condenatorias no para las absolutorias, por lo que sería acorde a dichos Tratados un sistema penal que sólo admitiese la doble instancia en caso de condena.

Sentado lo que antecede, es necesario distinguir los supuestos en que la parte recurrente -Ministerio Fiscal o acusaciones particulares- solicitan la condena, por la vía del recurso de casación, a este Tribunal Supremo, de quien ha sido absuelto en la sentencia.

Para ello ha de atenderse, en primer lugar, a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias sin audiencia personal del acusado; y, en segundo lugar, al criterio de este Tribunal Supremo que estima incompatible dicha audiencia personal con la naturaleza y regulación legal del recurso de casación, sin perjuicio de que el acusado sea oído siempre en casación a través de su defensa jurídica (Pleno no jurisdiccional celebrado el 19 de diciembre de 2012, en el que se decidió que " La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la Le", STS 400/2013, de 16 de mayo).

Conviene reiterar, una vez más, nuestra doctrina a efectos de su consolidación y aplicación al caso ahora enjuiciado".

"...Recuerdan las SSTS 892/2016, de 25 de noviembre , 421/2016, de 18 de mayo , 22/2016, de 27 de enero , 146/2014, de 14 de febrero , 122/2014, de 24 de febrero , 1014/2013, de 12 de diciembre , 517/2013, de 17 de junio , 400/2013, de 16 de mayo , etc., con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril, entre otras, que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas.

Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los





ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

En la función de tutela de derechos fundamentales, que también le corresponde a este Tribunal con carácter primario, no actúa esta Sala como órgano supremo, pues está determinada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, que en esta materia puede revisar sus resoluciones (arts. 123 y 161 b CE).

En consecuencia, debe desestimarse el motivo por la inviabilidad de alteración de los hechos probados de corte absolutorio como bien destaca el Fiscal de Sala.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849 párrafo 1º, de la ley de enjuiciamiento criminal, por indebida aplicación de los artículos 178 y 179 del Código Penal.

Se pretende que se condene a Isidro y Hermenegildo como autores de un delito de agresión sexual sobre la joven de los artículos 178, 179 CP por haber accedido sobre ella individualmente cada uno de ellos y además como cooperadores necesarios de otras tres agresiones sexuales de los demás por haber contribuido a formar la intimidación ambiental grupal.

Por ello, en este motivo se vuelve a incidir en cuestiones afectantes a la valoración de la prueba, tomando por base la parte recurrente que las dos personas que no fueron condenadas y absueltas en la resolución de la Audiencia Provincial y confirmada por el TSJ, sí que perpetraron los hechos y participaron de forma activa en la intimidación y deberían ser condenados como autores y como cooperadores necesarios en los delitos de agresión sexual cometidos por el resto. Realiza una alternativa valoración de la prueba que no puede ser admitida en sede casacional, faltando el respeto a los hechos probados que excluyen de forma clara y evidente la participación de ambos en los hechos.

Realiza una extensa argumentación la parte recurrente con relación a la valoración de la prueba, lo que queda absolutamente al margen la revisión en casación, dado que se plantea el motivo por infracción de ley lo que exige el respeto de los hechos probados, lo que invalida cualquier reflexión que se realiza en este caso por la parte recurrente con respecto a una revisión de la valoración probatoria.

Por ello la petición de nulidad de la sentencia es absolutamente inviable, porque por el cauce del error iuris no puede proceder la revisión de la valoración probatoria, aparte de encontrarnos con una sentencia absolutoria que tiene el límite que anteriormente ha sido expuesto ante el motivo anterior, en cuanto a la imposibilidad de la revisión de la misma y la condena cuando el motivo planteado es de infracción de ley que exige el respeto de los hechos probados.

Consta, así, en los hechos probados que:

"9.- Hermenegildo, que hasta ese momento había permanecido en el vehículo, que habían estacionado al llegar a DIRECCION000 en un lugar próximo, sin que conste que desde ese lugar pudiese verse la zona concreta en la que se encontraba Lina, salió del vehículo y, al observar la presencia de sus amigos en las inmediaciones, se dirigió a la zona donde se encontraban estos. Al llegar a su altura, le contaron estos parte de lo ocurrido en relación con la citada joven, observando Hermenegildo que Lina estaba sentada en el suelo en la repetida zona, tras aquellos matorrales, y, poniéndose a su altura, le preguntó a Lina su edad, indicándosela esta y diciéndole él, a preguntas de aquella, que tenía 20 años, no hablando más el acusado, marchándose del lugar.

...

11.- No quedó acreditado que, tras los hechos realizados por Baltasar, el también acusado Isidro se dirigiese al lugar en el que se habían desarrollado esos hechos, y que, bajándose los pantalones y el calzoncillo, y en contra de la voluntad de Lina, le introdujese el pene en la vagina.

Con estos hechos probados en modo alguno puede construirse la pretensión de condena por autoría y cooperación que postula la recurrente. No consta probado que tuvieran acceso carnal in consentido, ni que ellos participaran en la realización de los actos sexuales de los demás.





El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849 párrafo 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 28 del Código Penal.

El motivo insiste ahora en que Isidro y Hermenegildo son autores de los delitos del motivo anterior.

Nos remitimos al motivo anterior, ya que no se respetan los hechos probados de contenido absolutorio respecto de ambos acusados que fueron absueltos. Además, nos remitimos a lo ya expuesto en el Fd nº 2 en cuanto a las sentencias absolutorias recurridas en casación. No puede pretenderse la condena bajo el abrigo de una revisión de la valoración probatoria que en este caso propugna la parte recurrente. Resulta inviable una condena en sede casacional con hechos probados absolutorios, con sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial respecto de los dos a quienes se refiere el motivo y validada por el TSJ.

Consta en los hechos probados (5º) que los dos acusados absueltos se quedaron en el coche mientras los otros tres se dirigían al lugar con Lina. Su exclusión de los hechos es absoluta.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849 párrafo 1º, de la ley de enjuiciamiento criminal, por indebida aplicación del artículo 180.1.3º del Código Penal.

También por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM cuestionan que no se haya aplicado el subtipo agravado del art. 180.1.3º CP de "especial vulnerabilidad".

Señala, así, la recurrente que: "La Sentencia ahora recurrida no aprecia en Damaso, Constantino, Baltasar, Isidro y en Hermenegildo, los acusados, la concurrencia del subtipo agravado previsto en el artículo 180.1. apartado 3º del Código Penal."

Pero, nuevamente, nos encontramos con la misma cuestión atinente a la falta de respeto de los hechos probados de la sentencia en donde en modo alguno se cita la existencia de un conocimiento de la situación personal mental de Lina por los condenados. No consta ello en los hechos probados, sino que nada más se refieren estos a los actos de contenido sexual, por lo que la circunstancia de que Lina tuviera la afectación.

Consta en la sentencia del TSJ (FD nº 3) que: "*La sentencia de la Audiencia Provincial se inclina por considerar que no puede afirmarse que tal discapacidad hubiere sido percibida por los acusados, o por alguno de ellos con anterioridad a los hechos, y dicha afirmación tras analizar la prueba practicada, es plenamente compartida por esta Sala.*"

Es cierto que algunas de las personas que intervinieron en el acto del juicio manifiestan que tal discapacidad es apreciable a simple vista, como la ginecóloga o la forense que la asistieron, pero no puede desconocerse, por un lado, que se trata de dos profesionales de la medicina, de lo cual puede deducirse una mayor facilidad para ello, y por otro lado, que existen profesionales que opinan lo contrario, y así, las psicólogas de la Fundación A LA PAR, cuya dedicación profesional es la atención a víctimas con discapacidad intelectual, manifestaron que Lina "tiene más dificultades de las que a primera vista puede parecer", añadiendo que esa discapacidad que presenta "no se aprecia a primera vista, físicamente". También el testigo Sr. Donato, que había mantenido relaciones sexuales consentidas con la víctima esa tarde, manifiesta que no era apreciable en ella, a simple vista, discapacidad alguna. Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala ha tenido la oportunidad de visionar las tres declaraciones de Lina obrantes en las actuaciones, la declaración ante la juez de instrucción (con presencia, además, del abogado de la acusación particular, del Fiscal, y de una psicóloga), la efectuada ante la Policía Foral (dos policías en concreto, y el abogado de la acusación particular), y la prestada en el acto del juicio, y ello reafirma la mencionada opinión. Si bien en el acto del juicio, a partir de determinado momento comienzan a aflorar determinados rasgos, lo cierto es que, por un lado, es una declaración de dos horas y, por otro, en un ambiente hostil para ella, como así lo definió la psiquiatra actuante, hasta el punto de que, con mucha anterioridad, dijo que el saber que tenía que comparecer en juicio, le produjo importantes trastornos que requirieron de tratamiento, y en este mismo sentido se habían expresado las psicólogas forenses. Y en cuanto a las otras dos declaraciones referenciadas, más cortas, aunque cercanas a la hora de duración cada una de ellas, pero en un ambiente más distendido, de su simple visionado no es posible extraer la existencia de una discapacidad en la persona declarante, antes al contrario, y menos de dicha entidad.

...

Volviendo al caso que es objeto del presente recurso de apelación, además de la fundamental percepción directa que ha tenido la Sala sentenciadora, constatada por este Tribunal a través de las grabaciones existentes, y de las demás pruebas aportadas, nos encontramos con una relación personal que, en relación con cada uno de los acusados individualmente, y a tenor de la indubitada horquilla horaria que facilitan las cámaras, no habrá sido





en ningún caso superior a los 20 minutos, y que se produce en un ambiente distendido, de noche, en lugar con poca luz, y con unas personas que, en general, no tienen un correcto conocimiento del idioma español, de ahí que, en base al principio in dubio pro reo, no quepa apreciar la concurrencia de este subtipo agravado recogido en el artículo 180.1.3º C.P., de conformidad con lo dispuesto en la sentencia recurrida."

Con ello, el TSJ lleva a cabo un estudio acerca de si fuera posible que esa situación de *diagnóstico de DIRECCION003 moderado* sea perceptible, y pudiera ser que los autores se prevalieran de ello para cometer los actos de contenido sexual, lo que, de ser así, integraría la aplicación del subtipo agravado del art. 180.1.3º CP, pero no es el caso, ya que se argumenta de forma suficientemente motivada las razones de su exclusión, y la inexistencia de concurrencia del dolo exigente de ese DIRECCION003 para llevar a cabo los actos sexuales.

Con ello, para la apreciación del subtipo agravado que ahora se mantiene con la LO 10/2022 de 6 de Septiembre en el art. 180.1.3º CP se exige para apreciar la especial vulnerabilidad de la víctima:

- 1.- Sobre todo que sea conocida por el autor la situación de vulnerabilidad sobre la que se predica la imposición del subtipo agravado en la sentencia condenatoria.
- 2.- No se trata de que objetivamente la víctima la tenga, sino que sea percibida por el autor.
- 3.- Nótese que se refiere a que exista un prevalimiento sobre esa vulnerabilidad, lo que requiere el conocimiento del autor en el dolo comisivo que sea reflejado en los hechos probados.
- 4.- Es preciso que el autor conozca la vulnerabilidad, en este caso, la debilidad mental, y su existencia y que además sabe que sepa déficit intelectual impide a la persona decidir libremente.

Hay que recordar que esta cualificación tiene su fundamento en el especial reproche que supone el aprovechamiento consciente por parte del sujeto activo de una situación de superioridad frente a la especial debilidad de la víctima por su edad, enfermedad o situación, que implica en la práctica, mayores dificultades para oponerse a las pretensiones sexuales del agresor.

Esta circunstancia exige la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos, al mismo tiempo, del conocimiento y aprovechamiento por parte del agente de los mismos.

El "conocimiento" externo visible del agente de la vulnerabilidad de la víctima como elemento determinante de la agravación.

Señala el Tribunal Supremo en sentencia 304/2019, de 11 de junio que:

"La existencia de un "conocimiento" exacto de la vulnerabilidad, y que ello quede claramente probado, y no por una mera referencia de terceros, o que en quede reflejado en informes periciales, permite hablar del plus de antijuridicidad y culpabilidad que requiere el subtipo agravado por la existencia de ese conocimiento, pero no, simplemente, porque pericialmente se ha constatado que ese síndrome existe, sino que el sujeto "se aprovechó" de ello para llevar a cabo el ataque a la libertad sexual de la víctima.

Pueden darse situaciones de presunción de "conocimiento" de la situación de vulnerabilidad de la víctima en casos evidentes de menores de edad, o de personas que sufran una enfermedad que, a juicio del Tribunal, resulte notoria, pero no en casos límites como el presente, donde la levedad, y no apreciación evidente provoca que debe el Tribunal llevar a cabo un esfuerzo motivador acerca de esa percepción evidente que lleva al sujeto a ser consciente de que esa posición de la víctima la sitúa en sujeto vulnerable para sus actos libidinosos. Pero ello no es suficientemente acreditado, ya que, como hemos señalado, que parezca "rara", y que ello también le parezca a terceros no lleva la presunción de esa seguridad de que el sujeto merece el plus de reprochabilidad penal.

Sobre este punto ya señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1503/2005 de 19 Dic. 2005, Rec. 2404/2004 que:

"La situación de la víctima es una de las posibilidades que pueden determinar una especial vulnerabilidad, según se recoge en el artículo 180.1.3ª del Código Penal. El texto legal ha sido criticado doctrinalmente por su falta de definición. En su aplicación deberán concretarse con claridad cuáles son las circunstancias en las que se encuentra la víctima que determinan una mayor dificultad para defenderse de la acción del autor del delito, hasta el punto de dar lugar a una especial vulnerabilidad, la cual ha de ser superior a la ya necesaria para la ejecución del hecho. En el caso de abusos sin consentimiento, para superar la negativa de la víctima a la acción del autor".

Sin embargo, debemos considerar que una cosa es el dato objetivo de la existencia de una situación de vulnerabilidad después de un estudio al respecto, y otra que en situaciones no claramente evidentes se exija un conocimiento de la vulnerabilidad que atraiga el plus de antijuridicidad y culpabilidad de la conducta.

Recuerda la doctrina sobre la circunstancia 3.ª del art. 180.1 CP que hace depender la agravación de la concurrencia de situaciones de "vulnerabilidad personal" excesivamente genérica. En los casos de minoría de





edad el conocimiento del sujeto activo debe abarcar la circunstancia de la edad de la víctima. El art. 180.1.3.º CP aglutina en consecuencia cuatro circunstancias que configuran la agravación -vulnerabilidad por edad, enfermedad, discapacidad, y en cualquier otra circunstancia (que opera como cajón de sastre individualizable al caso concreto)-.

Exigen, pues, una cumplida acreditación fáctica" (STS 217/2008, de 24 de abril).

Pero debemos concluir que no basta el dato fáctico de esa enfermedad que conlleva la agravación, sino su evidencia para el actuar del sujeto, que es lo que atrae la agravación por su aprovechamiento, ya que si no existe ese conocimiento de la vulnerabilidad por el sujeto no existe este "aprovechamiento" que atrae la agravación y el mayor reproche penal.

En un tipo penal de estas características es posible que ciertas particularidades de la víctima, que serán de analizar en cada caso concreto, determinen su vulnerabilidad, y por ello incrementen el desvalor del hecho justificando la agravación de la pena respecto del tipo básico, pero exigen que atendidas las características de la víctima sea apreciable la vulnerabilidad de forma notoria, y que "sea rara", por ejemplo, no lo evidencia, aunque posteriormente exista un informe que lo objete, ya que esta circunstancia es plenamente objetiva, y, también, además de ello, el conocimiento de la vulnerabilidad subjetiva, aunque esta debe manifestarse de forma clara y evidente

Por ello, estima la doctrina que en estos casos estima el legislador que la víctima, en razón a sus circunstancias personales edad, enfermedad, discapacidad, o cualquier otra semejante, dispone de menos recursos para defenderse de los ataques frente a su esfera sexual.

Insiste la doctrina en el "conocimiento" cuando añade que esta cualificación tiene su fundamento en el especial reproche que supone el aprovechamiento consciente por parte del sujeto activo de una situación de superioridad frente a la especial debilidad de la víctima por su edad, enfermedad o discapacidad, que implica en la práctica, mayores dificultades para oponerse a las pretensiones sexuales del agresor. Esta circunstancia exige la concurrencia de los elementos objetivos y del conocimiento y aprovechamiento por parte del agente de los mismos.

En este caso, ello no ha concurrido, y, en consecuencia, no puede estimarse la aplicación del subtipo agravado.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN DE Lina

SEXTO.- 1.- Vulneración de derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de nuestra constitución al amparo de lo establecido en el art. 5.4º, de la LOPJ y en el art. 852 de la LECRIM, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas y así como el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia en su valoración).

El motivo considera irracional la argumentación e interpretación de la prueba que absolvió a Isidro .

Incide en que de la prueba que propuso y se practicó sí que puede deducirse "la presencia de Isidro en el jardín junto a los arbustos tras los cuales se cometieron sucesivas agresiones sexuales" Alega la parte recurrente que "de haber valorado los testimonios que se cita por la recurrente se hubiera condenado a Isidro como autor de una agresión sexual y Hermenegildo y Isidro como coautores de las agresiones sexuales llevadas a cabo por todos ellos".

Añade que "La no presencia de Isidro en las imágenes aportadas no acredita de ninguna manera que no estuviera en el lugar de los hechos".

Sobre ello hay que considerar que no puede plantearse una parcial y personal valoración de la prueba en sede casacional, entendiéndose que existe falta de motivación, ya que no puede confundirse "ausencia de motivación" suficiente determinante del vicio que postula en el motivo, con valoración diferente del tribunal de instancia y del que revisa la racionalidad de la valoración probatoria, frente a la visión personal propia de la parte recurrente. La disparidad en la valoración probatoria de la recurrente frente a la de ambos tribunales no es ausencia de motivación determinante de la condena, ya que no puede pretenderse en sede de apelación una especie de "sustitución" de la valoración probatoria de la efectuada por ambos tribunales con la personal de la recurrente, por entender que tiene mayor "peso probatorio" la expuesta por esta que la realizada por el tribunal.

La disidencia en la valoración probatoria del recurrente no es determinante del vicio de nulidad de la sentencia por ausencia de motivación. Es, simplemente, eso, diferente valoración probatoria.

No puede admitirse que sea tenido en contra del absuelto que por el hecho de no salir en las grabaciones ello no impide que estuviera allí, ya que es una presunción contra el reo contraria a la prueba practicada. La





principal máxima de experiencia de que una persona no salga en las imágenes de un lugar es que no estaba allí, como así concluyó el tribunal.

La parte recurrente expone una serie de pruebas que debieron llevar a la condena y discrepa de la línea argumental de la sentencia para absolver del delito al citado.

Así, la parte recurrente construye su motivo en atención a la personal valoración de la prueba, postulando que la prueba que sostuvo de cargo sea mantenida en sede casacional con las dificultades que existen en estos casos ante una sentencia absolutoria dictada por la audiencia Provincial y revisada por el TSJ.

Nos hemos referido en el fundamento de derecho número dos de la presente resolución a los límites establecidos, tanto por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de derechos humanos a la revisión de las sentencias absolutorias alterando la valoración de la prueba en ellas realizada.

No puede sostenerse el carácter irracional de una motivación basándolo en la discrepancia sobre cuestiones puntuales en torno a la valoración probatoria, ya que la parte recurrente elabora una detallada y exhaustiva referencia a la prueba de cargo que sostuvo, pero que fue rechazada por la audiencia Provincial y validado por el TSJ en el análisis de la racionalidad de la valoración probatoria.

La construcción sobre la petición de revisión de la valoración probatoria en sede casacional no puede verificarse mediante un proceso de *selección parcial de la prueba* que sostiene la parte recurrente y que mantiene que debió ser tenida en cuenta, tanto por el tribunal de la Audiencia Provincial como por el TSJ en el análisis del recurso de apelación mantenido ante el mismo.

En consecuencia, la articulación de un proceso selectivo respecto a la prueba de cargo frente a la de descargo ante una sentencia absolutoria no puede sostenerse por defecto de motivación, por referirse la sentencia a una motivación distinta a la pretendida por los recurrentes en este caso, ya que ello no tiene viabilidad alguna en sede de sentencia absolutoria recurrida ya en sede de apelación y con el resultado desestimatorio expuesto por el TSJ, aunque la parte recurrente disienta del contenido de esa motivación, lo que no la convierte en irracional como pretende la parte recurrente, sino distinto a su particular enfoque acerca de la valoración de la prueba.

La sentencia del TSJ señala en el FD nº 9 que:

"La sentencia considera que es el único acusado respecto del cual no se considera probado ni tan siquiera que se bajara del coche, y así lo ha manifestado este en todo momento. La declaración de la víctima, en este punto no es lo suficientemente precisa, sobre todo en contraposición con una declaración que niega haber estado siquiera en el lugar, y el reconocimiento fotográfico, como dice la sentencia recurrida, adolece, por un lado, de las debidas garantías y, por otra parte, está precedido de actuaciones que pueden hacer dudar razonablemente de su resultado. Inicialmente, señala la Audiencia en su resolución, en cuanto al reconocimiento fotográfico efectuado por parte de la denunciante, en el que reconoció a dicho acusado como autor de los citados hechos, no podemos dejar de destacar, de un lado, que ambos habían mantenido una video llamada con anterioridad a estos hechos, por lo que podía la denunciante reconocer al citado acusado, así como señalar determinadas características del mismo relativas a su complexión y otros detalles.

En cualquier caso, dadas las circunstancias que concurrieron en el reconocimiento, considera que es muy limitada la eficacia probatoria que cabe otorgar a ese reconocimiento. Y esto es así porque fue precedido por unos anteriores reconocimientos fotográficos de los procesados con un resultado negativo, no reconociendo la denunciante a los acusados en las fotografías que, con inclusión de dichos acusados, se le exhibieron en dichos reconocimientos. Tras aquellos primeros reconocimientos, se practicaron los posteriores en los que la denunciante reconocería a los acusados, entre otros a Isidro . Ese reconocimiento, por tanto, de dicho acusado, fue precedido de otro anterior en el que se exhibió a la denunciante, entre otras, la fotografía del mismo, lo que puede limitar la eficacia del posterior reconocimiento. Además, ese reconocimiento fotográfico posterior fue efectuado ante los agentes policiales y sin intervención de las defensas, participando en ese reconocimiento, únicamente, la denunciante y su abogado.

Sin perjuicio de lo anterior, y también en apoyo de la absolución de Isidro , los informes policiales, en ningún momento, sitúan a este en el lugar de los hechos, salvo por la declaración de Lina . En las grabaciones de las cámaras aparecen tres de los acusados, y ninguno de ellos es Isidro . Las testigos que paseaban a sus perros en todo momento han manifestado que vieron a tres personas, una de ellas, y a dos la otra. Los cuatro acusados han declarado en todo momento que este acusado no estuvo con ellos fuera del coche, ni con la víctima. En concreto, Hermenegildo manifiesta que Isidro estuvo con él en el coche y que no se acercó al lugar donde se encontraban los otros. También tenemos la declaración del testigo Pablo , ya antes citada, que señaló haber escuchado que fueron tres las personas que tuvieron relaciones sexuales con la víctima, los condenados por la Audiencia Provincial, y que entre ellos no se encontraba Isidro .





En definitiva, como bien concluye la resolución recurrida, la declaración de la denunciante carece de datos periféricos corroboradores suficientes, en lo atinente a la concreta participación de Isidro, en tanto el testimonio de este viene a ser acorde con el resultado de las pruebas mencionadas. Todo ello, continúa la sentencia, introduce dudas en relación con su participación en los hechos que se le imputan, razón por la que dichas dudas han de ser resueltas en su favor, en aplicación del principio in dubio pro reo, por lo que ha de confirmarse la absolución del mismo de los delitos que se le imputan, tanto en concepto de autor material como por cooperación necesaria."

Existe, pues, un razonamiento suficiente de las dudas que expone el tribunal para condena por delito de agresión sexual y cooperación en los del resto cuando se ha valorado y argumentado cuál es la prueba practicada y su insuficiencia para enervar la presunción de inocencia.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 110/2022 de 10 Feb. 2022, Rec. 1157/2020 que

"...El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios) o 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández) aprecia vulneración del Art. 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considera, "a contrario sensu", que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia, (Ver SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31; y STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García C. España)."

...

El derecho a la tutela tiene un contenido diverso y en lo que aquí interesa es el derecho a obtener una respuesta judicial razonable, fundada en derecho, que no se aparte del sistema ordinario de fuentes. La protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no otorga un derecho a la condena del imputado.

Está fuera de dudas (SSTS 2586/2007, de 24 de abril y 1024/2007, 30 de noviembre) la capacidad de impugnación que asiste a la parte acusadora para reaccionar frente a una sentencia absolutoria que no acoja la pretensión formulada. El derecho a la tutela judicial efectiva extiende su ámbito de protección a todas las partes en el proceso. Sin embargo, cuando lo que se pretende es la revocación de un pronunciamiento absolutorio, esgrimir el derecho a la presunción de inocencia supondría una verdadera alteración funcional de su genuina dimensión constitucional. Dicho en palabras de la STS 1257/2000, 14 de julio -ratificadas por la STS 372/2002, 28 de febrero -, darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las que pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

Por ello no es admisible la invocación de lo que ha venido en llamarse "presunción de inocencia invertida", es decir, un control en casación de una injustamente errónea aplicación de ese derecho fundamental que conduce a una sentencia absolutoria. El recurso de casación, se dice en la STS 1043/2012, de 21-11, por infracción de derechos fundamentales no es "reversible". El legislador solo ha querido abrir las puertas del recurso a la vulneración de un precepto constitucional, consistente en una aplicación de la ley que violenta el contenido de la norma. Cuando se aplica indebidamente una norma constitucional otorgándole un alcance mayor del que se derivaría de su cabal entendimiento no existirá vulneración de un precepto constitucional. La decisión solo será fiscalizable si ese exceso es controlable por otra vía casacional (o, por la misma - art. 852- si el exceso implica vulneración de otra norma constitucional). Desde esta perspectiva la casación ex art. 852 por vulneración de un derecho fundamental presenta cierta simetría con el recurso de amparo constitucional erigiéndose en la protección ante la jurisdicción ordinaria prevista en el art. 53 CE. Titular de la presunción de inocencia es el sujeto pasivo del proceso penal. Las partes acusadoras no gozan de un derecho fundamental, basado en la misma norma, consistente en que no se confiera a la presunción de inocencia una amplitud desmesurada, o a que se condene siempre que exista prueba de cargo practicada con todas las garantías susceptible de ser considerada "suficiente" para lograr la convicción de culpabilidad SSTS 1273/2000 de 14 de julio, 577/2005 de 4 de mayo, 1022/2007 de 5 de diciembre entre otras). Por definición las partes acusadoras carecen de legitimación para





invocar la presunción de inocencia. No existe un reverso de ese derecho fundamental. Las discrepancias contra la sentencia absolutoria habrán de buscar otro agarradero casacional.

Las SSTs 10/2012, de 18 de enero y 1377/2011, de 23 de diciembre proclaman en ese sentido que "... sólo el imputado tiene derecho a la presunción de inocencia, este derecho no lo tiene la parte acusadora, no hay -por decirlo plásticamente un derecho a la presunción de inocencia invertida a favor de la acusación - STS 1532/2004, de 22-12, 258 (2003, de 25-2; 390/2003, de 18-3 ; y TC, S. 141/2006 , 176/2006 ...)."

Con ello, en el presente caso no existe el derecho a obtener una sentencia condenatoria, sino a obtener una resolución ajustada derecho, que es lo que se ha dictado, pero no puede pretender el recurrente la invocación de la tutela a modo de una presunción de inocencia invertida, es decir para cuestionar desde la perspectiva fáctica la valoración probatoria del tribunal sentenciador, que apreciando todas las pruebas de cargo y de descargo no ha obtenido la convicción necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia.

Cierto y verdad es que existen elementos que pudieran orientar hacia una cierta idea en el sentido propuesto, pero el tribunal ha ido analizando cada uno de los indicios planteados, y su conclusión por la inferencia en base a la suma de los existentes no le lleva a concluir, y así lo motiva, que pueda condenarse por meras sospechas, coincidencias, o puntos de vista que hicieran suponer una participación".

No puede pretenderse, pues, una especie de "presunción de inocencia invertida". Existe una "suficiente" motivación a la que el recurrente expone su disidencia con cita de la prueba de cargo que entiende que debía haber prevalecido frente a la extensa argumentación llevada a cabo por el TSJ.

Hay que recordar que la motivación de una resolución judicial tiene que ver con la respuesta dada en derecho con los puntos que son objeto de la pretensión, bien sea ésta directa, o por vía impugnativa. Viene a constituirse como "el derecho a conocer" el postulante las razones de la respuesta judicial".

Se trata de un derecho a saber por qué el órgano judicial estima o desestima una pretensión, sin que la extensión de la motivación sea un derecho del recurrente, o la mayor explicación al aserto que explicita el Tribunal ante el tema suscitado ante el mismo.

No cabe confundir este derecho subjetivo a la motivación con que ésta sea en la extensión, o en la forma que pretende el recurrente, ya que éste no tiene un derecho a que el juez motive en la medida que él reclama, sino que la motivación es la explicación fundada en derecho, pero no tiene que ser en el derecho que reclama quien impugna. Por ello, en ocasiones se confunde este derecho subjetivo con un derecho a que se motive en el esqueleto estructural o forma que pretende el recurrente.

La motivación de las resoluciones judiciales, no es un concepto unidireccional u homogéneo, Se trata de un derecho a la motivación de las resoluciones judiciales recogido en el art. 120.3 CE como parte esencial del Estado de Derecho, pero en ocasiones se produce un subjetivismo exacerbado acerca de cómo pretende el recurrente que tenga que ser la motivación, sobre todo cuando es contraria a sus pedimentos, con lo que llega a confundirse ausencia o carencia de motivación con la propia desestimación de aquellos.

La motivación también está relacionada con la publicidad de la respuesta judicial, en el sentido de que la notificación de la respuesta que se da en estos casos a una reclamación debe venir acompañada con una explicación racional, que, hasta podría ser sucinta, pero explicativa en grado de "suficiencia" dando respuesta a lo que la parte reclama o cuestiona.

La motivación también viene a constituirse como el por qué de lo resuelto. Las razones expuestas en la resolución judicial, pero dadas con arreglo a derecho, no tienen que alcanzar la forma externa que pretenda el recurrente, por lo que la comprensión del que reclama no puede ampararse en un alegato de falta de motivación, sino que es el juez el que bajo los razonamientos jurídicos oportunos y aplicables al caso da respuesta a la pretensión, pero no con la forma que desea el recurrente, sino bajo el límite de que se adecúe a la razón del derecho, que es el norte de quien da respuesta jurídica a un problema de hecho planteado.

El derecho de la motivación judicial no es el derecho a la tutela particularizada de la respuesta que pretende el recurrente, a no confundir con la tutela judicial efectiva que viene relacionada con el derecho a la motivación judicial, pero no que se le dé la respuesta que pretende el recurrente.

Así, una de las razones por las que se puede cuestionar el déficit de tutela judicial efectiva en un recurso de apelación o casación es por la ausencia o déficit de la debida motivación que tiene que reunir la sentencia con respecto a la prueba que se ha practicado, y que el Tribunal considera apta para enervar, en su caso, la presunción de inocencia. Pero ello debe conllevar la correcta redacción en la sentencia del reflejo de la motivación del juez, o Tribunal, acerca que cuáles son las razones por las que llega a la conclusión expuesta en la resolución judicial con basamento en las pruebas que se han practicado. Y es el déficit de motivación, o su insuficiencia, lo que determina que sea posible la viabilidad de un motivo amparado en este déficit par



bien pedir la nulidad de la sentencia, o la absolución por el defecto de motivación en relación con la prueba que se ha practicado.

El juez o Tribunal tiene que hacer un esfuerzo en la motivación de la sentencia que es la respuesta dada por el órgano unipersonal, o colegiado, al planteamiento de las pretensiones respectivas de las partes en el proceso penal, por lo que la falta de respuesta o la debilidad de la misma en la sentencia supone el incumplimiento de la obligación constitucional de la tutela judicial efectiva que exige un deber de respuesta motivada al planteamiento de las distintas pretensiones de las partes. Lo contrario supone la negativa a responder debidamente el objeto planteado por cada parte y obliga, bien a absolver, o bien a anular la sentencia, exigiendo una nueva motivación. La absolución podrá venir para el caso de que no se haya apreciado que la motivación reflejada en la sentencia es suficiente en cuanto a la referencia de la prueba, o bien la nulidad sí se aprecia que pudiera existir, pero está defectuosamente razonada la sentencia, y se exige una nueva fundamentación que determine, en su caso, el alcance al que ha llegado, pero debidamente motivado, o en su defecto la absolución.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 184/2019 de 2 Abr. 2019, Rec. 2286/2018 que:

"1. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

2. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera.

3. Las exigencias de razonamiento relativo a la prueba de los hechos son menores cuando el relato fáctico revele la prueba palpable de los mismos como ocurre en los supuestos de delitos flagrantes.

4. También es necesario el razonamiento relativo a la aplicación de un precepto o al anudamiento de una consecuencia jurídica establecida en una norma, cuando es clara la subsunción del precepto o la norma a los hechos declarados probados.

5. La existencia de la inmediatez como privilegio del juez o tribunal ante el que se practica la prueba no debe eludir la exigencia de la adecuada motivación, ya que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 May. 2007, es preciso situar el valor de la inmediatez judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir que:

a) La inmediatez es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La inmediatez no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar. En tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que "...la convicción que a través de la inmediatez, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación..." (TS 2.ª S 12 Feb 1993).

Además, en las SS 1182/97, 1366/97 y 744/2002 de 23 Abr, se expone que la motivación debe abarcar tres aspectos que se corresponde con las exigencias del alcance de la extensión de la motivación:

a) La fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene.

b) La fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas y

c) La fundamentación de las consecuencias penales como civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas judiciales y de las consecuencias accesorias, arts. 127 a 129 del CP. (TS SS 14 May. 1998, 18 Sep. 2001, 480/2002 de 15 Mar).

Además, podemos añadir dos puntos en relación a la extensión de la motivación:

1. La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, pero, en cualquier caso, una sentencia penal correcta debe contener una motivación completa, es decir, que abarque los tres aspectos anteriormente indicados, con la extensión y profundidad proporcionadas a la mayor o menor complejidad de las cuestiones que se han de resolver (TS 2.ª S 19 Feb 2002).

No existe, desde luego, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, pero sí a que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación en cada caso concreto que permita conocer los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (en este sentido TC SS 8/2001, de 15 de enero y 13/2001, de 29 de enero). (TS 2.ª S 29 Ene. 20029).

2. Esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no supone que hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Basta a los efectos de su control constitucional con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajeno a toda arbitrariedad y permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legales establecidos.

Es decir, es necesario, pero también suficiente, que se refleje la razón del discurso lógico que toda resolución comporta de manera que se haga comprensible para el destinatario de la decisión que ésta es la consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (TS 2.ª S 8 Nov. 2006)".

También señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 471/2019 de 14 Oct. 2019, Rec. 10294/2019 que:

"1. La Constitución, artículo 120.3, exige que las sentencias sean motivadas, lo cual resulta igualmente del artículo 24.1 en cuanto reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, que incorpora el de obtener una resolución suficientemente fundamentada. Las sentencias del Tribunal del jurado no están exentas de esta obligación constitucional.

Esta Sala ha establecido en numerosas resoluciones que la motivación de las sentencias debe referirse concretamente al aspecto fáctico. Y si bien es cierto que no es preciso en todo caso razonar sobre lo que resulta de toda obviedad, ni reseñar detalladamente todas las pruebas que se han tenido en cuenta, ni expresar en su integridad las fases del proceso de valoración, no lo es menos que de la motivación deben desprenderse con claridad las razones que ha tenido el Tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos. Por eso, la necesidad de motivar las sentencias respecto de la prueba de los hechos se refuerza cuando se trata de sentencias condenatorias y el acusado los ha negado o no ha reconocido aquellos aspectos de los mismos que resultan relevantes para la calificación.

La exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a la sociedad en general, y muy especialmente al justiciable, conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales; sirve a quien dicta la resolución para verificar la consistencia de la fundamentación; y, además de facilitar la impugnación, permite el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por parte del Tribunal que revise la resolución en vía de recurso.

Esta obligación no impone una extensión determinada ni una forma concreta de motivar. Puede decirse que la motivación tendrá que tener la extensión y la profundidad suficientes para cubrir la finalidad esencial de la misma, es decir, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera, no siendo necesario explicitar lo que resulta obvio. Pues solo así es posible ejercer alguna clase de control sobre el particular."

El deber de motivar existe tanto ante una sentencia absolutoria como en una condenatoria. Resulta evidente que el juez o Tribunal tienen que razonar y argumentar las razones por las que absuelven o condenan, pero los parámetros de aplicación es lógico que sean distintos en uno u otro caso, y tiene que exigirse un mayor grado de motivación en las sentencias condenatorias para fundar las razones de la concurrencia de prueba bastante y de cargo para enervar la presunción de inocencia, mientras que la existencia de esa insuficiencia determinará la absolución. Por ello, el deber de motivar también existe en las absolutorias, pero con un menor rango de exigencia que con respecto a las condenatorias.

La motivación en las sentencias absolutorias

Señala a tal efecto el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 274/2021 de 25 Mar. 2021, Rec. 2214/2019 que:

"Dicho con palabras de este Tribunal Supremo, las sentencias absolutorias, en el ámbito de la constatación de arbitrariedad o error patente, precisan de una motivación distinta de la que exige un pronunciamiento condenatorio, pues en estas últimas es imprescindible que el razonamiento sobre la prueba conduzca como conclusión a la superación, fuera de toda duda razonable, de la presunción de inocencia. Como se decía en nuestra STS 1547/2005, de 7 de diciembre, la necesidad de motivar las sentencias se refiere también a las absolutorias, de un lado porque la obligación constitucional de motivar las sentencias contenida en los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución, así como en las Leyes que los desarrollan, no excluyen las



sentencias absolutorias. De otro, porque la tutela judicial efectiva también corresponde a las acusaciones en cuanto al derecho a una resolución fundada. Y de otro, porque la interdicción de la arbitrariedad afecta a todas las decisiones del poder judicial, tanto a las condenatorias como a las absolutorias, y la inexistencia de tal arbitrariedad puede ponerse de manifiesto a través de una suficiente fundamentación de la decisión.

Sin embargo, no puede dejarse de lado que las sentencias absolutorias no necesitan motivar la valoración de pruebas que enerven una presunción existente a favor del acusado, contraria a su culpabilidad. Antes al contrario, cuentan con dicha presunción, de modo que para considerar suficientemente justificada una absolución debe bastar con la expresión de la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación. Pues de no ser así, no sería posible la condena por esos hechos.

Esta idea ha sido expresada en otras ocasiones por esta Sala Segunda. Así, se decía en la STS 2051/2002, de 11 de diciembre, que "las sentencias absolutorias también han de cumplir con la exigencia constitucional y legal de ser motivadas (art. 120.3 CE, 248.3º de la LOPJ y 142 de la LECrim), aunque no se puede requerir la misma especie de motivación para razonar y fundar un juicio de culpabilidad que para razonar y fundar lo contrario. El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se fundamenta en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la participación del acusado. Como se dijo en la STS 186/1998, recordada por la 1045/1998, de 23 de septiembre y la 1258/2001, de 21 de junio: "la necesidad de razonar la certeza incriminatoria a que haya llegado el Tribunal es una consecuencia no sólo del deber de motivación sino del derecho a la presunción de inocencia. No existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participase en el hecho que se relata, porque esto sólo significa que la duda inicial no ha sido sustituida por la necesaria certeza. Y es claro que basta la subsistencia de la duda para que no sea posible la emisión de un juicio de culpabilidad y sea forzosa, en consecuencia, la absolución".

Y también en la STS núm. 1232/2004, de 27 de octubre, se puede leer que "de otra parte, su exigencia [la de motivar] será, obviamente, distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. En la sentencia condenatoria la motivación, además de este contenido, debe expresar las razones por los que entiende que el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado por una actividad probatoria tenida por prueba de cargo. En otras palabras, la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia".

Con ello, en el presente caso existe el canon de motivación suficientemente explicado por el TSJ en su análisis de la racionalidad de la valoración probatoria en la absolución de Isidro, pese a la extensa argumentación de la acusación particular señalando las pruebas que debieron ser tenidas en cuenta para la condena, lo que queda al margen de la revisión de la valoración en sede casacional.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 2.- Vulneración de derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de nuestra constitución al amparo de lo establecido en el art. 5.4º, de la LOPJ y en el art. 852 de la Lecrim.

Sostiene la parte recurrente su queja "en relación a la autoría de Damaso del delito de agresión sexual con penetración vaginal sin consentimiento de la víctima".

Hay que recordar que Damaso fue absuelto del delito de agresión sexual aunque condenado por los de cooperación con los cometidos por los otros dos condenados Baltasar y Constantino.

Señala la recurrente que "negamos que hubiera consentimiento ni expreso ni tácito para la penetración vaginal llevada a cabo por este, tal como ha quedado acreditado en los Hechos probados de ambas sentencias."

Se ha tratado ya sobre la absolución de Damaso en el FD nº 2 de la presente resolución por el delito de agresión sexual que fue objeto de acusación y del que fue absuelto por la Audiencia Provincial y confirmado este extremo por el TSJ tras el recurso de apelación.

Hemos tratado en el FD nº 2 de esta resolución sobre la cuestión atinente al consentimiento que existió en las dos relaciones que tuvieron lugar, aunque se pretenda ahora que el consentimiento fue parcial. No obstante, la redacción de los hechos probados es absolutoria, e incidimos en que el motivo planteado lo es frente a la absolución de un delito sobre el que ahora se sostiene la condena con los argumentos que en estos casos



ya se han expuesto en la presente resolución en los FD nº 2 y 6 a los que nos remitimos reiterando ahora lo ya expuesto.

No existe falta de motivación de la sentencia para entender que hubo consentimiento, sino que existe en el recurso disidencia frente a la motivación "suficiente" de la sentencia, que no es lo mismo y que en modo alguno puede dar lugar a la estimación del motivo, como es sabido, y con unos hechos probados de contenido absolutorio ya referidos, y una argumentación sólida basada en que:

"...Descartado que la felación se efectuara sin el consentimiento de Lina , ha de analizarse si la penetración vaginal fue o no realizada con dicho consentimiento, es decir, si hubo un cambio sobrevenido en la voluntad de la víctima y, fundamentalmente, caso de ser así, si este pudo ser percibido por el acusado.

...esta Sala no puede sino ratificar la decisión alcanzada por la Audiencia en el sentido de no considerar acreditada debidamente la falta de consentimiento de Lina en las relaciones sexuales mantenidas con Damaso , ni en la primera parte de las mismas, como ya se señaló, ni en la segunda, habiendo declarado ella misma que le cogió por sorpresa, quedó bloqueada y no dijo nada, es decir, sin oponer resistencia ni mostrar rechazo, a lo que debe añadirse que manifestó haber sido ella quien se bajó los pantalones y las bragas hasta el tobillo, de ahí que, combinadas ambas circunstancias, debe presumirse que Damaso , al menos, pudo no percibir el cese del consentimiento que hasta ese momento tenía para la realización de estas relaciones.

Hemos dicho reiteradamente que el inicial consentimiento de una mujer a un acto sexual no debe llevar consigo la convalidación para llevar a cabo cualquier otro acto sexual posterior en el tiempo.

Pero también es cierto que hemos hecho referencia en el FD nº 2 de la presente resolución a que para apreciar el consentimiento debe atenderse a las *circunstancias del caso*, tal y como consta en la actual redacción del artículo 178, apartado primero CP tras la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre. Y en este caso, el tribunal realiza una motivación suficiente por entenderse que, atendidas las circunstancias en la forma en que se desarrollaron los hechos, y verificada la voluntariedad del acto sexual inicial por parte de Lina , queda evidenciado que el consentimiento persistía en cuanto al acceso por vía vaginal, dado que cuando Damaso inicia los actos de contenido sexual es ella misma la que se baja los pantalones y su ropa interior de forma voluntaria, siendo acto seguido cuando se llevó a efecto el acceso vía vaginal, y sin que conste en los hechos probados existencia de oposición alguna por parte de Lina , lo que ha sido interpretado y valorado por el tribunal en el conjunto de la actividad probatoria para determinar la absolución por el delito de agresión sexual al citado Damaso .

Nótese que, y hay que insistir en ello, lo que se pretende es la casación de una sentencia absolutoria del tribunal de instancia validada en sede de apelación por el TSJ con una argumentación suficiente y que ha valorado la prueba admitiendo el consentimiento por parte de Lina en su relación con Damaso , pero no con el resto, tanto la Audiencia Provincial, como el TSJ. Ello determina que el Tribunal ha valorado con detalle la prueba practicada y mientras que en el caso de Damaso admite el consentimiento lo niega en los otros dos condenados a los que se condena por agresión sexual y cooperación en la del otro condenado, y a Damaso por cooperación respecto de las de los otros dos. Así, una circunstancia es que él llevara a cabo su acto sexual con consentimiento, pero otra distinta es que los hechos probados señalen que:

Una vez en dicho parque, permanecieron Lina , Damaso , Constantino e Baltasar unos instantes junto a un banco allí existente, acordando los mismos mantener relaciones sexuales sucesivas con Lina , ejecutando cada uno su acción, en tanto los dos restantes esperaban a que se ejecutase la misma.

El relato nº 6 de los hechos probados describe una actuación consentida de Lina respecto a la sucesión de los dos actos sexuales, no existiendo la negativa y oposición que sí se refleja en los otros dos.

Nótese que respecto de los demás se hace constar expresamente en el relato de hechos probados al nº 7 que respecto de Constantino :

"...prescindiendo de la voluntad o consentimiento de la misma, que se vio sorprendida, sin capacidad de reacción, ante la inesperada irrupción de aquel en dicha zona apartada y asustada, al ser conocedora de la presencia de los otros dos acusados en el exterior, agarrando el acusado a Lina de la cabeza y haciéndole chuparle el pene. Tras ello, ante la situación de aturdimiento de Lina , le subió la camiseta y le bajó el sujetador, dándole un mordisco en el pecho derecho. A continuación, el acusado la echó para atrás, introduciéndole, en contra de su voluntad, el pene en la vagina".

Y en el nº 8 respecto de Baltasar : " Lina se tumbó en el suelo temiendo lo que iba a pasar, bajándose el acusado los pantalones y el calzoncillo, diciéndole a Lina que era muy guapa, y, en contra de la voluntad de esta, prescindiendo de dicha voluntad y de su consentimiento, amparado en el temor de la misma, le introdujo el pene en la vagina, haciéndole daño, no hablando más con ella, y se marchó del lugar".



Quiere ello decir, que el Tribunal de instancia, confirmado por el TSJ, no ha llevado a cabo una valoración arbitraria, sino que ha analizado cada hecho por separado, obviamente, concluyendo, sin embargo, que en el caso de Damaso hubo consentimiento, pero no en los otros.

La pretensión de la parte recurrente de modificar los hechos probados y la valoración de la prueba no puede admitirse, pues, en sede casacional, frente a una absolución motivada, pretendiendo una sustitución de la valoración probatoria por la propia de la parte recurrente que ejerce la acusación. Todo ello, en base a los límites ya expuestos anteriormente.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 3.- Vulneración de derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de nuestra constitución al amparo de lo establecido en el art. 5.4º, de la LOPJ y en el art. 852 de la LECRIM.

Se censura por la parte recurrente como irracional la absolución de Hermenegildo . Y se incide en que debería haber sido condenado como coautor de las agresiones sexuales de los dos condenados como autores y de Damaso .

Nos remitimos a lo ya expuesto anteriormente en cuanto a que se trata de una sentencia absolutoria respecto a Hermenegildo y los argumentos ya señalados en relación a la imposibilidad de modificar los hechos probados, la suficiencia de la motivación del tribunal y la ratificación del TSJ en su examen de la racionalidad de la valoración probatoria, no pudiendo la mera disidencia valorativa del recurso pretender una casación de la condena por quedar vetada la revaloración de la prueba en sede casacional.

En este caso se recoge en el Hecho probado nº 9 que: " Hermenegildo , que hasta ese momento había permanecido en el vehículo, que habían estacionado al llegar a DIRECCION000 en un lugar próximo, sin que conste que desde ese lugar pudiese verse la zona concreta en la que se encontraba Lina , salió del vehículo y, al observar la presencia de sus amigos en las inmediaciones, se dirigió a la zona donde se encontraban estos. Al llegar a su altura, le contaron estos parte de lo ocurrido en relación con la citada joven, observando Hermenegildo que Lina estaba sentada en el suelo en la repetida zona, tras aquellos matorrales, y, poniéndose a su altura, le preguntó a Lina su edad, indicándosela esta y diciéndole él, a preguntas de aquella, que tenía 20 años, no hablando más el acusado, marchándose del lugar."

Se ha tratado sobre la petición de condena a Hermenegildo por el anterior recurrente en el FD nº 3 de la presente resolución al que nos remitimos.

Señala el TSJ en el FD nº 10 que: *"Este acusado niega su presencia en el lugar de los hechos, antes y durante el transcurso de los mismos y, en consecuencia, cualquier contacto con la denunciante, tampoco anterior a ese último momento, manifestando que se aproximó a dicho lugar al ver que sus amigos no regresaban al coche, así como que, únicamente, le preguntó a la chica qué edad tenía y como se llamaba. Tampoco consta, al igual que con el acusado Isidro , que el mismo hubiera contactado con la denunciante en el momento en el que los otros tres acusados antes referidos se juntaron con ella en la localidad de DIRECCION000 , junto al bar DIRECCION009 , ni que se hubiese dirigido con la denunciante hacia el lugar en el que se desarrollaron los hechos.*

Como ya se ha reiterado con anterioridad, el informe policial que analiza el contenido de las cámaras de seguridad únicamente recoge la presencia de tres de los acusados cuando se juntaron con la denunciante y se dirigieron con ella hacia el lugar de los hechos, y entre los cuales no se encuentra Hermenegildo , al igual que tampoco está Isidro .

Lo anterior, además, concuerda con lo declarado por los otros cuatro acusados, que confirman plenamente las manifestaciones de Hermenegildo , y también con las del testigo Pablo en el sentido de que todos ellos, en días posteriores, excluían de su participación en los hechos a Hermenegildo .

Tampoco ha de dejar de reiterarse que las testigos que paseaban a sus perros, en todo momento han manifestado que vieron a tres personas, una de ellas, y a dos la otra. Lo anteriormente relatado lleva a considerar que los hechos pudieron desarrollarse en la forma señalada, es decir, sin que el acusado hubiera tenido participación ni conocimiento de los mismos, hasta que se acercó al lugar de los hechos y observó a la denunciante, pudiendo ser absolutamente ajeno y desconocedor de lo que hubieren realizado, o pensaban realizar, sus tres amigos antes citados. En cualquier caso, lo que no hay es prueba de lo contrario, careciéndose de datos periféricos corroboradores suficientes, lo que ha de llevar, necesariamente, a la aplicación del principio in dubio pro reo, por lo que ha de confirmarse la absolución del mismo de los delitos que se le imputan, en concepto de autor por cooperación necesaria de cuatro delitos de agresión sexual."

En consecuencia, existe motivación suficiente del TSJ en cuanto a validar la carencia de prueba de cargo determinante de la condena. Tanto Hermenegildo como Isidro han sido absueltos de los hechos, no se probó que actuaran, ni que cooperaran. Y de la misma manera que el Tribunal, validado por el TSJ, ha determina





que los otros tres participaron en los hechos, cada uno a su manera y con la correspondiente respuesta penal, ha entendido que estos dos últimos no lo hicieron. Con ello, no hay arbitrariedad valorativa, sino sujeción a la prueba que se ha practicado y al respeto a la presunción de inocencia.

Por todo ello, insistimos en los límites de esta sede casacional ante la pretensión deducida de condena ante sentencia absolutoria ya explicado extensamente con anterioridad.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 4.- Vulneración de derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de nuestra constitución al amparo de lo establecido en el art. 5.4º, de la LOPJ y en el art. 852 de la LECrim., por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas y así como el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia en su valoración) en relación a la no concurrencia del subtipo agravado contemplado en el artículo 180.1. 3ª del CP.

Se plantea este motivo en relación a la no concurrencia del subtipo agravado contemplado en el artículo 180.1. 3ª del C. P.

Este tema ya ha sido objeto de análisis con detalle en el FD nº 5 con extensión y detalle y al mismo nos remitimos. Se hace constar que el TSJ lo argumenta en el FD nº 3 de su sentencia en cuanto a la imposibilidad de aplicar el subtipo agravado del art. 180.1.3º CP y la inexistencia de constancia del dolo de conocer la situación de vulnerabilidad. Nada consta en los hechos probados y al tribunal le mereció dudas la existencia del conocimiento por los autores de ese estado de vulnerabilidad, por lo que no puede actuarse en perjuicio del reo ante la duda, y mucho menos revisarse en casación una sentencia concurriendo dudas, no constando en los hechos probados el dolo determinante como elemento subjetivo del subtipo agravado y la argumentación del tribunal y del TSJ contraria a su aceptación.

Nos remitimos a lo antes expuesto respecto a los límites de la casación y en este caso en cuanto a la no aceptación motivada del subtipo agravado del art. 180.1.3º CP. El recurrente pretende una revisión de la valoración probatoria con los argumentos de valoración probatoria que se exponen.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 5.- Infracción de ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se prepara por aplicación indebida del artículo 195 del Código Penal.

Sostiene la parte recurrente como último motivo que: *"Independiente de la coautoría de las agresiones sexuales de las que pudiera condenarse o no Don Hermenegildo, esta representación deja a criterio de este Tribunal Supremo determinar si limitarse a subirle los pañalones y a bajarle la camiseta, dejándola allí sola en las condiciones que las propias sentencias describen merece o no un reproche penal"*.

Con ello, se plantea por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM que se condene por omisión del deber de socorro del art. 195 CP a Hermenegildo.

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.





Señala el TSJ en el FD nº 11 que:

"...la situación ante la que se encuentra el citado acusado no ponía de manifiesto la existencia de un peligro inminente, grave y manifiesto para la víctima, más allá del ya producido, refiriendo el mismo que, no habiendo tenido participación alguna en los hechos, ayudó a vestirse a esta, y constando, en todo caso, que la misma se dirigió de inmediato hacia su domicilio, sola y por su propio pie, por lo que, con independencia de lo lamentable de la situación producida y del reproche que pueda merecer la omisión de superior ayuda por parte del acusado en un ámbito ajeno al penal, no merece, sin embargo, reproche en este ámbito penal, no hallándose la víctima en esa situación de desamparo grave y manifiesto al que se refiere el citado artículo 195 del Código Penal, de suerte que el acto de socorro que pudiese haber realizado el acusado no hubiere sido potencialmente apto para modificar o influir en el curso del acontecimiento ya consumado, ni tampoco mitigado sus consecuencias como, recientemente."

Y en los hechos probados consta que:

" Hermenegildo fue absuelto por las acusaciones por delitos sexuales, pero también por la omisión del deber de socorro. Lo que consta en los hechos probados respecto del mismo es que: " Hermenegildo, que hasta ese momento había permanecido en el vehículo, que habían estacionado al llegar a DIRECCION000 en un lugar próximo, sin que conste que desde ese lugar pudiese verse la zona concreta en la que se encontraba Lina, salió del vehículo y, al observar la presencia de sus amigos en las inmediaciones, se dirigió a la zona donde se encontraban estos. Al llegar a su altura, le contaron estos parte de lo ocurrido en relación con la citada joven, observando Hermenegildo que Lina estaba sentada en el suelo en la repetida zona, tras aquellos matorrales, y, poniéndose a su altura, le preguntó a Lina su edad, indicándosela esta y diciéndole él, a preguntas de aquella, que tenía 20 años, no hablando más el acusado, marchándose del lugar."

Hay que significar que la conducta de Hermenegildo no puede considerarse delictiva para sancionar penalmente un "no hacer" cuando no se le pudo legalmente exigir una conducta o actuar distinto a lo que llevó a cabo, con independencia de lo lamentable de la situación producida y del reproche que pueda merecer la omisión de superior ayuda por parte de Hermenegildo en un ámbito ajeno al penal, lo que no merece, sin embargo, reproche en este ámbito penal, no hallándose la víctima en esa situación de desamparo grave y manifiesto al que se refiere el citado artículo 195 del Código Penal, de suerte que el acto de socorro que pudiese haber realizado Hermenegildo no hubiere sido potencialmente apto para modificar o influir en el curso del acontecimiento ya consumado, ni tampoco mitigado sus consecuencias.

Como hemos señalado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 482/2012 de 5 Jun. 2012, Rec. 1433/2011 en cuanto a los requisitos de este tipo penal:

"1) Solo cabe la comisión por omisión de delitos que consistan en la producción de un resultado, lo que debe entenderse ha de ser un resultado material ya sea de lesión o de peligro.

2) La omisión ha de concurrir con la infracción de un especial deber jurídico, de origen legal o contractual, de actuar.

3) La equiparación o equivalencia de la omisión con la acción ha de realizarse según el sentido del texto de la ley, lo que excluye cualquier equivalencia que no pase por la interpretación de que el elemento verbal de una concreta figura típica penal pueda conjugarse en modalidad omisiva.

4) Contribución al resultado de la omisión determinado por el hecho de que la acción omisiva hubiera podido evitar el resultado.

Esto es, el garante será responsable de no haber evitado el resultado de un delito no solo por haber infringido un deber formal, sino cuando además haya tenido la capacidad de acción y el poder real de evitarlo (STS 257/009, de 30.3), es decir, debe conocer que tiene el deber de intervenir en la situación y debe comprender al omitirlo que su intervención podría evitar el resultado de lesión o de peligro (STS 1697/2002, de 19.10).

Por el contrario, el delito de omisión del deber de socorro reclama para su existencia según recuerda profusa jurisprudencia (SSTS 42/2000, 19.1 ; 1422/2002, de 23.7 ; 1304/2004, de 11.11 y

a) una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente

b) una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar.

En lo que se refiere al tipo subjetivo, precisa a continuación que la existencia del dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una situación pasiva.





El deber que impone este artículo surge de la existencia de una persona desamparada y en peligro manifiesto, grave hallada por el culpable, afectado tan sólo por el genérico deber de solidaridad, de suerte que el acto de socorro sea potencialmente apto para modificar o influir en el curso del acontecimiento.

El art. 195 contiene pues, un tipo de omisión propia en el que la responsabilidad del sujeto activo se genera por el mero "no hacer" independientemente de cuál pueda ser la situación final del substrato material del bien jurídico, cuyo proceso de degradación o deterioro no ha contribuido a evitar o neutralizar el sujeto activo que -a diferencia de lo que sucede en los supuestos de comisión por omisión- en ningún caso responderá de dicho resultado.

Por ello la consumación del delito de omisión del deber de socorro queda realizada desde el momento en que deja de prestarse el socorro, al ser un delito de carácter formal y de peligro que no necesita para su consumación la existencia de resultado alguno.

En este caso hay que recordar que nos movemos en un motivo por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM y que el relato de hechos probados no describe una situación concreta y puntual de desamparo, o peligro manifiesto y grave. Cierto y verdad es que hubiera sido deseable que en un contexto como el ocurrido le hubiera preguntado a ella cómo se encontraba y la hubiera llevado a un centro sanitario para que la reconocieran, o ayudaran tras lo ocurrido, pero desde el punto de vista del reproche penal no se entiende por el Tribunal el alcance de la existencia de la omisión determinante del delito del art. 195 CP.

Es cierto que Hermenegildo pudo y debió acompañarle al centro médico más próximo ante el evidente estado en que se encontró la víctima tras el relato de hechos probados, pero no puede descargarse una responsabilidad penal en Hermenegildo que no participa en los hechos y sin que quede descrito en los hechos probados, y aquí está la clave, el ámbito del peligro inminente y grave exigido por el delito de omisión del deber de socorro, con independencia que desde la conducta más propia moral y social de ayuda en estos casos de cualquier persona debería ser la de ayudar a una mujer que se encuentra en estas situaciones, como premisa básica de comportarse un ser humano ante otro al que le ha ocurrido lo descrito en los hechos probados.

Como refiere el TSJ, no consta una situación de peligro adicional a la gravedad de los actos llevados a cabo, Hermenegildo no participa en los hechos y la víctima se fue por su propio pie. Pero lo importante es que no consta en los hechos probados elemento determinante de permitir el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal por el que se postula la condena, por lo que en sede casacional resulta inviable la condena por el delito del art.195 CP sin que en los hechos probados se describan las circunstancias que permitan el proceso de subsunción.

Hay que señalar que la porción de injusto abarcada por este precepto del art. 195 CP no puede obtenerse sin una referencia al bien jurídico que pretende tutelarse. Y no existe en este punto, desde luego, unanimidad doctrinal. Para algunos se trata de un delito contra la seguridad de la vida e integridad personal. Otros ven en esta omisión un delito contra la solidaridad humana.

Esta segunda tesis ha sido aceptada -no sin matices- por la jurisprudencia de esta Sala. Conforme a esta idea, nos hemos referido a la "...infracción de un deber de solidaridad humana que el precepto eleva al rango de deber jurídico" (SSTS 13 marzo 1987 o 22 noviembre 1989); sin que falten precedentes que hablan de "...una repulsa social encarnada en antijuridicidad" (STS 20 mayo 1994) o una "...repulsa social ante la conducta omisiva del agente" (STS 16 mayo 1991).

De especial interés son dos pronunciamientos de la Sala que han querido matizar el tradicional entendimiento del art. 195 CP:

1.- En la STS 706/2012, 24 de septiembre, precisábamos que "...el tipo penal no requiere la protección de la vida o integridad física, sino que se atiende a la persona en peligro. Se castiga la infracción del deber de auxiliar a la persona en peligro. Correlativamente lo que se tutela es el derecho a ser asistido cuando se está en una situación de peligro grave para la vida o integridad física. Ese deber es más intenso respecto de quien ha provocado esa situación de peligro.

2.- La STS 648/2015, 22 de octubre, permitió a esta Sala precisar que "...la alusión a la "repulsa social", debe ser reinterpretada conforme a los criterios del Código Penal actual; pues proviene de resoluciones jurisprudenciales nacidas al amparo del anterior Código", añadiendo que también "...la solidaridad en cuanto mero valor ético-social, precisa ser concretada en su valor instrumental en la defensa de determinados bienes jurídicos individuales concretos".

Es cierto que la tipificación de un delito a partir del mero incumplimiento formal de un deber ético sitúa al derecho penal en un terreno fronterizo con los principios jurídicos que legitiman su aplicación. El Código penal no puede aspirar a convertirse en un simple instrumento de pedagogía social que dé la espalda a la referencia axiológica de los bienes jurídicos que se pretenden tutelar.





Sea como fuere, sin necesidad de abordar un debate de esta naturaleza, lo que resulta evidente es que, ninguno de los dos bienes jurídicos que se señalan como tutelados por el art. 195 del CP -la seguridad de la vida e integridad física y la solidaridad- fueron menoscabados por la omisión imputada a Hermenegildo en este caso y la condena penal no puede producirse en este caso, aunque sí en este tipo de supuestos una condena social y reproche moral que no penal por no atender a una víctima de un delito de violación repetido, además, como consta en los hechos probados. Pero reproche social y moral que no alcanza al penal por no describirse estrictamente en los hechos probados la situación objetivable de peligro inherente al tipo penal.

Social y moralmente Hermenegildo tuvo que actuar ante el caso de una mujer que había sido víctima de una violación grupal descrita en los hechos probados, y este es un parámetro evidente de base de cualquier persona que se encuentra ante estas situaciones y su obligación de ayudar a una mujer que ha pasado por lo que tuvo que atravesar Lina en un contexto de miedo, desconcierto, sorpresa por lo ocurrido y repulsa absoluta. Debió hacerlo y no lo hizo, pero no consta en los hechos probados el sustrato legal habilitante para la condena por el delito del art. 195 CP.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN DE Constantino , Baltasar y Damaso

DÉCIMO PRIMERO.- 1.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º y art. 851.3º de la L.E.Cr., por aplicación indebida del artículo 28 CP, y de los art. 56.1.2º, 178, 179 y 192.1 C.P. asimismo, por infracción del art. 742 Lecrim.

Hay que hacer notar con carácter previo que el motivo, al igual que ha sucedido ante recurrentes precedentes se sostiene por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM lo que exige y determina el respeto de los hechos probados.

El motivo niega la intimidación ambiental. Se afirma que Lina había mantenido antes relaciones sexuales con otras personas, incluso minutos antes y por la mañana, y que el lugar es conocido porque allí tienen lugar encuentros sexuales. Se sostiene que el encuentro fue buscado por Lina .

A continuación los recurrentes llevan a cabo una exposición de revaloración de la prueba absolutamente incompatible con el enfoque del motivo basado en error iuris, por cuanto es inadmisibles que por la vía del art. 849.1 LECRIM se exponga, con vulneración del respeto de los hechos probados, que se pretenda alterarlos con el basamento de una nueva valoración probatoria que proponen los recurrentes en base a una parcial visión de cuál fue o debió ser el resultado de la valoración probatoria, absolutamente incompatible con el motivo que se plantea.

Hay que destacar que es rechazable el alegato de que la víctima haya tenido antes relaciones sexuales, ya que ello supone negar el derecho a la libertad sexual de la mujer por querer tener relaciones sexuales con quien quiera y cuando quiera. Y si ese día aceptó tenerlas con otras personas tiene perfecto derecho a mostrar su oposición a tenerlas con los condenados Baltasar y Constantino , con respecto a los que los hechos probados manifiestan que llevaron a cabo los actos sexuales con su oposición, empleando estos la intimidación ambiental.

Por ello, los hechos probados lo reflejan con claridad respecto a ambos, y, por ello, han sido condenados por delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP. Y, por ello, por el concierto previo pactado por los tres han sido condenados cada uno de la agresión sexual llevada a cabo por el otro y Damaso , por su concierto previo con ellos a realizar las agresiones sexuales los otros dos por dos actos de cooperación necesaria a sendas agresiones sexuales.

De los hechos probados se desprende:

a.- *El concierto previo para ejercer la intimidación ambiental de mutuo acuerdo:*

Consta en el hecho probado 5º que:

Los tres "acordando los mismos mantener relaciones sexuales sucesivas con Lina , ejecutando cada uno su acción, en tanto los dos restantes esperaban a que se ejecutase la misma"

b.- La violación por parte de Constantino .

Consta en el Hecho probado 7º:

"Seguidamente, y tal como habían acordado los tres repetidos acusados antes de acceder Damaso a la citada zona, avisó este a Constantino de que él había terminado con la joven, chocando ambos sus manos en el momento de salir de esa zona Damaso y acceder a ella Constantino . Este último, una vez en el interior de esa zona donde se encontraba Lina , viéndola sentada, le quitó las zapatillas, los pantalones y las bragas que tenía bajados, mientras le decía que era guapa, todo ello prescindiendo de la voluntad o consentimiento de Lina "





misma, que se vio sorprendida, sin capacidad de reacción, ante la inesperada irrupción de aquel en dicha zona apartada y asustada, al ser conocedora de la presencia de los otros dos acusados en el exterior, agarrando el acusado a Lina de la cabeza y haciéndole chuparle el pene. Tras ello, ante la situación de aturdimiento de Lina, le subió la camiseta y le bajó el sujetador, dándole un mordisco en el pecho derecho.

A continuación, el acusado la echó para atrás, introduciéndole, en contra de su voluntad, el pene en la vagina, y cuando lo sacó, Lina se llevó la mano a la vagina y comprobó que tenía sangre, marchándose el citado Constantino. Durante la ejecución de esos hechos, permanecían en el exterior del citado lugar Damaso e Baltasar, en tanto Constantino finalizaba su acción y daba aviso a Baltasar para que este accediese a dicho lugar".

Con ello:

a.- Constantino realiza la agresión sexual contra la expresa voluntad de la víctima.

b.- Concorre la intimidación ambiental. Se concertaron previamente para ejercerla sobre ella y consta probado que la víctima era consciente de la presencia de los demás allí, lo que coarta su libertad de decisión. Ejecutaron los hechos con la cobertura de la intimidación ambiental.

La sentencia de la Audiencia Provincial destaca esa concurrencia, e, incluso, descarta la aplicación del subtipo agravado del art. 180.1.2º CP de la actuación conjunta de dos o más personas por cuanto ya constaba esa integración de ellos para constituir la intimidación ambiental. (FD nº 13 de la sentencia).

c.- Se turnaron para tener acceso sexual in consentido con Lina, Constantino e Baltasar, mientras los tres estaban allí presentes para coartar la libertad sexual de la víctima, lo que determina la existencia de la intimidación ambiental.

b.- *La violación por parte de Baltasar.*

Consta en el hecho probado nº 8 que:

" Constantino, cumpliendo el plan previsto con los otros dos acusados, avisó a Baltasar de que él había terminado con Lina. Baltasar accedió al lugar donde se encontraba Lina, estando ésta sentada, dolorida, y conmocionada por lo que había sucedido, así como asustada al encontrarse en una zona apartada y sabedora de la presencia de otros de los acusados en las inmediaciones. Al llegar hasta ella el citado acusado, Lina se tumbó en el suelo temiendo lo que iba a pasar, bajándose el acusado los pantalones y el calzoncillo, diciéndole a Lina que era muy guapa, y, en contra de la voluntad de esta, prescindiendo de dicha voluntad y de su consentimiento, amparado en el temor de la misma, le introdujo el pene en la vagina, haciéndole daño, no hablando más con ella, y se marchó del lugar. Durante la ejecución de esos hechos, permanecían en el exterior del citado lugar Damaso y Constantino, en tanto Baltasar finalizaba su acción."

Con ello:

a.- Baltasar realiza la agresión sexual contra la expresa voluntad de la víctima.

b.- Concorre la intimidación ambiental. Se concertaron previamente para ejercerla sobre ella y consta probado que la víctima era consciente de la presencia de los demás allí, lo que coarta su libertad de decisión.

c.- Se turnaron para tener acceso sexual in consentido con Lina Constantino e Baltasar, mientras los tres estaban allí presentes para coartar la libertad sexual de la víctima, lo que determina la existencia de la intimidación ambiental.

Ello ha determinado las siguientes condenas que se evidencian en el proceso de subsunción de los hechos probados en los tipos penales objeto de condena, a saber:

a.- Baltasar y Constantino fueron condenados como autor, cada uno de ellos, de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP y como cooperador necesario de otro delito de los artículos 178 y 179 CP a las penas respectivas de 9 y 8 años de prisión por cada uno de los delitos, tanto como autor como cooperador necesario.

b.- Damaso, es condenado como cooperador necesario de dos delitos de los artículos 178 y 179 CP a las penas de 8 años de prisión por cada uno de ellos.

Concorre la intimidación ambiental de forma clara y evidente.

El tribunal de instancia (FD nº 12) destacó la concurrencia de la intimidación ambiental "*por la actuación inmediata mediando aquel expresivo choque de manos que pone de manifiesto con evidencia la existencia del acuerdo entre ellos para analizar sus hechos sorprendiendo a la denunciante mediante el súbito acceso al lugar de los hechos del segundo de los autores que ejecutó su acción debido al temor que su actuación acompañad-*





de la conocida por la víctima presencia junto a la zona en la que se desarrollaba la acción de los otros dos acusados, le ocasionó esa irrupción de esa segunda persona y el temor producido por aquella presencia próxima de los demás acusados y nada pudo poner al igual que sucedió seguidamente y no la pudo poner ante la posterior acción del tercero de los intervinientes.

Es cierto que el tribunal absuelve a Damaso, porque su acto sexual fue consentido y esa es la conclusión a la que llega el tribunal, pero su presencia concertada para las otras dos agresiones sexuales la incrimina en el grado de la cooperación para la comisión de los delitos sexuales perpetrados por el segundo y el tercero, y en el de cada uno de estos últimos con respecto al cometido por cada uno de ellos en la cooperación, como han sido condenados, concurriendo una *multi presencia* integradora de la intimidación ambiental, porque es lo que se recoge en los hechos probados que intervino en el proceso de afectación a la víctima sabedora de la presencia intimidante del resto mientras Baltasar y Constantino realizaban la agresión sexual.

Por ello, los recurrentes plantean por infracción de ley una alteración de los hechos probados. Cuestionan en este motivo la valoración de la declaración de la víctima que no puede llevarse a cabo en este motivo por infracción de ley. Pese a ello, se sostiene el alegato de que no concurre la intimidación ambiental en un motivo por error iuris cuestionando la valoración probatoria y apuntando que no existe resolución respecto a las cuestiones planteadas cuando fueron resueltas en la sentencia (art. 851.3 LECRIM).

Lo que pretenden los recurrentes es una revaloración probatoria, lo que ya hemos expuesto, también ante los recursos de las acusaciones que postulaban la condena más elevada, lo que es inadmisibile.

Lo que se pretende por la parte recurrente es la modificación de los hechos probados que afectan a la inexistencia de consentimiento por parte de la víctima a la realización de los actos sexuales llevados a cabo por los dos condenados por los delitos contra la libertad sexual que han sido fijados en la sentencia en cuanto a la autoría, así como por la cooperación necesaria.

Hay que destacar que en ningún caso el hecho de que la víctima consintiera llevar a efecto el acto sexual con Damaso determine que también deberían ser consentidos los actos con los otros dos recurrentes.

Y las claves respecto al consentimiento en los actos de contenido sexual son las siguientes:

- 1.- No existen, en modo alguno, *prórrogas de consentimientos* puntuales con una persona a instancia de quienes realizan actos sexuales con una mujer pretendiendo que si ésta ha realizado un acto consentido previamente con otra persona exista una prórroga del consentimiento presunto con otros.
- 2.- La mujer tiene derecho a realizar antes una relación sexual con una persona y negarla más tarde con otra. Pretender lo contrario supondría culpabilizar a la víctima, e imponerle una especie de " *servidumbre sexual*" por la circunstancia de que antes haya tenido una relación sexual. La mujer decide con quien quiere tener relaciones sexuales, y éstas no se le pueden imponer.
- 3.- Ello sería atentar contra la libertad sexual de las mujeres y trasladar la creencia del consentimiento al hombre cuando las circunstancias del caso no determinan con claridad y concreción que el consentimiento existe claramente en la voluntad de la mujer.
- 4.- El consentimiento no se puede prorrogar a instancia y voluntad exclusiva del hombre aunque ella haya llevado antes contacto sexual con el mismo u otros hombres.
- 5.- Resulta absolutamente inadmisibile que el consentimiento al que se refiere la redacción del artículo 178 apartado primero del código penal, tras la LO 10/2022, de 6 de Septiembre, y anteriormente a esta reforma, se pueda concebir desde la creencia punto de vista subjetivo del autor, y no desde la voluntad decisoria de la mujer.
- 6.- La perspectiva subjetiva de la creencia de que existe consentimiento no puede reforzarse ni admitirse, sino en virtud de la clara voluntad, que puede ser expresa o tácita, de la mujer *atendidas las circunstancias del caso*. No se exige una expresividad manifestada exteriormente, ya que el texto penal permite una aceptación *atendidas las circunstancias del caso*. Pero en el presente caso las circunstancias fueron contrarias a que existía consentimiento, sino todo lo contrario.
- 7.- El criterio mantenido por los recurrentes supondría trasladar la existencia del consentimiento a la *creencia del autor* que tiene el acceso sexual de que la mujer consiente, cuando no existen aspectos externos en la misma para trasladar de forma clara la fehaciencia del consentimiento a la realización de actos sexuales.
- 8.- El consentimiento no puede entenderse nunca como presunto, porque el consentimiento nunca se puede presumir, sino que se traslada a la víctima su decisión y expresión *de alguna manera atendidas las circunstancias del caso* que quede reflejado para que, sin lugar a dudas, el hombre conozca con claridad la expresión inequívoca del consentimiento de la mujer para la realización de actos sexuales.



9.- Incluso hay que hacer constar que el hecho de que la víctima tuviera en momentos precedentes una relación sexual con otra persona en modo alguno determina una especie de presunción de prolongación o extensión del consentimiento con otros autores, lo cual es absolutamente rechazable, porque el consentimiento de la víctima es único y con respecto a un momento en concreto, así como con relación a una persona, y sin posibilidad de una extensión a otras en base a la libertad sexual de la mujer de consentir la realización de actos sexuales con una persona y negarlos con otra.

10.- La queja que en este sentido muestran los recurrentes es absolutamente rechazable por no suponer en modo alguno un consentimiento puntual una interpretación extensiva que pueda admitirse un consentimiento posterior por existir uno anterior con otra, e incluso con la misma persona.

11.- No existe una especie de *perpetuación en el consentimiento de una mujer* para realizar actos sexuales, como si fuera una especie de "cheque en blanco" para realizar un acto sexual que la mujer lo haya hecho antes con esa persona, o con otra. El consentimiento para el acto sexual es *renovable para cada acto sexual*.

El TSJ concluye en su valoración probatoria en el FD nº 4 que, tras llevar a cabo un análisis de la valoración de la declaración de la víctima de modo exhaustivo, exponiendo las sucesivas declaraciones de expertos que examinaron a la víctima y la concurrencia de los requisitos exigidos en torno a la declaración de la misma que:

"Hemos de reiterar la plena conformidad de esta Sala con la conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial en el sentido de que la declaración de la víctima reúne el conjunto de circunstancias que permiten considerarla prueba válida y suficiente, de naturaleza inculpativa, para tener por desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia".

Consta en la argumentación del TSJ, incluso, la mención al sufrimiento de algunas víctimas de estas experiencias sexuales de agresión a la hora de volverlo a contar lo ocurrido, lo que tiene trascendencia en los seis parámetros que a continuación señalamos en orden a su influencia en la valoración de la declaración de la víctima, señalando el TSJ en el FD nº 3 que:

"Si bien en el acto del juicio, a partir de determinado momento comienzan a aflorar determinados rasgos, lo cierto es que, por un lado, es una declaración de dos horas y, por otro, en un ambiente hostil para ella, como así lo definió la psiquiatra actuante, hasta el punto de que, con mucha anterioridad, dijo que el saber que tenía que comparecer en juicio, le produjo importantes trastornos que requirieron de tratamiento, y en este mismo sentido se habían expresado las psicólogas forenses".

En este sentido, ya señalamos en la Sentencia del Tribunal Supremo 119/2019 de 6 Mar. 2019, Rec. 779/2018 que:

Presupuestos en el análisis de la valoración por el Tribunal de la declaración de la víctima.

"Pero recordemos que es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes:

- 1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.
- 4.- "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.
- 5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
- 6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
- 7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.
- 8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
- 9.- La declaración no debe ser fragmentada.
- 10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.
- 11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.



Por otro lado, ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o "revictimización" por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

- 1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.
- 2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.
- 3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.
- 4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.
- 5.- Deseo al olvido de los hechos.
- 6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración".

El TSJ analiza con detalle la propia valoración de la declaración de la víctima y en el propio contexto que lleva a cabo en el FD nº 3 respecto a las periciales en torno a su situación mental y su afectación de la credibilidad del relato que expone, lo que a juicio del tribunal determina que sea creíble, y no fabulado, lo que conlleva que la final exposición del Tribunal de instancia respecto a la existencia de la intimidación y su ratificación por el TSJ es coherente, y está debidamente argumentada con soporte de motivación suficiente, no pudiendo prosperar la queja por error iuris en torno a que los hechos probados no describen su concurrencia, y no pudiendo atacarla por esta vía en base a una dispar por el recurrente valoración de la declaración de la víctima.

Respecto a la existencia de la intimidación ambiental esta Sala del Tribunal Supremo ha tratado hechos de violación grupal ya en diferentes casos en los que se destaca, como aquí ha ocurrido, la especial situación de las víctimas de ataques grupales de contenido sexual con características similares en los hechos y forma de proceder en la actuación y en la reacción de las víctimas ante la indefensión que les causa el ataque grupal con creación de un escenario de "intimidación ambiental". Veamos.

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020, Rec. 10613/2019

Se trató de un caso de violación grupal de tres hombres a una mujer en un lugar escondido en el interior del portal con ejercicio de violencia e intimidación y aprovechamiento de la situación de embriaguez de la víctima.

Señala esta Sala que:

"No sólo ejercieron intimidación sobre la víctima, sino también violencia, puesto que le quitaron la ropa a la fuerza y la sujetaron de pies y manos, además de por-las caderas, presentando su cuerpo marcas compatibles con tales acciones..."

1.- Las amenazas proferidas que llevan consigo una carga que integra la intimidación ambiental propia del lugar descrito en el hecho probado donde tienen lugar los actos de violación grupal. No olvidemos que los actos se cometen por tres personas y que los tres, de una u otra manera, participan.

2.- No puede haber abuso sexual donde consta probada la violencia ejercida y que deja prueba médica, pese a que los recurrentes apunten que ello puede ser provocado por la misma secuencia consentida.

3.- El consentimiento no consta en modo alguno, y no hay una anulación de la voluntad y la conciencia que lleve a entender que no habría agresión si está privada de ello, ya que no lo estaba, sino que había ingerido alcohol, pero sin perder la total conciencia de lo que estaba pasando y de lo que ocurrió.

4.- Queda acreditada la existencia de violencia con base en la declaración de la víctima refrendada por el parte de lesiones, que narra una serie de lesiones que, según declaró el médico forense, resultan compatibles con las que se pueden producir en el desarrollo de una agresión sexual.

5.- Hay violencia + intimidación en el caso declarado probado. Se le agrede y se le intimida por medio de la amenaza consistente en decirle a la víctima que se callara o la llevarían a la frontera con Francia a ejercer la prostitución, amenaza que el tribunal considera probada. Nunca puede haber abuso en este caso. Hay violación.

... Estas formas de actuar son lo que se concibe como "intimidación", y es lo que determina que el hecho sea calificado de agresión sexual, y no de abuso sexual como pretende el recurrente, por lo que estas modalidades de ejercicio de una "fuerza no física", sino mental, deben ubicarse en el entorno de la agresión sexual por la presión psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo del delito....- En la "intimidación", vis compulsiva o vi-





psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario".

Está claro que la frase declarada probada es intimidante, y está claro que la agresión se produce, así como el acceso sexual a la víctima por las pruebas ya referidas. Los hechos de ninguna manera pueden ser constitutivos de delito de abuso sexual, sino de agresión sexual, como es el objeto de la condena. No hay consentimiento de la víctima en modo alguno. Y el alegato de que en momentos anteriores pudiera existir algún tipo de acercamiento no determina que en cualquier otro momento y con distintas personas pueda entenderse que existe un consentimiento presunto a juicio del agresor, ya que el consentimiento no puede entenderse desde un punto de vista presunto o subjetivo del agresor, sino que lo es de la propia víctima, y expreso y evidenciado de forma clara, no presunta, entendiéndose que existe un consentimiento "a juicio del agresor", y que ello le legitima para tener acceso carnal.

El juicio de voluntades es mutuo en el acceso carnal, no unilateral por el propio agresor, ya que esta unilateralidad del acto unido al empleo de violencia e intimidación, como en este caso ocurrió, es lo que determina la existencia de la agresión sexual, y no el abuso que se propone.

... la corresponsabilidad atañe a todos y cada uno de los intervinientes en la comisión de la violación grupal por la presencia de los mismos en el ataque a la libertad sexual, porque quien actúa en la fase de ejecución del delito de violación es coautor, no cooperador necesario, y el tercer recurrente también intervino y coadyuvó a la comisión del delito, que lo es grupal, aunque con responsabilidades individuales. No se actuó por los tres solo en una fase previa, sino que consta probado que estaban allí los tres, y esto es hecho probado y en la fase ejecutiva de la agresión sexual la autoría se integra en esa participación individual en los actos de cada uno, y, al mismo tiempo, grupal.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 20/2022 de 13 Ene. 2022, Rec. 10499/2021

Se trató de un caso de acceso carnal con empleo de violencia e intimidación para vencer la resistencia de la mujer con continuidad. Los dos acusados son condenados como autores por la agresión sexual ejecutada por sí mismos, y como cooperadores de la agresión sexual del otro partícipe, llegando en algunos momentos a mantener las relaciones con la víctima al mismo tiempo. La sola presencia coadyuva al ambiente intimidatorio.

"...en el hecho probado se recogen las circunstancias que llevan a la cooperación necesaria de este recurrente en la agresión sexual del otro, en la medida que se describe una actuación conjunta de ambos, para la consumación de su propia violación y de contribución eficaz a la perpetrada por el otro, en tanto en cuanto, además de ser protagonista principal en la que cada uno materializó, su presencia se constituyó en un factor de intimidación coadyuvante para la ejecutada por el otro."

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 369/2020 de 3 Jul. 2020, Rec. 10661/2019

Se trató de un caso de acceso carnal por varios sujetos con mujer privada de sentido por consumo de alcohol.

Señala el TS que: "El reproche penal que lleva consigo este tipo penal, y que se ajusta a los hechos probados, se basa en ese aprovechamiento de mujeres que han podido consumir alcohol en exceso, lo que les lleva a un estado de absoluta merma y anulación de facultad para decidir y de lo que se aprovecha el sujeto activo para cometer el acto sexual, lo que es más grave cuando la conducta se lleva a cabo por varios sujetos, como aquí ocurrió, lo que permite que la actuación grupal tienda a asegurar, aún más, la ejecución de los instintos sexuales de los autores y haga absolutamente ineficaz cualquier signo o intento de oposición de la víctima, que estando con sus facultades decisorias anuladas casi por completo, añade que el delito sexual se perpetra por varios sujetos, lo que determina la gravedad y vileza de este tipo de actos cometidos por varios hombres sobre una mujer al aprovecharse de su estado de ingestión de alcohol o drogas para realizar actos sexuales que deben integrar el mayor reproche penal por el ataque a la libertad sexual de una mujer cuando ésta se encuentra privada de sentido, lo que viene a constituir una sustitución de la violencia que se necesitaría para vencer la resistencia de la mujer por el aprovecharse de su estado de casi inconsciencia para realizar el acto sexual por no necesitar la violencia para conseguirlo. En uno u otro caso, la similitud existe, porque lo que se lleva a cabo es un "vencimiento" de la voluntad de la víctima, bien con la violencia o intimidación, o bien con el aprovechamiento de su estado por la ingesta de alcohol o drogas.

Así, con el ejercicio de la violencia o intimidación se vence la oposición de la víctima a llevar a cabo el acto sexual y con el aprovechamiento del estado de la víctima por la ingesta el consentimiento ya se obtiene por ese "aprovechamiento", con la perversidad del autor se manifiesta de igual modo por llevar a cabo un acto sexual en ambos casos "no consentido" en cualquier caso.





... El juicio de voluntades es mutuo en el acceso carnal, no unilateral por el propio agresor, ya que esta unilateralidad del acto sexual unido al empleo de aprovechamiento del estado de la víctima que no tiene capacidad de decidir es lo que convierte en delictiva la conducta de los recurrentes por más que quieran negar la evidencia de los hechos probados. Existe un vencimiento de su posible oposición por su estado provocado por la ingesta de alcohol o drogas, mientras que en la agresión sexual el vencimiento lo es por el acto físico, o el vencimiento psicológico del empleo de la intimidación. En los tres escenarios existe el "aprovechamiento" y la "unilateralidad", que es lo que hace típica, punible y, en esencia, reprochable este tipo de conductas que conllevan un absoluto desprecio a la mujer por su condición de persona y un uso de la mujer con objetivo sexual y sin ningún reparo en lo que pueda sentir y sufrir una mujer cuando es agredida sexualmente, o cuando en los casos, como el presente, cuando recupera su consciencia, se da cuenta de que ha sido atacada en su libertad sexual ante el estado en el que se encontraba, lo que produce el mismo daño psicológico que la agresión sexual consciente la víctima al momento de su perpetración, mientras que en los casos del art. 181 CP el sufrimiento es ex post al cerciorarse de lo que ha sido víctima."

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 462/2019 de 14 Oct. 2019, Rec. 1379/2019

En este caso concurre acceso carnal mediante intimidación y exteriorizada la oposición de la víctima en varias ocasiones, se somete a los deseos de los acusados como consecuencia de su situación de clara inferioridad, y por hacerle ver aquellos que no tenía más opción que someterse a sus deseos, de no querer afrontar otras consecuencias perjudiciales para ella. Se aplicó el subtipo agravado de actuación conjunta de dos o más personas. Lo relevante no es el acuerdo previo, sino la confluencia de voluntades en la que todos los presentes contribuyen de manera eficaz al resultado.

"La sentencia de instancia proclama el sometimiento de la víctima mediante una intimidación coactiva desplegada y mantenida por los tres acusados durante el tiempo que fueron rotando para la consumación de sendas penetraciones. Pese a que cada uno de ellos llevó a término la agresión de manera aislada, describe que todo operó bajo una única actuación intimidatoria, pues la agresión se inició por los tres acusados y mostraron a María Esther que tenía que satisfacer sexualmente a todos si quería salir de la casa. Se describe incluso que mientras cada uno consumó la penetración en el baño, los otros dos resguardaban la intimidación custodiando desde el dormitorio que la agredida no pudiera salir y abandonar la casa. Se muestra así una coautoría material en los tres hechos típicos que excluye que la aplicación de la agravación específica del artículo 180.1.2.ª a todos ellos pueda entenderse infractora del bis in ídem que el recurrente arguye.

En todo caso, aun cuando se considere cooperación necesaria su participación en las agresiones sexuales de otros, tampoco puede asumirse que la aplicación de la cualificación del artículo 180.1.2.ª haya supuesto el quebranto del principio expresado, por dos razones :

a. Los hechos atribuidos a cada uno de los acusados han sido calificados como un delito continuado de agresión sexual de los artículos 178, 179 y 180.1.2.ª del CP, en relación con el artículo 74 del mismo texto. Conforme a lo anteriormente expuesto, tal juicio de subsunción resulta erróneo, siendo su mantenimiento obligado en atención a la ausencia de impugnación sobre este extremo y por presentar un contenido favorable a los recurrentes. En todo caso, la consideración unitaria del delito continuado comporta la integración de la penetración bucal que ejecutó en el tipo penal que se le atribuye, de modo que la agravación específica no entraña la doble punición que se ha visto y

b. La sentencia de instancia proclama que la intimidación se ejerció por los tres copartícipes. De este modo, la participación como cooperador necesario al hecho típico perpetrado por otro vendría siempre acompañada de la intervención en los hechos de un tercer acusado (también cooperador necesario), esto es, de un acompañamiento no tenido en cuenta a la hora de definir su participación accesoria".

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 987/2021 de 15 Dic. 2021, Rec. 10038/2021

Se trató de un caso de acceso carnal por agresión en grupo con trato especialmente vejatorio y humillante con dolo sobre la edad de 14 años de la víctima de los dos acusados mayores de edad que se enjuiciaron en este proceso junto a otros menores partícipes y a otros más de 10 que presenciaron los hechos. Existió cooperación necesaria del partícipe que sujeta a la menor y alienta a los demás a consumir los accesos, con un claro dominio funcional.

Señala el TS en esta sentencia que:

"A su vez, y en el ámbito de fiscalización que le corresponde en relación con los razonamientos contenidos en la sentencia dictada por el Tribunal Provincial, la sentencia que aquí se recurre, añade: "los acusados aprovecharon esta situación para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con el ánimo de obtener su satisfacción sexual, pronunciando frases claramente vejatorias y humillantes hacia ella. No hubo decisión voluntaria, ni se mostró proactiva, con independencia de que lo hubiera estado con otros menores la misma tarde. La llevaron





un sitio distinto, lejano y, a iniciativa de los acusados, que a diferencia de ella son mayores de edad y cuatro años mayores que ella, actuaron en grupo y con intimidación con un evidente desequilibrio". Finalmente, se razona también en la sentencia ahora impugnada: "Dicho material gráfico corrobora las manifestaciones de la menor, ya que se la puede observar a cuatro patas al lado de una pared, siendo penetrada por uno de los individuos, realizando felaciones a varios de los jóvenes, rodeada por los acusados y otros chicos menores. Como se afirma por el Ministerio Fiscal en su informe sobre los recursos, en las grabaciones se puede observar que quienes decidían los actos a realizar eran los acusados y los dos menores mencionados, Angustia tenía una actitud pasiva se limitaba hacer lo que éstos decían, si en algún momento, como se alega en el recurso, se puede vislumbrar un amago de risa por parte de la menor, se trata de un rictus que denota tensión y nerviosismo. Asimismo, en las grabaciones, en dos ocasiones puede oírse a Angustia que dice "parar, parar ya".

En definitiva, el órgano jurisdiccional de la primera instancia procedió a valorar la prueba practicada a su presencia de forma plenamente razonable, habiéndose procedido por el Tribunal Superior, también con expresión justificada de su razones, a supervisar la existencia cierta de prueba de cargo válida, regular y suficiente para enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia de los acusados, también por lo que respecta a la existencia cierta de una conducta intimidatoria creada y aprovechada por éstos para imponer a la menor cuantas conductas sexuales apetecían.

... Se inserta en este contexto la denominada "intimidación ambiental", que surge allí donde, aun en ausencia de una admonición concreta inmediatamente anterior a la realización del acto sexual impuesto, el sujeto activo aprovecha con este fin, el temor, el sojuzgamiento de su víctima, resultante de actos previos concluyentes y del conjunto de circunstancias que en el caso concurren, de modo tal que, conociendo que la misma no se halla en condiciones de prestar consentimiento libre, prevaleciendo de que se encuentra seriamente intimidada, le impone la realización de conductas de contenido sexual."

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019

En esta sentencia, en el caso denominado "La manada" se trató de un caso en el que la Sala aplicó la condena por agresión sexual, aunque la condena previa recurrida por la acusación lo era por abuso sexual. Se trató, también, de una violación grupal con la gravedad de la intimidación hacia la víctima, eficaz para paralizar su voluntad de resistencia y anular su libertad por medio de la superioridad física y numérica de los acusados. Se hace constar que la intimidación hizo que la mujer adoptara una actitud de sometimiento pero no de consentimiento. El relato de hechos probados permite su calificación como agresión sexual, sin llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, con respeto a los escritos de calificación, y sin que implique indefensión, porque en todo momento han sido acusados de un delito de agresión sexual y no de abuso.

Se aplicaron los subtipos agravados, por el carácter vejatorio y degradante de la intimidación y por la actuación conjunta de varias personas y una situación de desamparo en que dejaron a la víctima, sola y desnuda en el portal donde ocurrieron los hechos. Intensificación de la intimidación que sufrió con efectiva disminución de su capacidad de respuesta, que agravó la situación.

Señala el TS al respecto que:

"De la citada realidad fáctica se desprende con claridad el elemento subjetivo del delito que se discute por los recurrentes, los cuales obraron con pleno conocimiento de que las acciones que estaban llevando a cabo atentaban contra la libertad e indemnidad sexual de la víctima, sin que en ningún momento ésta prestara su consentimiento, y sin que fuera necesaria una actitud heroica de la misma para que los acusados tuvieran conocimiento de su negativa, cuando la víctima había sido llevada por ellos a un lugar recóndito, buscado de propósito, y la misma se encontraba, según el relato fáctico -que es consecuencia de la directa valoración del prueba por el Tribunal mediante el visionado de los vídeos grabados por los propios acusados-, agobiada, impresionada, sin capacidad de reacción, sintiendo en todo momento un intenso agobio y desasosiego que le produjo estupor, haciendo todo lo que los acusados le decían que hiciera, llegando los procesados a agredirla sexualmente hasta en 10 ocasiones en un periodo de tiempo de 1 minuto y 38 segundos, conociendo que estaba sola y embriagada; los autores, necesariamente, debían conocer no solo el peligro concreto de su acción, sino que aquellos actos sexuales "inícuos y vejatorios", según la sentencia recurrida, no eran expresamente consentidos por la joven, resultándoles indiferente el estado en que la misma se encontraba totalmente desprotegida y vulnerable.

...

La situación descrita en el relato fáctico conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio: el ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada, ello sin duda le produjo un estado



de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma, y sin que sea admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores, como ha dicho esta Sala en múltiples ocasiones.

Ante esa intimidación, la denunciante se sintió impresionada, sin capacidad de reacción, sintió miedo, experimentando una sensación de angustia y "un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor, y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera".

En consecuencia, la intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, que no de consentimiento, lo que según el relato de hechos probados los procesados conocían, y además aprovecharon la situación de la denunciante metida en el citado cubículo al que la habían conducido para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso y actuando de común acuerdo. Sin que el relato de hechos describa situación alguna previa de prevalimiento, por lo que en definitiva el mismo es inexistente.

Por lo tanto, acreditada la intimidación, su eficacia en la ocasión concreta para paralizar la voluntad de resistencia de la víctima y anular su libertad, así como la adecuada relación causal, los hechos deben ser calificados como delito de Violación de los art. 178 y 179 del Código Penal."

7.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 786/2017 de 30 Nov. 2017, Rec. 10394/2017

Se trató de un caso de acceso carnal con empleo de violencia e intimidación para vencer la resistencia de la mujer con condena del acusado como autor material de un delito agravado por actuación conjunta de dos personas y como cooperador necesario de otra violación básica, al cometerse los hechos con otro partícipe no identificado.

Señala la sentencia que:

"Similares hechos contempla la STS. 486/2002 de 12.3, violación cometida por otras dos personas -una de ellas menor de edad- también usando un coche con el que trasladaron a la víctima a un lugar aislado. Cometiendo la violación cada uno de ellos mientras el otro permanecía apartado, y sobre este aspecto dice la sentencia: "Su aparente pasividad mientras se producía la violación por Humberto ni borra su anterior protagonismo ni es realmente actitud pasiva pues su sola presencia reforzó la voluntad delictiva del otro copartícipe, y simultáneamente sirvió para incrementar el campo intimidatorio en el que se produjo la agresión, todo ello contribuyó eficazmente".

Al respecto debemos recordar la consolidada doctrina de esta Sala que en relación a estos delitos contra la libertad sexual en caso de pluralidad de partícipes viene atribuyendo a cada uno de ellos no solo la acción ejecutada por ellos mismos, sino además la del resto de los participantes, vía cooperación necesaria -excepcionalmente podría ser complicidad- de acuerdo con el concepto amplio de autor vigente en nuestro sistema penal y recogido en el art. 28 que se cita en el motivo, coautoría que estaría fundada no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación".

En el caso que ahora estudiamos la actividad de los coautores no es en absoluto pasiva -supuesto incluso en el que la STS. 1136/2005 de 4.10, entendió existente responsabilidad penal- sino absolutamente determinante para doblegar la voluntad de la víctima.

La figura de la cooperación necesaria en los delitos de agresión sexual es contemplada en múltiples sentencias, por ejemplo STS. 1291/2005 de 8.11, que dice: "En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun no existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consume materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental.

En el caso del acusado, no solo obró de común acuerdo con los dos menores, sino que su conducta no fue la de mera presencia. El contribuyó con su asistencia a la realización de la violencia en los términos señalados en el relato fáctico, de tal modo que cuando los dos menores procedieron inmediatamente después a realizar sus

sucesivos accesos carnales con la víctima, ésta, ante el efecto combinado de todos, había renunciado ya a toda resistencia, con lo que se ha de apreciar el carácter de cooperación necesaria de la actividad de fuerza física realizada por cada uno de los agentes para contribuir, a todos los actos de acceso carnal con la mujer realizados".

En el mismo sentido la STS. 76/2008 de 31.1, siendo los hechos de agresión entre cinco procesados a una joven, violándola dos de ellos. La sentencia condena a todos por dos delitos de violación, como autores materiales o cooperadores necesarios."

8.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 460/2022 de 11 May. 2022, Rec. 10515/2021

Se trató, también de intimidación ambiental en delito de agresión sexual con intimidación ejercida por varios sujetos amparados en la prevalencia del grupo para ejercer esa intimidación.

Acceso carnal en un clima de intimidación por la superioridad numérica de agresores y acompañantes. En estas condiciones, carece de relevancia que la víctima no presentara resistencia activa, limitándose a cerrar los ojos con evidente temor a sufrir males mayores. Autoría del que ejecuta el acceso y cooperación necesaria del partícipe que sujeta a a la víctima.

Señala el TS que:

Señala el TSJ con respecto a este motivo que: los hechos se incardinan en el artículo 183.1.2.3. CP al haberse producido con intimidación dada la situación creada por la presencia de al menos cinco varones en el lugar de los hechos impidiéndola salir y anulando su capacidad de defensa. Debe recordarse que lo relevante para apreciar la existencia de intimidación es la relevancia objetiva de la acción o actuación intimidatoria más que la reacción de la víctima frente a aquella, exigiendo que sea suficiente para doblegar a la víctima.

...la presencia de al menos cinco varones en el lugar de los hechos, impidiendo salir del inmueble a Elena, es susceptible de calificarse como situación intimidatoria en grado suficiente para paralizar o anular la voluntad de la víctima, además de por la imposibilidad material de vencimiento, por el convencimiento para Elena - así lo declara- de la inutilidad de prolongar una oposición, adoptando una actitud de sometimiento o de cierta pasividad, cerrando los ojos...no ha existido error alguno en la valoración de la prueba respecto de la participación de terceros de forma activa o pasiva como cooperadores necesarios.

Existió la violencia e intimidación suficiente para incardinar los hechos en el art. 183.2 CP Como se recogió por esta Sala en la sentencia 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019 :

"En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis física o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima.

El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que - sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males."... En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio."

En este caso esa fuerza ejercida como vis compulsiva quedó acreditada. Hubo violencia, pero, sobre todo, intimidación

Con ello, existió intimidación ambiental en la ejecución de los hechos por la declarada prevalencia de los que intervienen para coadyuvar en la ejecución de los actos sexuales propios y colaborar en los del resto en la medida en la que se ha impuesto la condena.

Así, se desprende de los hechos probados con claridad según se ha expuesto. Cometan el acto sexual con intimidación, forzando, además, a la víctima, y prevaleciendo de que ellos se habían concertado para garantizar la ejecución de los hechos con su presencia, y a sabiendas la víctima de la presencia de los demás, lo que le provocó esa intimidación. Ella se negó a esos actos sexuales concretos y específicos. Que quisiera otros no determina que desee cualquier acto y con cualquier hombre. Era ella la que elegía y eligió que no en la segunda y tercera ocasión, pese a lo cual Baltasar y Constantino la llevaron a cabo.



Ellos se concertaron para el acto y la víctima lo sabía y fue intimidada por ello. Concurrió la intimidación ambiental descrita con claridad en los hechos probados. Hay adecuado proceso de subsunción. Y ello determina la aplicación de la doctrina jurisprudencial ya expuesta de las dos autorías por las violaciones propias y la cooperación necesaria en las de los demás, tal y como ha sido expuesto en torno a la aplicación de la intimidación ambiental que surge por el concierto previo de los tres para llevar a cabo los actos sexuales con la víctima, aunque respecto de uno se aprecie consentimiento, pero coadyuvando los demás en la realización de las dos violaciones perpetradas por Baltasar y Constantino .

Sin embargo, ya hemos adelantado en el FD nº 2 que el grado de intimidación y su alcance y gradación puede llevar consigo la exigente individualización de la pena en cuanto a la cooperación en la agresión sexual de los demás. Ahora bien, como recoge con claridad la sentencia del TSJ, *concurren los requisitos exigidos para considerar cooperadores necesarios a Damaso de las dos cometidas por los dos condenados y a cada uno de estos de la cometida por el otro.*

Puntualiza, también, el TSJ que *la presencia de varios individuos concertados conlleva en sí mismo, un fuerte componente intimidatorio más, tratándose de una única joven y el lugar solitario oscuro*

Respecto a la individualización judicial de la pena atendiendo a lo explicado respecto al grado de intimidación ambiental, y en aplicación de la nueva Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre aplicada con efecto retroactivo siempre que beneficie al reo, hay que señalar que en este caso se ha condenado a Constantino e Baltasar a la pena, a cada uno de ellos, de 9 años de prisión por agresión sexual del art. 179 CP y de 8 años de prisión por cooperación en agresión sexual del citado precepto, y a Damaso como autor de cooperación necesaria en dos delitos de agresión sexual a la pena por cada uno de ellos de 8 años de prisión siguiendo el criterio que ya fijó esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019.

El tribunal de instancia fija en su fundamento jurídico 19º la argumentación respecto de la pena imponer. Y en este caso, recuerda que el delito por el que fueron condenados del artículo 179 CP estaba castigado con pena de prisión de seis a doce años y recuerda la aplicación del artículo 66.1. Regla sexta CP con relación a la no concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes y a la extensión de la pena en atención a circunstancias personales en mayor o menor gravedad del hecho.

Es decir, no se trata de imposición de la pena que se ha aplicado en estos casos de 9 y 8 años de prisión por la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal que determinen acudir a la mitad superior o inferior en cada caso, sino en el recorrido más amplio de la penalidad que fija el artículo 179 CP antes indicado. Para ello, el tribunal recuerda la existencia de una patente y clara gravedad de los hechos con participación de los responsables en ataque sucesivo, estimando procedente la aplicación de la pena de 9 años de prisión a los autores directos de la agresión sexual y de 8 años en la cooperación necesaria.

Las partes no han estimado, en concreto, una modificación concreta de la pena, sino que las defensas alegan cuestiones ajenas al marco de la revisión de penas y mantienen la absolución, con lo que se aleja del objeto del nuevo marco penológico de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, y el Ministerio Fiscal recuerda que la pena impuesta de nueve años en los casos de los autores directos de agresión sexual respeta en la actualidad el principio de proporcionalidad por extensión o tramos, ya que la pena antes solapaba ambas mitades y forma parte de ambas.

En este caso hay que recordar que la pena por el delito de agresión sexual del artículo 179, tras la Ley citada, es ahora de 4 a 12 años de prisión y la anterior de 6 a 12 años, pero la pena impuesta de 9 años por la agresión sexual sigue siendo imponible en la actualidad en atención al marco que ha utilizado el tribunal del artículo 66.1.6 CP cuando no concurren circunstancias atenuantes o agravantes.

Recuerda, así, el Ministerio Fiscal que la pena de 9 años de prisión es imponible también en el marco de la nueva regulación y permite su ubicación y mantenimiento en la misma penalidad indicada con respecto a la reglas de individualización de la pena cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes. De esta manera, debe entenderse que en modo alguno existe la posibilidad de revisión de las penas impuestas a los autores de la agresión sexual directa de 9 años de prisión, dado que es pena imponible bajo la actual regulación, y, en consecuencia, no existe el derecho de revisión de pena por tratarse de penas imponibles también en la actualidad.

Ahora bien, distinto tratamiento deben tener las penas impuestas por la cooperación en las agresiones sexuales, dado que hemos reflejado en el FD nº 2 que nos encontramos ante una intimidación ambiental no estrictamente presencial, aunque colaboradora de cada actuación ilícita, pero en una gradación distinta a otros casos antes citados anteriormente de cooperación más participativa y presencial activa. Y ello, porque atendiendo al caso concreto hubo escasa, aunque suficiente, entidad intimidatoria empleada en clara diferencia casuística con otras intimidaciones ambientales antes expuestas.





Con ello, resulta importante que en la aplicación de la cooperación en los delitos de agresión sexual por concurrir intimidación ambiental puedan aceptarse grados de intervención que, a su vez, conllevarán su efecto en la determinación de la pena, por cuanto una cuestión será la pena a imponer por la agresión sexual propia y otra evaluar el grado de intervención y forma de la presencia del resto en los hechos a la hora de configurar la intimidación ambiental sancionada por la cooperación en el delito de agresión sexual. Y para ello hay que atender al caso concreto, por lo que en el presente se evalúa que no se trató de una intimidación por concurrencia presencial física, sino menos activa y *extra lugar de los hechos*, aunque la conducta fuera intimidatoria, ya que así lo percibió la víctima (aspecto subjetivo), pero así consta también que se ejerció por los responsables (aspecto objetivo que es el relevante para apreciarla), aunque en un menor grado de relevancia participativa que en otros supuestos analizados por esta Sala.

De esta manera, es perfectamente graduable el ámbito penológico en la cooperación en los delitos de agresión sexual a la hora de analizar el grado participativo de la intimidación ambiental en sus distintas formas de manifestarse, ya que no es lo mismo la presencia física inmediata en la ejecución de la violación, que en actitud y conducta separada, aunque intimidatoria, que es lo que ocurrió en este caso. Y ello debe conllevar un ámbito de repercusión penológica de rebaja penal en casos como el que ahora nos ocupa, por la vía de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, que amplía el arco de la pena nada menos que de 4 a 12 años frente al antes existente de 6 a 12 años de prisión, pudiendo acudir a la mitad inferior de la pena, incluso en el mínimo, como ahora aplicamos, atendiendo al caso concreto.

Ello determina que en beneficio del reo la pena a imponer en este caso tenga que fijarse en los cuatro años de prisión a Damaso por cada uno de sus dos actos de cooperación necesaria y a Constantino y a Baltasar por cada uno de sus actos respectivos de cooperación necesaria, es decir, uno a cada uno más sus respectivas penas ya fijadas por el Tribunal y validadas por el TSJ de 9 años de prisión a cada uno por sus agresiones sexuales cometidas que se mantienen.

Ello determina que las penas quedarían de la siguiente manera:

Que debemos condenar a Baltasar como autor de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP a la pena de 9 años de prisión y como cooperador necesario de otro delito de los artículos 178 y 179 CP a la pena de cuatro años de prisión.

Que debemos condenar a Constantino como autor de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP a la pena de 9 años de prisión y como cooperador necesario de otro delito de los artículos 178 y 179 CP a la pena de cuatro años de prisión.

Que debemos condenar a Damaso, como cooperador necesario de dos delitos de los artículos 178 y 179 CP a las penas de 4 años de prisión por cada uno de ellos.

Todo ello, con el manteniendo las penas accesorias impuestas y la declaración de la responsabilidad civil y demás pronunciamientos allí contenidos, que no resultan afectados por esta resolución.

La pena de cuatro años de prisión por la cooperación en los tres casos es debidamente proporcional y adecuada atendiendo al caso concreto con una intimidación ambiental eficaz pero degradada frente a otros supuestos de mayor presencialidad y actitud física y cercanía, que es lo que conlleva en este caso la rebaja de la pena de cuatro años de prisión en cada uno de los tres casos, y que lo permite ahora la nueva LO 10/2022, de 6 de septiembre al poner el mínimo en cuatro años de prisión frente a los seis años de prisión del código anterior.

Respecto a las penas accesorias y la indemnización se mantienen.

El motivo se estima parcialmente.

DÉCIMO SEGUNDO.- 2.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la L.E.Cr., en particular vulneración del art. 24 C.E. relativo al derecho a la tutela judicial efectiva en relación a un juicio justo con todas las garantías, derecho a ser juzgado de forma imparcial, a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Señala la parte recurrente que "Se ha quebrantado frontalmente el principio de presunción de inocencia, alcanzado un resultado condenatorio bajo una prueba carente de cualquier viso de resultar hábil como prueba de cargo, como es la declaración de la supuesta víctima. Como se ha dicho, la declaración de la víctima, en este punto no es lo suficientemente precisa".

Hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.





Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".

Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha valorado tanto la declaración exculpatoria del recurrente como de la víctima. Pero la circunstancia de que el Tribunal de instancia se decante en su proceso de valoración de prueba por la de la víctima no quiere decir en modo alguno que suponga una traba o un ataque o vulneración de la presunción de inocencia, sino que entra en el proceso de valoración del Tribunal, que presidido por la inmediación opta por las pruebas que le llevan a su convicción en su proceso valorativo. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse





en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba.

Al igual que hemos señalado respecto de los recursos promovidos por las acusaciones particulares, no es posible admitir en sede de casación la impugnación de la valoración de la prueba cuando existe sentencia del Tribunal Superior de justicia en la que se analiza de forma racional la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia, y con un reflejo detallado en torno a cómo se ha efectuado la declaración de la víctima en las sucesivas fases. Y, sobre todo, teniendo en cuenta el alto grado de victimización que se produce en estos supuestos y en el criterio mantenido por esta sala respecto a los parámetros a tener en cuenta con relación a la declaración de la víctima que han sido apreciados en este caso por el Tribunal de instancia y analizados por el TSJ como se describe con detalle en la sentencia.

El recurrente hace un extenso relato de la prueba practicada en torno a cuestiones como llamadas telefónicas, capturas de pantallas, etc, poniendo en duda la declaración de la víctima.

La parte recurrente efectúa un extenso relato de aquellos extremos que ponen en duda la versión de la víctima, para concluir que "no cabe bajo ningún concepto alcanzar una conclusión condenatoria bajo este prisma de pruebas infundadas, baldías y contradictorias, y no existe prueba de cargo alguna susceptible de enervar la presunción de inocencia".

Nótese que nos encontramos en un supuesto típico en el que existe poca prueba de corroboración periférica ante supuestos como los delitos de violencia sexual, o violencia de género, en lo que puede ocurrir con frecuencia que las únicas pruebas sean las de la declaración de la víctima y la declaración de los acusados en estos casos, con lo cual existe la necesidad de redoblar la exigencia de la motivación, como se ha declarado por esta Sala, para realizar una argumentación sólida en torno a las razones por las que el Tribunal de instancia y la validación por el TSJ admiten como veraz, y con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la doctrina jurisprudencial, de la declaración de la víctima, lo que concurre en el presente caso pese a la dispar opinión de los recurrentes entendiéndose que esta no reúne los requisitos establecidos al efecto.

De esta manera, el TSJ elabora un estudio detallado de la prueba tenida en cuenta para enervar la presunción de inocencia el tribunal de instancia y analizar la racionalidad de la valoración probatoria el TSJ. Y así se pone de manifiesto en torno a la declaración de la víctima que:

"1.- A pesar de dicha discapacidad (de la víctima) y de las citadas características de la denunciante, ello no impide que pueda realizar un relato de hechos vividos por ella y que dicho relato pueda resultar ser eficaz y suficiente para vencer la presunción de inocencia, no obstante, las dificultades que conlleva su valoración. Así se desprende de lo señalado por las psicólogas de la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual de la Fundación "A LA PAR" que informaron sobre el particular, indicando la posibilidad de que la misma prestase un adecuado testimonio siempre que se le hagan preguntas muy simples y cortas y se le efectúen de manera concreta, clara y breve. (FD nº 3)

2.- El retraso que presenta, no constatadas alteraciones psíquicas de entidad suficiente que le impidieran declarar sobre los hechos vividos, no priva a su testimonio de la posibilidad de ser valorado como prueba de cargo que permita hacer decaer la presunción de inocencia. (FD nº 3).

3.- Hemos de mostrar plena conformidad con su conclusión de que la declaración de la víctima reúne ese conjunto de circunstancias que permiten considerarla prueba válida y suficiente, de naturaleza inculpativa, para tener por desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia. (FD nº 4).

4.- En lo relativo a la capacidad o aptitud física y psíquica de Lina, es la que antes se ha analizado, con evidentes limitaciones, pero sin que se detecte una quiebra de su credibilidad, con un relato lo suficientemente preciso habida cuenta de las circunstancias concurrentes, y sin que se aprecie tendencia a la fabulación, ni una actuación presionada o sugestionada, ni derivada de impulsos de odio o venganza, no siendo acorde a la lógica pensar, como se ha dicho, que todo es debido a su condición de persona perteneciente a la etnia gitana y, por ello, un intento de ocultar relaciones sexuales antes del matrimonio. La reacción de la víctima, denunciando los hechos al día siguiente, por iniciativa propia, a una Educadora del Centro Juvenil de DIRECCION000, no se compadece con una joven con un 67 % de discapacidad psíquica, para la que lo más fácil hubiese sido callarse." (FD nº 4).

5.- Por lo que a la credibilidad objetiva se refiere, a la coherencia interna que resulta de la consistencia y aceptable concreción de las manifestaciones de la denunciante, del orden secuencial y los detalles ofrecidos en su relato, de la compatibilidad entre sí de los extremos que lo conforman y de la inexistencia de contradicciones o reticencias relevantes en la exposición, debe añadirse la coherencia externa que presenta, por la efectiva concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo.





En efecto, existen un conjunto de datos ajenos al núcleo de los hechos, las llamadas corroboraciones periféricas que refuerzan las manifestaciones de la víctima y de las que se concluye la veracidad de las mismas, empezando por el hecho de la existencia de grabaciones de cámaras que detectan la presencia de, al menos, tres de los acusados, con la víctima; de dos testigos que ven a dichos acusados en actitud de espera junto a los matorrales y turnándose para entrar, chocándose las manos, cuando se cruzaron; de la declaración de la madre de Lina que, tras su llegada a casa, detecta abundante sangre en las bragas de esta; además del informe de la ginecóloga y de la forense que atendieron a Lina tras la denuncia a los que hay que añadir el resto de informes periciales obrantes en las actuaciones y en los que se recogen las consecuencias, físicas y psíquicas, de la agresión."(FD nº 4).

Por los recurrentes se citan una serie de elementos y pruebas que entienden que deberían haber llevado a la absolución, pero en la confrontación entre la prueba de cargo y descargo el Tribunal de instancia, validado por el TSJ, ha entendido que la de cargo es suficiente y relevante para entender enervada la presunción de inocencia frente a la dispar opinión en este caso de los recurrentes que entienden que deben existir dudas.

Pero en este caso no lo hay ante la contundencia valorativa de la declaración de la víctima por parte del Tribunal de instancia y la revisión que ha efectuado al efecto del TSJ concluyendo la veracidad en la declaración de la víctima en un episodio en el que no existe una corroboración ante el aislamiento en la comisión del hecho delictivo.

Pero en este caso el TSJ ha cumplido su misión motivadora en cuanto a la fijación de los criterios y parámetros que determinan la concurrencia de la prueba de cargo suficiente para la determinación de la elevación de la presunción de inocencia.

Pero ello no es ausencia de motivación, sino proceso de valoración de la prueba. Falta de motivación sería dictar la sentencia sin hacer mención a qué pruebas son las tenidas en cuenta para dictar una condena. Pero no ocurre en este caso así, sino que el Tribunal describe cuáles son esas pruebas, cuales son las declaraciones de los coimputados, la valoración que lleva a cabo el Tribunal entre las efectuadas en sede de plenario, ateniéndose a las reglas de valoración de la prueba del Tribunal de instancia ya expuestas con anterioridad validar que esa valoración es acertada.

El Tribunal de instancia cumple con la exigencia de reseñar qué pruebas son las tenidas en cuenta, y rechaza las pruebas de descargo expuestas por el recurrente, lo que es corolario de la aceptación de las de cargo. Pero rechazar las de descargo propuestas por la defensa no conlleva a una vulneración de la tutela judicial efectiva, porque este principio no se significa, como parece pretenderse por la estimación, en cualquier caso, de las pruebas de la defensa, sino por motivar por qué asume las de la acusación, es decir por la motivación.

Además de toda la valoración que expone el tribunal de instancia podemos destacar que en la sentencia se refiere de forma directa al testimonio de la denunciante que lo analiza de forma detallada y entiende que ha sido persistente desde su denuncia inicial. Refiere, también, el tribunal que el testigo Pablo refirió que Hermenegildo le dijo que habían mantenido relaciones sexuales tres de ellos. Consta, además, la existencia del sangrado que refiere la denunciante con las lesiones que apreció el examen ginecológico que le se le practicó el día siguiente al de los hechos y que pone de manifiesto la existencia de lesiones como desgarros, lo que corrobora la declaración de la madre. También hace referencia al tribunal a los informes médicos ginecológico y el médico forense respecto a la veracidad del testimonio de la víctima con respecto al mordisco que le causaron en uno de los pechos.

Con respecto a la ausencia de ADN en los hechos imputados a Constantino e Baltasar señala el tribunal con toda lógica que no permite excluir su participación por cuanto pudieron utilizar preservativo, o no eyacular.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 376/2015 de 9 Jun. 2015, Rec. 1273/2014 ya hicimos mención a que:

"La STC 145/2005, de 6 de junio dice a este respecto: " existe una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada". La identificación no es absoluta por más que algunos razonamientos contenidos en una nutrida jurisprudencia pudieran abonar esa conclusión. Conceptualmente y también muchas veces de facto cabe deslindar los territorios de ambos derechos procesales fundamentales. Es pensable que una motivación impecable venga acompañada de una vulneración de la presunción de inocencia (prueba valorada racionalmente, pero insuficiente por no ser concluyente o carecer de corroboraciones que cierren el paso a otras hipótesis alternativas con igual nivel de probabilidad). También lo es que una condena idealmente correcta desde la perspectiva de la presunción de inocencia a la vista del abundante material probatorio de cargo acumulado, merezca censura por pobreza en la justificación del juicio histórico (se omite toda referencia a las pruebas de descargo practicadas; ausencia de motivación fáctica;...). No siempre ambas





cuestiones se confundirán, pero en algunos casos será así. Por eso es una correcta opción metódica en ocasiones el abordaje conjunto de ambas denuncias y una única respuesta.

La falta de exhaustividad de la motivación, a diferencia de otros ordenamientos, no aparece como motivo de casación en nuestro proceso penal. Eso no obsta a que por la puerta de la necesidad de motivación proclamada por el art. 120 CE y enlazada con el art. 24.1 en la forma que se ha expresado, pueda revisarse por la vía del art. 852 LECrim si la motivación fáctica de la sentencia alcanza unos mínimos estándares. El derecho a la tutela judicial efectiva y el deber de motivación de las decisiones judiciales no significa que el Tribunal deba detallar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de la parte (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994 -asunto RUIZ TORIJA ; de 29 de agosto de 2000 -asunto JAHNK y LENOBLE o 12 de febrero de 2004 -PEREZ C. FRANCIA -). Eso es deseable pero no indispensable. Basta con que la lectura de la sentencia muestre los fundamentos probatorios de la convicción del Juzgador y las razones por las que ha rechazado otros argumentos o pruebas de signo exculpativo.

La aceptación de aquéllas, en muchos casos puede suponer ya implícitamente el rechazo de esta. Sí es imprescindible que en lo que son los núcleos básicos del debate exista la correspondiente respuesta judicial explicitada. Ese estándar no está superado aquí. No se desarticulan -ni siquiera se intenta- los alegatos exculpativos blandidos y respaldados por prueba documental que luchan por acreditar que hay cantidades doblemente contabilizadas, que otras extracciones responden a una legítima restitución, que los otros socios extrajeron también cantidades a cuenta de beneficios (extracciones que han venido a admitir), o que fue el denunciante quien dispuso de alguna de las cantidades cuya apropiación se le atribuye.

El derecho a la presunción de inocencia invocado está configurado como regla de juicio que prohíbe ser condenado sin que se hayan producido pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo (STC 68/2010, de 18 de octubre , Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio - Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a), ó 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-). La STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas.

Sintetizando su doctrina, puede decirse que se lesionará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena:

- a) en ausencia de pruebas de cargo;
- b) con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales;
- c) con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías;
- d) sin motivar la convicción probatoria;
- e) sobre la base de pruebas insuficientes; o
- f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente. Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos.

De esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aunque sin ignorar que no son compartimentos estancos sino que hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- las quejas vertidas se refieren a la insuficiencia tanto de la prueba como de la motivación fáctica: ausencia de una justificación de la certeza de la Sala convincente y concluyente.

La ausencia de motivación fáctica es algo más que un defecto formal; puede ser también la exteriorización de deficiencias en el proceso de valoración probatoria y decisión, de quiebras en la lógica del razonamiento que no solo se subsanarán en ocasiones con el enriquecimiento de la fundamentación fáctica de la sentencia, sino eventualmente con una decisión distinta resultante de la disciplina mental motivadora. Esta es mucho más que un deber de "cortesía" con las partes. Es una de las garantías, si no necesariamente del acierto de la decisión, al menos sí de que no es arbitraria. Al mismo tiempo es fórmula idónea para minimizar los desaciertos.

No es necesario remontarse a un análisis de los fundamentos de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales o la evolución experimentada sobre este punto a nivel legislativo, doctrinal y, especialmente en la praxis judicial. Detrás de la exigencia de motivación se detecta la necesidad de que el justiciable -en primer lugar- y también la Sociedad, conozcan las razones que han determinado la decisión judicial que de esa forma aparece como un fruto del raciocinio y no como algo arbitrario o producto exclusivo de la voluntad. Se consigue así





tanto que el afectado por la resolución tenga la posibilidad de combatirla con eficacia, pudiendo rebatir sus argumentaciones como que, eventualmente, el órgano llamado a revisarla por vía de recurso, pueda ejercer una labor de auténtico control o fiscalización de la decisión. Esa tarea no sería factible o se dificultaría en extremo si no se exteriorizasen las razones de la decisión. Además, el deber de motivación ejerce también una función disciplinaria del proceso mental decisorio.

Esa pluralidad de funciones, sintéticamente apuntada, ha hecho al Tribunal Constitucional enlazar el deber de motivación de las resoluciones judiciales (art. 120 CE) con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1). Se ha dado lugar así a una profusa jurisprudencia (por todas, SSTC 116/1998, de 2 de junio , 185/1998, de 25 de septiembre o 209/2002, de 11 de noviembre), que no es necesario exponer por ser bien conocida y estar suficientemente asentada, también a nivel de jurisprudencia ordinaria.

En abstracto, la ausencia o insuficiencia de la motivación puede ser esencial - material, por así decir-, esto es, manifestación de la imposibilidad de fundar la convicción en el cuadro probatorio desplegado; o formal, es decir muestra del incumplimiento de un deber constitucional impuesto a quienes ejercen tareas jurisdiccionales vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 120 y 24 CE).

La prueba de descargo suele significarse como el "reverso" de la aportada por la acusación para fundar una declaración de condena. Pero no quiere decir que cuando existan pruebas de descargo la condena es inviable, sino que la construcción de la prueba de descargo se enmarca en un proceso valorativo a llevar a cabo por el Tribunal en torno al peso probatorio de unas y otras pruebas, del que debe deducir y extraer el Tribunal un proceso valorativo que le lleve a concluir si la prueba de cargo es bastante para enervar la presunción de inocencia.

Ahonda, así, la doctrina en señalar que podemos convencionalmente calificar como prueba de cargo toda aquella que tienda a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes), por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo al sumario: averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes (art. 299 LECrim). Esta prueba de cargo corresponde hacerla a quien acusa y la de descargo a quien niega los hechos y el delito, pero que este la aporte no quiere decir que desvirtúe la fuerza probatoria de la de la acusación.

La prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

Cierto y verdad es que la defensa puede limitarse a negar los hechos, pero que aporte prueba de descargo no altera la fuerza de la prueba de la acusación. El Tribunal deberá valorarlas todas y compararlas en orden a admitir la existencia o inexistencia de prueba de cargo "suficiente", no desvirtuada por la aportada como de descargo.

De lo que se trata en estos casos, a fin de valorar si existe prueba de cargo, o si la de descargo es relevante, es lo que la doctrina refiere sobre el adecuado proceso de motivación de la sentencia y si existe motivación en torno a la prueba.

En este caso existe una suficiencia en la determinación de la argumentación tenida en cuenta para la condena. La víctima, pese a su personal problema declaró lo ocurrido de inmediato, pese a la dificultad que existe en estos casos y por los recurrentes existió un aprovechamiento del número de los actores, pese a lo cual el Tribunal ha distinguido e individualizado la actuación de cada uno de los intervinientes, sin hacer una especie de "condena colectiva" por los hechos haciendo partícipes a todos de un relato narrado. De suyo, las acusaciones han presentado queja al respecto de que la condena no se extendiera más a los partícipes y a otros absueltos. Pero debe hacerse constar que se ha realizado un esfuerzo individualizador al objeto de determinar con precisión la actuación de cada uno y el reproche penal que en cada caso debe producirse, negándose el mismo en quien no tiene responsabilidad de lo ocurrido.

Desde el punto de vista de la credibilidad subjetiva, es claro que existe una limitación psíquica de Lina , pero sin que se detecte una quiebra de su credibilidad, con un relato lo suficientemente preciso habida cuenta de las circunstancias concurrentes, y sin que se aprecie tendencia a la fabulación, ni una actuación presionada o sugestionada, ni derivada de impulsos de odio o venganza. Los extremos alegados por los recurrentes de forma extensa determinan que se reclama un mayor valor a la prueba de descargo que cita en orden a llamadas





telefónicas, captura de cámara, valora de forma distinta la declaración de la víctima, ADN, informes periciales que se interpreta por los recurrentes que le llevan a fabular, informes biológicos, llamadas telefónicas, etc.

Sin embargo, en sede casacional el examen no es de revaloración de la prueba, sino de constatación de la expresividad en las sentencias de instancia y del TSJ de la debida y suficiente motivación, en lo que no entra en juego la disparidad en la percepción de los recurrentes sobre el alcance de la valoración de la prueba, ya que ello no participa de la queja de vulneración de tutela judicial efectiva si la plasmación de la motivación se ha llevado a cabo y reflejado, como en este caso.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 3.- Por error en la apreciación de la prueba a las luz del 849.2º LE CRIM.

Se queja el recurrente "por la omisión de toda referencia a pruebas objetivas (imágenes captadas por cámaras y registro telefónico) que constan en autos y que no han sido tenidas en cuenta, prevaleciendo la declaración de la denunciante y la máxima de la experiencia de los Juzgadores, confirmando la Sentencia sobre la que se pretende interponer recurso de casación la Sentencia de Instancia, a pesar de haber sido objeto del recurso de apelación presentado por esta representación."

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LE CRIM recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LE CRIM).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LE CRIM. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con intermediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

En consecuencia, articulado el motivo por la vía del art. 849.2 LE CRIM no puede prosperar sin la cita de documentos literosuficientes que no son los que se cita en el motivo.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- Estimándose parcialmente los recursos de Constantino , Baltasar y Damaso se declaran las costas de oficio también para el resto de recurrentes dadas las circunstancias del caso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:





DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de los acusados Constantino , Baltasar y Damaso , con estimación parcial de su motivo primero y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 28 de febrero de 2022, que desestimó los recursos de apelación formulados por las representaciones de los anteriormente citados acusados, de la Acusación Particular Lina , de la Acusación Popular Excmo. Ayuntamiento de Orcoyen y de la también Acusación Popular Comunidad Foral de Navarra, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera, de fecha 5 de julio de 2021, que condenó a los citados acusados por delito de agresión sexual. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso.

Asimismo **DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de la Acusación Popular **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ORCOYEN**, de la Acusación Particular **Lina** , contra indicada sentencia. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos, con devolución de los depósitos constituidos. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz

RECURSO CASACION (P) núm.: 10196/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.ª Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 19 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el rollo de Sala nº 115/2020 dimanante de Sumario Ordinario nº 3355/2019 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Pamplona/Iruña, seguido por delitos de agresión sexual contra los acusados Damaso , nacido el NUM005 de 1994, en DIRECCION005 (Marruecos), hijo de Jacobo y de Lorena , con N° Extranjero (NIE) nº NUM006 , domiciliado en CALLE000 , nº NUM007 de DIRECCION008 , sin antecedentes penales, insolvente y en prisión provisional por esta causa desde el día 4 de enero de 2020; Constantino , nacido el NUM008 de 1989 en DIRECCION005 (Marruecos), hijo de Oscar y de Santiago , con N° Extranjero (NIE) nº NUM009 , domiciliado en CALLE000 , nº NUM007 de DIRECCION008 , sin antecedentes penales, insolvente y en prisión provisional por esta causa desde el día 4 de enero de 2020; Baltasar , nacido el NUM010 de 1994, en DIRECCION005 (Marruecos), hijo de Oscar y de Santiago , con N° Extranjero (NIE) NUM011 , domiciliado en CALLE000 , nº NUM007 de DIRECCION008 , sin antecedentes penales, insolvente, y en prisión provisional por esta causa desde el día 4 de enero de 2020; Isidro , nacido el NUM012 de 1989 en DIRECCION005 (Marruecos), hijo de Carlos Manuel y de Lorena , con N° Extranjero (NIE) nº NUM013 , domiciliado en CALLE001 , NUM014 de DIRECCION008 , sin antecedentes penales, insolvente, y en libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado desde el día 17 de febrero de 2020 hasta el 2 de julio de 2021 y contra Hermenegildo , nacido el NUM015 de 1989 en DIRECCION007 (Marruecos), hijo de Adolfo y de Coral , con N° Extranjero (NIE) nº NUM016 , domiciliado en CALLE002 , NUM017 de DIRECCION008 sin antecedentes penales, insolvente, y en libertad provisional por esta causa; y en la que se dictó sentencia por la Audiencia





Provincial de Navarra, Sección Primera, de fecha 5 de julio de 2021, que fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictando sentencia en fecha 28 de febrero de 2022, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar a Baltasar como autor de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP a la pena de 9 años de prisión y como cooperador necesario de otro delito de los artículos 178 y 179 CP a la pena de cuatro años de prisión.

Que debemos condenar a Constantino como autor de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP a la pena de 9 años de prisión y como cooperador necesario de otro delito de los artículos 178 y 179 CP a la pena de cuatro años de prisión.

Que debemos condenar a Damaso, como cooperador necesario de dos delitos de los artículos 178 y 179 CP a las penas de 4 años de prisión por cada uno de ellos.

Todo ello, con el manteniendo las penas accesorias impuestas, costas impuestas y la declaración de la responsabilidad civil y demás pronunciamientos allí contenidos, que no resultan afectados por esta resolución.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos condenar a Baltasar como autor de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP a la pena de 9 años de prisión y como cooperador necesario de otro delito de los artículos 178 y 179 CP a la pena de cuatro años de prisión.

Que debemos condenar a Constantino como autor de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP a la pena de 9 años de prisión y como cooperador necesario de otro delito de los artículos 178 y 179 CP a la pena de cuatro años de prisión.

Que debemos condenar a Damaso, como cooperador necesario de dos delitos de los artículos 178 y 179 CP a las penas de 4 años de prisión por cada uno de ellos.

Todo ello, con el manteniendo las penas accesorias impuestas, costas impuestas y la declaración de la responsabilidad civil y demás pronunciamientos allí contenidos, que no resultan afectados por esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz

