



Roj: **STS 2490/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2490**

Id Cendoj: **28079120012020100415**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2020**

Nº de Recurso: **10661/2019**

Nº de Resolución: **369/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1721/2019,**
STSJ PV 2418/2019,
STS 2490/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 369/2020

Fecha de sentencia: 03/07/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10661/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10661/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 369/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde





D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 3 de julio de 2020.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados **D. Javier y D. Joaquín**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de los anteriores acusados y otro contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Sexta, de fecha 27 de mayo de 2019, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por el Procurador D. Jesús Gorrochategui Erauzquin y bajo la dirección Letrada de D. Koldo Menika Landabaso respecto de **Javier** y por la representación de la Procuradora Dña. Isabel Rufo Chocano y bajo la dirección Letrada de D. Fernando Sánchez García, respecto de **Joaquín**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Bilbao instruyó sumario con el nº 75 de 2017 contra **Javier, Joaquín** y otro, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Sexta, que con fecha 27 de mayo de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- Resulta probado y así se declara en la medianoche del 13 al 14 de enero de 2017, Julia salió de fiesta con sus amigas y se dirigió a la discoteca DIRECCION000, sita en Bilbao, ALAMEDA000 núm. NUM000. Una vez allí, Julia consumió bebidas alcohólicas y fumó cannabis. La ingesta de alcohol fue constante durante la noche, sin que haya sido posible establecer la cantidad, pero sí que esa ingesta unida a que la joven debía tomar (y tomó), medicación antidepressiva por prescripción de su médico, llevó a que le afectara de tal modo que sus capacidades de comprender, querer y controlarse estaban enormemente afectadas. Resulta probado que, en ese estado se besó y abrazó con cualquier persona que se le ponía delante; se tambaleaba; balbuceaba y era difícil entender lo que decía. Su estado era tal y de tal evidencia, que en un momento dado, al vigilante de seguridad de la discoteca le fue indicado por sus jefes que sacara del recinto a aquella joven que se había meado en la pista. Resulta acreditado que ese empleado la sacó del lugar con ayuda de otra persona que no ha sido identificada. Pese a que la joven Julia, en ese estado, no oponía resistencia, fue necesaria la ayuda de esa otra persona no identificada poder materializar la expulsión del recinto de la discoteca de Julia. Resulta acreditado que su estado de desorientación y desinhibición era tal, que sus insinuaciones y deseos de abrazos fueron rechazadas por, al menos, dos varones. SEGUNDO.- Resulta igualmente probado que también a primeras horas de la madrugada del 14 de enero, accedieron a la discoteca DIRECCION000, D. Joaquín y D. Luis Pablo. Este último conocía a Da Julia por haber coincidido en cursos destinados al control de impulsos que ambos debían llevar a cabo. D. Joaquín conocía de vista a Julia. Resulta probado que poco después de llegar a la discoteca los dos acusados (Joaquín y Luis Pablo) llegó D. Javier con un amigo. Éste conocía a los anteriores, y no a Julia. TERCERO.- Resulta probado que sobre las siete menos diez de la mañana, Julia abandonó la discoteca. Pese al frío que hacía ese día y a esa hora, y a la abundante lluvia que caía, Julia solo vestía pantalón leginggs y una camiseta corta en el momento de abandonar la discoteca. No llevaba ni ropa de abrigo, ni bolso, ni teléfono, no habiéndose percatado de su falta, dado el estado en que se encontraba. Se los dejó en el interior de la discoteca y fueron recogidos por una amiga de ella, al cierre del local. Ya fuera de la discoteca estaban D. Joaquín y D. Luis Pablo, que, conscientes éstos del estado de desorientación y desinhibición de Julia, evidente también por sus dificultades para vocalizar, razonar, mantener un discurso coherente, e incluso para caminar sin tambalearse, decidieron irse con ella, calle abajo hasta llegar a las escaleras de DIRECCION001, lugar de tránsito para acceder al BARRIO000 de Bilbao. Durante el trayecto llovió con intensidad y hacía frío. No ha quedado acreditado lo que ocurrió en el trayecto del camino desde la ALAMEDA000 (lugar en que se ubica la discoteca DIRECCION000) y la zona del Casco Viejo. En el cruce de las escaleras de DIRECCION001 con la CALLE000 se encuentra un local "DIRECCION002" (CALLE000 NUM001) y a su interior accedieron Julia, Joaquín y Luis Pablo. Los dos varones comenzaron a tocar el cuerpo de Julia, quien se sentó en el suelo del habitáculo, rodeando ambos a la joven, comenzando Joaquín a tocar a Julia, mientras Luis Pablo miraba. Julia trató de apartar con sus brazos a Joaquín, y Luis Pablo colocó en la cabeza de Julia una bolsa de plástico que cogió del suelo, mientras ambos se mofaban de ella, y uno de ellos decía que era el gorro de la ama. Está probado que le gritaban para que se levantara del suelo, y que Joaquín, con ánimo de obtener placer sexual, bajándose la cremallera de su pantalón, colocó sus genitales sobre la chica. En ese momento, estando ella en el suelo, y viendo que ni los gritos de ellos (conminándola a levantarse) surtían efecto, la alzaron entre los dos y una vez en pie, Joaquín la cogió por





la cabeza y la hizo agacharse hacia delante, al tiempo que Luis Pablo introducía su mano por dentro del pantalón en la zona de los glúteos de Julia. Seguidamente, siempre con esa intención libidinosa, y al tiempo que Joaquín continuaba sujetando por la cabeza a Julia, la fue separando de la pared y ello fue aprovechado por Luis Pablo para bajar el pantalón a Julia, y pese a que ella sujetaba esa prenda por la zona de la tirilla de la cintura del pantalón, finalmente Luis Pablo se lo bajó. En ese momento, viendo Joaquín que la intención de Luis Pablo era penetrar analmente a Julia, le gritó que parase, que "no le diera por el culo", respondiendo Luis Pablo que por qué no, que él era colombiano y la penetró por detrás. Al tiempo, Joaquín bajaba la cabeza de Julia para que le practicara una felación y así fue. Resulta probado que sobre las 7,48 de la mañana, y continuando en la actividad descrita, Joaquín y Luis Pablo vieron que, por el exterior pasaba su amigo Javier, al que llamaron por su apodo "Gamba, eh, Gamba, mira lo que hay dentro" saliendo ambos del local, momento en que Julia se sube su pantalón legging. Vuelve a entrar Joaquín al interior del local, quedando Luis Pablo y Javier en el exterior, vigilando la zona en tanto Joaquín penetraba a Julia vaginalmente. En un momento dado, Julia apartó a Joaquín y se subió los pantalones. Resulta probado que, seguidamente entró Luis Pablo y Julia le dijo que no quería con él, que quería con su amigo, pero le indicaron que con los dos, y si no, que nada, y Julia dijo que no, quedando en el interior del local Joaquín quien la penetró vaginalmente, entrando al poco tiempo Luis Pablo. Joaquín, atrayendo a Julia hacia sí, al tiempo que seguía penetrándola, dejó espacio entre la joven y la pared (en que se había apoyado Julia) permitiendo así que Luis Pablo la penetrara por detrás. Los movimientos de Julia para apartar a los jóvenes no dieron resultado alguno, consumando ambos los actos descritos (penetración vaginal uno, y anal el otro, al mismo tiempo y sobre la misma mujer). Resulta probado que, instantes después, Joaquín, apartándose de Julia se dirigió a Javier, que hasta ese momento había estado vigilando y fumando un cigarro en el exterior del local. Entran de nuevo al local en que Luis Pablo seguía penetrando a la joven por detrás, diciendo Joaquín "dale, dale" e indicando a Luis Pablo que se apartara, se colocó detrás de la joven, volviendo a penetrarla. En ese momento, Luis Pablo coge la cara de Julia, la acerca a sus genitales para que le practicara una felación. Accede al interior del local Javier, quien golpea en las nalgas a Julia, golpeándola también Joaquín en varias ocasiones. Javier pasa el cigarro que fumaba a Luis Pablo y le hace un gesto para que éste vigile ahora, sacándose su pene y lo puso en la boca de Julia, requiriéndole todos que se la chupara, al tiempo que Luis Pablo cogía por la cabeza a Julia con tal fin. Al no conseguir que la joven realizara ninguna acción para conseguir satisfacer la libido de Javier, éste retiró su pene, si bien siguió tocando el culo de Julia mientras Joaquín seguía penetrando a Julia. Resulta probado que Luis Pablo había comenzado a grabar la escena, percatándose Julia de ello, e intentando ir hacia adelante para arrebatarse el teléfono a Luis Pablo, siendo impedida a ello por Joaquín que la agarraba de las caderas desde atrás. En este momento Luis Pablo y Javier permanecían en el exterior, vigilando la zona hasta el punto que se encararon con un varón (que no ha sido identificado) cuando éste, volviéndose sobre sus pasos, se acercó para ver qué ocurría en el interior del "DIRECCION002" Instantes después Julia volvió a ver la luz del teléfono móvil, y en ese momento sí consiguió salir al exterior para impedir que Luis Pablo la grabara, yéndose ya todos del lugar. Resulta acreditado que Luis Pablo envió lo grabado a Javier y a una tercera persona (Celestino, que ha comparecido como testigo en este juicio) sin que se haya probado si lo hizo a más personas. CUARTO.- Resulta acreditado que Julia se despertó, sobre el mediodía, en un portal de un edificio del BARRIO000, desorientada y sin recordar ni donde había estado ni qué pudo ocurrir, llamando a su padre desde un establecimiento comercial próximo al local para que acudiera a buscarla. Cuando su padre llegó la encontró con la camiseta deteriorada, los leginggs rotos por la parte de la rodilla y la zona trasera. No llevaba ropa interior y Julia no supo lo que había ocurrido con la que llevaba cuando salió de casa. Cuando fue reconocida por el médico forense presentaba hematomas en rodilla derecha, muslo, codo derecho, zona izquierda de la espalda y edema frontal. QUINTO.- D. Joaquín nació en Ecuador el NUM002 de 1996, y es titular del NIE NUM003. No consta su situación administrativa en España. D. Luis Pablo nació en Colombia el NUM004 de 1998; titular del NIE NUM005, y su situación administrativa es regular, poseyendo autorización para residencia de larga duración. D. Javier nació en Colombia el día NUM006 de 1990; es titular del NIE NUM007, y su situación administrativa en España es regular. Al inicio de la investigación judicial (auto de 4 de febrero de 2017) se acordó su prisión provisional, siendo puestos en libertad -por resolución de la Sección Segunda de la A. Provincial el 26 de julio de 2017. Por resolución de 27 de julio de 2018 se acordó de nuevo su prisión provisional, situación en la que se mantienen".

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

"Que debemos condenar y condenamos a D. Joaquín a las siguientes penas: 1.- como autor responsable de delito contra la libertad sexual ya definido en esta sentencia, a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Se le prohíbe que se acerque a menos de quinientos metros del lugar en que resida, trabaje o frecuente Da Julia, y también se prohíbe al condenado que se comunique con ella por cualquier medio. Esta pena accesoria tendrá una duración de QUINCE años. Le imponemos la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años, una vez cumpla las penas de prisión impuestas, con la obligación de participar en programas formativos de educar





sexual e igualdad de género. 2.- como coautor del delito de descubrimiento y revelación de secretos a la pena de TRES AÑOS de prisión, así como multa de dieciocho meses, con una cuota diaria de cuatro euros. Que debemos condenar y condenamos a D. Luis Pablo a las siguientes penas: 1.- como autor responsable de delito contra la libertad sexual ya definido en la sentencia, a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Se le prohíbe que se acerque a menos de quinientos metros del lugar en que resida, trabaje o frecuente Da Julia , y también se le prohíbe que se comunique con ella por cualquier medio. Esta pena accesoria tendrá una duración de QUINCE años. Le imponemos la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años, una vez cumpla las penas de prisión impuestas, con la obligación de participar en programas formativos de educación sexual e igualdad de género. 2.- como autor del delito de descubrimiento y revelación de secretos a la pena de TRES AÑOS y SEIS MESES prisión, así como multa de VEINTIDÓS meses, con una cuota diaria de cuatro euros. Que debemos condenar y condenamos a D. Javier a las siguientes penas: 1.- como autor responsable de delito contra la libertad sexual ya definido en esta sentencia, a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Se le prohíbe que se acerque a menos de quinientos metros del lugar en que resida, trabaje o frecuente Da Julia , y también se le prohíbe que se comunique con ella por cualquier medio. Esta pena accesoria tendrá una duración de QUINCE años. Le imponemos la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años, una vez cumpla las penas de prisión impuestas, con la obligación de participar en programas formativos de educación sexual e igualdad de género. 2.- como coautor del delito de descubrimiento y revelación de secretos a la pena de TRES AÑOS de prisión, así como multa de dieciocho meses, con una cuota diaria de cuatro euros. Les imponemos el pago de la totalidad de las costas procesales, y les condenamos a que, por la vía de responsabilidad civil, indemnicen a D^aLaura, conjunta y solidariamente, en la cantidad de veinte mil euros (con el interés legal preceptivo). Mantenemos la situación de prisión provisional de los tres condenados, que se razona y documenta en auto aparte que quedará unido a la pieza de situación personal". Contra esta sentencia puede interponerse recurso de APELACIÓN ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 846 ter LECrim.). El recurso se interpondrá por medio de escrito, autorizado por Abogado/a y Procurador/a, presentado en este Tribunal en el plazo de DIEZ DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de su notificación".

Por las representaciones procesales de los acusados Javier y Joaquín se recurrió en apelación la anterior sentencia ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que con fecha 4 de noviembre de 2019 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de Joaquín , de Luis Pablo y de Javier y desestimamos las adhesiones a los referidos recursos de apelación, contra la Sentencia núm. 34/2019, dictada con fecha 27 de mayo de 2019, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que confirmamos en su integridad, y con imposición de costas a las partes apelantes. MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante RECURSO DE CASACIÓN que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Javier y D. Joaquín , 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 del acusado D. Javier , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5º, número 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y se fundamenta en la vulneración por la Sentencia de instancia de los derechos fundamentales de mi representado a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, a que en ningún caso pueda producirse indefensión, y a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías recogidas en el artículo 24 de la Constitución Española en cuanto la referida Sentencia condena a mi representado por supuesto delito de abuso sexual con acceso carnal.

Segundo.- Infracción de normas del ordenamiento jurídico como motivo de casación al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1º L.E.Cr. Vulneración de los arts. 197.1 y 5 del C. Penal.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Joaquín , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:





Primero.- Recurso de casación por infracción de ley, del art. 849.1º LECrim. por aplicación indebida del art. 181, 1º, 2º y 4º CP.

Segundo.- Recurso de casación por infracción de ley, del art. 849.1º LECrim. por aplicación indebida del art. 197, 1º y 5º CP.

Tercero.- Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, respecto del delito de abuso sexual.

Cuarto.- Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia respecto del delito contra la intimidad.

Quinto.- Recurso de casación por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación a la extensión de la pena impuesta.

Sexto.- Recurso de casación por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos se opuso a todos sus motivos, impugnándolos subsidiariamente, adhiriéndose el acusado Javier al recurso interpuesto por Joaquín .

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 2 de julio de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación de los acusados Joaquín y Javier , contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de octubre de 2019, resolviendo el recurso de apelación, contra la dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao, de 27 de mayo de 2019.

RECURSO DE Joaquín

SEGUNDO.- 1.- Recurso de casación por infracción de ley, del art. 849.1º LECrim. por aplicación indebida del art. 181, 1º, 2º y 4º CP.

Se plantea este primer motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM, y a este respecto lo que el recurrente cuestiona no es el hecho probado, sino la prueba tenida en cuenta por el Tribunal, lo que es más propio de la presunción de inocencia.

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.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.





Por ello, 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.

Pues bien, los recurrentes son condenados por la vía del art. 181 CP que sanciona:

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

... 4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

Con ello, este precepto sanciona el acto sexual llevado a cabo:

a.- Sin violencia o intimidación.

b.- Pero sin que medie consentimiento.

c.- Entendiéndose que se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido.

d. A nivel penológico se fija una agravación cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

El Tribunal ha fijado la ubicación de los hechos probados en la subsunción en este tipo penal, dado que existió un "aprovechamiento" del estado etílico en el que se encontraba la víctima, y fue en virtud de ese aprovechamiento por lo que pudieron llevar a efecto estos actos sexuales que a continuación se describen en los hechos probados, porque posiblemente la víctima no lo hubiera aceptado si no estuviera afectada por la ingestión de alcohol que se declara probado, estableciendo el texto penal en el apartado 2º una "presunción de abusos sexuales no consentidos" cuando se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido.

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.

En base a lo expuesto, el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal por el que han sido condenados los recurrentes es correcto.

Con ello, hay que hacer mención a lo que recogen los hechos probados y que en esencia fijan que:

1.- Laura consumió bebidas alcohólicas y fumó cannabis. La ingesta de alcohol fue constante durante la noche, sin que haya sido posible establecer la cantidad, pero sí que esa ingesta unida a que la joven debía tomar (y tomó), medicación antidepresiva por prescripción de su médico, llevó a que le afectara de tal modo que sus capacidades de comprender, querer y controlarse estaban enormemente afectadas.

2.- En ese estado se besó y abrazó con cualquier persona que se le ponía delante; se tambaleaba; balbuceaba y era difícil entender lo que decía.

3.- Resulta acreditado que su estado de desorientación y desinhibición era tal, que sus insinuaciones y deseos de abrazos fueron rechazadas por, al menos, dos varones.

4.- Joaquín y D. Luis Pablo, que, conscientes éstos del estado de desorientación y desinhibición de Julia, evidente también por sus dificultades para vocalizar, razonar, mantener un discurso coherente, e incluso para caminar sin tambalearse, decidieron irse con ella.

5.- Joaquín y Luis Pablo. Los dos varones comenzaron a tocar el cuerpo de Julia, quien se sentó en el suelo del habitáculo, rodeando ambos a la joven, comenzando Joaquín a tocar a Julia, mientras Luis Pablo miraba.

6.- Joaquín, con ánimo de obtener placer sexual, bajándose la cremallera de su pantalón, colocó sus genitales sobre la chica. En ese momento, estando ella en el suelo, y viendo que ni los gritos de ellos (conminándola a levantarse) surtían efecto, la alzaron entre los dos y una vez en pie, Joaquín la cogió por la cabeza y la hizo agacharse hacia delante, al tiempo que Luis Pablo introducía su mano por dentro del pantalón en la zona de los glúteos de Julia. Seguidamente, siempre con esa intención libidinosa, y al tiempo que Joaquín continuaba sujetando por la cabeza a Julia, la fue separando de la pared y ello fue aprovechado por Luis Pablo para bajar el pantalón a Julia, y pese a que ella sujetaba esa prenda por la zona de la tirilla de la cintura del pantalón, finalmente Luis Pablo se lo bajó. En ese momento, viendo Joaquín que la intención de Luis Pablo era penetrar analmente a Julia, le gritó que parase, que "no le diera por el culo", respondiendo Luis Pablo que por qué no, que él era colombiano y la penetró por detrás. Al tiempo, Joaquín bajaba la cabeza de Julia para que le practicara una felación y así fue.

7.- Joaquín y Luis Pablo vieron que, por el exterior pasaba su amigo Javier, al que llamaron por su apodo "Gamba, eh, Gamba, mira lo que hay dentro" saliendo ambos del local, momento en que Julia se sube su pantalón legging. Vuelve a entrar Joaquín al interior del local, quedando Luis Pablo y Javier en el exterior, vigilando la zona en tanto Joaquín penetraba a Julia vaginalmente. En un momento dado, Julia apartó a Joaquín y se subió los pantalones.

8.- Entró Luis Pablo y Julia le dijo que no quería con él, que quería con su amigo, pero le indicaron que con los dos, y si no, que nada, y Julia dijo que no, quedando en el interior del local Joaquín quien la penetró vaginalmente, entrando al poco tiempo Luis Pablo. Joaquín, atrayendo a Julia hacia sí, al tiempo que seguía penetrándola, dejó espacio entre la joven y la pared (en que se había apoyado Julia) permitiendo, así, que Luis Pablo la penetrara por detrás. Los movimientos de Julia para apartar a los jóvenes no dieron resultado alguno, consumando ambos los actos descritos (penetración vaginal uno, y anal el otro, al mismo tiempo y sobre la misma mujer).

9.- Joaquín, apartándose de Julia se dirigió a Javier, que hasta ese momento había estado vigilando y fumando un cigarro en el exterior del local. Entran de nuevo al local en que Luis Pablo seguía penetrando a la joven por detrás, diciendo Joaquín "dale, dale" e indicando a Luis Pablo que se apartara, se colocó detrás de la joven, volviendo a penetrarla. En ese momento, Luis Pablo coge la cara de Julia, la acerca a sus genitales para que le practicara una felación. Accede al interior del local Javier, quien golpea en las nalgas a Julia, golpeándola también Joaquín en varias ocasiones. Javier pasa el cigarro que fumaba a Luis Pablo y le hace un gesto para que éste vigile ahora, sacándose su pene y lo puso en la boca de Julia, requiriéndole todos que se la chupara, al tiempo que Luis Pablo cogía por la cabeza a Julia con tal fin. Al no conseguir que la joven realizara ninguna acción para conseguir satisfacer la libido de Javier, éste retiró su pene, si bien siguió tocando el culo de Julia mientras Joaquín seguía penetrando a Julia.





10.- Grabación llevada a cabo: Resulta probado que Luis Pablo había comenzado a grabar la escena, percatándose Julia de ello, e intentando ir hacia adelante para arrebatarse el teléfono a Luis Pablo, siendo impedida a ello por Joaquín que la agarraba de las caderas desde atrás. En este momento Luis Pablo y Javier permanecían en el exterior, vigilando la zona hasta el punto que se encararon con un varón (que no ha sido identificado) cuando éste, volviéndose sobre sus pasos, se acercó para ver qué ocurría en el interior del "DIRECCION002". Instantes después Julia volvió a ver la luz del teléfono móvil, y en ese momento sí consiguió salir al exterior para impedir que Luis Pablo la grabara, yéndose ya todos del lugar. Resulta acreditado que Luis Pablo envió lo grabado a Javier y a una tercera persona (Celestino, que ha comparecido como testigo en este juicio).

11.- Julia se despertó, sobre el mediodía, en un portal de un edificio del BARRIO000, desorientada y sin recordar ni donde había estado ni qué pudo ocurrir, llamando a su padre desde un establecimiento comercial próximo al local para que acudiera a buscarla. Cuando su padre llegó la encontró con la camiseta deteriorada, los leggings rotos por la parte de la rodilla y la zona trasera. No llevaba ropa interior y Julia no supo lo que había ocurrido con la que llevaba cuando salió de casa. Cuando fue reconocida por el médico forense presentaba hematomas en rodilla derecha, muslo, codo derecho, zona izquierda de la espalda y edema frontal.

Está clara, en consecuencia, la situación de la víctima de absoluta pérdida de voluntad para poder decidir libremente, y del aprovechamiento de los autores de este estado de la víctima.

Queda probado que perpetraron los actos contra la libertad sexual de la víctima, mediante todo tipo de penetraciones vaginal, anal y bucal, lo que determina la motivación del Tribunal a la hora de fijar la pena en orden a la gravedad y perversidad de los hechos al actuar sobre la mujer señalando que *el trato propinado a la mujer fue denigrante; el número de acometimientos variado, llegándose a practicar, al tiempo, hasta tres penetraciones (anal, vaginal y bucal) en el cuerpo de Julia, con un desprecio mostrado hacia quien no era consciente de nada, utilizando el cuerpo de la joven como si de una muñeca inerte se tratara. No consideramos que merezca menor reproche la conducta probada y ya descrita suficientemente a lo largo de estas páginas.*

En la reciente sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020, Rec. 10613/2019 señalamos que:

"El delito de abuso sexual es aquel en el que el sujeto pasivo atenta igualmente contra la libertad sexual de la víctima, pero sin violencia e intimidación y sin que medie consentimiento (art. 181). Pero esa falta de consentimiento, a salvo de tocamientos episódicos o fugaces, lo deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y en consecuencia, sea éste bien inválido, bien inexistente. Por eso el Código Penal señala que, a los efectos de tipificar este delito, "se consideran abusos sexuales no consentidos" aquellos a los que se refiere el precepto, porque en tales casos el consentimiento se ha obtenido inválida o viciadamente; y así: a) los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido; b) sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare; c) los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto; d) cuando se obtenga un consentimiento viciado por prevalerse el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

También se disponen subtipos agravados en los casos de víctima especialmente vulnerable (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y autor (relación de superioridad o parentesco).

Del propio modo, se consideran abusos sexuales los correspondientes a los menores, dada la falta de madurez para el consentimiento sexual, distinguiendo el Código Penal entre mayores de 16 años y menores de 18, cuando el autor del delito se aproveche del engaño que haya desplegado o abuse de una posición reconocida de confianza (art. 182), y finalmente se describen en el Código la realización de actos de carácter sexual con menores de 16 años, en las diversas variedades que se tipifican (art. 183).

Consecuencia de lo anterior, como decíamos en nuestra reciente sentencia 216/2019, de 24 de abril, "se desprende que en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, y en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación. Dicho de otro modo, el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley, y por eso el Código Penal se expresa disponiendo que "se consideran abusos sexuales no consentidos" los que hemos reseñado con anterioridad. En todos ellos, la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad".

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.

Con respecto a la "privación de sentido" que se declara probado y es lo que fija el tipo penal y la comisión del ilícito penal señalamos en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 197/2005 de 15 Feb. 2005, Rec. 636/2004 que:

"Respecto al consentimiento, sus condiciones para ser eficaz no están establecidas en la ley, la doctrina las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa, que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto, habiendo establecido el Legislador en el art. 181.2 CP, la presunción "iuris et de iure" de la falta de consentimiento, por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles.... la jurisprudencia ha señalado que no es un proceso sin ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen los impulsos sexuales trascendentes.

En este sentido la sentencia de esta Sala de 28.10.91, establece que si bien es cierto que la referencia legal se centra en la privación de sentido, no se quiere decir con ello que la víctima se encuentre totalmente inconsciente, pues dentro de esta expresión del tipo legal se pueden integrar también aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerte a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios.

En esta misma línea, la STS 267/1994 argumentaba que "la correcta interpretación del término privación de sentido, exige contemplar también aquellos supuestos en los que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad".

Los estados de aletargamiento pueden originar una momentánea pérdida de los frenos inhibitorios que, en el caso presente, y tal como afirma el relato de hechos probados desemboca en una anulación de sus facultades intelectuales y volitivas y de sus frenos inhibitorios, quedando sin capacidad de decisión y de obrar según su voluntad, esto es privada de cualquier capacidad de reacción frente al abuso sexual".

Con ello, vemos que no es preciso una absoluta inconsciencia o pérdida de razón de la víctima, porque consta que ella se pudo mover, en algún momento pidió que no se le grabara, o se movía, lo que no resta que pudiera el Tribunal llegar al convencimiento de que estaba "privada de razón o sentido", ya que no se exige que esté "absolutamente" inerte, sino que se admiten en los estadios del art. 181 CP situaciones como la presente en las que la mujer habla, o se mueve, pero en un estado de absoluta incapacidad para decidir lo que desearía de no concurrir ese estado provocado por la ingesta de alcohol o drogas.

La situación de privación de sentido de la víctima, que no se exige que sea absoluto, como mantenemos, está ubicada en el apartado 2º del art. 181 CP, junto con la circunstancia de que sea el propio autor el que suministra la sustancia a la víctima que le hace llegar a este estado, lo que lleva a la doctrina a destacar el elevado número de casos de atentados sexuales en los que medió la administración de alguna sustancia, conocidos con el nombre de DFSA (*Drug Facilitated Sexual Assault*), aunque en este caso lo que consta probado es el aprovechamiento de la situación, no que se le suministró para conseguir ese fin.

La STS 833/2009 interpretó que la privación de sentido "no es un proceso de ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen a los impulsos sexuales trascendentes".

Se ha admitido por esta Sala la modalidad de abusos sexuales sobre personas que se hallen privadas de sentido, cuando esa misma privación de sentido es provocada por la propia víctima. Por ejemplo, también, la STS 833/2009 estimó la existencia de abusos sexuales en un supuesto de facultades mermadas por la ingesta de alcohol y cocaína por parte de la víctima. La STS 861/2009 que apreció el abuso sexual en un supuesto en





el que el autor se aprovechó del estado de embriaguez y semiinconsciencia en que se encontraba la víctima y la STS 584/2007 condenó por abuso sexual al autor que se aprovecha del estado de inconsciencia de la víctima por él previamente provocado.

Señala el Tribunal de instancia a la hora de calificar los hechos en el FD 8º que:

"El estado en que la joven se encontraba ya en el momento de abandonar la discoteca y desplazarse hasta el lugar en que se produjo el acceso sexual por parte de los tres acusados, era suficientemente grave, para configurar este elemento o aspecto relevante del tipo penal. Y no solamente era grave, sino que fue percibido por todas las personas que han depuesto en el juicio oral, al igual que la evidencia mostrada en las grabaciones y a la que se ha hecho ya referencia.

Esa incapacidad también se manifiesta en algunos flashses que relata Julia (no quería, pero no podía. . .) en esa disociación entre sus negativas y su sometimiento (incluso asumiendo, como dicen las defensas, que en algunos momentos "interactuara") por esa conducta errática, con manifestaciones sin sentido y el resto de reacciones y actitudes que ya se han descrito, y cuya evidencia llevó a los acusados a ver a la muchacha como un objeto (así ha alegado la dirección letrada de Julia) para su placer, sin importarles si consentía o no, porque era evidente que no tenía ninguna capacidad para decidir, ni, por lo mismo, para oponerse".

Quiere ello decir que aunque en algún momento pudiera reaccionar su estado era de imposibilidad de oponerse a las acciones de los recurrentes, y ellos eran conscientes de tal circunstancia como consta en los hechos probados, lo que evidencia el "aprovechamiento" de su estado para cometer el delito por el que han sido condenados.

El TSJ fija en su sentencia que: "La Audiencia, que determina claramente los hechos objeto de enjuiciamiento (lo que ocurre en el interior del vending, no en el trayecto hasta llegar allí, ni tampoco lo que acontece cuando salen del mismo), y, que considera irrelevante aspectos a los que más tarde aludiremos, afirma que, en el momento en que Julia fue penetrada, una y otra vez, por los acusados, no consentía porque no era capaz de consentir, y, que los acusados fueron conscientes de que la joven (18 años) estaba en ese estado que le impedía prestar ningún tipo de consentimiento, libre y consciente.

No cabe duda del esfuerzo llevado a cabo por el Tribunal a quo para plasmar dicha conclusión tras averiguar lo realmente ocurrido, no lo que los acusados afirman como verdad, como lo demuestra el análisis minucioso y exhaustivo de la muy abundante y profusa prueba practicada en diversas sesiones plenarias que le permite llegar a una conclusión indubitada, cual es, insistimos, que la joven no consintió porque no podía consentir y que los acusados eran conscientes y se aprovecharon de ello".

Con todo ello, queda clara la subsunción de los hechos probados en el tipo penal por el que han sido condenados, ya que no se exige, como postula el recurrente, que su capacidad la tuviera completamente anulada.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Recurso de casación por infracción de ley, del art. 849.1º LECrim. por aplicación indebida del art. 197, 1º y 5º CP.

Al presentarse por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar que se exige el respeto a los hechos probados. Y en este caso consta en los hechos probados que:

"Resulta probado que Luis Pablo había comenzado a grabar la escena, percatándose Julia de ello, e intentando ir hacia adelante para arrebatarse el teléfono a Luis Pablo, siendo impedida a ello por Joaquín que la agarraba de las caderas desde atrás. En este momento Luis Pablo y Javier permanecían en el exterior, vigilando la zona hasta el punto que se encararon con un varón (que no ha sido identificado) cuando éste, volviéndose sobre sus pasos, se acercó para ver qué ocurría en el interior del " DIRECCION002 " Instantes después Julia volvió a ver la luz del teléfono móvil, y en ese momento sí consiguió salir al exterior para impedir que Luis Pablo la grabara, yéndose ya todos del lugar. Resulta acreditado que Luis Pablo envió lo grabado a Javier y a una tercera persona (Celestino, que ha comparecido como testigo en este juicio)".

Y sobre ello reseña el TSJ que:

"Queda debidamente probado y lo razona con la minuciosidad que hemos dejado recogida, que la participación de Javier y Joaquín es decisiva en el acto de la grabación, reteniendo a Julia y vigilando convenientemente, lo que coloca a los tres acusados en la misma posición como coautores en este delito también, por lo que y siendo estas mismas objeciones las que han realizado ambos recurrentes al realizar la impugnación por discrepar de la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida en torno al delito de descubrimiento y revelación de secretos, objeciones que han sido debidamente contestadas por esta Sala en el apartado 3,2. (FJ 3) de la





presente resolución, y que no vamos a repetir, y, debiendo respetar inexcusablemente los hechos declarados probados, la subsunción que realiza el Tribunal a quo en la norma determinada (art. 197 es correcta y legal, inclusive la agravación aplicada (expresamente previsto como fundamento de la agravación por referirse la grabación a actos lo que esta impugnación, igualmente, ha de ser rechazada").

El Tribunal de instancia ya apuntó respecto a la comisión de este delito que:

"No hay duda alguna de que esa grabación la llevó a cabo el procesado Luis Pablo . No solo por lo que ha resultado del modo en que están colocados; la visión de la luz del móvil (por dos veces) que porta en su mano; la descripción de los testigos, sino porque tanto el Sr. Arcadio como el coacusado Javier y el testigo Celestino son contestes en que esa grabación la recibieron del móvil de Luis Pablo (coacusado Luis Pablo) y siendo breve ha sido exhibida en el juicio oral, apreciándose claramente la situación de relación sexual y la identidad de la Sra. Julia .

No ha quedado acreditado, como manifiesta Celestino , que existan otras grabaciones realizadas por Luis Pablo ni que Javier reenviara la que recibió de Luis Pablo . Su explicación de que se reenvió a sí mismo porque la memoria estaba llena es asumible, pero no existen dudas ni de la colaboración de Joaquín retirando o reteniendo a Julia para que no interfiera en la grabación que estaba realizando Luis Pablo , ni de la vigilancia decisiva llevada a cabo por Javier , al lado de quien está grabando la escena".

Y se añade que:

"Por lo que se refiere al delito contra la intimidad por la grabación de parte de la escena que llevaron a cabo los acusados, hemos de diferenciar los hechos cometidos por el acusado Luis Pablo (grabación.- apartado 1 y 3 del artículo 197 del C. Penal) porque no solo los grabó, sino que los difundió en el modo en que se ha acreditado. Por lo que se refiere a la participación de los otros dos acusados, con los actos descritos (retener a Julia y vigilar convenientemente) su participación es decisiva en el acto de la grabación (damos por reproducidos, o nos referimos a los elementos que se han expuesto al hablar de cooperación y coautoría en los apartados anteriores de esta sentencia, referidos al delito contra la libertad sexual) coloca a los tres en la misma posición como coautores; sin embargo, dos de ellos (Javier y Joaquín) no consta que tuvieron intervención en la difusión (apartado 3 citado). En todo caso, a los tres les será de aplicación la agravación prevista en el artículo citado, en su apartado 1-5, por referirse la grabación a actos sexuales (expresamente previsto como fundamento de la agravación)".

Existe una declaración en los hechos probados clara de la grabación de los hechos por Luis Pablo y la colaboración y coparticipación en los hechos por los recurrentes en orden a establecer el dominio del hecho que se plasma en la "facilitación" de la grabación, aunque no en su distribución, de ahí la diferente penalidad.

Consta probado que " Luis Pablo había comenzado a grabar la escena, percatándose Julia de ello, e intentando ir hacia adelante, para arrebatar el teléfono a Luis Pablo , siendo impedida a ello por Joaquín que la agarraba de las caderas desde atrás". Con ello, resulta evidente la colaboración del recurrente en facilitar la grabación y, por ello, la comisión del atentado a la intimidad de la víctima mediante la grabación del acto sexual plural.

Por ello, como ya se reseña en la resolución recurrida, la subsunción que realiza el Tribunal a quo en la norma determinada (art. 197.1 y 5 CP) es correcta y legal, inclusive la agravación aplicada (expresamente previsto como fundamento de la agravación por referirse la grabación a actos sexuales), por lo que esta impugnación, igualmente, ha de ser rechazada.

Señala sobre este tipo penal esta sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1219/2004 de 10 Dic. 2004, Rec. 116/2003 que:

"Lo relevante es que se trata de un delito en cualquiera de sus versiones que no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o en el presente caso de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación o reproducción del sonido o de la imagen (elemento objetivo) junto con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), es decir, en el presente caso el tipo básico se consume por el solo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad.

Por ello se le ha calificado como delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar, lo que da lugar a un tipo compuesto, si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, supuesto agravado previsto en el apartado 3º.1 del mismo precepto, lo que conlleva la realización previa del tipo básico. Esta conducta reviste una especial gravedad si tenemos en cuenta el carácter permanente que conlleva la utilización de los medios descritos mediante la plasmación de la imagen o reproducción del sonido. La intervención del



derecho penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado.

... El apartado 5º del precepto incluye otro supuesto agravado cuyo fundamento tiene por objeto la especial protección de lo que se denomina el núcleo duro del derecho a la intimidad, además de los casos en que la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, que exaspera la pena que resulte de la aplicación de los preceptos anteriores, imponiéndola en su mitad superior.

Las S.S.T.S. 872/01 y 694/03 se han ocupado también de definir el alcance de este precepto. Así, expone la segunda que el artículo 197.1 contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal –que es el bien jurídico protegido–, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española –derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen–, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado, artículo 497.

Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integran en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades:

- a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y
- b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación.

Esta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, "el que", dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo "sus" referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta "sus telecomunicaciones".

Respecto al "iter criminis", es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse.

Por ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consuma con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada.

El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición "para".

Resulta evidente que la grabación llevada a cabo vulnera la intimidad de la víctima en la circunstancia de gravedad en la que se produjeron los hechos que, además, se graba por uno de ellos con la ayuda de los recurrentes en cuanto al dominio del hecho coadyuvante a la ejecución del delito.

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 445/2015 de 2 Jul. 2015, Rec. 2153/2014 se recoge que:

"La toma de imágenes a las que alude el factum, que muestran a la menor sobre la que se proyectaban los abusos "... en ropa interior o semidesnuda", mientras dormía, tiene pleno encaje en el art. 197 del CP, en el que se castiga la utilización de "... artificios técnicos de (...) grabación o reproducción del sonido o de la imagen (...)", siempre que el empleo de tales medios esté preordenado a la vulneración de la intimidad de la víctima. Y ello con independencia de que esas imágenes sean o no difundidas con posterioridad. Si lo son, entraría en juego el tipo previsto en el apartado 3 del citado art. 197 del CP, con el fin de sancionar con mayor gravedad la intensificación de la ofensa al bien jurídico protegido. Como es lógico, será la gravedad del acto atentatorio contra la intimidad la que determinará la intervención del derecho penal.

En la jurisprudencia de esta Sala existen numerosos precedentes en los que acciones de esa naturaleza han sido subsumidas en el art. 197.1 del CP.



Es el caso, por ejemplo, del ATS 1722/2014, 16 de octubre -en el que se castigó al acusado que grabó los actos ofensivos que él mismo realizaba con una menor adormilada por las sustancias farmacéuticas que le suministraba-.

La STS 839/2013, 4 de noviembre -grabación en vídeo de actos de abuso sexual mientras la víctima se hallaba bajo los efectos de la ingesta previa de marihuana y hachís-;

La STS 289/2013, 13 de marzo -grabación de imágenes de la víctima manteniendo relaciones sexuales, con el fin de utilizar aquéllas como chantaje".

El delito contra la intimidad del apartado 1 del artículo 197 CP sanciona la grabación sin su consentimiento de la imagen de tercero "para vulnerar su intimidad" y está claro que en la conducta de quien graba sin su consentimiento a una persona en un acto que puede afectar a su intimidad -y está claro que un acto sexual lo es- es perfecto conocedor de esa afectación si graba la imagen sin que lo autorice el sujeto afectado. Vemos que en la aplicación del artículo 197.1 CP hay un elemento clave, cual es la no obtención del consentimiento para la grabación, pero aquí hay que introducir un elemento de matiz, cual es que puede que se obtuviera ese consentimiento inicialmente y luego se retiró, lo que haría que la conducta del ilícito penal se entendiera perpetrada, ya que el consentimiento inicial entendemos que queda invalidado si luego la víctima lo retira de forma expresa, de tal manera que puede ser objeto de prueba en el juicio si ese consentimiento a grabar existía y/o se invalidó más tarde.

Queda probada la grabación por Luis Pablo y que el recurrente colaboró en ello impidiendo a la víctima reaccionar para arrebatar el medio con el que grababa un acto atentatorio contra su intimidad, al punto de que como no estaba absolutamente privada de sentido, incluso en ese estado en el que se encontraba se percató de esta circunstancia, intentando evitarlo, lo que evidencia que aunque conste probado su estado rechazaba, incluso, esa grabación que atentaba a su intimidad ante los hechos que se estaban cometiendo.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, respecto del delito de abuso sexual.

Planteada la vulneración de la presunción de inocencia, habida cuenta que la prueba ya ha sido valorada por el Tribunal de apelación hay que señalar 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 en estos casos 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.

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 toda la prueba. 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.

Destaca el Tribunal, pues, "la razonabilidad de la argumentación que proporciona el Tribunal a quo para determinar que el hecho criminal se cometió porque la joven estaba incapacitada para consentir por la ingesta de alcohol en cuantía importante, además del consumo de la medicación prescrita por su médico y de la cocaína, y, que de este estado fue consciente Luis Pablo, así como Joaquín y Javier".

Es relevante que consta que el Tribunal visionó el vídeo grabado por las cámaras de seguridad y consta todo lo que se ha reflejado en los hechos probados que evidencia los actos que se llevaron a cabo en su totalidad y la participación de todos los integrantes, incluido el recurrente, que no puede exonerarse de su ámbito participativo, actuando él como se ha expuesto y coadyuvando a los actos de los demás.

Es descriptiva la referencia del Tribunal en la sentencia que relatan los actos llevados a cabo por Luis Pablo y Joaquín, primer recurrente, de abuso sexual con la víctima de forma reiterada y sin importarles en modo alguno lo que sintiera luego la víctima, abusando de su estado producto de la ingesta de alcohol. Y en lo que respecta al recurrente consta todo en el relato de los Archivos de vídeo "20170114 0741 Violan M" y "20170114 0741 Violan G", de cuyo contenido resulta la siguiente descripción sucinta que relata el Tribunal en el FD nº 3º (pag 38).

Podemos, pues, destacar los siguientes puntos en torno a este proceso valorativo del TSJ respecto de la valorada por el Tribunal de instancia, a saber:

1.- Acota perfectamente la intervención y participación en los hechos de cada uno de los acusados, y también, por tanto, del que se suma de inmediato y sin solución práctica de continuidad a los mismos ya iniciados (Javier)

2.- *Estado en el que se encontraba la víctima para apreciar la concurrencia de la "privación de sentido" que atrae el art. 181.1 CP:*

"Comenzando por el análisis de este visionado (voces, cámaras y grabaciones) la Sala aprecia un evidéntísimo estado de perturbación en Julia: además de observar su pelo mojado y en desorden, que le cae en la cara; ropa escasa para un día que, climatológicamente, ha sido descrito en el modo gráfico en que lo hiciera ya el médico forense por su recuerdo (y la importancia que otorgó a que, pese a esas circunstancias, la joven ni lo recordara); ojos semicerrados en momentos, pero como "idos" en otros...Alguien ha interpretado que ese estado obedece a que ella "interactúa" y sentía placer; sin embargo, ya se ha indicado que la primera imagen que se tiene de Julia es que, nada más entrar al recinto del " DIRECCION002 " se sienta (literalmente, se tira al suelo) y ha de ser levantada por dos de los acusados en los términos que se han expuesto en la redacción del visionado de la cinta de ese lugar. El estado de confusión laxitud. descontrol de la jóven mujer es evidente desde la contemplación o visionado de esas imágenes"

3.- *Los propios condenados eran conscientes de ese estado:* "no solo es perceptible para esta Sala, sino igualmente para los propios acusados, como resultan de sus comentarios. de su mofa ante el estado de la mujer, de lo que (en el juicio) califican de una "broma de mal gusto" cuando le colocan el plástico en la cabeza, la muchacha ni se entera, ni prácticamente reacciona (va se ha descrito su actitud corporal como inerte)".

4.- *La víctima señaló que no podía oponerse.*





"En un momento de sus iniciales declaraciones, Julia dice que "no quería pero no podía oponerse". Ciertamente, como se ha indicado, ello puede obedecer a esa respuesta estereotipada que se espera de ella, pero esta percepción (no quería, pero no podía) la transmite la joven desde su inicial declaración".

5.- *Era evidente el estado en el que estaba la víctima cuando fue sacada de la discoteca.*

"Cuando la joven es sacada de la discoteca su estado de ebriedad y las dificultades para mantener el equilibrio son evidentes en las grabaciones visionadas, al igual que su actitud de abrazarse a todo el mundo (hombres, mujeres, alguna de sus amigas...) que también parecían servirle para no caerse. Cuando parece bailar, "se deja llevar", y en relación a lo que mantiene uno de los letrados de la defensa de que no se ve que se hubiera orinado. porque lo molado de su ropa es más arriba: no solo no compartimos esa percepción del letrado, sino que, como se ha indicado. esta visión o precisión se analiza junto con los testimonios escuchados en el juicio oral:

Por un lado, el referido por el guarda de seguridad de la discoteca (Sr. Ángel) que explica que fue uno de sus jefes quien la indicó que sacara a esta chica de la discoteca porque se había orinado y estaba montando un número por su estado, que el testigo califica literalmente de "estaba muy, muy, muy borracha" "no se tenía en Lie" (en consonancia con lo observado en las e igualmente recuerda que, en la galería de la discoteca, "la estaban sosteniendo y la recostaron sobre una de las paredes". La vio durante la noche; dice que se juntaba con unos y con otros (con mucha gente), y bebía de todas las copas que podía. Como puede constatarse de los fotogramas obtenidos de la grabación del vídeo de la discoteca (folios 151 a 153) el testigo se reconoce y conoce a Julia en el momento en que la sacan (literalmente) de la discoteca y este testigo grande y fuerte (en su apariencia física) es ayudado por otra persona en esa acción de sacar a la joven. También ha quedado recogido que ella no se oponía a salir porque no era consciente de lo que pasaba".

6.- *Prueba testifical que evidenció el estado de la víctima.*

"Contrastar el contenido de las grabaciones de la discoteca DIRECCION000 y del local DIRECCION002 con el testimonio de los numerosos testigos que depusieron en el plenario, que acreditan, en contra de lo afirmado por Luis Pablo, pero también por Joaquín y Javier, que el estado en el que la joven se encontraba, afectaba de manera evidente para cualquier persona, a su capacidad de consentir y querer.

Nos referimos a los testimonios de:

i) Celestino (la alegación en relación al mismo se verá cuando analicemos otros motivos del recurso de Joaquín) que afirma que sí estaba Julia "borrachilla" y que cuando se juntaron, " Julia decía rollos raros", y fumaron porros;

ii) de José Arcadio (propuesto por la defensa y amigo de Javier) quien afirma que conoce a Julia el día de los hechos (a Luis Pablo y a Joaquín los conoce) " Julia sí se acercó a Luis Pablo en la discoteca" " Julia bebía mucho alcohol (ese día había una promoción en la discoteca)";

iii) Carlos Alberto e Luis Francisco (sus declaraciones son básicamente similares), ninguno conoce a los acusados ni a la joven, declaran que Julia estaba "muy borracha", "ella se tiraba sobre ellos" (se refiere a él y a su amigo Luis Francisco), "hablaba mal (como entrecortadamente) no se le entendía y le costaba mantener el equilibrio. "que vio a Julia en muy mal estado "(señala Luis Francisco);

iv) el guarda de seguridad de la discoteca (Sr. Ángel), testigo que, pese a que los Letrados de la defensa tratan de poner de manifiesto que incurre en contradicciones, se mantiene en lo dicho en todo momento e incluso aclara la razón por la que en la segunda de sus declaraciones se refirió a que "se había equivocado de chica". "No era a Julia a la que se refería, sino a otra con la que había habido un incidente anterior." , "Cuando él la sacó no se resistió a salir: al contrario, insiste (textualmente) "estaba muy borracha" testigo que, en relación con la insistencia por parte de las defensas que niegan que la joven se orinara en la discoteca, afirma que "sí que recuerda que uno de sus jefes le indicó que sacara fuera de la discoteca a una chica que se había orinado. El sí que vio que tenía los pantalones mojados, pero no la vio orinarse. Se lo dijo su jefe. Ella estaba en la zona de baños "y no se tenía en pie la tuvo que sujetar para sacarla del establecimiento, y una vez fuera, la gente que estaba en el pasillo exterior la sostenía, recostándola sobre la pared para que no cayera. Sí reparó en ella durante la noche, porque bebía mucho, de todos los vasos "que se le pusieran delante". bebía de varias copas. Califica como alto el estado de embriaguez de la muchacha. Pero es que además, sólo un interés subjetivo y de defensa puede negar lo evidente. a que aparte lo recogido, los fotogramas (en concreto, folios 152 y 153, Tomo I del sumario) muestran, sin lugar a dudas, que la joven tenía mojado el pantalón y mucho, porque se había orinado, pues ni se insinúa que fuera otro líquido; cuando esto acontece, es cuando sacan a la joven de la discoteca;

v) el testimonio de Consuelo (amiga de Julia , con la que sale esa noche, con el propósito de dormir ambas en el domicilio de Julia), pese a que poco puede aportar (expresamente se recoge en la sentencia recurrida)





puesto que no recuerda lo que declaró en instrucción, sin embargo y pese a la insistencia de las defensas hoy recurrentes, resulta que esta testigo a preguntas de la acusación afirma "que si consta que dijo eso es porque fue así, ya que ha pasado mucho tiempo y entonces lo tenía "más cerca".

Con ello, el TSJ concluye que "es lógica, racional, razonable y no arbitraria la conclusión del Tribunal a quo de que queda probado y era evidente el estado de ebriedad y afectación que padecía la joven, sin capacidad de auto-determinarse en aquella madrugada".

La aplicación del art. 181.2 CP en relación con el apartado 1º resulta evidente para el TSJ en el análisis de la valoración probatoria del Tribunal de instancia, y sin que fuera preciso una total y absoluta privación de sentido, sino que el estado que se describe hace viable la vía del art. 181.1 y 2 CP por el que son condenados con la agravación del apartado 4º por la ejecución de los hechos como constan probados.

7.- Los hechos probados se evidencian en la prueba videográfica.

Relata el TSJ que "La Audiencia describe de forma sucinta la prueba videográfica de la que resulta lo siguiente: ... (citando el contenido de los hechos probados descritos).

i) El testimonio del administrador del DIRECCION002 sobre la grabación (vídeo grabado por las cámaras fijas del vending), que la Audiencia considera una prueba esencial (tanto su testimonio como su actitud personal), razonando con criterio que "Ha explicado los motivos del visionado de las cámaras fijas (ya se ha recogido más arriba) e igualmente que la entrega de esa copia obedeció a que lo que él percibió de un visionado parcial (nos ha dicho que no vio la grabación en su integridad) pero parece que le bastaron unos minutos para valorar lo visto como una agresión".

Sobre este extremo relata el Tribunal de instancia que:

" Enrique .- Es el administrador de la empresa del Vending, y en esas fechas estaba fuera. Habitualmente, cuando vuelve, sobre todo si ha observado algún robo, intento o daño, revisa las cámaras, y en esa ocasión también constató que parecían haber intentado robar, con lo que revisó las cámaras. En ese momento se topó con la grabación de estos chicos teniendo sexo, y lo que hizo fue grabarlo en un CD y llevarlo a la policía municipal. Las circunstancias de las personas y sobre todo de la chica (concreta en la ropa y que era invierno) le llamaron la atención; no le pareció normal aquello y consideró que tenía que dar cuenta a la policía. Fue a interponer la denuncia por robo, y de paso, a entregar aquello "por si acaso Más adelante le pidieron el disco duro y también lo entregó a la policía. Él no vio la grabación de toda la secuencia. No quiso o no le pareció adecuado hacerlo, No la manipuló ni la cortó. La entregó "tal cual". Insiste en que le llamó la atención el físico de la chica y lo que se veía de su estado. No tenía nada claro que eso no fuera una agresión".

Y ello es corroborado por la declaración de los agentes:

"A).- Comparecen los agentes de la policía autonómica números NUM008 y NUM009 , que, ratificándose en el contenido del informe obrante a los folios 610 a 614, exponen que examinada la evidencia señalada con el número 3 (teléfono móvil de titularidad del Sr. Javier) se constata, sin duda alguna, que el archivo de vídeo recibido en ese teléfono (o realizado por él, esto no es posible determinarlo) se difundió o salió del teléfono. Explican la razón por la que no tienen duda alguna del envío, si bien no es posible conocer a qué teléfono o teléfonos se envió, porque se borraron esos datos, pese a la constancia del archivo. Se consigna la hora de la grabación que consta en el teléfono, si bien este dato puede ser erróneo en ocasiones, dependiendo del horario y de la configuración del teléfono.

Preguntados si es posible determinar que el archivo ha sido visionado por la persona que lo ha recibido, responden que ese visionado resulta de la voluntad del operador o la persona que usa el teléfono, sin que sea posible concluir en este punto.

B).-También han comparecido los agentes de policía local números NUM010 y NUM011 , que nos explican el modo en que tuvieron conocimiento de la existencia del vídeo: el administrador del "Vending" se presentó en la comisaría denunciando un robo en el establecimiento, y una vez finalizada la comparecencia al efecto, el denunciante expuso al agente que tenía sospechas fundadas de un hecho de mayor gravedad producido en el habitáculo del establecimiento, porque, según había podido ver en las imágenes grabadas en el interior, podría estarse ante una agresión sexual. Entregó el CD que ese particular había obtenido al agente número NUM010 y éste, a su vez, a su superior (número NUM011) quien lo dejó en manos de la ertzaintza.

C).- El agente número NUM012 instruyó el atestado presentado ante el Juzgado de Instrucción, y se ratifica en todas y cada una de las diligencias obrantes en el mismo. Además, explica cómo visionó las grabaciones de las imágenes, tanto en la discoteca como en el vending, y describe lo que observó, así como sus percepciones (habida cuenta de que en la misma mañana en que ha declarado este agente la Sala y las partes procesales





hemos visionado los vídeos en cuestión, se dejará constancia de los aspectos más relevantes de su contenido más adelante).

Se pregunta a este agente sobre lo que, según las defensas, aparecen como desajustes horarios, y el testigo concreta que es así, efectivamente, pero que ello es un problema de sincronización de las cámaras existentes en DIRECCION001 . Considera que la consignación horaria de las cámaras de la discoteca es la adecuada.

Aclara que en la comisaría recogieron la denuncia de la joven Julia , y los vídeos de la discoteca (ella no suministró ningún dato de DIRECCION001 , no parece que recordara haber estado ahí) pero es una vez examinan estos datos, cuando toman conocimiento de que la policía municipal de Bilbao estaba en posesión de la grabación en un vending, y recogen esa grabación, poniéndolo en conocimiento del Juzgado de Instrucción, que requiere para que se recabe la grabación original o soporte del que se obtuvo el CD presentado ante la policía local, y adjuntan al Juzgado: el CD entregado por los agentes de policía; el CD que les llegó, también copia, de los agentes de la policía local, y el disco duro que el administrador del vending les suministró".

La Audiencia Provincial en su sentencia llega a destacar la importancia probatoria del visionado del video del "vending" al reseñar que: "Es probable que, en el supuesto de que no se hubiera contado con la grabación, este asunto no habría podido llegar a juicio oral, porque habría resultado imposible identificar a nadie (leído también el contenido de las diligencias que van practicando los agentes.- folios 50 y siguientes, recogidas en esa ampliación de atestado) porque Julia no recordaba nada de personas ni lugares, y porque las diligencias de identificación fotográfica, con tales premisas, de poco (o de nada) sirven".

ii) También explica razonada y debidamente que el testimonio de los empleados de limpieza que difiere de la apreciación del administrador del Vending, al manifestar aquellos que "no vieron nada extraño, solo sexo que les pareció consentido " la Audiencia contesta que "la entrega de la grabación deriva de su percepción de estar ante una agresión; en todo caso dados los términos de la acusación, y el resultado de la prueba, lo que estos testigos dicen percibir en nada afecta al resultado del resto de testimonios y datos", adecuándose así a lo dispuesto en la ley procesal (art. 741) y además, racional de interpretar las pruebas por su relación con otras, siendo así, que en el caso enjuiciados el testimonio de los jóvenes de la limpieza constituye un testimonio aislado frente a los contundentes datos objetivos".

Esta prueba fue concluyente para el Tribunal por la inmediatez y certeza con la que se perciben los hechos más allá del "ojo humano" traducido en una testifical acerca de lo que el testigo puede "creer que es, o lo que ve". Las grabaciones de unos hechos proporcionan al Tribunal una prueba de carácter irrefutable. Y sobre la validez de este tipo de pruebas ya nos pronunciamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 649/2019 de 20 Dic. 2019, Rec. 10435/2019 al señalar la *Inexistente vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen en base a los sistemas de videovigilancia en el interior y exterior de la joyería que grabaron la conducta de los acusados los días anteriores y posteriores a los hechos. No puede alegarse una desproporción en el uso del contenido de las imágenes obtenidas en las cámaras de grabación instaladas con arreglo a la protección de datos por razones de prevención del delito.*

De esta manera, la prueba de la grabación de unos hechos por una cámara supone una prueba irrefutable que tiene un valor propio e intrínseco más allá que la prueba del "ojo humano" que puede interpretar lo que está viendo, a diferencia de la objetividad de la grabación que proporciona la prueba del hecho mismo que ha ocurrido sin dar lugar a mayores interpretaciones por nadie más que el propio tribunal de enjuiciamiento.

8.- Análisis de la prueba videográfica aportada al atestado

Señala el TSJ que: "El Tribunal de instancia también recoge y analiza el testimonio, entre otros, del agente número NUM012 "y siendo preguntado nuevamente sobre el contenido de las grabaciones videográficas...

9.- *La prueba respecto a la privación de sentido de la víctima y de su conocimiento y aprovechamiento por los recurrentes es concluyente.*

Lo concluye el TSJ al señalar que es "abrumadora prueba y análisis desmenuzado por parte del Tribunal enjuiciador para concluir la inexistencia de consentimiento de la joven, porque no estaba en condiciones de prestarlo y la consciencia de los tres acusados de -tal estado y su aprovechamiento para ejecutar los hechos enjuiciados contra la indemnidad sexual y la participación de los acusados en los mismos", añadiendo que:

- a) Es irrelevante lo que pasara en el trayecto desde la discoteca DIRECCION000 hasta el DIRECCION002 ;
- b) Si los acusados le proporcionaron o no cocaína, o, que la había tomado en otro momento y no el día de autos, es irrelevante, porque esta sustancia también se halló en el cuerpo de la joven.
- c) No existe duda alguna, por todo el expediente, que los hechos se produjeron en la madrugada del día 14 de enero, sábado, y la recogida de muestras se realiza en el mediodía del 16 de enero, lunes, es decir.





prácticamente en las 48 horas siguientes a los hechos, relevancia (por lo que luego se dirá) habida cuenta de que, en la aclaración a sus informes (peritos números NUM013 y NUM014 .- folios 767 y siguientes de las diligencias de instrucción) explican que la permanencia de la cocaína en orina permite determinar que su consumo había sido hacia unas 48 horas antes, ya que en sangre ya no había restos, lo que descarta el consumo reciente de la sustancia. También explican que el alcohol se elimina rápidamente, y no hay constancia de consumo reciente, al contrario del cannabis (ella fuma porros). El consumo de cocaína, según ese resultado era de más de veinticuatro horas antes en cualquier caso".

d) No hay duda de su identidad: "La alegada confusión de la joven en torno a gente de mayor edad que la de los acusados y de otras características físicas (magrebíes, sudamericanos. e.) que objetan los recurrentes es irrelevante, porque como con acierto explica de nuevo la Audiencia "es irrelevante en este caso la identificación, los errores, etc.", porque no es ése el objeto de la discusión en esta causa: Se ha visionado lo ocurrido en el interior del " DIRECCION002 " en la fecha y hora expuesta en el escrito de acusación, y no existe duda sobre la identidad de todas v cada una de las personas que tomaron parte en esos actos de explícito contenido sexual. con penetraciones varias en el cuerpo".

e) Julia no interactuaba o sentía placer: "La Sala aprecia un evidentísimo estado de perturbación en Julia : además de observar su pelo mojado y en desorden, que le cae en la cara; ropa escasa para un día que, climatológicamente, ha sido descrito en el modo gráfico en que lo hiciera ya el médico forense por su recuerdo (y la importancia que otorgó a que, pese a esas circunstancias, la joven ni lo recordara); ojos semicerrados en momentos, pero como "idos" en otros...Alguien ha interpretado que ese estado obedece a que ella "interactúa" y sentía placer; sin embargo, ya se ha indicado que la primera imagen que se tiene de Julia es que, nada más entrar al recinto del " DIRECCION002 " se sienta (literalmente. se tira al suelo) v ha de ser levantada por dos de los acusados".

Consta acreditado que la víctima no "colaboraba" con los condenados, sino que su estado de privación de voluntad de decidir lo que estaba haciendo le impedía oponerse, lo que no quita que no estuviera parada, y que esté despierta no suprime, como antes se ha expuesto en el FD nº 2 que el delito se haya cometido.

f) Irrelevancia de que no hubiera lesiones: "La objeción relativa a la inexistencia de lesiones anales ni vaginales en el cuerpo de Julia , igualmente es irrelevante, porque como muy bien explica la Audiencia no se discute si hubo violencia o intimidación, sino la inexistencia de consentimiento de la joven, porque no estaba en condiciones de prestarlo".

En efecto, en los delitos sexuales, la existencia de las lesiones no es elemento exigente para la acreditación de su comisión como se ha reiterado por esta Sala, sobre todo en casos como el presente en el que no existe violencia o intimidación y lo que concurre es un vencimiento de la voluntad por su aprovechamiento del estado de inconsciencia de la víctima, o reducción de su capacidad de decisión.

g) El retraso en denunciar es propio en estos delitos.

"El padre explicó, además de su estado físico, el de la ropa, y de la aportación obrante a los folios 47 y siguientes (recogida de lo que Julia vestía al llegar a su casa, devuelta con su padre, y que tiró al cesto de la ropa sucia; y analizada con el resultado obrante a los folios 217 y siguientes de las diligencias) parece que no es un invento de quien. en un principio ninguna intención tenía de denunciar."; y, en cuanto a las dudas --reiteradas insistentemente por las defensas-- porque la joven no denunció hasta el lunes los hechos, una vez más el Tribunal de instancia ofrece razonable respuesta "una vez más ha de recordarse que Julia no recordaba nada de lo que había ocurrido y que el motivo por el que se presenta en el hospital es porque está mal; le duele el ano y la vagina, y cree que ha sangrado (no se ha acreditado este hecho), pero una cosa es la percepción, por el dolor, y otra la realidad física en ocasiones".

h) "La declaración de Celestino no evidenció la existencia de alguna causa que pudiera restar imparcialidad a su testimonio, por lo que, esta declaración testifical, sometida al principio de inmediación, contradicción, igualdad y publicidad, es válida y valorable, como una prueba más de las múltiples que se sometieron a la apreciación del Tribunal a quo, teniendo en cuenta, además, que las grabaciones visionadas en el plenario se han erigido en la fuente principal de acreditación de los hechos".

i) La amnesia que alega haber padecido Julia .

"La Audiencia describe y analiza la prueba pericial proporcionada, la cual es abundante y clara, y concluye que la amnesia aún la padece la joven según "los informes de la clínica médico forense son explícitos. Tanto el Dr. Evelio como la Dra. Salvadora aportan datos sobre su percepción de que la amnesia no es simulada. Así, nos explica el Dr. Evelio que ya en la primera entrevista que realiza en el hospital cuando es llamado para estar presente en la exploración ginecológica (folio 8 y 9) realizó a la joven unas preguntas muy precisas, siendo muy elocuente su respuesta a determinadas preguntas (pone el doctor varios ejemplos: no recorda"





si llovía o no, cuando el frío en esa madrugada fue intenso, e igualmente llovió con mucha intensidad.- o sobre el consumo de alcohol, minimizando cantidades...) la memoria era fragmentada, no recordando ni con quien estuvo a partir de un determinado momento de la noche. Por su parte, la doctora Salvadora , a la vista del resultado de las varias entrevistas mantenidas (hasta 17) y del resultado de las analíticas practicadas, valora que esa amnesia no es fingida; al contrario, el cúmulo de entrevistas realizadas y la necesidad de responder a lo esperado, lleva a que Julia incorpore en su relato datos que, al principio, no recordaba, pero que le son sugeridos. Consideran que -la amnesia, blackout o memoria fragmentada (informe obrante a los folios 901 y siguientes de las diligencias de instrucción, en que se han ratificado) tiene base en todas las circunstancias que se exponen, y no es posible emitir un informe de credibilidad sobre el relato, informes de credibilidad que, como es conocido, esta Sala ningún valor otorga en personas adultas".

Por todo ello, frente a la queja casacional de que se ha vulnerado la presunción de inocencia, hay que desestimar el motivo, habida cuenta de que el TSJ ha realizado un análisis exhaustivo que hemos diseccionado en el material probatorio que se ha tenido en cuenta por el Tribunal de instancia para valorar con el privilegio de la inmediatez cómo ocurrieron los hechos, siendo correcto el proceso de motivación del TSJ en su sentencia acerca de la racionalidad en la valoración probatoria, concurriendo prueba suficiente de cargo para enervar la presunción de inocencia, por cuanto existe grabación de los hechos ocurridos, la víctima estaba privada de sentido por el consumo de alcohol, ello se constató tanto en la propia discoteca, como en el desarrollo de los hechos, que la víctima no estuviera absolutamente privada de sentido o inmóvil y que pudiera moverse no desnaturaliza la comisión del delito por el que han sido condenados, los recurrentes eran conscientes del estado de la víctima, y ello está acreditado como expresa el Tribunal. Y es este aprovechamiento del estado de la víctima el que determina la condena con la agravante del acceso carnal vía vaginal, anal y bucal, como consta en el relato de hechos y con una gravedad que el Tribunal apunta para motivar el arco de la pena. No era preciso que los recurrentes fueran los que suministraron bebida o fármacos para conseguir el estado de la víctima, porque el hecho de que a ese estado llegue ella por su autoconsumo también determina la comisión del delito si de ello es de lo que se aprovechan los recurrentes, como así consta probado.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia respecto del delito contra la intimidad.

Se ha desarrollado en el FD nº 3 lo relativo a la probanza en relación al delito por el que es condenado el recurrente. Consta probado el objeto de esa maniobra al agarrar por las caderas a Julia y era evidente que tenía, con ello, la voluntad de dejar constancia de constatar la comisión del delito contra la intimidad por ayudar a Luis Pablo a llevar a efecto su grabación.

Desde luego, que existe prueba inculpativa, ya que la prueba de cargo ha sido definida en el FD precedente en su conjunto y ya se expuso que el Tribunal de instancia ya apuntó respecto a la comisión de este delito que:

"No hay duda alguna de que esa grabación la llevó a cabo el procesado Luis Pablo . No solo por lo que ha resultado del modo en que están colocados; la visión de la luz del móvil (por dos veces) que porta en su mano; la descripción de los testigos, sino porque tanto el Sr. Arcadio como el coacusado Javier y el testigo Celestino son contestes en que esa grabación la recibieron del móvil de Luis Pablo (coacusado Luis Pablo) y siendo breve ha sido exhibida en el juicio oral, apreciándose claramente la situación de relación sexual y la identidad de la Sra. Julia .

Y se añade que:

"Por lo que se refiere al delito contra la intimidad por la grabación de parte de la escena que llevaron a cabo los acusados, hemos de diferenciar los hechos cometidos por el acusado Luis Pablo (grabación.- apartado 1 y 3 del artículo 197 del C. Penal) porque no solo los grabó, sino que los difundió en el modo en que se ha acreditado. Por lo que se refiere a la participación de los otros dos acusados, con los actos descritos (retener a Julia y vigilar convenientemente) su participación es decisiva en el acto de la grabación (damos por reproducidos, o nos referimos a los elementos que se han expuesto al hablar de cooperación y coautoría en los apartados anteriores de esta sentencia, referidos al delito contra la libertad sexual) coloca a los tres en la misma posición como coautores; sin embargo, dos de ellos (Javier y Joaquín) no consta que tuvieran intervención en la difusión (apartado 3 citado). En todo caso, a los tres les será de aplicación la agravación prevista en el artículo citado, en su apartado 1-5, por referirse la grabación a actos sexuales (expresamente previsto como fundamento de la agravación)".

Se ha reflejado que los hechos probados se evidencian en la prueba videográfica. Y relata el TSJ que la Audiencia describe de forma sucinta la prueba videográfica que fue aportada a los agentes policiales por el titular del lugar donde se obtuvo la grabación que fue visionado por el Tribunal. No puede admitirse negar qué





era lo que allí estaba ocurriendo cuando suceden los hechos, y, por ello, el objeto de la grabación, cuando las imágenes se obtuvieron también y fueron llevadas a los agentes por el titular del local donde se suceden los hechos. Estaba claro que los hechos que reflejan los hechos probados fueron los que ocurrieron y que de modo parcial se grabaron, además de ser evidente el contenido sexual de lo que allí aconteció y con la gravedad que se desarrollaron los actos. Por eso lo grabó Luis Pablo con la colaboración de los recurrentes, circunstancia que se repite con habitualidad en este tipo de actos para conservar las escenas que los autores hacen de forma depravada y reprochable social y penalmente. La conducta del recurrente no es, como afirma, para "poner las manos en la cadera de Julia con la exclusiva finalidad de continuar con el juego sexual", sino para continuar los actos sin consentimiento por el estado de la víctima y permitir, a su vez, la grabación.

La escena de la grabación se lleva a cabo en un escenario de concurso y adhesión coadyuvante entre los intervinientes, aunque sea uno de ellos el que lo haga, otro vigile toda la secuencia y otro retenga a la víctima para que lo permita y no se oponga al desarrollo de los hechos. No puede plantearse en este acto concursal una exoneración de quien es partícipe relevante en el contexto de los hechos. Y aunque la grabación lo sea de 17 segundos es suficiente para desplegar la eficacia del tipo penal por ese ataque a la intimidad de la víctima en un escenario tan grave de actos sexuales absolutamente reprobables como los que allí se desarrollaron. Y pese a que el recurrente alegue que ello no afecta a "la vida sexual de la persona afectada" la sola lectura de los hechos probados y de esa escena cómo se estaba desarrollando, evidencia un grave ataque a la intimidad de la víctima en la forma en la que estaban atentando a su intimidad y en una esfera tan privada para ella como la sexual, y con un daño tan terrible que es el que se produce en el terreno del abuso sexual a una mujer en el contexto y forma como se desarrollan los hechos.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Recurso de casación por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación a la extensión de la pena impuesta.

Se cuestiona la pena que se impone al recurrente, y sobre ello el Tribunal de instancia señala en el FD nº 12 que:

"El delito contra la libertad sexual definido en los párrafos anteriores, establece una pena de prisión de entre cuatro y diez años, y el artículo 66 del C. Penal nos dice que, cuando no concurren atenuantes ni agravantes se atenderá a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho (apartado 1-6a del citado artículo 66 del C. Penal) a la hora de determinar la pena.

Si bien en el presente supuesto la unidad de acto que se considera establece, necesariamente, una única pena, las circunstancias concretas que se han acreditado nos llevan a que resulte proporcionado imponer la pena de prisión en la máxima extensión posible conforme a la previsión normativa: DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, y ello porque el trato propinado a la mujer fue denigrante; el número de acometimientos variado, llegándose a practicar, al tiempo, hasta tres penetraciones (anal, vaginal y bucal) en el cuerpo de Julia, con un desprecio mostrado hacia quien no era consciente de nada, utilizando el cuerpo de la joven como si de una muñeca inerte se tratara. No consideramos que merezca menor reproche la conducta probada y ya descrita suficientemente a lo largo de estas páginas".

Pues bien, con respecto a este delito hay que considerar que se sanciona por la vía del art. 181.1 y 5 CP Y para ello recordemos que se castiga: *1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.*

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

Queda probado el acceso carnal, por lo que se aplica el apartado 4º.

No se castiga o se exige una pluralidad de actos, sino que la expresión "actos que atenten contra la libertad sexual" admite que con uno solo bastaría para ser típico, antijurídico y punible, pero la agravación del apartado 4º lo es por cuanto existe acceso carnal y ello eleva la penalidad a la pena de entre 4 y 10 años, y éstos se han repetido con la víctima en la forma descrita en los hechos probados. La gravedad del ataque a la libertad sexual de la víctima es evidente, claro y palmario y ello tiene un reproche penal que el Tribunal motiva en la individualización judicial recorriendo el arco que le permite la pena en el apartado 4º ante la no concurrencia de atenuantes y agravantes y la posibilidad que la vía del art. 66.1.6º CP le permite en esta graduación atendiendo a la opción de aplicar la pena:

a.- En la extensión que estimen adecuada.

b.- Atendiendo a la gravedad de los hechos.





Y esta es la opción motivada que con buen criterio acoge el Tribunal argumentando la pena en la gravedad de la forma comisiva descrita en los hechos probados.

El TSJ reseña al respecto ante la queja en grado de apelación que:

"Se relatan unos hechos deleznable y que justifican sobradamente la pena finalmente impuesta, la cual, como no podía ser de otra manera, es el resultado de aplicar correctamente las reglas dosimétricas punitivas del artículo 66. 1. CP, y, en concreto, de la regla e, la cual faculta al Tribunal al no concurrir atenuante ni agravante, a aplicar la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

Es esta discrecionalidad del Tribunal a recorrer toda la extensión de la pena, la que permite que, en atención a determinadas circunstancias tanto personales del acusado como del hecho acaecido, pueda llegar a imponer la pena máxima, pues la referida regla dosimétrica le permite al Tribunal de la instancia recorrer toda la extensión de la banda punitiva, y, en ese recorrido, fijar la máxima sin que ello pueda considerarse irrazonable ni desproporcional, aunque no se haya apreciado la agravación que instaron las acusaciones en el plenario.

Y, es que la Audiencia para fijar esa pena máxima explica debidamente la razón de esta imposición que no son las circunstancias que señala interesadamente el recurrente, sino las que describe y señala la Audiencia y que hemos dejado consignadas más arriba.

... Todos estos fundamentos recogidos por el Tribunal de la instancia en su sentencia son los que sustentan una pena cuya imposición en la máxima extensión no infringe precepto alguno y no resulta desproporcionada a la gravedad de los hechos cometidos, por lo que ninguna infracción de ley ha existido por indebida aplicación del art. 66.1.6º CP, ni tampoco se ha cometido infracción del principio a la tutela judicial efectiva, desestimando, en consecuencia, este motivo de apelación".

Pues bien, sobre la exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena hay que señalar que la exigencia de motivación no constituye, pues, un mero requisito formal, sino un imperativo de la racionalidad de la decisión, por lo que la mayor o menor amplitud del marco punitivo que se ofrece al juzgador debe ser concretado con arreglo a criterios razonados que expliquen el sentido de la solución adoptada; es decir, explicitando el por qué en la sentencia se fija una determinada cantidad de pena y no otra diferente.

La facultad de individualizar la pena dentro del marco legalmente establecido no es absolutamente discrecional, sino que está jurídicamente vinculada a los criterios de gravedad del hecho y personalidad del delincuente.

Ya dijo al respecto esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 183/2018 de 17 Abr. 2018, Rec. 10713/2017 que:

"La individualización judicial de la pena, actuando el arbitrio judicial en función de los presupuestos que lo regulan, ha sido denominada "La tercera función autónoma del Juez, representando el cenit de su actuación". El Juez, tras la valoración de la prueba y la subsunción del hecho probado en las normas penales, declara qué calidad y cantidad de pena impone dentro del marco legal ejercitando una función jurisdiccional en la que ha de observar, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), además de los preceptos penales específicos que la regulan.

A través de la necesaria motivación no solo se va a satisfacer la necesaria tutela judicial efectiva, objeto de la actual impugnación casacional, explicando las razones que lleva al Tribunal sentenciador a la imposición de una concreta penalidad, sino que va a permitir que esta Sala en virtud de la impugnación sobre el ejercicio de la individualización, pueda comprobar la lógica y la racionalidad de ese apartado de la función jurisdiccional. Además, a través de la motivación, el propio Tribunal de instancia podrá comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si la penalidad concretamente impuesta responde a los presupuestos legales por su acomodación a la culpabilidad del autor y a las necesidades de prevención general y especial, pues la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la individualización judicial.

Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, iniciada en la STS de 25 Feb. 1989, señaló que una ausencia de fundamentación deviene absolutamente recusable y añadía "ha de ser la individualización judicial y no reducible a simples espacios de recusables prácticas estereotipadas.

La motivación de la individualización de la pena requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la ley para el delito.





El control casacional de la corrección de la pena aplicada se limita a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta las circunstancias que le hayan permitido imponer una pena acorde a la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. Este control no se extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria".

También hemos señalado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 919/2016 de 7 Dic. 2016, Rec. 428/2016 dos aspectos en relación a:

"1.- El grado de discrecionalidad

Es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley. En el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando el Tribunal sentenciador "haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria" (STS 677/2013 de 24 de septiembre).

2.- La motivación en el mínimo legal.

No se establece la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto -necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena: en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la infracción de Ley (SSTS 1169/2006 de 30 de noviembre; 809/2008 de 26 de noviembre; 854/2013 de 30 de octubre; 800/2015 de 17 de diciembre o 215/2016 de 23 de febrero)".

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 413/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 10829/2014 hacemos mención a:

En cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

En cuanto a las circunstancias personales del delincuente son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito.

Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer.

Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca).

Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

1. En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.
2. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.





3. En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

4. Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

En base a estos presupuestos lo que se exige al Tribunal que marca y fija la pena es motivar al alcance de la pena impuesta y en ese arco de 4 a 10 años, acudir a la máxima se lleva a cabo con una adecuada y ponderada, así como suficiente motivación, ya que los hechos probados son sumamente graves:

1.- Existe un aprovechamiento de una joven que había salido a disfrutar de ese día, pero la ingesta de alcohol le lleva a estar en un estado en el que se le reduce su capacidad de decidir, asimilándose a la privación de sentido que marca el tipo penal del art. 181 CP.

2.- Se perpetran por los condenados en autoría y cooperación diversos actos sexuales con acceso carnal en varias ocasiones.

3.- El hecho probado describe un trato a la víctima como si fuera un objeto.

4.- Se le abandona en el lugar después de satisfacer su líbido o deseo sexual.

Lo que se exige al Tribunal es que fije las condiciones por las que gradúa la pena, y recordemos que ha destacado que:

a.- El trato propinado a la mujer fue denigrante;

b.- El número de acometimientos variado, llegándose a practicar, al tiempo, hasta tres penetraciones (anal, vaginal y bucal) en el cuerpo de Julia ,

c.- Con un desprecio mostrado hacia quien no era consciente de nada, utilizando el cuerpo de la joven como si de una muñeca inerte se tratara.

d.- No consideramos que merezca menor reproche la conducta probada y ya descrita suficientemente a lo largo de estas páginas".

En el arco previsto de 4 a 10 años en base a las circunstancias expuestas por el Tribunal no hay una ausencia de motivación sobre la pena a imponer que permita al condenado conocer las razones de esta individualización judicial. En este entorno de "suficiencia" de motivación se entiende justificado por la gravedad de los hechos que se describen en los probados y que evidencian un absoluto desprecio a la víctima y la consideración que la mujer debe merecer a los autores que la trataron como si de un mero objeto sexual se tratara.

Con respecto a la pena por el delito tipificado en el art. 197.1 y 5 CP se condena por el Tribunal al recurrente a la pena de:

"Por lo que se refiere al delito contra la intimidad ya definido (artículo 197-1 y 5 del C. Penal) se impone la pena de tres años de prisión, así como multa de dieciocho meses, con una cuota diaria de cuatro euros (no son solventes los acusados) a D. Joaquín y D. Javier , y la pena de tres años y seis meses, además de la multa de veintidós meses (a razón de idéntica cuota) a D. Luis Pablo por haber difundido, además de grabado, las imágenes en el modo en que se ha acreditado".

Y en el FD nº 9 calificó este hecho señalando que:

"Por lo que se refiere al delito contra la intimidad por la grabación de parte de la escena que llevaron a cabo los acusados, hemos de diferenciar los hechos cometidos por el acusado Luis Pablo (grabación.- apartado 1 y 3 del artículo 197 del C. Penal) porque no solo los grabó, sino que los difundió en el modo en que se ha acreditado. Por lo que se refiere a la participación de los otros dos acusados, con los actos descritos (retener a Julia y vigilar convenientemente) su participación es decisiva en el acto de la grabación (damos por reproducidos, o nos referimos a los elementos que se han expuesto al hablar de cooperación y coautoría en los apartados anteriores de esta sentencia, referidos al delito contra la libertad sexual) coloca a los tres en la misma posición como coautores; sin embargo, dos de ellos (Javier y Joaquín) no consta que tuvieran intervención en la difusión (apartado 3 citado). En todo caso, a los tres les será de aplicación la agravación prevista en el artículo citado, en su apartado 1-5, por referirse la grabación a actos sexuales (expresamente previsto como fundamento de la agravación)".

Hay que reseñar que aplicando el apartado 1 y 5 del art. 197 CP la pena prevista para estos hechos va de un arco de dos años y seis meses a cuatro años. La mitad inferior abarca de dos años y seis meses a tres





años y tres meses, en el que está comprendida la pena de 3 años de prisión a que se condena al recurrente. Y como apunta el Fiscal la grabación de unos actos concernientes a la vida sexual de la víctima, acontece en circunstancias especiales, esto es, cuando está siendo objeto de una conducta delictiva, de unos hechos realizados contra su libertad sexual, lo que constituye razón más que suficiente para determinar la imposición de una pena de tres años de prisión, que podría haber subido hasta cuatro.

Es evidente que concurre el plus de antijuridicidad en la conducta de los acusados al grabar hechos relativos a la vida sexual de una mujer, que no solo no son consentidos por ella, sino que constituyen un ataque a su libertad sexual, la reprochabilidad de la conducta se ve potenciada al ser los autores de la grabación precisamente quienes están cometiendo los plurales ataques delictivos. Los hechos son graves, y, además, se graban, y aunque sea en un corto periodo de tiempo es la grabación por sí misma lo que constituye el delito tendencial con ataque a la intimidad de la víctima, con una gravedad notoria en los actos que estaban llevando a cabo sobre ella aumentando su desprecio hacia ella, y burla grabándolos, lo que por sí mismo ya constituye el delito por el que en concurso real se les condena.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Recurso de casación por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Señala el recurrente que "resultando que el acusado, por los delitos contemplados en la misma Sentencia y por los mismos hechos, ha sido condenado a la pena conjunta de 13 años de prisión, con lo que no sería de aplicación dicho límite, en casos como el presente en los que la suma de las condenas superarían a cinco años de prisión".

Sin embargo, debemos recordar que, como esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 559/2018 de 15 Nov. 2018, Rec. 10406/2018 ha señalado que:

"El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 1 de Marzo de 2005 (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 929/2009 de 21 Sep. 2009, Rec. 2248/2008, entre otras) que proclama que "La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del artículo 53.3 del Código Penal" ha sido desarrollado en el sentido de que como señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 252/2008 de 22 May. 2008, Rec. 1166/2007 "el Acuerdo ha sido desarrollado en la STS. 358/2005 de 22.3, en el sentido de considerar que el límite de cuatro años (ahora 5), establecido en el nº 3 del art. 53 C.P., sólo tendrá lugar para la pena privativa de libertad y pecuniaria, conjuntamente previstas por la comisión de un delito, pero no debe operar la suma de las penas privativas de libertad impuestas por distintos delitos en una misma sentencia para alcanzar este tope.

Eso sí, en cada delito la pena privativa de libertad y el arresto sustitutorio caso de impago de la multa, nunca deben exceder, adicionados, de 4 años (en la actualidad de 5 años)".

Con ello, no se suman las penas para conllevar la no aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria, sino que el límite opera para cada pena impuesta, no todas en su conjunto sumadas para operar la limitación en la no imposición de la responsabilidad personal subsidiaria".

Con ello, la responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53.3 CP. En los casos de penas de prisión distintas, cada pena es independiente siempre y no se suman a los efectos del art. 53.3 del CP.

La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53.3 CP.

Con todo, el límite de cinco años, establecido en el nº 3 del art. 53 CP, sólo tendrá lugar para la pena privativa de libertad y pecuniaria, conjuntamente previstas por la comisión de un delito, pero no debe operar la suma de las penas privativas de libertad impuestas por distintos delitos en una misma sentencia para alcanzar este tope.

Con respecto al alegato de diferir a ejecución de sentencia la RPS por impago de multa señala el TSJ con acierto ante esta cuestión que: "i) como con acierto informa el Ministerio Fiscal (su escrito de impugnación es prolijo y minucioso), no se alcanza a entender el perjuicio derivado de diferir a ejecución de sentencia una responsabilidad subsidiaria por impago de multa que exige, como paso previo a la declaración de insolvencia, la práctica de diligencias tendentes a acreditar su capacidad económica una vez firma la sentencia y, por tanto, sólo podrán llevarse a cabo en fase de su ejecución, y, ii) porque el referido Auto de aclaración recoge la pena personal subsidiaria en caso de impago de multa respecto del delito de descubrimiento y revelación de secretos por el que también ha sido condenado, pero no respecto del delito contra la libertad sexual, por lo que se da cumplimiento estricto a lo establecido en el art. 53.3 CP." Se trata de dos delitos con penas separadas y el límite está en que en el delito contra la intimidad la pena privativa de libertad y el arresto sustitutorio ca





de impago de la multa, nunca deben exceder, adicionados, de 5 años. El recurrente pretende sumar las penas y tratar de que el límite de cinco años ya excede y no cabe aplicar la responsabilidad personal subsidiaria, cuando se ha explicado que el límite lo es para la propia pena en la que se aplica para el delito contra la intimidad, con abstracción de la pena para el delito contra la libertad sexual.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Javier

OCTAVO.- 1.- Se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5º, número 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y se fundamenta en la vulneración por la Sentencia de instancia de los derechos fundamentales de mi representado a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, a que en ningún caso pueda producirse indefensión, y a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías recogidas en el artículo 24 de la Constitución Española en cuanto la referida Sentencia condena a mi representado por supuesto delito de abuso sexual con acceso carnal.

Sostiene el recurrente que su llegada tardía al lugar de los hechos le impidió conocer lo que allí estaba sucediendo. En ningún momento abarcó la falta de consentimiento de Julia y si bien intentó una felación, desistió ante la inactividad de esta. Pretende el recurrente exculparse de los hechos sosteniendo la ajenez de su presencia en el lugar, y desconocer la falta de consentimiento de la víctima.

Pues bien, los hechos declarados probados señalan sobre el recurrente que:

"Resulta probado que sobre las 7,48 de la mañana, y continuando en la actividad descrita,

Joaquín y Luis Pablo vieron que, por el exterior pasaba su amigo Javier, al que llamaron por su apodo "Gamba", eh, Gamba, mira lo que hay dentro" saliendo ambos del local, momento en que Julia se sube su pantalón legging. Vuelve a entrar Joaquín al interior del local, quedando Luis Pablo y Javier en el exterior, vigilando la zona en tanto Joaquín penetraba a Julia vaginalmente. En un momento dado, Julia apartó a Joaquín y se subió los pantalones.

Resulta probado que, seguidamente entró Luis Pablo y Julia le dijo que no quería con él, que quería con su amigo, pero le indicaron que con los dos, y si no, que nada, y Julia dijo que no, quedando en el interior del local Joaquín quien la penetró vaginalmente, entrando al poco tiempo Luis Pablo. Joaquín, atrayendo a Julia hacia sí, al tiempo que seguía penetrándola, dejó espacio entre la joven y la pared (en que se había apoyado Julia) permitiendo así que Luis Pablo la penetrara por detrás. Los movimientos de Julia para apartar a los jóvenes no dieron resultado alguno, consumando ambos los actos descritos (penetración vaginal uno, y anal el otro, al mismo tiempo y sobre la misma mujer).

Resulta probado que, instantes después, Joaquín, apartándose de Julia se dirigió a Javier, que hasta ese momento había estado vigilando y fumando un cigarro en el exterior del local. Entran de nuevo al local en que Luis Pablo seguía penetrando a la joven por detrás, diciendo Joaquín "dale, dale" e indicando a Luis Pablo que se apartara, se colocó detrás de la joven, volviendo a penetrarla. En ese momento, Luis Pablo coge la cara de Julia, la acerca a sus genitales para que le practicara una felación. Accede al interior del local Javier, quien golpea en las nalgas a Julia, golpeándola también Joaquín en varias ocasiones. Javier pasa el cigarro que fumaba a Luis Pablo y le hace un gesto para que éste vigile ahora, sacándose su pene y lo puso en la boca de Julia, requiriéndole todos que se la chupara, al tiempo que Luis Pablo cogía por la cabeza a Julia con tal fin. Al no conseguir que la joven realizara ninguna acción para conseguir satisfacer la libido de Javier, éste retiró su pene, si bien siguió tocando el culo de Julia mientras Joaquín seguía penetrando a Julia.

Resulta probado que Luis Pablo había comenzado a grabar la escena, percatándose Julia de ello, e intentando ir hacia adelante para arrebatarse el teléfono a Luis Pablo, siendo impedida a ello por Joaquín que la agarraba de las caderas desde atrás. En este momento Luis Pablo y Javier permanecían en el exterior, vigilando la zona hasta el punto que se encararon con un varón (que no ha sido identificado) cuando éste, volviéndose sobre sus pasos, se acercó para ver qué ocurría en el interior del "DIRECCION002".

Instantes después Julia volvió a ver la luz del teléfono móvil, y en ese momento sí consiguió salir al exterior para impedir que Luis Pablo la grabara, yéndose ya todos del lugar.

Resulta acreditado que Luis Pablo envió lo grabado a Javier y a una tercera persona (Celestino, que ha comparecido como testigo en este juicio) sin que se haya probado si lo hizo a más personas".

Se señala en la sentencia recurrida con respecto a la conducta del recurrente de colaboración en la vigilancia que:

"El comparecido agente número NUM015 mantiene lo que recogió y explicó en el atestado remitido al Juzgado, y concreta que recibió los CDS, así como la ropa que la joven guardó, para su limpieza, en su casa, y observand





el contenido de la grabación, constató que la ropa era la misma que vestía Julia en el " DIRECCION002 ". También es preguntado sobre aspectos de la grabación, y explica su percepción (el movimiento del ojo de uno de ellos, coincidiendo con la salida, es claramente interpretado como requerimiento de vigilancia)".

Con respecto a la ejecución del acto sexual por el recurrente se recogió que:

"Cabe realizar una última referencia a que, la acusación particular (no así la Fiscalía) ha considerado que la felación imputada a D. Javier se consumó, en tanto la Sra. Fiscal no lo tiene tan claro. Del visionado de la secuencia resulta la introducción del pene en la boca de la muchacha, si bien pese a su estado de anulación de conciencia, hay momentos en que dice NO y parece oponerse (como queda dicho) y este es uno de ellos. Uno de los aspectos de este tipo de delitos más contemplados y resueltos en la jurisprudencia es el del alcance que ha de darse al concepto de acceso al cuerpo de la persona agredida, y en referencia a la felación, ya desde la STS 834/2002 de 13 de mayo, se nos dice literalmente que el pene no necesariamente ha de traspasar los dientes e introducirse en el interior de la boca, "bastando que traspase los labios, incluso sin llegar a los dientes", y en este supuesto se observa la introducción.

Por otro lado, y en referencia igualmente a algunas alusiones al respecto (fundamentalmente por alguno de los acusados en su declaración) el delito de agresión o abuso sexual se consuma pese a que el sujeto activo no obtenga el efecto que buscaba. Es decir, incluso aunque no eyacule (es la referencia a Joaquín que "decía que no se le levantaba porque había bebido mucho") el delito se consuma con la actividad descrita y probada. Se trata de un delito de mera actividad (TS 1492/2001,25-7 y 1290/1995,13-9) y consumación instantánea (TS 1196/2002,24-6), que no requiere para su consumación que queden satisfechos los deseos libidinosos del autor (TS 693/1997,20-5).

Esa participación conjunta, que determina, en este caso, el dominio funcional del hecho se refiere a todos y cada uno de los tres acusados: si ponemos en relación el relato de hechos probados con los elementos que han de resultar para la aplicación de la doctrina expuesta como base de la coautoría, es evidente la existencia de una decisión conjunta, tanto en los dos primeros acusados (Joaquín y Luis Pablo) como en el tercero, que se suma de inmediato y sin solución práctica de continuidad a los hechos ya iniciados. Ese acuerdo, como se ha dicho, pudo ser expreso, pero igualmente tácito, como resulta en las ocasiones (como la presente) en que se aportan actos en esa fase de ejecución de los hechos delictivos, sin deliberación expresa previa. Y aquí alcanza al coacusado Javier , al que alcanza la totalidad de su responsabilidad, por lo ya expuesto: se incorpora en el modo probado, y su aportación es tan decisiva como la de sus compañeros. Por todo ello consideramos a los tres acusados autores responsables del delito invocado por las acusaciones".

La colaboración del recurrente en los autos como autor en el acto propio y cooperador en los restantes es evidente. Sobre todo se cualifica en las conductas siguientes.

1.- Quedando Luis Pablo y Javier en el exterior, vigilando la zona en tanto Joaquín penetraba a Julia vaginalmente.

2.- Resulta probado que, instantes después, Joaquín , apartándose de Julia se dirigió a Javier , que hasta ese momento había estado vigilando y fumando un cigarro en el exterior del local. Entran de nuevo al local en que Luis Pablo seguía penetrando a la joven por detrás, diciendo Joaquín "dale, dale" e indicando a Luis Pablo que se apartara, se colocó detrás de la joven, volviendo a penetrarla. En ese momento, Luis Pablo coge la cara de Julia , la acerca a sus genitales para que le practicara una felación. Accede al interior del local Javier , quien golpea en las nalgas a Julia , golpeándola también Joaquín en varias ocasiones. Javier pasa el cigarro que fumaba a Luis Pablo y le hace un gesto para que éste vigile ahora, sacándose su pene y lo puso en la boca de Julia , requiriéndole todos que se la chupara, al tiempo que Luis Pablo cogía por la cabeza a Julia con tal fin. Al no conseguir que la joven realizara ninguna acción para conseguir satisfacer la libido de Javier , éste retiró su pene, si bien siguió tocando el culo de Julia mientras Joaquín seguía penetrando a Julia .

3... En este momento Luis Pablo y Javier permanecían en el exterior, vigilando la zona hasta el punto que se encararon con un varón (que no ha sido identificado) cuando éste, volviéndose sobre sus pasos, se acercó para ver qué ocurría en el interior del " DIRECCION002 " .

El recurrente llegó a introducir su miembro en la boca de la víctima lo que ya constituye un acceso bucal merecedor del reproche penal, por cuanto no se exige ninguna conducta posterior de índole sexual para entender consumado el delito, sino que la mera introducción es suficiente para la consumación delictiva, sin exigirse que la víctima lo perfeccione en modo alguno, porque el término "acceso bucal" al que se refiere el apartado 4º del art. 181 CP no requiere una determinada introducción absoluta o actos posteriores de la víctima, ya que no se exige conducta o movimiento alguno de esta, sino que el tipo penal se perfecciona por los actos del sujeto activo, no por los del sujeto pasivo, de tal manera que la no realización de acto alguno por



la víctima, o su negativa, una vez se ha realizado la introducción del miembro en la cavidad bucal, por leve que ello sea, determina la comisión del hecho delictivo del art. 181 en su modalidad agravada del apartado 4º CP.

No puede mantenerse, por otro lado, una conducta de "aislamiento" en la responsabilidad penal de quien está presente en los actos y colabora en ellos vigilando o de otra manera sin evitar el acto sexual y coadyuvando de alguna manera, como se declaró probado, porque de esta manera se está integrando en el acto comisivo grupal, como aquí ocurrió.

El Tribunal de instancia señala en cuanto a la prueba practicada que:

Nicanor señaló que: "Sobre los dos varones que estaban custodiando la entrada: ambos miraban hacia fuera, y uno de ellos estaba grabando con un teléfono móvil. Cree estar seguro de que grababa por la posición (la explica gesticulando) del brazo, pero también por la luz del teléfono, en tanto el otro estaba vigilando. En un momento, la chica pareció percatarse de que se estaba grabando y salió a quitar el móvil"

" Rogelio Compañero del anterior, explica cómo se "dieron de frente con un chico que grababa, y otro pasivo. En el interior, una pareja practicando sexo". Los dos de fuera miraban hacia la calle y también este testigo explica el modo de sujetar el móvil, de donde igualmente deduce que se estaba grabando la escena que tenía lugar en el interior".

" Enrique . Es el administrador de la empresa del Vending. revisó las cámaras. En ese momento se topó con la grabación de estos chicos teniendo sexo, y lo que hizo fue grabarlo en un CD y llevarlo a la policía municipal. Las circunstancias de las personas y sobre todo de la chica (concreta en la ropa y que era invierno) le llamaron la atención; no le pareció normal aquello y consideró que tenía que dar cuenta a la policía. Fue a interponer la denuncia por robo, y de paso, a entregar aquello "por si acaso Más adelante le pidieron el disco duro y también lo entregó a la policía. Él no vio la grabación de toda la secuencia. No quiso o no le pareció adecuado hacerlo, No la manipuló ni la cortó. La entregó "tal cual". Insiste en que le llamó la atención el físico de la chica y lo que se veía de su estado. No tenía nada claro que eso no fuera una agresión".

"Han comparecido los agentes de policía local números NUM010 y NUM011 , que nos explican el modo en que tuvieron conocimiento de la existencia del vídeo: el administrador del "Vending" se presentó en la comisaría denunciando un robo en el establecimiento, y una vez finalizada la comparecencia al efecto, el denunciante expuso al agente que tenía sospechas fundadas de un hecho de mayor gravedad producido en el habitáculo del establecimiento, porque, según había podido ver en las imágenes grabadas en el interior, podría estarse ante una agresión sexual. Entregó el CD que ese particular había obtenido al agente número NUM010 y éste, a su vez, a su superior (número NUM011) quien lo dejó en manos de la ertzaintza.

El agente número NUM012 instruyó el atestado presentado ante el Juzgado de Instrucción, y se ratifica en todas y cada una de las diligencias obrantes en el mismo. Además, explica cómo visionó las grabaciones de las imágenes, tanto en la discoteca como en el vending, y describe lo que observó, así como sus percepciones (habida cuenta de que en la misma mañana en que ha declarado este agente la Sala y las partes procesales hemos visionado los vídeos en cuestión, se dejará constancia de las aspectos más relevantes de su contenido más adelante)".

Además, consta que el Tribunal visionó el video grabado por las cámaras de seguridad y consta todo lo que se ha reflejado en los hechos probados que evidencia los actos que se llevaron a cabo en su totalidad y la participación de todos los integrantes, incluido el recurrente, que no puede exonerarse de su ámbito participativo, actuando él como se ha expuesto y coadyuvando a los actos de los demás.

Es descriptiva la referencia del Tribunal en la sentencia que relatan los actos llevados a cabo por Luis Pablo y Joaquín , primer recurrente, de abuso sexual con la víctima de forma reiterada y sin importarles en modo alguno lo que sintiera luego la víctima, abusando de su estado producto de la ingesta de alcohol. Y en lo que respecta al recurrente consta todo en el relato de los Archivos de vídeo "20170114 0741 Violan M" y "20170114 0741 Violan G", de cuyo contenido resulta la siguiente descripción sucinta que relata el Tribunal en el FD nº 3º (pag 38).

Después de relatar los actos sexuales que realizaron Luis Pablo y Joaquín con la víctima, aprovechándose de su estado, lo que es irrefutable, y el Tribunal lo ha visionado en la grabación, se refiere a que:

"Sale Joaquín y entra con Javier . Joaquín penetra a la joven colocándose él detrás. No puede verse si es vaginal o anal la penetración. Javier mira y le pegan en las nalgas a la joven; la agarran, Julia cae (se desliza) hacia el suelo, y Javier saca su pene y agarra a la joven por el cuello y cabeza, mientras Joaquín sigue penetrándola por detrás. No parece que consigue Javier la felación, y Julia en el suelo (parece como a cuatro patas) le agarran por las nalgas, la sujetan (parece que es Javier) y Joaquín sigue penetrándola. Se oyen ruidos de golpetazos en las nalgas y parece que la joven dice "párate, párate"



Sale Luis Pablo y Joaquín la agarra por las caderas; se oye " Gamba , tranquilo, tranquilo Gamba "

Sale Javier y se ve una luz como de flash de la cámara del teléfono; ella trata de salir: "párate, párateporque grabar no, para.....meto una torta..." Joaquín la sujeta por las caderas, ella se levanta apoyándose en la pared. Parece que se apaga la cámara o el flash; se ve que fuera pasa alguien resguardado con un paraguas. Luis Pablo hace un gesto como de "ven, ven" hacia el interior. Se ve que Luis Pablo y Javier están fuera y se ve otra vez el flash y se oye la voz de la joven "eh!!! Eh!!!" Sale fuera".

Destaca el Tribunal la coparticipación que se produce en casos como el presente donde "se hace preciso reiterar que la coautoría, en cualquier tipo delictivo, supone una ejecución conjunta del hecho con aportaciones especialmente relevantes de todos los coautores al resultado final. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo.... pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas...La realización conjunta del hecho solo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en la acción. Solo pueden ser dominados los hechos que se conocen.

Y si bien la sentencia continúa con otras consideraciones referidas a los excesos individuales no previstos, que no afectan a los hechos que enjuiciamos, resulta evidente que todos y cada uno de los tres acusados fueron coautores de cada una de las agresiones padecidas por la joven Julia , puesto que todos y cada uno de ellos tuvieron el dominio del hecho, y sus aportaciones lo fueron, no para vencer una resistencia que no era posible encontrar en la joven por su estado psico-físico, sino en ejecución conjunta de los hechos".

Resulta evidente la coparticipación de los autores de los hechos probados y la intervención relevante de los tres, incluyendo la ejecución de un acto de acceso bucal del recurrente que queda probado y actos de vigilancia relevante en la ejecución de los demás.

Hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020, Rec. 10613/2019 que:

"será cooperador necesario, no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en lugar solitario.

En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun 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 consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental".

Aquí no hubo intimidación ni concierto previo, pero sí aprovechamiento de la privación de sentido por el alcohol consumido por la víctima, y por el surgimiento en el acto de la colaboración que el recurrente presta, siendo consciente, por su evidencia, de lo que estaba ocurriendo y que en lugar de haber recurrido a la policía para dar cuenta de lo que estaba pasando, decide quedarse y colaborar, e incluso poner su miembro en la boca de la víctima con la intención de que le hiciera una felación, lo que ya integraba el acceso bucal.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 2.- Infracción de normas del ordenamiento jurídico como motivo de casación al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1º L.E.Cr. Vulneración de los arts. 197.1 y 5 del C. Penal.

El recurrente pretende su ajenidad al hecho de la grabación por el acusado Luis Pablo de lo que estaba ocurriendo.

Se han expuesto ya los hechos probados. Se ha tratado este tema en el FD nº 3, donde se analiza la subsunción de los hechos en el tipo penal por el que han sido castigados, no solo por ejecutar el hecho directamente Luis Pablo , sino por la colaboración de ambos recurrentes.

El Tribunal de instancia ya apuntó respecto a la comisión de este delito que:

"No hay duda alguna de que esa grabación la llevó a cabo el procesado Luis Pablo . No solo por lo que ha resultado del modo en que están colocados; la visión de la luz del móvil (por dos veces) que porta en su mano; la descripción de los testigos, sino porque tanto el Sr. Arcadio como el coacusado Javier y el testigo Celestino son contestes en que esa grabación la recibieron del móvil de Luis Pablo (coacusado Luis Pablo) y siend





breve ha sido exhibida en el juicio oral, apreciándose claramente la situación de relación sexual y la identidad de la Sra. Julia .

Y se añade que:

"Por lo que se refiere al delito contra la intimidad por la grabación de parte de la escena que llevaron a cabo los acusados, hemos de diferenciar los hechos cometidos por el acusado Luis Pablo (grabación.- apartado 1 y 3 del artículo 197 del C. Penal) porque no solo los grabó, sino que los difundió en el modo en que se ha acreditado. Por lo que se refiere a la participación de los otros dos acusados, con los actos descritos (retener a Julia y vigilar convenientemente) su participación es decisiva en el acto de la grabación (damos por reproducidos, o nos referimos a los elementos que se han expuesto al hablar de cooperación y coautoría en los apartados anteriores de esta sentencia, referidos al delito contra la libertad sexual) coloca a los tres en la misma posición como coautores; sin embargo, dos de ellos (Javier y Joaquín) no consta que tuvieran intervención en la difusión (apartado 3 citado). En todo caso, a los tres les será de aplicación la agravación prevista en el artículo citado, en su apartado 1-5, por referirse la grabación a actos sexuales (expresamente previsto como fundamento de la agravación)".

Y, además, los hechos probados se evidencian en la prueba videográfica. Relata el TSJ que "La Audiencia describe de forma sucinta la prueba videográfica".

Por otro lado, se recoge que "Comparecen los agentes de la policía autonómica números NUM008 y NUM009 , que, ratificándose en el contenido del informe obrante a los folios 610 a 614, exponen que examinada la evidencia señalada con el número 3 (teléfono móvil de titularidad del Sr. Javier) se constata, sin duda alguna, que el archivo de vídeo recibido en ese teléfono (o realizado por él, esto no es posible determinarlo) se difundió o salió del teléfono. Explican la razón por la que no tienen duda alguna del envío, si bien no es posible conocer a qué teléfono o teléfonos se envió, porque se borraron esos datos, pese a la constancia del archivo. Se consigna la hora de la grabación que consta en el teléfono, si bien este dato puede ser erróneo en ocasiones, dependiendo del horario y de la configuración del teléfono.

Preguntados si es posible determinar que el archivo ha sido visionado por la persona que lo ha recibido, responden que ese visionado resulta de la voluntad del operador o la persona que usa el teléfono, sin que sea posible concluir en este punto".

El recurrente llevó a cabo su función, en el momento de la grabación, vigilando aportaba la seguridad de poder realizar la conducta impunemente, además de tener el dominio del hecho y haber podido impedir la grabación y con ello la posibilidad de la difusión. Se ha destacado en el FD nº 3 la actuación de los condenados y en este caso recurrentes, siendo importante en el devenir de los acontecimientos que se describe por el tribunal en la conducta del recurrente.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 L.E.Cr.).

FALLO

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

QUE DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados Joaquín y Javier , contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 11 de octubre de 2019, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de los anteriores acusados y otro contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Sexta, de fecha 27 de mayo de 2019. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia 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.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Ana M^a Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

