

Sentencia Tribunal Supremo 2 04/07/2019

Tribunal Supremo 2, 4-07-2019 , nº 396/2019, rec.344/2019,

Procedimiento:

Pte: Polo García, Susana

ECLI: ES:TS:2019:2200

ANTECEDENTES DE HECHO

En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, Sumario Ordinario 426/216, el 20 de marzo de 2018 se dictó sentencia condenatoria a D. Adriano , D. Alexis , D. Juan Pablo , D. Arcadio y D. Amador ; como responsables de cinco delitos continuados de abusos sexuales y un delito leve de hurto que contiene los siguientes Hechos Probados:

"La Sala examinada la prueba practicada en el acto del juicio oral de conformidad a los principios de oralidad, contradicción e igualdad de armas, DECLARA COMO HECHOS PROBADOS, los siguientes:

A.- Los procesados: D. Adriano , de 26 años de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia; D. Alexis , de 24 años, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia; D. Juan Pablo , de 27 años, sin antecedentes penales; D. Arcadio , de 27 años, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y D. Amador de 26 años, sin antecedentes penales; se encontraban sobre las 2:50 horas del día 7 de julio de 2016 , en la PLAZA000 de Pamplona, donde se estaba celebrando un concierto con motivo de las fiestas de San Fermín.

Adriano estaba sentado en el segundo banco, entrando a la derecha a la PLAZA000 , cuando se acercó "la denunciante", quien tenía 18 años, había llegado a Pamplona en un vehículo particular, sobre las 18:30 horas del día 6 de julio, acompañada de su amigo Amadeo . dejando estacionado el vehículo en el DIRECCION000 .

Ambos subieron en dos ocasiones a la PLAZA000 , en la segunda, conocieron a un grupo de personas procedentes de Palencia y Castellón; Amadeo . se fue de la plaza sobre las 1:30 horas al lugar donde estaba estacionado el coche.

"La denunciante", se mantuvo en la PLAZA000 con dichas personas, concretamente se intercambió el número de teléfono móvil con uno de los chicos que integraban el grupo procedente de Palencia: Ruth ., permaneció con el grupo, hasta el momento en que se fijó que había un chico que era el novio de una chica de su Universidad, se acercó a él y entabló conversación, estuvieron bebiendo, bailando y cantando hasta que le perdió de vista, en ese momento trató de dar con el grupo de Palencia y Castellón, al no lograrlo se sentó en el banco donde estaba Adriano .

Estando sentados en el banco "ladenunciante" y Adriano , ambos iniciaron una conversación, acercándose posteriormente al banco, primero Alexis y después los otros tres acusados.

"La denunciante" a las 2,57,09, llamó desde su teléfono móvil al teléfono de Ruth ., con una duración de 25'.

El objeto de la llamada era obtener información sobre lo que iban a hacer, existían dificultades para la audición

porque había mucho ruido y además había música como de bares, "la denunciante" le expresó algo similar a: ¿dónde estáis? ¿Qué vais a hacer?, Ruth . le contestó que: "... iban a por un bocadillo o algo así." y la denunciante respondió: "... vale pues quedamos después para ir a ver los encierros.", sin llegar a concretar la cita.

Después de esta llamada, "la denunciante", dijo a los procesados que se iba a ir al coche para descansar, ofreciéndose estos para acompañarle.

Las seis personas salieron sobre las 03:00:45 de la PLAZA000 introduciéndose, en el pasillo existente entre las carpas de las terrazas de los establecimientos de hostelería DIRECCION001 y Bar DIRECCION002 , siguiendo por la CALLE000 , donde dos de los procesados, no identificados, se acercaron al HOTEL000 quedándose retrasada "la denunciante".

En este lugar, concretamente a la entrada del establecimiento, junto a la escalera que da acceso a la recepción, se hallaba el encargado de control de acceso de clientes al Hotel, D. Juan María , a quien se dirigieron dichos dos procesados pidiéndole una habitación por horas "para follar", indicándoles que eso no era posible y que se dirigieran a otros establecimientos; sin que la denunciante hubiera escuchado esta parte de la conversación.

Seguidamente "la denunciante" y procesados siguieron su camino, por la AVENIDA000 en sentido ascendente dirección hacia la PLAZA001 , girando a la derecha continuando por la CALLE001 .

En este trayecto uno de los procesados, empezó a cogerle del hombro y de la cadera, "la denunciante" sintiéndose incómoda, propuso girar a la izquierda, tomando el inicio de la CALLE002 .

B.- Una vez en la CALLE002 , Adriano reparó en que una mujer accedía al portal del inmueble número NUM000 , después de mantener una breve conversación con ella, simulando que estaba alojado, cogió uno de los ascensores y subió al NUM001 piso, bajando al portal por las escaleras.

Seguidamente, Adriano abrió la puerta de acceso al portal.

Entretanto, "la denunciante" y los otros cuatro procesados, permanecían apoyados en la pared divisoria del acceso a los garajes de los inmuebles número NUM002 y NUM000 de la CALLE002 .

Hallándose las cinco personas así ubicadas, Alexis y "la denunciante", estaban besándose en la boca; mientras se hallaba en esa situación, Adriano desde la puerta de acceso al portal, que mantenía abierta, dijo "vamos, vamos". En ese momento Alexis , quien le había dado la mano para besarse, tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano Arcadio ; ambos la apremiaron a entrar en el portal tirando de "la denunciante", quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia.

Cuando le introdujeron en el portal, los procesados, le dijeron "calla", significándole que guardara silencio mediante el gesto de llevarse la mano abierta a la boca.

De esa forma "la denunciante" y los procesados llegaron a la puerta ubicada en el interior de portal, situada a la izquierda de los ascensores, de vinilo traslúcido, mediante la que se accede a un rellano, entrando a este espacio, tras subir un tramo de cinco peldaños se accede a otro rellano, girando a la izquierda desde este espacio se accede por tres escalones a un habitáculo de forma irregular y tamaño reducido (unos 3 m²); concretamente se trata de una zona sin salida de 2,73 cm de largo, por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia.

Cuando "la denunciante" accedió al primer rellano, la puerta de acceso, estaba abierta, tenía delante de ella a uno de los procesados y detrás a otros. De este modo fue dirigida por los procesados al habitáculo que se acaba

de describir, donde los acusados le rodearon.

Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos, "la denunciante" se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En ese momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga.

"La denunciante", sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados.

Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo.

En concreto y al menos "la denunciante" fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Arcadio y Adriano , éste último en dos ocasiones, al igual que Amador quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo. Durante el desarrollo de los hechos Juan Pablo , grabó con su teléfono móvil seis vídeos con una duración total de 59 segundos y tomó dos fotos; Arcadio , grabó del mismo modo un vídeo, con una duración de 39 segundos.

Finalizados estos hechos, los procesados se marcharon escalonadamente.

Antes de abandonar cubículo, Juan Pablo se apoderó, en su propio beneficio, del terminal de teléfono móvil, marca Samsung Galaxy nº IMEI NUM003 , valorado en 199,19 €, que "la denunciante" llevaba en su riñonera, quitándole la funda, extrayendo la tarjeta SIM de la compañía jazztel y la tarjeta de memoria, micro SD arrojándolas en el lugar de los hechos.

El primero en salir fue Alexis , sobre las 03:27:05 hs. siguiéndole progresivamente los restantes procesados, hasta que formaron un grupo.

Entretanto "la denunciante", cuando advirtió que se habían ido todos los procesados, se puso el sujetador, se subió los leggins y el tanga, luego, cogió el jersey atándoselo a las caderas; seguidamente buscó la riñonera para coger el teléfono móvil y llamar a Amadeo . Cuando comprobó que el teléfono móvil no estaba en la riñonera, se incrementó su inquietud y desasosiego, comenzó a llorar, cogió su riñonera y salió del habitáculo a la calle llorando.

"La denunciante", accedió a las 03:29:45, a la AVENIDA001 , procedente de la CALLE002 , continuó caminando sola y sin cruzarse con ninguna persona por dicha Avenida durante unos 20 segundos, hasta sentarse en el primer banco situado en la zona central de la Avenida.

C.- "La denunciante" tomó asiento en el banco, llorando desconsoladamente, hasta el punto que llamó la atención de una pareja, que al verle llorar se desviaron de su trayectoria, dirigiéndose al banco para atenderle; llamaron al teléfono 112, personándose poco después una patrulla de la Policía Municipal.

Fue trasladada desde el lugar de los hechos hasta el Servicio de Urgencias de Complejo Hospitalario de

Navarra, donde se le revisó ginecológicamente a partir de las 5: 20 horas, administrándosele tratamiento anticonceptivo de emergencia y profiláctico.

Como consecuencia de los hechos "la denunciante" tuvo lesiones consistentes en: lesión eritematosa en zona de horquilla posterior en la zona de la cinco horarias para cuya curación precisó de una primera asistencia facultativa.

Se le realizó una prueba de detección de alcohol que determinó un resultado positivo de 0,91 +/- 0,05 g/l de alcohol en sangre y 1,46 +/- 0,06 g/l de alcohol en orina.

C.- Los procesados Adriano , Alexis y Amador , se dirigieron al HOTEL001 en el que pidieron una habitación sin obtenerla; seguidamente acudieron al HOTEL002 donde intentaron dormir, introduciéndose a escondidas, sin conseguirlo. Más tarde entraron en el portal de una vivienda y accedieron al último piso, donde se quedaron a dormir, al tiempo Alexis se fue del lugar, contactó con Juan Pablo y Arcadio , quienes se habían quedado continuando la fiesta separados de los anteriores.

A las 6.50 horas Adriano , envió desde su teléfono móvil WhatsApp a dos chats: a "DIRECCION005 " , al que pertenecen todos los procesados excepto Alexis , además de otras personas y a " DIRECCION006 ." . En estos WhatsApp escribió "follándonos a una los cinco""todo lo que cuente es poco""puta pasada de viaje""hay vídeo"en el remitido al chat " DIRECCION005 " y "follándonos los cinco a una, vaya puto desfase, del ATC Madrid era, ja, ja" .,en el enviado a " DIRECCION006 ." .

Sobre las 8:20 horas Adriano , Alexis , Juan Pablo y Arcadio , fueron identificados por agentes de la Policía Foral de Navarra, en el callejón de la plaza de toros, dejándoles marchar.

Cuando salieron los cuatro procesados de la plaza de toros, Juan Pablo tiró el teléfono móvil de "la denunciante", en una zona donde había desperdicios situada en la cuesta de DIRECCION007 , cerca del frontón; en este lugar fue recogido sobre las 9:30 horas por D^a Petra .

Posteriormente los cuatro procesados, se juntaron con Amador , desplazándose los cinco en autobús al BARRIO000 .

Entretanto agentes de la Policía Foral de Navarra localizaron el vehículo Fiat Bravo matrícula FCR , con el que los acusados se habían desplazado a esta ciudad, estacionado en la CALLE003 del BARRIO000 , posteriormente fueron detenidos a las 11:15, horas del día 7 de julio de 2016, por agentes de la Policía Municipal de Pamplona.

E. Con carácter previo a los hechos "la denunciante" no presentaba ningún trastorno de la personalidad ni antecedentes de desestabilización psicológica, por el contrario tenía una adecuada adaptación en los distintos ámbitos (personal, educacional, social y familiar); como consecuencia de los mismos sufre DIRECCION008 . A partir del mes de septiembre de 2017, está recibiendo de forma continuada tratamiento psicológico administrado por el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Agresión Sexual de la DIRECCION009 DIRECCION010 ; no es posible la valoración de secuelas psicológicas al ser preciso que transcurra un tiempo de alrededor de dos años desde la producción de los hechos.

F. Los gastos irrogados al Servicio Navarro de Salud por la asistencia sanitaria prestada a "la denunciante" en el Servicio de Urgencia Hospitalaria y el Servicio de Obstetricia y Ginecología del HOSPITAL000 , ascienden a 1.531,37 euros."

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"En atención a lo expuesto FALLAMOS , que : A.- DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS:

1.- A Adriano , como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal , en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código , sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal .

En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito:

a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €).

b.- Al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€.

En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- A Alexis , como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal , en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código , sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal .

En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito:

a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €).

b.- Al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€.

En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3.- A Juan Pablo :

3.1 Como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal , en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código , sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal .

En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito:

a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €).

b.- Al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€. En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3.2 . Como responsable en concepto de autor de un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del Código Penal , a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de quince euros (15 €.); quedando sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de que no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como al pago de las costas relacionadas con la condena por este delito leve.

4.- A Arcadio , como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal , en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal .

En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito:

a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €).

b.- Al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€.

En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

5.- A Amador , como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal , en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y

74 de dicho Código, sin que sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea.

Asimismo le imponemos prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal .

En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito:

a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €).

b.- Al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€.

En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

B.- DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS:

1.- A Adriano de los siguientes delitos: a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª - en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular -, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242.1 del Código Penal ; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1 . y 5 del Código Penal . De los que venía acusado.

Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales.

2.- A Alexis de los siguientes delitos: a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª -en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular-, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242.1 Código Penal ; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1 . y 5 del

Código Penal . De los que venía acusado.

Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales.

3.- A Juan Pablo de los siguientes delitos:

a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª -en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular-, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal ; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1 . y 5 del Código Penal . De los que venía acusado.

Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales.

4.- A Arcadio de los siguientes delitos: a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª -en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular-, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242.1 del Código Penal ; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1 . y 5 del Código Penal . De los que venía acusado.

Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales. 5.- A Amador de los siguientes delitos:

a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª -en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular-, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal ; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1 . y 5 del Código Penal . De los que venía acusado.

Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales.

Declaramos de abono, para el cumplimiento de la pena de prisión que imponemos a los condenados, la totalidad del tiempo en que han estado provisionalmente privados de libertad en esta causa, incluyendo en dicho cómputo, los días en que estuvieron detenidos."

En la sentencia anteriormente citada se dictó voto particular, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

" A).- DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D . Adriano , D. Alexis , D. Juan Pablo , D. Arcadio Y D. Amador de los siguientes delitos:

1º).- Un delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los Arts. 178 , 179 , 180.1. 1ª , 2ª y 3ª del Código Penal del que han sido acusados, con toda clase de pronunciamientos favorables.

2º).- Un delito de robo con violencia o intimidación previsto y penado en el Art. 242.1 del Código Penal del que han sido acusados, con toda clase de pronunciamientos favorables. 3º).- Un delito contra la intimidad previsto y penado en el Art. 197 1 . y 5 del Código Penal del que han sido acusados, con toda clase de pronunciamientos favorables.

B).- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Juan Pablo , como responsable en concepto de autor de un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del Código Penal , a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de quince euros (15 €) ; quedando sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de que no la satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, de un día de privación de libertad

por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como al pago de las costas procesales relacionadas con la condena por este delito leve, excluidas las de las acusaciones populares.

C).- DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS DE OFICIO LAS COSTAS PROCESALES devengadas en este procedimiento, excepción hecha de las impuestas a D. Juan Pablo por la comisión del delito leve por el que se le condena.

D). - DEBEMOS ACORDAR Y ACORDAMOS el cese inmediato, desde la fecha de esta sentencia, de todas las medidas cautelares adoptadas contra los procesados, quienes deberán ser puestos en libertad por razón de esta causa".

Con fecha 30 de noviembre de 2018, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictó sentencia con el siguiente encabezamiento:

"Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior Justicia de Navarra, como Sala de lo Penal, el recurso de apelación registrado en ella con el número 7/18 , contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2018 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en la causa nº 426/16, dimanante del procedimiento sumario ordinario nº 1670/16 del Juzgado de Instrucción número 4 de Pamplona, por delitos contra la libertad sexual, contra el patrimonio y contra la intimidad.

Intervienen como APELANTES las partes acusadoras: el MINISTERIO FISCAL; la ACUSACIÓN PARTICULAR, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Sarasa Astráin y dirigida por el Letrado don Miguel Ángel Morán Álvarez, y las ACUSACIONES POPULARES ejercidas en la causa por la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, representada por el Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral y el AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, representado por el Procurador de los Tribunales don Javier Araiz Rodríguez y dirigido por el Letrado don Víctor Sarasa Astráin .

Y también como APELANTES los acusados: D. Alexis , D. Amador , D. Adriano , representados por el Procurador de los Tribunales don Bartolomé Canto Cabeza De Vaca, y defendidos por el Letrado don Agustín Martínez Becerra; D. Arcadio , representado por el Procurador de los Tribunales don Jaime Ubillos Minondo y defendido por el Letrado don Agustín Martínez Becerra; y D. Juan Pablo , representado por el Procurador de los Tribunales don Jaime Ubillos Minondo y defendido por el Letrado D. Jesús Pérez Pérez, todos ellos actualmente en libertad provisional por esta causa.

Interviene asimismo como parte APELADA el SERVICIO NAVARRO DE SALUD, asistido por el Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra".

Asimismo, en los Antecedentes de Hecho de la referida sentencia, y sobre los hechos probados, dice:

"Se dan por reproducidos los hechos declarados probados de la sentencia apelada, salvo en cuanto se refiere al inicio del tratamiento de la denunciante en el DIRECCION010 , al aparecer probado, y así se declara, que fue septiembre de 2016; según se justifica en el fundamento de derecho duodécimo....."

Con fecha 30 de noviembre de 2018, la Sala anteriormente citada dictó sentencia confirmando la dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 28 de marzo de 2018 , con el siguiente FALLO:

" 1º. Desestimar los recursos de apelación interpuestos por el Procurador de los Tribunales don Jaime Ubillos Minondo, en nombre y representación de los acusados don Juan Pablo y don Arcadio , y por el Procurador de los Tribunales don Bartolomé Canto Cabeza de Vaca, en nombre y representación de los acusados don Adriano ,

don Alexis y don Amador .

2º. Estimar en parte los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Sarasa Astráin, en nombre y representación de la denunciante en ejercicio de la acusación particular y por el Procurador de los Tribunales don Javier Aráiz Rodríguez, en nombre y representación del Excmo.

Ayuntamiento de Pamplona, en ejercicio de la acusación popular , y desestimar íntegramente los recursos interpuestos por Ministerio Fiscal y por el Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, en representación de la Administración de esta Comunidad, ejercitando la acusación popular.

3º. Declarar la nulidad parcial de la sentencia 38/2018 dictada el 20 de marzo de 2018 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra , en el particular relativo a la absolución de los acusados del delito contra la intimidad que se les imputa, y rechazando los óbices de procedibilidad a su enjuiciamiento apreciados en la sentencia recurrida, reponer las actuaciones judiciales al momento en que dicha sentencia fue dictada , una vez alcance firmeza la presente resolución, para que esa Sección de la Audiencia Provincial, con la misma composición, dicte nueva sentencia referida exclusivamente al delito contra la intimidad objeto de acusación, enjuiciando en el fondo los extremos de hecho y de derecho inherentes a él.

4º. Confirmar en sus restantes pronunciamientos la sentencia 38/2018 apelada.

5º. Declarar de oficio las costas causadas en el presente recurso de apelación.

6º. Notificar esta resolución y el voto particular de disenso a las partes, haciéndoles saber que contra ella podrán interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que habrán de preparar mediante escrito autorizado por abogado y procurador y presentado ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia, a tenor de los artículos 855 y 856 de la misma Ley .

7º. Y, firme que sea, devolver la causa a la Sección de la Audiencia Provincial de procedencia con testimonio de la presente resolución."

En la sentencia anteriormente citada se dictó voto particular discrepante con la mayoría, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

" Primero .- Conformes con el correlativo de la sentencia mayoritaria de la Sala.

Segundo .- Conformes con el pronunciamiento tercero de la sentencia mayoritaria de la Sala.

Tercero .- Que debemos estimar y estimamos parcialmente los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, la representación procesal de la víctima y las del Gobierno de Navarra y, con revocación de la sentencia impugnada, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 20 de marzo de 2018 , en cuanto absolvió a los acusados del delito continuado de agresión sexual de que venían siendo acusados y los condenó como autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, accesorias e indemnizaciones; así como en tanto condenó al acusado Juan Pablo como autor de un delito leve de hurto y, en su lugar, entendemos se debió declarar:

a).- Que debemos condenar y condenamos a Adriano , Alexis , Amador , Arcadio y Juan Pablo como responsables, cada uno de ellos, en concepto de autor, de un delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178 y 179, concurriendo las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 180.1 del Código Penal , en relación con los artículos 192 y 74 de dicho Cuerpo Legal , sin que concurran otras circunstancias

modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 14 AÑOS, 3 MESES Y 1 DÍA DE PRISIÓN a cada uno de ellos, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea.

Asimismo, imponemos a cada uno de los cinco condenados, la prohibición de acercamiento a la denunciante de su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros, así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 17 años.

Igualmente, le imponemos a cada uno de los cinco condenados la medida de ocho años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal .

En cuanto a la responsabilidad civil, condenamos a cada uno de ellos, a indemnizar, conjunta y solidariamente:

a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €).

b.- Al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€. En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

b).- Que debemos condenar y condenamos a Juan Pablo como responsable, en concepto de autor, de un delito de robo con intimidación, previsto y penado en el artículo 237, en relación con el artículo 242.1 del Código Penal , sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN.

Cuarto.- Declaramos de abono, para el cumplimiento de las penas de prisión que imponemos a los condenados, la totalidad del tiempo en que han estado provisionalmente privados de la libertad en esta causa, incluyendo en dicho cómputo los días en que estuvieron detenidos.

Quinto.- Conforme a los pronunciamientos 5º, 6º y 7º de la sentencia mayoritaria de la Sala".

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación del MINISTERIO FISCAL, las acusaciones populares COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA y EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, la acusación particular VÍCTIMA DENUNCIANTE, y los condenados Juan Pablo , Arcadio , Adriano , Alexis y Amador que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

A) MINISTERIO FISCAL:

Motivo Primero.- Por infracción de ley. Al amparo del art. 849.1 LECr ., por inaplicación indebida de los arts. 178 , 179 y 74 CP .

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr , por inaplicación indebida del art. 180.1,1 º y 2º C.P .

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr ., por inaplicación indebida del art. 237

y 242.1 CP respecto a Juan Pablo .

B) VÍCTIMA DENUNCIANTE:

Motivo Primero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de los apartados 3 y 4 art. 181 CP, y correlativa inaplicación de lo dispuesto en los arts. 178, 179 y 180.1, apartados 1 y 2, del mismo cuerpo legal , y la doctrina jurisprudencial aplicable a los mismos.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr ., por indebida aplicación del art. 237 CP , y correlativa inaplicación de lo dispuesto en el art. 242, apartado 1º, del mismo cuerpo normativo y la doctrina jurisprudencial aplicable.

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 109 y siguientes del CP .

C) Acusación popular COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA:

Motivo Primero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr ., por entender que, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, se han infringido los arts. 178, 179,

180.1 y 181 CP, al ser tales hechos constitutivos de delitos continuados de agresión sexual y no de delitos continuados de abuso sexual.

Motivo Segundo. Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr ., por entender, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, se han infringido los arts. 28, 234, 237 y

242.1 CP., al ser tales hechos constitutivos de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas y no de un delito leve de hurto.

D) Acusación popular EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA:

Motivo Primero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr ., por infracción del art. 178 , 179 y 181 CP , al darse en el caso enjuiciado los requisitos exigidos tanto por la norma como por la jurisprudencia que lo ha venido interpretando para apreciar la existencia de un delito de agresión sexual continuado del que son responsables en concepto de autor la totalidad de los acusados.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr ., por infracción de los arts. 28 , 234 , 237 y 242.1 CP , al tratarse los hechos considerados probados como de un delito de robo con violencia o intimidación y no de hurto.

E) Condenados Adriano , Alexis , Arcadio , Juan Pablo y Amador :

Motivo Primero.- Por infracción de preceptos constitucionales. Al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.1 y 2 CE , y a su inmediata conexión con el art. 11 de la Declaración de Derechos Humanos , art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y todo ello con relación a un juicio justo con todas las garantías, derecho a ser juzgado de forma imparcial y a la tutela judicial efectiva. Errónea aplicación del art. 181.3 en el subtipo agravado nº 4, en relación con los arts. 192 y 74 C.P .

Motivo Segundo.- Por infracción de preceptos constitucionales. Al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.1 y 2 CE , y a su inmediata conexión con el art. 11 de la Declaración de Derechos Humanos , art. 6.2 del Convenio para la Protección de los

Derechos Fundamentales y el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la tutela judicial efectiva. La consecuencia fatal de la violación denunciada ha sido la condena de los acusados fruto de la errónea aplicación del art. 181.3 en el subtipo agravado del nº 4 en relación con los arts. 192 y 74 CP .

Motivo Tercero.- Por infracción de preceptos constitucionales. Al amparo del art. 852. LECr y 5.4 LOPJ , en relación con el art. 18.3 CE , por vulneración del principio acusatorio y por estar abiertamente en contra de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo.

Motivo Cuarto.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849 LECr y 5.4 LOPJ , por infracción de precepto penal de carácter sustantivo en relación con la doctrina jurisprudencial contraria a la resolución impugnada en relación con el art. 181.3 y 4 CP .

Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de la víctima denunciante suplica a la Sala tenga por opuesta al recurso de casación formalizado por los condenados, se dicte sentencia por la que se inadmitan los cuatro motivos del recurso interpuesto y, subsidiariamente, se desestime íntegramente el recurso de casación formulado de adverso, con expresa condena en costas de la acusación particular a los recurrentes, y cuando demás proceda en derecho.

La representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Pamplona , mediante escrito de 12 de marzo de 2019, se da por instruida del recurso de casación interpuesto por los condenados, suplicando a la Sala se inadmitan todos los motivos de casación alegados y subsidiariamente la desestimación de los mismos.

La representación procesal de la Comunidad Foral de Navarra , mediante escrito de fecha 13 de marzo de 2019, suplica a la Sala se dicte sentencia inadmitiendo los cuatro motivos del recurso de casación interpuesto por los condenados, o subsidiariamente, desestimándolo íntegramente, e imponiendo en todo caso las costas del recurso a los recurrentes.

La representación procesal de los condenados , mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2019, y con respecto al escrito de casación formulado por el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona , se da por instruido del escrito de impugnación de la acusación popular y suplica a la Sala dicte sentencia desestimando íntegramente el recurso de casación.

La representación procesal de los condenados , mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2019, y con respecto al escrito de casación formulado por la Comunidad Foral de Navarra , se da por instruido del escrito de impugnación y suplica se dicte sentencia desestimando íntegramente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal (SIC).

La representación procesal de los condenados , y con respecto al escrito de casación formulado por el Ministerio Fiscal , queda instruido, y suplica a la Sala se dicte sentencia desestimando íntegramente el recurso de casación interpuesto por el mismo.

Al mismo tiempo queda instruido del escrito de impugnación de la acusación particular , suplicando a la Sala se dicte sentencia desestimando íntegramente el recurso de casación interpuesto.

El Ministerio Fiscal , conforme al recurso de casación interpuesto por la víctima denunciante, y respecto del motivo primero y segundo, muestra su conformidad con los mismos en cuanto ambos son coincidentes con los motivos suscritos por él mismo en su recurso, interesando la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación del motivo tercero.

Con respecto al recurso de casación interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra, muestra su con

conformidad con los motivos primero, excepto en la aplicación del apartado 3º del art. 181 del CP , que solicita su inadmisión, y del motivo segundo, en cuanto ambos son coincidentes en sus pretensiones con el recurso suscrito por el Ministerio Fiscal.

Con respecto al recurso de casación interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona, muestra su conformidad con el mismo, y se remite al recurso suscrito por el Ministerio Fiscal en tanto en cuanto ambos son coincidentes en sus pretensiones.

Y con respecto al recurso de casación por los condenados, interesó la inadmisión a trámite del recurso y, subsidiariamente, la desestimación de todos los motivos, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 21 de marzo de 2019; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para la vista prevenida, se celebró el día 21 de junio de 2019.

Al acto comparecieron el Ministerio Fiscal que se ratificó en su informe, los letrados recurrentes D. Ildefonso Sebastián Labayen, en defensa de la acusación popular de la Comunidad Foral de Navarra; D. Víctor Javier Sarasa, en defensa de la acusación popular del Excmo. Ayuntamiento de Pamplona; D. Carlos M^a Bacaicoa Walde, en defensa de la acusación particular y D. Agustín Martínez Becerra, en defensa de los condenados, que informaron sobre los motivos de los recursos.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 21 de junio de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de los condenados Adriano , Alexis , Amador , Juan Pablo y Arcadio

1. El primer motivo de casación se formula por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim . y 5.4 de la LOPJ , porque se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.1 y 2 de la Constitución , y a su inmediata conexión con el artículo 11 de la Declaración de Derechos Humanos , artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y todo ello con relación a un juicio justo con todas las garantías, derecho a ser juzgado de forma imparcial y a la tutela judicial efectiva.

En el desarrollo del mismo se indica que el Tribunal juzgador no actuó con imparcialidad objetiva porque sus miembros han estado sometido a una incuestionable presión mediática que ha influido de manera inequívoca en la resolución recurrida, ello a pesar de que, expresamente, se niega en la sentencia esa presión, que ha generado una vulneración de los derechos de los procesados, ciertamente se ha consumado en la ausencia de garantías procesales. El Tribunal no ha actuado de manera libre y su resolución ha estado condicionada por la presión mediática que ha afectado a su criterio valorativo. Citando en apoyo de su postura, especialmente, la STS núm. 854/2010, de 29 de septiembre (RJ 2010/7646), la STC núm. 130/2002 (Sala Primera), de 3 junio y la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

2. El recurrente anuda su denuncia a que se ha conculcado su derecho a un proceso con todas las garantías que ha conllevado la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ya que, en definitiva, ha existido un juicio paralelo debido a la repercusión mediática que tuvieron los hechos enjuiciados, de manera que, en su tesis, la verdad histórica ha sido sustituida por la publicada en los medios de comunicación social y la opinión pública.

La Constitución establece en su art. 120 el principio general de publicidad de las actuaciones judiciales. Esta característica queda ligada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, previsto en el art. 24 de la misma

norma, en virtud del cual podrán establecerse eventuales limitaciones al derecho a la información.

La publicidad se encuentra plasmada en otras muchas disposiciones constitucionales (art. 9.3 y 91 CE) y supranacionales (art. 14 PIDCP); art. 6.1. CEDH), que la reconocen y, en ocasiones, admiten expresamente su exclusión. Con todo ello, la publicidad se configura como una norma rectora y fundamental, si bien no como exigencia de carácter absoluto puesto que es posible el establecimiento de excepciones, siempre que estén previstas en las leyes procesales y que gocen de justificación razonable. Se contienen excepciones a la publicidad en los arts. 301 , 301 bis y 302 LECrim ., que nos llevan a concluir que "la verdadera expresión de la publicidad se produce durante la fase de la oralidad o de validación realizada en el acto del juicio".

Son dos las situaciones en que los juicios paralelos pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia: antes de la sentencia judicial, cuando la opinión pública se convence de la culpabilidad o inocencia del acusado, y durante el proceso judicial, en cuanto al riesgo de que el juez o jurado se vea influido por la transmisión mediática. En el primer caso, hablaríamos de la dimensión extraprocesal del debate y, en el segundo, nos referiríamos a su dimensión procesal: la independencia del poder judicial.

En este escenario, la aparición de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia, viene a señalar, como objetivo principal, el fortalecimiento de determinadas garantías consideradas esenciales en el proceso penal, y fundamentalmente, la presunción de inocencia. Así el propio art. 3 de la referida directiva establece que "Los estados miembros deben presumir la presunción de inocencia de los sospechosos hasta que se pruebe la culpabilidad con arreglo a la ley".

Aun así, la directiva señala que la obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no debe impedir que las autoridades públicas divulguen información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario, señalando que bien por motivos relacionados con la investigación penal, (como por ejemplo cuando se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal), o bien por interés público, el recurso a este tipo de motivos debería limitarse a situaciones en las que resulte razonable y proporcionado, teniendo en cuenta todos los intereses. En cualquier caso, la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley.

También en la Recomendación 13 (2003) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se contempla la posibilidad de que el juicio paralelo afecte a la imparcialidad judicial, pero ello como una posibilidad remota, exigiendo que el acusado demuestre "con toda probabilidad" tal influencia y señalando, en su Exposición de Motivos, que la información hostil de los medios de comunicación puede tener una influencia negativa en un procedimiento penal concreto "en casos excepcionales y poco comunes".

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los límites del derecho a informar libremente y la publicidad procesal en sus sentencias 56 y 57 de 19 de abril de 2004 y 159/2005, de 20 de junio , tratando de armonizar las siempre difíciles relaciones entre el derecho a la información y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

Tal como declara el Alto Tribunal, nadie pone en duda que las audiencias públicas judiciales constituyen hoy una destacada e importante fuente de información, siendo uno de los motivos principales por los que en virtud del contenido de los derechos regulados en el art. 20.1 d) CE , reconociera la facultad de acceso a las mismas no sólo a los profesionales de la prensa escrita, sino que también extendió ese reconocimiento a los medios de comunicación audiovisual. Pero en aquellas mismas sentencias, el Tribunal Constitucional ya asumía como un riesgo potencial que la utilización de medios de captación y difusión visual puede afectar a otros derechos fundamentales así como a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos con mayor intensidad que el reportaje

escrito, por lo que "en algunas circunstancias, la impresión de realidad que va asociada a la imagen visual podría favorecer especialmente el desarrollo de los que se han denominado "juicios paralelos", frente a los que la Constitución brinda un cierto grado de protección... en la medida en que pueden interferir el curso del proceso" [SSTC 56 y 57/2004, de 19 de abril (FJ 4.º en ambas)].

La cuestión ha sido tratada en numerosas ocasiones por este Tribunal, así decíamos en nuestra sentencia 587/2014, de 18 de julio , que "Poco queda del principio de publicidad como garantía constitucional frente a cualquier tentación de arbitrariedad. La publicidad procesal como conquista histórica del constitucionalismo liberal ha dado paso a la publicación del proceso.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia. En la STS 1394/2009, 25 de enero , decíamos que "... es innegable que todo proceso penal en el que los sujetos activos o pasivos tengan relevancia pública, genera un interés informativo cuya legitimidad está fuera de dudas y que, por mandato constitucional, goza de la protección reforzada que el art. 20 de la CE otorga al derecho de comunicar y recibir libremente información veraz. Sin embargo, no falta razón al recurrente cuando reacciona frente a un tratamiento mediático en el que la culpabilidad se da ya por declarada, sobre todo, a partir de una información construida mediante filtraciones debidamente dosificadas, que vulneran el secreto formal de las actuaciones. La garantía que ofrece el principio de publicidad deja paso así a un equívoco principio de publicación, en el que todo se difunde, desde el momento mismo del inicio de las investigaciones, sin que el acusado pueda defender su inocencia. (...) No podemos olvidar, además, que en el proceso penal convergen intereses de muy diverso signo. Y no faltan casos en los que ese tratamiento informativo despliega una repercusión negativa que llega a ser igualmente intensa y alcanza a otros bienes jurídicos, recrudeciendo el daño inicialmente ocasionado por el delito".

Pero, concluíamos en la citada sentencia 587/2014, que "Sin embargo, hasta tanto surjan soluciones normativas que ajusten la publicidad del proceso a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, no cabe otra opción que analizar, en cada caso, si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación."

En nuestra Sentencia 4/2018, de 16 de enero , afirmábamos que "En uno y otro caso insistíamos -como ahora hacemos- en que lo verdaderamente decisivo es "... si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación."

3. El objeto de nuestro control casacional se limita a verificar si, como se dice en el motivo, la Audiencia o el Tribunal Superior de Justicia, se vieron sobrepasados por la presión mediática, y ello en el aspecto esencial que debe quedar extramuros del derecho de libertad de expresión: si las noticias del caso, las concentraciones de repulsa social y las manifestaciones del Ministro de Justicia, y en definitiva, el juicio paralelo, ha podido llegar a lesionar objetivamente la imparcialidad del Tribunal, de suerte que su decisión ya haya podido venir determinada por las noticias publicadas, con lo que el Tribunal aparecería como sustituto de la opinión pública y así acotado nuestro examen al citado extremo, hay que rechazar con toda claridad esa afirmación.

En primer término, en base a los sólidos argumentos de la sentencia recurrida que se contienen en el fundamento de Derecho Segundo de la misma, donde se hace constar, tras la cita de la Jurisprudencia aplicable al caso, que "Los comentarios del Sr. Ministro de Justicia y de otros representantes políticos, no es verosímil que hayan afectado a la independencia del tribunal de instancia", y añade que "La vulneración del derecho de los procesados se consumaría si se hubieran conculcado garantías procesales o no hubiera prueba de cargo suficiente (STC 189/ 1998, de 28 de setiembre). En el presente caso no hay duda de que la causa se ha desarrollado tras un proceso con todas las garantías, siendo decisiva la declaración de la denunciante como prueba de cargo, corroborada por unos testimonios coherentes y vídeos pericialmente valorados, con una prueba

médica y psicológica rigurosamente debatida, y una ponderación de los hechos antecedentes y consecuentes a la acción criminal; sin relación de causalidad alguna con una supuesta manipulación mediática o conspiración política. Y el resultado incriminatorio de la sentencia recurrida se basa en prueba de cargo pertinente, válidamente obtenida y debatida, y suficiente para enervar la presunción de inocencia."

Por otro lado, en el presente caso, basta con leer motivación de las sentencias para tener la convicción de que el Tribunal ha decidido sobre la base exclusiva de lo visto y oído en el juicio oral. No podemos obviar la discrepancia de criterios de todos los Magistrados intervinientes, tanto en el juicio celebrado ante la Audiencia Provincial donde la sentencia mayoritaria cuenta con un voto particular, como en la de apelación del Tribunal Superior de Justicia, en la que junto la sentencia mayoritaria constan dos votos particulares, lo que demuestra la libertad de criterio y de valoración probatoria llevada a cabo por los jueces de instancia, sin afectación en su decisión por la trascendencia mediática del caso.

No hay una enumeración formal de las pruebas practicadas que enmascare una decisión puramente voluntarista, sino una minuciosa exposición de los muy variados elementos de convicción procedentes todos de la prueba practicada en el juicio. Que el fallo finalmente haya coincidido con un cierto estado previo de opinión resulta intrascendente cuando tal conclusión aparece como resultado natural, lógico y coherente con lo sucedido en el debate en juicio. En definitiva, la imparcialidad no sólo se afirma cuando el desenlace del proceso se distancia de un estado de opinión preexistente. La eventual coincidencia no tiene por qué ser la prueba de un menoscabo de la imparcialidad. Lo decisivo, al fin y al cabo, es el alcance de la motivación exteriorizada por el Tribunal y su conexión con los elementos de convicción ofrecidos por las distintas fuentes de prueba.

Nada se acredita de forma objetiva que pueda dar sustento a esa afirmación: antes al contrario, de la lectura de la sentencia se deriva que el Tribunal de manera objetiva e imparcial fue valorando toda la actividad probatoria, de cargo y de descargo, dando razón de las decisiones valorativas adoptadas que arribaron a la conclusión condenatoria.

La trascendencia mediática del hecho, que cada vez es mayor y por esto tal "presión" no es sino un elemento normal en la actividad judicial, tal y como afirmábamos en nuestra sentencia 854/2010, de 29 de septiembre, citada por los recurrentes.

Además, los hechos puestos de relieve por los recurrentes relativos al efecto mediático el caso, manifestaciones, publicaciones en redes sociales y pronunciamientos del Ministro de Justicia al respecto, en todo caso afectarían a la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, pero no a su dimensión procesal, que afecta a la independencia del poder judicial, siendo a la primera a la que se refieren las sentencia dictadas al respecto por el TEDH, entre ellas la más reciente STEDH 31 de enero de 2019, asunto Maslarova contra Bulgaria (26966/10).

El motivo debe ser desestimado.

1. El segundo motivo de casación se formula por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, por que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.1 y 2 de la Constitución, y a su inmediata conexión con el artículo 11 de la Declaración de Derechos Humanos, artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y todo ello con relación a un juicio justo con todas las garantías, derecho a ser juzgado de forma imparcial y a la tutela judicial efectiva.

En el desarrollo del mismo se aduce que los recurrentes han sido condenados por una prueba de signo incriminatorio insuficiente para poder establecer los hechos declarados probados y la condena por su participación en los mismos en concepto de autores. El Tribunal ha llegado a su convicción condenatoria atendiendo a la insuficiente prueba de cargo testifical, considerando que la declaración de la denunciante supera

los criterios de validez establecidos tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional como por la doctrina del Tribunal Supremo.

Sin embargo, entienden los recurrentes que la citada declaración carece de los tres requisitos esenciales; verosimilitud en la declaración, persistencia en la declaración y ausencia de incredibilidad subjetiva. Y, añaden que se ha despreciado, sin justificación suficiente, la alternativa razonable que merced a dicha prueba se alcanzaba, a saber, que los acusados no eran autores del delito por el que son condenados, violentando con ello el derecho a la presunción de inocencia que el derecho directamente concernido. (STC. 148/2009, de 15 de junio).

Por otro lado, se quejan los recurrentes de que la Sala del Tribunal Superior de Justicia no ha hecho con su resolución una verdadera segunda instancia, explicando o fundamentando los argumentos expuestos en los recursos de apelación en su día formulados, limitándose con una fórmula estereotipada a ratificar los criterios dispuestos por el Juzgador quo, no entrando en cada uno de los argumentos expuestos en los escritos apelatorios.

Insisten los recurrentes en que se ha hecho tratamiento discriminatorio en contra de los acusados que se manifiesta al valorar las pruebas periciales proporcionadas por los Médicos Forenses y Psicólogas Forenses del INML y pericial psiquiátrica y psicológica de la defensa, así como en la sorprendente valoración positiva que recibe de la Sala la que califica como "rigurosa pericia de la Policía Foral" sobre las imágenes.

Añadiendo que, en resumen, el testimonio de la víctima no reúne los requisitos exigidos jurisprudencialmente para otorgarle valor de prueba de cargo, ya que lo ocurrido en el plenario ha sido una verdadera rectificación o retractación de la denunciante respecto de lo manifestado en sus primeras declaraciones, y la sentencia recurrida lo resuelve concretamente entre el folio 23 y el 25, en tres folios hace un análisis de los argumentos expuestos en apelación sobre la práctica de la prueba, cuando menos significativo e insuficiente, por incompleto, lo que debería suponer la nulidad de la resolución. Además, el testimonio de la denunciante no resulta verosímil, ni se da en este supuesto la ausencia de incredibilidad subjetiva a la que hace referencia el Tribunal, ya entienden como hipótesis que el modo en que los acusados abandonaron el portal, dejándola medio desnuda y sola y sustrayendo uno de ellos su teléfono móvil, unido al hecho de que las relaciones mantenidas, sin duda de enorme sordidez y crudeza, le hubieran resultado insatisfactorias y emocionalmente traumáticas, y podrían haber provocado en ella remordimientos una vez concluidas, así como el llanto de amargura y el enorme abatimiento emocional que percibieron todos los testigos que se acercaron a ella en aquellos momentos.

Por todo lo expuesto interesan la revocación de la resolución de instancia y que se dicte nueva sentencia en la que se acuerde la libre absolución de los acusados.

2.- El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales , y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración

del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

Cuando se denuncia en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, hemos dicho en las sentencias 615/2016, de 8 de julio , 200/2017, de 27 de marzo , y 376/2017, de 20 de mayo , entre otras muchas, que "ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y, por tanto:

En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia. Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005, de 9.12 , "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

Consecuentemente, el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC. 68/98 , 117/2000 , SSTS. 1171/2001 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009 , 104/2010 , 1071/2010 , 365/2011 , 1105/2011).".

No obstante lo anterior, como indica la STS 476/2017, de 26 de junio , la reforma de La ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea

previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

3.- La sentencia recurrida, en el Fundamento de Derecho Quinto, da respuesta a las alegaciones de la defensa sobre la invocada falta de credibilidad de las manifestaciones de la denunciante, en relación al extremo que mantienen los mismos de que ella prestó su consentimiento a unas relaciones plenas con los acusados, testimonio que mantienen ha sido instrumentalizado por terceros, y en el que concurre, según los recurrentes, una intención espuria: evitar la publicidad de las grabaciones en vídeo de la relación consentida, así como que se encontraba despechada porque después de la relación la dejaron sola y no la hicieron caso.

En concreto la sentencia recurrida contiene la siguiente argumentación: "Tras examinar y valorar en detalle la declaración de la joven, lejos de estimar inconsecuentes o contradictorias las apreciaciones de instancia, consideramos su testimonio seguro y convincente, corroboradas sus afirmaciones con evidencias recogidas en una prueba externa profusa y suficiente, y consecuente con el desarrollo incriminatorio que se confirma. Y no es verosímil una teoría conspirativa que involucra a todos los que asisten a la víctima: Inocencio y Otilia, policías municipales y nacionales, trabajadores sociales, forenses, pericial psicológica y policial... y a la propia víctima. Este Tribunal Superior no está llamado a valorar de nuevo el testimonio acusatorio, sino a ponderar si las conclusiones de instancia se revelasen absurdas, ilógicas o arbitrarias, o contradichas por elementos fehacientes que evidencien la mendacidad del testimonio de la víctima o fundamenten una duda racional y razonable de su veracidad, lo que en el presente caso no concurre... La sentencia recurrida responde con rigor a las alegaciones que en el mismo sentido se vierten por las defensas en el juicio oral y concluye que la declaración de la víctima presta "una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad de los acusados" (Pág. 32). Y cabe insistir aquí que la declaración de la denunciante no es una prueba única, sino que aparece corroborada por una prueba pericial policial y psicológica, testimonios concurrentes, antecedentes y consecuentes..., y particularmente según subraya la Sala de instancia textualmente "un medio de prueba documental, concretado en las grabaciones de vídeo y las fotos tomadas durante el desarrollo de los hechos, por los procesados Juan Pablo y Arcadio".

Las dudas que plantea el motivo sobre la credibilidad, han sido debidamente despejadas por la Sentencia de instancia. Así afirma: "La denunciante ha sostenido con firmeza la versión acerca del modo en que se

desarrollaron los hechos, si bien la matizó en su declaración en el plenario"; las pormenorizaciones posteriores "no comprometen la estructura racional de nuestro proceso valorativo, ni perjudica nuestra apreciación de que la declaración de la denunciante, satisface los parámetros de credibilidad subjetiva, objetiva y persistencia".

En cuanto a la ausencia de persistencia en el testimonio de la víctima que se aduce por los recurrentes el Tribunal afirma que "La declaración de la denunciante en el juicio oral es mucho más extensa y se alarga con las preguntas de las partes..., se constata que no se contradice con testimonios anteriores, por más que sea obvio que desarrolla más pormenorizadamente los hechos. Se pondera en la sentencia de primera instancia que las contradicciones no son tales, como pretenden los motivos, sino pequeñas inexactitudes: "manifestaciones de la denunciante, sobre la dirección que tomaron a su iniciativa se muestran a nuestro entender creíbles y verosímiles, es acorde con las reglas de la lógica y razonable, en una persona desconocedora de esta ciudad".

Con respecto a las corroboraciones del testimonio, que son varias, el Tribunal de instancia va analizando la razonabilidad y lógica de los argumentos dados en la sentencia de la Audiencia Provincial, y así por un lado, hace referencia al testimonio de Inocencio y Otilia y al de los agentes que atienden a la víctima en los primeros momentos, en los siguientes términos ""su estado apreciado por los testigos [...], revela que estaba viviendo una intensa situación de desesperación, angustia y ansiedad; en nada compatibles, con la situación de una persona, que o bien se siente desechada después de haber finalizado una relación sexual consentida, [o bien que] los varones que la mantuvieron no le ofrecieron "continuar la fiesta juntos", o que éstos se hubieran marchado del habitáculo sin despedirse [...]". La sentencia constata (folio 37) el desasosiego de la denunciante cuando era trasladada a urgencias por la agente NUM004 : "durante el trayecto intentaba tranquilizarla, pues "la denunciante" le insistía en que no le dejara sola". Su extrema agitación se describe en los informes del Servicio de Urgencia Hospitalaria y de Obstetricia y Ginecología del Complejo Hospitalario de Navarra, que se transcriben en el folio 38 de la sentencia."

Por otro lado, la sentencia refiere la existencia de los vídeos que acreditan la falta de consentimiento de la víctima, y que desvirtúan las alegaciones de los recurrentes, encontrando acertadas las valoraciones de la Sala, y sobre los que se afirma que "muy por el contrario, la Sala de instancia pondera minuciosamente las imágenes filmadas, una a una; valoradas también en una rigurosa pericia de la Policía Foral, contrastadas en juicio con contradicción, y llega a una conclusión diferente, que estimamos acertada. Se refiere la sentencia expresamente a los fotogramas aislados que aduce la defensa en los vídeos 7407 y 7408, y a los fotogramas finales (véase Pág. 59 y sigs), que se sitúan en su debido contexto, y se concluye que la joven está "agazapada , acorralada contra la pared"; "durante todo el desarrollo de la secuencia muestra un rictus ausente, mantiene durante todo el tiempo los ojos cerrados, no realiza ningún gesto ni muestra ninguna actitud que impresione de toma de iniciativa respecto de actos de índole sexual, ni de interacción con los realizados por los procesados; apreciamos que los soporta en un estado que nos sugiere ausencia y embotamiento de sus facultades superiores"; y concluye que "no inferimos, que fuera la denunciante quien promoviera la verificación de algún tipo de actividad sexual".

Pero es más, la propia Sala tras el examen de los vídeos ratifica la conclusión a la que llega la Audiencia Provincial diciendo que "de ninguna manera puede entenderse que se deduzca asentimiento alguno o participación activa de la joven en los ínicuos y vejatorios actos que se muestran en las imágenes.", ratificando las apreciaciones del Tribunal que "A juicio de la Sala los vídeos evidencian de una parte la pasividad doliente de la víctima y de otra el abusivo comportamiento de los acusados, que inician sin prolegómeno alguno y desarrollan sin miramiento un atentado contra el derecho a la libre determinación personal de la joven, prevaleciendo de su número y fuerza, escarneciendo su situación de desamparo."

También se tiene en cuenta en la sentencia recurrida la pericial psicológica de las peritos forenses Mariana y Miriam , que describen la gravedad de la dolencia de la víctima, lo que a su vez queda acreditado por el hecho de que la ésta se encuentra recibiendo tratamiento en el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de

Agresión Sexual de la Comunidad de Madrid, desde el mes de septiembre de 2016.

Los recurrentes se quejan de que el Tribunal Superior de Justicia no ha llevado a cabo una verdadera segunda instancia, explicando o fundamentando los argumentos expuestos en los recursos de apelación en su día formulados, limitándose con una formula estereotipada a ratificar los criterios dispuestos por el Juzgador a quo, no entrando en cada uno de los argumentos expuestos en los escritos de apelación.

De la anterior fundamentación, a la que hemos hecho expresa referencia, no se desprende la ausencia de motivación de la sentencia recurrida a la que se alude, pero es más, hay que tener en cuenta que es constante doctrina jurisprudencial, en relación con el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en los procesos penales, la que establece que aun cuando se trata de un recurso amplio, respecto del cual el Tribunal que puede examinar el objeto del mismo con igual amplitud y potestad con que lo hizo el Tribunal "a quo", ha de tenerse en cuenta que el acto del juicio oral tiene lugar ante éste último, que recibe con inmediatez las pruebas, de lo que cabe deducir que, pese a aquella amplitud del recurso, en la generalidad de los casos, y en atención al principio de inmediatez que informa el sistema oral en materia penal, ha de respetarse la apreciación que de la prueba en conjunto y subsiguiente valoración de los hechos haya realizado el tribunal de instancia, al ser el que puede aprovechar mejor las ventajas de haber presenciado directamente la práctica de dichas pruebas.

Por otro lado, del análisis de la sentencia no se desprende tratamiento alguno discriminatorio en contra de los acusados en relación a los extremos apuntados en el recurso, puesto que tanto con respecto a la pericial psiquiátrica/psicológica, como respecto a la pericial de la Policía Foral, el Tribunal valora las pruebas como "herramienta de auxilio y asistencia", pero descarta las partes de los informes que incluyen valoraciones subjetivas, ya que rebasan el ámbito material de la pericial e invaden el ámbito de las facultades valorativas del Tribunal, función que afirman que les corresponde de forma "exclusiva" y "excluyente".

4. La presunción de inocencia, tal y como hemos indicado, exige someter a crítica la justificación expresada por la sentencia de condena a fin de constatar si la existencia de los medios probatorios permiten razonablemente, por su sentido incriminatorio, afirmar los enunciados de hechos que son declarados probados.

En el presente caso, de la lectura de los argumentos de la sentencia de instancia, que ratifica los contenidos en la extensa y detallada sentencia de la Audiencia Provincial, resulta obvia la racionalidad de la credibilidad otorgada a la testigo/víctima, ya que el Tribunal expone y analiza no solo los parámetros jurisprudenciales sobre persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración, sino que también expone y analiza las concretas razones que despejan las dudas alegadas por las defensas de los acusados, que mantienen que existió el consentimiento de la denunciante a las relaciones sexuales mantenidas, lo que se califica como "juerga" de mutuo acuerdo entre todos los intervinientes.

Con respecto a estas últimas, son descartadas de forma contundente por el Tribunal de instancia, se afirma en la sentencia recurrida que en los vídeos 7407 y 7408 y fotogramas finales, se observa a la joven "agazapada, acorralada contra la pared" por dos de los procesados, y añade la sentencia de la Audiencia Provincial "y gritando". Actitud que sin duda es contraria al supuesto consentimiento de la víctima que se alega. También los hechos probados despejan esas dudas puestas de relieve por los recurrentes, ya que difícilmente el modo en que los acusados abandonaron el portal, dejando a la víctima desnuda y sola, y sustrayendo uno de ellos su teléfono móvil, son indicativos de una "juerga" pactada con ella, lo que unido al hecho de que las relaciones mantenidas, en palabras de la propia defensa fueron "de enorme sordidez y crudeza", despeja cualquier tipo de duda al respecto, no solo a la Sala de instancia, sino a este Tribunal, ya que en el contexto que se describe en los hechos probados, el silencio de la víctima, solo se puede interpretar como una negativa.

El control en casación no puede consistir en una revisión, volver a ver u oír lo declarado por la víctima en el

juicio oral, sino en el control de razonabilidad, y es indudable que en el caso aquí enjuiciado el análisis de datos externos del testimonio, tan importantes, como son los vídeos grabados por dos de los acusados, que son analizados de forma pormenorizada en la sentencia, así como las testificales de Inocencio y Otilia , y de los policías que asistieron inicialmente a la víctima, así como de los sanitarios, junto con la pericial psicológica, permiten la afirmación sobre la credibilidad dada al testimonio víctima.

En consecuencia, el reproche de deficiencia en la motivación de la sentencia se muestra como gratuito, dada la abundancia de argumentos sobre el particular cuestionado, de la participación en los hechos de los acusados y de la total ausencia de consentimiento de la víctima en los actos sexuales llevados a cabo por los procesados.

El motivo debe ser desestimado.

1. El tercer motivo se articula por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim . y 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 18.3 de la Constitución , por vulneración del principio acusatorio y por estar abiertamente en contra de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo.

Se afirma por los recurrentes que la mera circunstancia de que el delito por el que se condene sea de menor gravedad que aquel otro objeto de la acusación formulada no es por sí sola suficiente para estimar que no se vulnera el principio acusatorio. El relato de hechos probados de la sentencia que se recurre se ha apartado de los escritos de conclusiones definitivas de las acusaciones, alterando de forma notable y sustancial los hechos objeto de acusación, de los que mis acusados tuvieron pleno conocimiento, y respecto de los que pudieron desplegar de forma contradictoria y exitosa sus respectivas estrategias de defensa, primero en sus escritos de conclusiones provisionales y después durante todo el desarrollo del juicio oral.

En definitiva, aducen que los elementos fácticos que la Sala que se recurre ha tenido como probados y han servido para calificar su actuación como constitutiva de un delito de abusos sexuales con prevalimiento, solo han tenido conocimiento los acusados y sus defensas con ocasión de la notificación de la sentencia. Suprimidas la violencia y la intimidación de los escritos de acusación no surge de manera natural el abuso sexual con prevalimiento por el que vienen condenados los recurrentes.

2. En relación a la vulneración del principio acusatorio, es doctrina de esta Sala, como son exponentes las Sentencias 180/2010, de 10 de marzo , 493/2006, de 4 de mayo y 61/2009, de 20 de enero , que el principio acusatorio, íntimamente vinculado al derecho constitucional de estar debidamente informado de la acusación y por extensión, estrechamente relacionado con el derecho fundamental a la defensa, que se protegen en el art. 24 C.E ., tiene su regla de oro, en casos como el presente, en la exigencia de identidad fáctica entre los hechos imputados y los que fundamentan la calificación jurídica efectuada por el Tribunal y homogeneidad en dicha calificación respecto a la realizada por la acusación. Desarrollando esta máxima, debe señalarse que el principio acusatorio no se vulnera, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que el Tribunal respete el apartado fáctico de la calificación acusatoria, que debe ser completo, con inclusión de todos los elementos que integran el tipo delictivo sancionado y las circunstancias que repercutan en la responsabilidad del acusado, y específico, en el sentido de que permita conocer con precisión cuáles son las acciones que se consideran delictivas. Pero estándole radicalmente vedado al Tribunal valorar hechos con relevancia jurídica penal no incluidos en el acta de acusación. b) que entre el tipo penal objeto de acusación y el calificado por el Tribunal exista una relación de homogeneidad en relación con el bien jurídico protegido en uno y otro, en el sentido de que todos los elementos del delito sancionado estén contenidos en el tipo delictivo de acusación, de modo que en el calificado por el Tribunal no exista un componente concreto del que el condenado no haya podido defenderse. (STS 203/2012, de 20 de marzo).

Como dijimos en la STS 981/2013, de 23 de diciembre , la vigencia del principio acusatorio parte de una estricta correlación entre la acusación y la declaración judicial de condena realizada por el tribunal, de manera que éste

no puede condenar por un delito que no haya sido objeto de acusación y del que, en consecuencia, no se haya podido defender el acusado. Esa conformación del proceso penal, con una parte que acusa, otra que se defiende y un tribunal que decide supone la realización de la justicia de acuerdo a las exigencias derivadas de la observancia del derecho de defensa.

Así el tribunal no puede condenar por un delito del que la defensa no haya podido defenderse, no haya podido practicar prueba en su interés y realizar alegaciones en su contra. En el fondo late un aspecto de legitimidad en el ejercicio delius puniendi. Sólo quien ostenta un interés de accionar penalmente, la acusación pública que ostenta un interés social, o la particular, que ostenta y defiende su interés particular, pueden hacerlo. De esa pretensión de condena ha de darse traslado a la defensa para actuar su concreto interés en defensa de los derechos que le asisten. Así se conforma un proceso acorde con las exigencias del principio democrático, el debido equilibrio entre la acción y la defensa, con igualdad de armas y vigencia de los principios de contradicción efectiva, igualdad y de defensa.

La esencia del principio acusatorio consiste en asegurar la vigencia del derecho de defensa, propiciando que la defensa del imputado pueda actuar su derecho a defenderse de una previa acusación que le ha sido comunicada y que no pueda verse sorprendido por una subsunción inesperada efectuada por un tribunal que, como hemos señalado, no tiene legitimidad para efectuar un reproche sin una acusación previa. El tribunal se sitúa en el enjuiciamiento como un órgano que recibe una relación fáctica y una subsunción, comunicada a la defensa, y que en el juicio debe proceder a la reconstrucción del hecho con la celebración de la prueba que las partes proponen para su valoración.

En tal sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional, por todas en la STC 224/2005, de 12 de septiembre, diciendo: "Pues bien, como tiene señalado este Tribunal en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas del principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por cosa no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica, tal como hemos sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997, de 15 de diciembre (SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2; y 120/2005, de 10 de mayo, FJ 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por este Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). De manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). Por otra parte, desde esta perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, la doctrina de este Tribunal ha señalado que el contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no a momentos previos como el de las conclusiones provisionales (STC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 15).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional permite que se lleve a cabo por el Tribunal un cambio de calificación, siempre que entre el tipo penal objeto de acusación y el calificado exista una relación de homogeneidad en

relación con el bien jurídico protegido, en tales términos se expresa en la STC 266/2006, de 11 de septiembre : "Ello no obstante, también hemos afirmado que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no existiría infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse el acusado para contradecirlo en su caso (por todas, SSTC 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2 ; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3 ; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3 ; y 71/2005, de 4 de abril , FJ 3).

En tal sentido hemos señalado igualmente que para que un Tribunal de apelación pueda apartarse de las calificaciones de los hechos propuestas por la acusación se requiere el cumplimiento de dos condiciones: a) que exista identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, debatido en el juicio contradictorio y declarado probado en la Sentencia dictada en instancia constituya el soporte fáctico de la nueva calificación; y b) que pueda considerarse que existe homogeneidad entre el delito por el que se dictó Sentencia condenatoria en instancia y el delito por el que se ha condenado en apelación, entendiéndose que son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse (por todas, SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 5 ; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3. a ; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3 ; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2 ; y 71/2005, de 4 de abril , FJ 3). "

3. La cuestión fue planteada en el recurso de apelación y resuelta por el Tribunal a quo en el Fundamento de Derecho Octavo, en el que se afirma que "En el presente caso, la acusación y la condena se refieren a los mismos hechos, al mismo bien jurídico tutelado, de libertad y de autodeterminación personal. Los elementos esenciales del delito han sido objeto de debate contradictorio, y los acusados se han defendido de los hechos que conforman la imputación del de abuso; los delitos referidos solo se diferencian en no apreciar la concurrencia de una violencia o intimidación en los acusados; la pena correspondiente al abuso es inferior a la de la agresión de que se les imputaba en las calificaciones acusatorias; y no se introduce novedad sustancial alguna que justifique la alegada indefensión."

En efecto, en el supuesto que examinamos, acorde con la jurisprudencia que acaba de mencionarse, no se ha producido vulneración del principio acusatorio ni de ningún modo indefensión, ya que el acusado estuvo perfectamente informado de lo que se le imputaba y pudo ejercer su defensa contradictoria sin restricción alguna.

A lo anterior debemos añadir que no ha tenido lugar alteración alguna del relato fáctico, y que si bien es cierto que en todo momento el mismo ha sido calificado como delito de agresión sexual, también lo es, que el delito de abuso sexual con prevalimiento por el que han resultado condenados los acusados es un delito homogéneo al delito de agresión sexual, entendiéndose por tal "aquellos que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse (ATC 244/1995, de 22 de septiembre , FJ 3), en el entendimiento de que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen y que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia (SSTC 225/1997 , de 15 de diciembre, FJ 3 ; 4/2002 , de 14 de enero , FJ 3)." (STC 71/2005, de 4 de abril).

En este caso ha habido total identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica, ya que existe una clara

analogía entre los elementos esenciales de ambos tipos delictivos, siendo las afirmaciones de los recurrentes sobre que se han defendido de la "intimidación" imputada y no de una situación de "prevalimiento", una queja puramente retórica, ya que no se trata de la incorporación de un elemento nuevo del que los acusados no hayan podido defenderse, puesto que el prevalimiento en realidad es una intimidación pero de menor grado.

El motivo debe ser desestimado.

Por infracción pura de ley al amparo del art. 849 de la LECrim . Y 5.4 de la LOPJ , por infracción de precepto penal de carácter sustantivo en relación con la doctrina jurisprudencial contraria a la resolución impugnada con respecto al artículo 181.3 y 4 del Código Penal .

Concretamente, en este motivo, se discute la aplicación del delito de abuso sexual con prevalimiento, que entienden los recurrentes inaplicable de acuerdo con lo establecido tanto en la norma penal como en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que en los delitos de agresión sexual, la concurrencia de dolo, debe proyectarse y abarcar sobre todos y cada uno de los elementos que integran el tipo, debiendo precisarse, frente a lo afirmado en la sentencia que se recurre, que ni la diferencia de edad ni de compleción física entre los acusados y la denunciante, ni su diferente experiencia sexual, ni que ellos fuesen cinco y ella una sola, pueden tomarse, por sí solos y porque sí, como elementos decisivos para afirmar que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante , objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, so pena de presumir contra reo que el caso de haber percibido la menor señal de oposición por parte de la denunciante no hubiesen desistido de su propósito de mantener relaciones sexuales, volviendo en el motivo a valorar la declaración de la víctima.

El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado, buscando un control de la juricidad de la decisión judicial.

Los recurrentes no pueden pretender a través de un motivo de infracción de ley, un juicio de calificación jurídica alterando la realidad fáctica de soporte, para ello están los motivos sobre infracción de precepto constitucional o error de hecho, que han sido anteriormente analizados y rechazados, en concreto el de infracción del principio de presunción de inocencia.

Del relato fáctico se desprende, con total claridad, que los acusados buscaron expresamente la situación, sin que la víctima tuviera conocimiento alguno, desde el momento mismo en que conocieron que la joven estaba sola y que no encontraba a sus amigos, y les manifestó que se iba a ir al coche para descansar, los mismos se ofrecieron para acompañarle, y en el camino dos de los procesados se detuvieron en el HOTEL000 quedándose retrasada "la denunciante", donde los procesados pidiéndole una habitación por horas "para follar", indicándoles el encargado que ello eso no era posible "sin que la denunciante hubiera escuchado esta parte de la conversación". Después Adriano reparó en que una mujer accedía al portal de un inmueble después de mantener una breve conversación con ella, simulando que estaba alojado, cogió uno de los ascensores y subió al segundo piso, bajando al portal por las escaleras, hasta que encontró el lugar idóneo para los actos que iban a llevar a cabo, apremiando al resto a que entraran, introduciendo a la víctima de forma súbita y repentina tirando de ella en el portal, dirigiéndola al cubículo que describe el hecho probado de unos 3 m², donde los acusados la rodearon, y donde tuvo lugar la conducta que se narra.

Por otro lado, también se desprende del *factum* que la víctima en ningún momento prestó su consentimiento a las relaciones sexuales de las que fue objeto cuando estaba dentro del cubículo, consta en el relato que "la denunciante" se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. "La denunciante", sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados. "Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo."

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

El motivo debe ser desestimado.

Recurso del Ministerio Fiscal

1. El primer motivo del recurso se articula por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 de la LECrim . por inaplicación indebida de los arts. 178 , 179 y 74 del Código Penal .

Entiende el Ministerio Fiscal que existe un error en la subsunción jurídica de los hechos declarados probados, ya que los que se describen en la sentencia recurrida, que reproduce los de la Sentencia de la Audiencia Provincial, son constitutivos de un delito de Agresión Sexual de los arts. 178 y 179 del Código Penal , tal y como fueron calificados en su escrito de conclusiones definitivas.

Afirma el recurrente que la discrepancia que mantiene con la resolución recurrida la puede plasmar en el hecho de que la Acusación mantiene, frente a la tesis del voto mayoritario, que el *factum* de la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra y aceptado por aquélla, recoge sin género de dudas una actitud intimidatoria por parte de los cinco acusados que fue la que les permitió consumir sobre la víctima los actos sexuales descritos en tal resolución.

Entiende el Ministerio Fiscal que para poder afirmar que nos encontramos ante la figura del prevalimiento, tal y como mantiene la sentencia mayoritaria recurrida - a la vista de la doctrina jurisprudencial que transcribe y analiza-, los hechos probados han de recoger que debido a esa superioridad numérica y física de los acusados la víctima accedió a mantener las relaciones sexuales y ese acceder también deberíamos verlo reflejado en los hechos probados. Acceder significa consentir en lo que alguien solicita o quiere. No consta en los hechos probados que la víctima consintiera o accediera a mantener tales relaciones, ni tal siquiera de manera subliminal. No consta que los agresores solicitaran de la víctima mantener tales relaciones. Consta, simplemente, que ellos inhibieron a la víctima con su sola presencia y actitud frente a la que no pudo ofrecer

reacción alguna.

Insiste en que nos encontramos ante una persona desvalida, la víctima, rodeada por cinco individuos de fuerte complexión y en un espacio mínimo, apartado y con nulas posibilidades de escapar, se pregunta si ¿es exigible algo más para doblegar a la víctima?, a lo que afirma que no. Entiende que no es admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores. Intimidar no es otra cosa que causar o infundir miedo, miedo o pánico que, en casos como el analizado, se infunde con la sola presencia de cinco individuos de fuerte complexión rodeando a una víctima en un habitáculo cerrado y sin posibilidad alguna de escapar.

Por lo expuesto, vuelve a reiterar que de los hechos probados se deduce la consideración de que no estamos ante una intimidación menor que permita aplicar la figura del prevalimiento, sino ante una intimidación grave que debe determinar la calificación jurídica de tales hechos como agresión sexual.

2. Es constante jurisprudencia de esta Sala que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr 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. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo,

-y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal , pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. La evolución de las reformas en los delitos contra la libertad sexual que desde la instauración del régimen democrático constitucional, hasta la actualidad, han tenido lugar, se ha venido ejecutando paulatinamente la idea de la tutela de la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo a la luz de los valores de la Constitución, y ello con el consiguiente abandono del concepto de moral sexual dominante y de la protección de intereses familiares o matrimoniales, ya que se trata de delitos susceptibles de verse afectados por la evolución del pensamiento social como ocurre con los delitos sexuales.

Tal y como ha afirmado la doctrina más destacada los llamados delitos sexuales han sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres.

La nueva catalogación jurídico-penal de los delitos contra la libertad sexual que se diseña en el Código Penal de 1995, ha producido cierta confusión que ha sido recogida en varias sentencias de esta Sala, y en palabras de la STS 355/2015, de 28 mayo, debe ponerse de manifiesto en que "el error procede de la confusión de identificar la agresión sexual con el antiguo delito de violación, es decir con la concurrencia de penetración, y no como sucede en el modelo de tipificación actual, con la concurrencia de violencia o intimidación. Por ello es procedente recalcar, para evitar la reiteración de estos errores, que en el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación".

El Código Penal distingue en el Título VIII del Libro II, en los capítulos primero y segundo, entre los delitos de agresiones sexuales y los delitos de abusos sexuales. La diferencia radica, como se acaba de señalar, en utilizar violencia o intimidación en los primeros (art. 178), y no mediar consentimiento en los segundos (art. 181).

Dentro de los delitos de agresiones sexuales, se tipifica el tipo básico, esto es, atentar contra la libertad sexual de otra persona sin acceso carnal (o introducción de miembros corporales u objetos), y el tipo agravado, o delito de violación, que recupera *sunomen iuris*, a partir de la reforma operada por LO 11/1999, concepto que se encuentra asentado en nuestra conciencia colectiva y forma parte de nuestra tradición jurídica, cuando el acceso carnal lo sea por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (art. 179). También se diseñan los correspondientes subtipos agravados en el art. 180 del Código Penal, de manera que las penas se incrementan por la dinámica de la acción (particularmente denigrante o vejatoria), la utilización de medios peligrosos (armas u otros medios), el incremento personal de los sujetos activos (actuación conjunta de dos o más personas), la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y agresor (relación de superioridad o parentesco).

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.

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

4. Para poder determinar la diferencia entre la intimidación a la que se refiere el art. 178 del CP , y la ausencia de consentimiento -que lo deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y en consecuencia, sea éste inválido o inexistente-, que constituye la figura penal prevista en el art. 181 del CP , es preciso llevar a cabo un resumen acerca de cuál ha sido la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo en torno al concepto de intimidación del art. 178 CP.

En efecto, la Sentencia de 22 Mayo de 1996, Rec. 2487/1995 , señalaba que "En la "intimidación", *vis compulsiva* o *vis psíquica*, se comete a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado (Cfr. SS 10 May. 1988 , 28 Abr. 1989 y 6 Abr. 1992 , entre otras). La gravedad de la

infracción se ha de valorar siempre en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales, pero lo que deviene insoslayable es que pueda colegirse de los actos, gestos, actitudes y palabras que el agente se haya decidido a la provocación de inmediato de un mal o daño de suficiente entidad, caso de no accederse a sus lascivas proposiciones."

Por otro lado, la Sentencia nº 1291/2005, de 8 Nov. 2005, Rec. 263/2005 , hace expresa referencia a la llamada "intimidación ambiental", en donde se recoge que: "Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP . En estos casos cada uno es autor del nº 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. 7. 3. 97 y 481/2004 de 7.4).

Así se expresa la STS. 1169/2004, de 18.10 , cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, cometen cada uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es -ordinariamente- coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por un título diferente de dos delitos de agresión sexual.

Por lo tanto, 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.

En el caso del acusado no solo obró de común acuerdo con los dos menores, sino que su conducta no fue la de mera presencia. Él contribuyó con su asistencia a la realización de la violencia en los términos señalados en el relato fáctico, de tal modo que cuando los dos menores procedieron inmediatamente después a realizar sus sucesivos accesos carnales con la víctima, esta, ante el efecto combinado de todos, había renunciado ya a toda resistencia, con lo que se ha de apreciar el carácter de cooperación necesaria de la actividad de fuerza física realizada por cada uno de los agentes para contribuir, a todos los actos de acceso carnal con la mujer realizados (SSTS. 169/96, de 26.2 , 19/2999, de 17.1).".

También hace expresa referencia a la citada intimidación ambiental, a la que alude el Ministerio Fiscal, la sentencia de esta Sala nº 136/2006, de 8 Feb. 2007, Rec. 1108/2006 , al declarar que "La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (dice la Sala de instancia, en palabras de una de ellas: "el miedo que sintió al advertir la presencia de un grupo de chicos mayores que ella y su amiga", junto a la frase citada, quedando "paralizada por el miedo"), sino de la objetividad que proporciona la diferencia de edad: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta.

Tal como recordaba la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre , "hemos dicho en la STS núm. 73/2004, de 26 de enero , que "el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre , se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS de 18 de octubre de 1993 , 28 de abril , 21 de mayo de 1998 , y 1145/1998, de 7 de octubre). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas".

La citada intimidación ambiental que configura el delito de agresión sexual, y la diferencia con el consentimiento viciado que caracteriza el delito de abuso sexual, también lo analiza la sentencia de esta Sala 1169/2004, de 18 de octubre , en los siguientes términos: "El elemento diferenciador entre la intimidación y el consentimiento meramente viciado correspondiente a una situación de abuso sexual, es el siguiente: el tipo más leve del abuso sexual del artículo 181 del Código Penal , exige la ausencia de violencia o intimidación y fija su atención en los supuestos de falta de consentimiento de la víctima, lo que generalmente nos lleva a incluir en esta modalidad delictiva, aquellas situaciones en que de manera súbita se aprovecha el autor para realizar unos abusos sexuales en los que no se produce la aceptación por la otra parte o ésta no se encuentra en situación de prestar el consentimiento. En cambio, los supuestos del artículo 178 del Código Penal , se refieren a aquellos comportamientos de agresión sexual, que tienen un componente agresivo a través de la utilización de violencia o intimidación. Ambos conceptos son, en algunos casos, compatibles en cuanto que la violencia produce un efecto intimidativo o paralizante, que hace innecesaria la reiteración de la fuerza física para conseguir los propósitos pretendidos.

Es conveniente, para sentar mejor las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo. Es importante hacer una referencia a la edad y constitución física del agresor y la víctima, las circunstancias del lugar y tiempo y los demás elementos que deban ser valorados por el órgano juzgador. También tiene relevancia la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión (véase, en este sentido, la STS 226/2003, de 19 de febrero).

En definitiva, cuando no existe consentimiento o éste se muestra conseguido mediante un acto de fuerza física o moral (compulsiva, de carácter intimidante), estamos en presencia de un delito de agresión sexual. Sin embargo, cuando la relación es consentida, pero tal consentimiento está viciado por una causa externa que opera a modo de coacción psicológica (relación de superioridad determinada por las causas legales), concurriendo, sin embargo, tal consentimiento, el delito ha de calificarse de abuso sexual, fuera de otros supuestos típicos."

En cuanto al grado o a la gravedad de la acción intimidatoria, se pronuncia la Sentencia 609/2013, de 10 Jul., Rec. 1917/2012 , en el siguiente sentido: "Para apreciar la intimidación este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente.

Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima.

Como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala, la intimidación empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.

También ha señalado la doctrina de esta Sala, (sentencias 381/97, de 25 de marzo , 190/1998, de 16 de febrero y 774/2004, de 9 de febrero entre otras), que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado."

En los mismos términos se pronuncia la Sentencia 480/2016, de 2 Jun., Rec. 10975/2015 , "La jurisprudencia consolidada de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013)."

Por otro lado, este Tribunal ha distinguido la intimidación del prevalimiento como forma de obtener el consentimiento que integra el delito de abuso sexual, en numerosas sentencias, entre las que podemos citar la sentencia 1291/2005, de 8 Nov., Rec. 263/2005 , en donde se recoge que: "Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP . En estos casos cada uno es autor del nº 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. de 7.3.97 y 481/2004 , de 7.4).

Así se expresa la STS. 1169/2004, de 18.10 , cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, comete cada

uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es -ordinariamente- coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por un título diferente de dos delitos de agresión sexual.

Por lo tanto, 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.

En el caso del acusado no solo obró de común acuerdo con los dos menores, sino que su conducta no fue la de mera presencia. Él contribuyó con su asistencia a la realización de la violencia en los términos señalados en el relato fáctico, de tal modo que cuando los dos menores procedieron inmediatamente después a realizar sus sucesivos accesos carnales con la víctima, esta, ante el efecto combinado de todos, había renunciado ya a toda resistencia, con lo que se ha de apreciar el carácter de cooperación necesaria de la actividad de fuerza física realizada por cada uno de los agentes para contribuir, a todos los actos de acceso carnal con la mujer realizados (SSTS. 169/96, de 26.2 , 19/2999, de 17.1).".

También la sentencia 305/2013, de 12 Abr., Rec. 1532/2012 , concreta que: "Se distingue de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, en que en éste el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual, de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal , es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual."

En idénticos términos, sobre el carácter menor de la intimidación que configura el prevalimiento, se ha pronunciado la sentencia 542/2013, de 20 de mayo .

Más recientemente este Tribunal se ha pronunciado al respecto, entre otras muchas, en la sentencia 188/2019, de 9 de abril, afirmando que "El actual C. Penal define el prevalimiento en el art. 181.3 con una nota positiva como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que prácticamente exista una situación de superioridad y que esta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento). En tal sentido, SSTS 170/2000, de 14 de febrero o STS de 10 de octubre de 2003 . En definitiva, el prevalimiento en relación a este tipo de delitos existe siempre que exista ese abuso de superioridad del agente que de hecho limita la capacidad de decisión del sujeto pasivo que consiente viciadamente y acepta una relación

sexual que no quiere.

Es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. El enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada.

En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente.

En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada."

También una definición similar del prevalimiento lo encontramos en la STS 166/2019, de 18 de marzo , al afirmar que "El prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003, de 18 de septiembre ; 935/2005, de 15 de julio ; 785/2007, de 3 de octubre ; 708/2012, de 25 de septiembre ; 957/2013, de 17 de diciembre ; y 834/2014, de 10 de diciembre) que el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta."

5. También resulta necesario a los efectos de fijar el concepto de intimidación hacer referencia a que la Unión Europea en el año 2012 adopta la Directiva 2012/29/UE, según la cual, en su párrafo (17) "La violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado se entiende como violencia por motivos de género. Puede causar a las víctimas lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos. La violencia por motivos de género se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados "delitos relacionados con el honor". Las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia".

Por otro lado, el Convenio del Consejo de Europa, sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, denominado Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, instrumento necesario para poder definir el delito de violación, recuerda, en su aplicación, las normas internacionales y regionales de derechos humanos, así como el Estatuto Jurídico de la Corte Penal Internacional. Y en base a ello, su ámbito de aplicación es frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada. Y para ello aporta definiciones. Así, la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada. La violencia doméstica es todo acto de violencia física, sexual, psicológica o económica que se produce en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito

comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima. El género entenderá los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres. La violencia contra las mujeres por razones de género se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada. Y en particular, en su art. 36 se regula la violencia sexual, incluida la violación, dando una definición de estas categorías delictivas al indicar que "1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;
- b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
- c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero."

Afirmando en el apartado segundo que: "El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes."

La específica referencia que se hace en el Convenio de Estambul al consentimiento, como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, la misma debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho.

6. Como hemos indicado, la decisión de esta Sala se debe ajustar al contenido estricto del hecho probado en el que se recogen todos los elementos necesarios para considerar que los hechos son constitutivos de un delito contra la libertad sexual, pero abre debate sobre su calificación jurídica. Las partes acusadoras consideran que existen bases fácticas suficientes para considerar que ha existido la violencia intimidativa que convierte la figura en agresión sexual de los artículos 179 y 180 del Código Penal .

La sentencia recurrida, que confirma la de instancia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, en cuanto al extremo objeto del recurso, declara acreditado que "ambos la apremiaron a entrar en el portal tirando de "la denunciante", quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia.

Cuando le introdujeron en el portal, los procesados, le dijeron "calla", significándole que guardara silencio mediante el gesto de llevarse la mano abierta a la boca.

De esa forma "la denunciante" y los procesados llegaron a la puerta ubicada en el interior de portal, situada a la izquierda de los ascensores, de vinilo traslúcido, mediante la que se accede a un rellano, entrando a este espacio, tras subir un tramo de cinco peldaños se accede a otro rellano, girando a la izquierda desde este espacio se accede por tres escalones a un habitáculo de forma irregular y tamaño reducido (unos 3 m²); concretamente se trata de una zona sin salida de 2,73 cm de largo, por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia.

Cuando "la denunciante" accedió al primer rellano, la puerta de acceso, estaba abierta, tenía delante de ella a uno de los procesados y detrás a otros. De este modo fue dirigida por los procesados al habitáculo que se acaba de describir, donde los acusados le rodearon.

Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión... la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En ese momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban

el sujetador y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura, desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga.

La denunciante, sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados."

Continúa el relato fáctico afirmando que "Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo.

En concreto y al menos "la denunciante" fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Arcadio y Adriano , éste último en dos ocasiones, al igual que Amador quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo."

7. De los anteriores hechos probados se desprende con claridad que existe un error de subsunción jurídica por parte del Tribunal de instancia tal y como mantienen las acusaciones. En este caso, no existió consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una intimidación que se desprende sin género de dudas del terrible relato de hechos probados, del que deriva una obvia coerción de la voluntad de la víctima, que quedó totalmente anulada para poder actuar en defensa del bien jurídico atacado, su libertad sexual.

En el factum de la sentencia de instancia se afirma de forma contundente que la víctima al encontrarse en esta situación, que describe como haber sido introducida por los acusados de modo súbito y repentino, tirando de ella, a un lugar recóndito y angosto que especifica como un habitáculo de forma irregular y tamaño reducido, unos 3 metros cuadrados, una zona sin salida de 2,73 cm de largo, por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia, con una sola salida, donde fue dirigida por los procesados, colocándose uno delante de ella y los otros detrás, donde los acusados la rodearon, todos ellos de edades muy superiores y de "fuerte complexión", situación en la que se afirma que "se sintió impresionada y sin capacidad de reacción".

Sigue el relato de hechos probados describiendo el escenario que tuvo lugar con carácter inmediato, afirmando que la denunciante en ese momento "notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochan el jersey que tenía atado a la cintura", momento en que la víctima "experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga", ante tal situación la denunciante, según el propio relato "sintió un intenso agobio y desasosiego", que le produjo "estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniéndola la mayor parte del tiempo los ojos cerrados".

En la citada coyuntura, señala el factum, que la denunciante "al menos" fue penetrada bucalmente por todos los procesados, vaginalmente por Arcadio y Adriano , éste último en dos ocasiones, al igual que Amador , quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno usara preservativo.

La Jurisprudencia de esta Sala, como hemos visto, para sentar las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, exige que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo, tales como la edad de la víctima y de los agresores, y las circunstancias de lugar y tiempo y ambiente en que se produce el ataque a la libertad sexual. Requisitos que concurren en el presente caso, ya que, aun prescindiendo de la pluralidad de intervinientes, la situación descrita

en el relato fáctico conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio: el ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada, ello sin duda le produjo un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma, y sin que sea admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores, como ha dicho esta Sala en múltiples ocasiones.

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

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

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

8. Además, no podemos dejar de hacer mención al hecho de que la sentencia, inexplicablemente, no recoge en el relato fáctico determinados extremos, aunque sí los da por probados en el análisis de la prueba que lleva a cabo en la fundamentación de la misma, lo que tiene una obvia eficacia fáctica.

En concreto, hace referencia el Tribunal, en primer lugar, a que la víctima se encontraba bebida y que "en el momento de los hechos, tenía un nivel de influenciamiento por el alcohol, que alteraba su conocimiento, el raciocinio, la capacidad de comprensión de la realidad y provocaba desinhibición y disminuía su capacidad de autocontrol", nivel de alcohol en sangre que según los peritos sería en el momento de los hechos entre 1,3225 y 1,2235 g/l -superior al que se refleja en los hechos probados, ya que la prueba le fue realizada seis horas después de ocurrir los hechos-.

Y, en segundo lugar, afirma el Tribunal al menos en cinco ocasiones, que ha quedado probado mediante el visionado de los vídeos grabados por los acusados, que en un determinado momento de los hechos la "denunciante estaba agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando" (pág. 59, 72, 73 y 74 de la sentencia de la Audiencia Provincial), en concreto en los vídeos 6 y 7; y eso que, según la Sala, los mismos solo recogen una visión parcial, sesgada y fragmentada del modo en que se desarrollaron los hechos en el interior del habitáculo, tomadas las imágenes por los acusados, e interrumpidas "abruptamente" y "con carácter definitivo" cuando la denunciante se encontraba en la situación descrita "agazapada", "acorralada contra la pared" y "gritando", en los que se escucha un choque de "metal contra cristal", y se oye una voz masculina que dice "illo esto no tiene guasa", y tres gemidos de dolor emitidos por la "denunciante", momento a partir del cual se cortan los vídeos "ante el cariz que estaban tomando los hechos".

9. La citada calificación en casación en contra del reo no tropieza con obstáculo alguno derivado de la jurisprudencia constitucional y del TEDH a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigiría la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de

prueba.

Como dijimos, tampoco en esta sede casacional se "efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera" ni se "procede a una nueva valoración de los elementos de hecho" (expresión del asunto Spînu c. Rumanía, nº 32030/02, § 55, 29 de abril de 2008, luego muy reiterado).

No se trata de revocar la Sentencia para sustituirla por otra con un pronunciamiento más grave sobre la base de una nueva valoración de las pruebas sin respetar la garantía constitucional de los principios de publicidad, inmediación y contradicción, posibilidad vedada por la conocida Jurisprudencia del Tribunal Europeo, del Tribunal Constitucional y del Supremo (SSTC. 46/2011, de 11.4 , 45/2011, de 11.4 , 127/2010 de STS.

236/2012, de 2 2. 3, 24/2010, de 1.2). Es decir, con absoluto respeto a los Hechos Probados, se trata de corregir la aplicación del derecho, tarea propia del Recurso que mediante este escrito se interpone (SSTS 400/2013, de 16 de mayo y 5812017, de 7 de febrero, con cita de sentencias del Tribunal Constitucional y referencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Asimismo, señalar que, en el ámbito del propio recurso de casación, se ha tratado la posibilidad de sustituir la sentencia absolutoria recaída en la instancia por una sentencia condenatoria o de agravar la condena en vía de recurso. Al respecto, citaremos la STS 19-06-13 , donde se corrige un error de subsunción para apreciar la agravante de alevosía, partiendo estrictamente del relato fáctico, porque la doctrina del TEDH no se opone a la revisión de sentencias en perjuicio del acusado sin necesidad de audiencia personal cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas, que es la función que legalmente le corresponde realizar.

La posibilidad de revisión en casación de errores de subsunción jurídica puede llevarse a cabo en vía casacional ante recurso de la acusación, como aquí ha ocurrido. Recuerda esta Sala en la sentencia 108/2015, de 10 Nov., Rec. 1716/2014 , que: "La revisión en el primer caso, por vía del artículo 84 9. 1 consiste en corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia ... Lo que faculta es una declaración jurídica relativa a la subsunción de los hechos que no exija ni una revaloración de la prueba ni una modificación del hecho probado. Es decir, cuando el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica (entre otras SSTS 500/2012, de 12 de junio , 138/2013, de 6 de febrero o 717/2015, de 29 de enero).

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina constitucional (SSTC 153/2011, de 17 de octubre y 201/2012, de 12 de noviembre). En particular, en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional num. 88/2013, de 11 de abril , "se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio 0 2/2013, de 14 de enero)", e insiste en que "si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril y 153/2011, de 17 de octubre)".

Sobre la opción de casar una sentencia que condena por un delito y condenar por otro más grave, o condenar por un delito del que han sido absueltos en la instancia debemos recordar la reciente sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 677/2018, de 20 Dic., Rec. 1388/2018 , donde se recoge que:

"Esta Sala ha reiterado en varias resoluciones (entre ellas, Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia 396/2018, de 26 de Julio), que "De conformidad con una jurisprudencia reiterada de esta Sala -de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y del TC- la posibilidad de reemplazar una sentencia absolutoria por otra de condena queda limitada exclusivamente a los supuestos en los que el hecho probado declarado en la instancia permanezca incólume y el debate se ciña exclusivamente al juicio de subsunción. La posibilidad de convertir una sentencia absolutoria en condenatoria en esta instancia casacional solo sería pues posible después de realizar un control de legalidad respecto al juicio de subsunción, sin modificar los hechos probados y sin apreciar elementos subjetivos del delito.

Recuerdan las SSTS 892/2016, 25 de noviembre , 421/2016, 18 de mayo , 22/2016, 27 de enero , 146/2014, 14 de febrero , 122/2014, 24 de febrero , 1014/2013, 12 de diciembre , 517/2013, 17 de junio , 400/2013, 16 de mayo , etc. (con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril , entre otras), que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

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

En el presente caso, el relato de hechos probados, tal y como hemos expuesto, permite la calificación de los mismos como un delito de agresión sexual, sin modificarlos y sin llevar a cabo una nueva valoración de la prueba practicada, y con pleno respeto a los escritos de calificación de las Acusaciones, sin que ello implique indefensión alguna para los acusados, quienes a través de su propio recurso de casación han alegado infracción del principio acusatorio -motivo que ha sido desestimado-, porque en todo momento han sido acusados de un delito de agresión sexual y no de abuso sexual. En conclusión, la cuestión planteada y que ha sido estimada, se reconduce a una cuestión de subsunción jurídica al considerar estrictamente, y sin alterar el relato fáctico, que el mismo debe quedar integrado en el tipo penal de los art. 178 y 179 CP .

El motivo debe ser estimado.

1. El segundo motivo también se basa en infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 de la LECrim ., por inaplicación indebida de los arts. 180.1 1º y 2º del Código Penal .

Mantiene el Ministerio Fiscal que concurren en el presente caso las agravaciones previstas en el art. 180.1 1ª y 2ª del Código Penal . En concreto el apartado 1º agrava la pena cuando la violencia e intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, siendo el fundamento de tal agravación la afectación no sólo de la libertad sexual de la víctima, sino también de su dignidad como persona. Y, en el caso que nos ocupa, queda recogido en los hechos probados de la Sentencia que se recurre y de forma expresa que "en concreto y al menos la denunciante fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Arcadio y Adriano , éste último en dos ocasiones, al igual que Amador quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo". Si a esta actuación de los cinco acusados añadimos la situación de desamparo en que dejaron a la víctima, sola y desnuda en un habitáculo

como el descrito, la aplicación de la circunstancia demandada entiende el Fiscal que deviene obligada.

También aduce el recurrente, que el artículo 180.1. 2ª del Código Penal prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, no solo por la mayor gravedad que supone la existencia de un acuerdo, anterior o simultáneo, para la ejecución de hechos de esta clase, sino por la mayor indefensión en que se encuentra la víctima ante un ataque desarrollado por varias personas. Los hechos probados recogen que "Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo". No se discute que fueron cinco los individuos que participaron en los múltiples actos sexuales de las que la denunciante fue víctima. Si la actuación conjunta de dos personas, ya permite la aplicación de dicha agravación, considera el Fiscal que la actuación concertada de cinco varones es más que suficiente para apreciar no sólo que su presencia determine la situación intimidatoria, sino que también permita la aplicación de dicha agravación específica, con cita de la STS 194/2012, de 20 de marzo, que estudia con detalle, en qué supuestos cabe la agravación sin que se produzca una doble penalización por la actuación conjunta y la aplicación de actuación en grupo.

2. Como señala la doctrina más autorizada, el carácter "particularmente degradante o vejatorio" de la violencia o intimidación empleadas, que contempla la agravación específica mixta del número primero del art. 180.1 debe ser entendida, no como intensidad, gravedad o contundencia que, por otra parte es preciso concorra para que se trate de una agresión sexual stricto sensu, sino como la capacidad para humillar y rebajar a la víctima en el caso concreto, más allá de lo que cualquier agresión sexual por sí misma puede suponer.

Esta Sala también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la citada agravación, exigiendo que concorra una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. Se decía en la STS nº 675/2009 que "Respecto al carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercida, no se puede olvidar, como han reconocido Sentencias de esta Sala, como es exponente la de 17 de enero de 2001, que toda agresión sexual, que se realiza por la fuerza o con intimidación, necesariamente supone un cierto grado de brutalidad y determina vejación, menosprecio y humillación para la víctima del hecho. Por ello mismo, para que la acción del sujeto activo sea merecedora de la agravación legal, es menester la concurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda violación; o como se declara en la Sentencia 534/2003, de 9 de abril, los delitos de agresión sexual tienen en sí mismos un componente que implica necesariamente la degradación, humillación y vejación de las víctimas, en cuanto que mediante el empleo de la violencia o intimidación se vulnera un ámbito de intimidad y libertad de tanta importancia y trascendencia para la persona como es el de su sexualidad. Y se añade en esta última Sentencia que este carácter vejatorio o degradante del delito ya ha sido considerado por el legislador, reflejándolo en la ley, al señalar las penas que corresponden a sus autores, y puede ser valorado en cada caso por el Tribunal en el momento de individualizar la pena, por lo que la agravación del artículo 180.1º CP, no se refiere a los actos sexuales realizados, de por sí humillantes, vejatorios y degradantes, sino a la violencia o intimidación empleada en su ejecución (STS núm. 530/2001, de 28 de marzo), y solo será apreciable cuando éstas, la violencia o intimidación, superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, cuando, como se dice en el mismo artículo, revistan un carácter "particularmente" degradante y vejatorio. Tal ocurrirá cuando se aprecie, al lado de la conducta descrita en el tipo del artículo 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos (STS de 21 de enero de 1997), o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual (STS de 14 de febrero de 1994)".

No obstante lo anterior, este Tribunal también ha apreciado la citada agravación, cuando la violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio no solo se refiera al acto aisladamente

considerado, sino también a la situación creada a la que somete a la víctima, así en nuestra sentencia 11/2006, de 19 de enero, indicábamos que: "Decíamos en la STS núm. 168/2004, de 11 de febrero, que sin duda, los delitos de agresión sexual tienen en sí mismos un componente derivado de su naturaleza que implica necesariamente la degradación, humillación y vejación de las víctimas, en cuanto que mediante el empleo de la fuerza o intimidación se vulnera un ámbito de intimidad y libertad de tanta importancia y trascendencia para la persona como es el de su sexualidad. Esta degradación, vejación y humillación adquieren una intensidad aún mayor cuando la agresión sexual se convierte en violación al consistir en un acceso carnal violento por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Sin embargo, este carácter vejatorio o degradante del delito ya ha sido considerado por el legislador, reflejándolo en la Ley al señalar las penas que corresponden a sus autores, y puede ser valorado según las circunstancias de cada caso por el Tribunal en el momento de individualizar la pena...

Como señalábamos en la STS núm. 812/2003, de 3 de junio, "lo que sanciona el precepto es el plus de antijuridicidad que representa el "modus operandi" del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima. En sentido similar, la STS núm. 462/2003, de 26 de marzo, la STS núm. 383/2003, de 4 de marzo, STS núm. 1667/2002, de 16 de octubre, entre otras".

En el caso actual, la violencia ejercida se concretó, nos dice la sentencia, en que la víctima fue mantenida desnuda o casi desnuda toda la noche, siendo penetrada analmente por distintos varones, a veces públicamente y otras siendo trasladada... mientras el resto seguía su fiesta bebiendo y fumando, recibiendo sólo risotadas a sus peticiones para que la dejaran marchar... siendo obligada a beber cervezas y a fumar hachís, lo que le aturdió. En definitiva, la víctima fue dispuesta como objeto de placer durante toda la noche a disposición de satisfacer los apetitos sexuales de los autores, tratándose de una acción en la que todos los condenados, junto a otros, participan, y que revela una particular degradación y vejación de la víctima."

En similares términos nos hemos pronunciado en la sentencia 194/2012, de 20 de marzo: "La aplicación del supuesto agravado del artículo 180.1.1º del Código Penal exige que concurra una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. No es en sí el acto de naturaleza sexual lo que debe revestir tal condición, pues es claro que la relación sexual impuesta con violencia o intimidación ya es de por sí degradante y vejatoria para cualquier individuo, dado el ataque a su dignidad personal y a su libertad que tal clase de actos suponen. Lo que el tipo exige es que sea la violencia o la intimidación ejercidas las que revistan aquellos caracteres, (STS nº 159/2007). Pero con ello no solo se hace referencia al acto violento o intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación ejercidas, sino también a la forma en que lo han sido en relación con la conducta impuesta... La descripción fáctica permite apreciar que la víctima fue sometida durante el tiempo que duró la agresión a una situación en la que la violencia e intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual en sí misma, sino que la excedieron mediante una serie de penetraciones violentas, bucales y vaginales, que los autores simultaneaban sucesivamente, colocándola por lo tanto bajo una violencia innecesaria que no puede ser calificada sino como especialmente humillante, degradante y vejatoria, superando así esa misma naturaleza que cualquier acto de agresión sexual ya lleva consigo."

Criterio sobre la situación creada que también se aplicó en la STS nº 1005/2009, en la que se entendió que "...el acometimiento sexual fue especialmente vejatorio al participar los dos en un mismo momento con penetraciones anales y vaginales colocando a la víctima en una situación especialmente vejatoria, que es lo que ha estimado la Sala para establecer la agravación específica".

Más recientemente, la STS 714/2017, de 30 de octubre, entiende que hay que atender a la situación creada.

"Admite la resolución recurrida, que esta agravante no solo se hace referencia al acto violento o intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación ejercidas, sino también a la forma en que lo han sido en relación con la denigración como mujer, en la conducta impuesta. En otras ocasiones hemos expresado que la exigencia legal de que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, presupone dos matices: a) que constituye un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas; b) que, además, dicha violencia o intimidación ha de conllevar un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato o padecimiento."

En definitiva, concurre la agravación analizada cuando se aprecie, al lado de una agresión, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos, o bien, una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual.

3. El cauce de impugnación elegido por el Ministerio Fiscal, tiene como finalidad corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos, por lo que el motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado.

En efecto, la sentencia de instancia declara probado una serie de extremos referidos no solo al acto intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima, que resultan especialmente vejatorios. En primer término, debemos partir de que la víctima tras ser introducida en el cubículo y sintiéndose impresionada y sin capacidad de reacción, en ese momento notó "como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga.", lo que implica que al menos dos de los acusados estaban interactuando con la víctima, simultáneamente.

El exceso en la intimidación ejercida, y que configura el trato humillante a la que fue sometida la víctima, también se desprende del hecho declarado probado de que la misma fue objeto de penetraciones bucales, vaginales y anales que fueron grabadas por los acusados en seis vídeos de una duración de 59 segundos, más otro vídeo de 39 segundos, escaso tiempo de grabación -1 minuto y 38 segundos- en el que el relato fáctico describe un total 10 agresiones sexuales, cuando los hechos tuvieron una duración de 15 a 20 minutos: "En concreto y al menos "la denunciante" fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Arcadio y Adriano, éste último en dos ocasiones, al igual que Amador quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo". Además, los acusados tomaron dos fotos de la víctima.

Por otro lado, el relato fáctico declara acreditado que "La denunciante", sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera". "Someter", según el Diccionario de la RAE, significa, en su primera acepción, "humillar a una persona".

En consecuencia, la descripción fáctica, permite apreciar que la víctima sufrió durante el tiempo que duró la agresión una situación en la que la violencia e intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual en sí misma, sino que los acusados se excedieron en el "modus operandi", más allá de las concretas acciones intimidatorias efectuadas, con acciones tales como penetrar anal, vaginal y bucalmente a la víctima en un periodo de tiempo de 1 minuto y 38 segundos, hasta en diez ocasiones, a la vez que la estaban grabando y sacándole fotos, situación en la que la misma estaba sometida. Conducta que le fue impuesta a la víctima, de la que se desprende una clara denigración como mujer.

Lo anteriormente analizado, que se desprende de relato fáctico, implica un plus de antijuridicidad, ya que se trata de una forma de actuar de los acusados que por su propia objetividad debe calificarse como especialmente degradante o vejatorio, tal y como sanciona la agravación específica prevista en el apartado 1º del art. 180.1 del CP , por lo que entendemos correcta la subsunción jurídica de los hechos llevada a cabo por el Ministerio Fiscal.

Todo ello en concordancia con la apreciación del Tribunal de apelación confirmando lo argumentado por la Audiencia Provincial, ya que declara acreditado el trato vejatorio, si bien como circunstancia a tener en cuenta en la individualización de la pena, al entender que los hechos descritos configuran la intensa gravedad de la culpabilidad de los acusados y determinan la mayor reprochabilidad de los hechos.

4. En este punto, este Tribunal quiere destacar que existen numerosos elementos fácticos en los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, que no solo describen la intimidación a la que fue objeto la víctima, tal y como hemos analizado anteriormente, sino también el trato vejatorio y humillante a la que fue sometida, los cuales si bien no los tenemos en cuenta para configurar la citada agravación ya que la misma como hemos analizado se desprende de los hechos probados, pero queremos ponerlos de relieve ante lo inexplicable que resulta que los mismos no hayan sido incorporados al factum.

En efecto, se hace constar por el Tribunal de instancia que "en más de una ocasión, se practicaron por los acusados de forma simultánea, penetraciones por vía vaginal, anal o bucal sobre la denunciante". También se hace referencia que el procesado Adriano , en la foto que fue tomada por Juan Pablo a petición del primero "observamos que el procesado tiene apoyados sus glúteos sobre la cara de la denunciante, situada en un plano inferior y tiene su brazo derecho extendido apoyado en la parte superior de la pierna derecha del procesado; los ojos de la denunciante quedan ocultos por los glúteos de aquel, quien mira hacia el dispositivo de grabación, al tiempo que extiende su brazo derecho hacia atrás y hace un gesto con su dedo señalando hacia su glúteo derecho, siendo visible un tatuaje que porta en dicha zona corporal...-beso negro-. De otra parte, no podemos dejar que subrayar la actitud que apreciamos en dichas fotografías de Adriano , quien con su gesto manifiesta, jactancia, ostentación y alarde, por la actuación que está realizando, con desprecio y afrenta a la dignidad de la denunciante.". Extremo de jactancia que también lo hace extensivo el Tribunal a otras situaciones que se describen tras el análisis pormenorizado de las grabaciones que realizaron los procesados, en las cuales afirma la Sala que se puede ver como posan en actitud "jactanciosa". Lo cual, sin duda, implica una situación de "triumfo", a la que los acusados querían dar proyección.

5. La segunda petición del Ministerio Fiscal es la aplicación del artículo 180.1.2ª del Código Penal , que prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, se alega que no es un hecho discutido que fueron cinco los individuos que participaron en los múltiples actos sexuales de las que la denunciante fue víctima, apuntando que si la actuación conjunta de dos personas, ya permite la aplicación de dicha agravación, considera el Fiscal que la actuación concertada de cinco varones es más que suficiente para apreciar no sólo que su presencia determine la situación intimidatoria, sino que también permita la aplicación de dicha agravación específica.

5.1. Fue el vigente Código Penal de 1995 el que introdujo, diversos subtipos agravados de los delitos básicos de las agresiones sexuales descritos en los arts. 178 y 179 CP . En su primitiva redacción, el subtipo aquí estudiado, definía la específica agravación: "cuando los hechos se cometiesen por tres o más personas actuando en grupo". Más tarde fue modificado en la reforma operada por la LO 11/1999, de 30 de abril. Tras esa reforma, basta para aplicar el subtipo estudiado con que "el hecho se cometa por la actuación conjunta de dos o más personas". La Exposición de Motivos de la LO 11/1999 presentaba la reforma como "una necesidad surgida por la triple convergencia del derecho europeo, las exigencias de la sociedad española y la protección de la dignidad inherente al ser humano, que, sobre todo, en protección de menores e incapaces, requería la acomodación de nuestro derecho a pautas de mayor severidad".

La naturaleza jurídica de la agravación específica consistente en "cometer el hecho por la actuación conjunta de dos o más personas", ha sido explicada en nuestra sentencia 1142/2009, de 24 de noviembre, donde apuntábamos que la circunstancia encuentra su razón de ser "no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado, pues de un lado la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación".

De lo anterior se desprende que la circunstancia no encuentra su razón de ser en el acuerdo previo, sino en la contribución eficaz para lograr el objetivo antijurídico. Y también la realización conjunta supone un incremento del desvalor de la acción, pues, de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o, al menos, el aseguramiento del designio criminal para los autores, y de otro, una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de su capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación. También podemos entender agravado el resultado por la búsqueda de impunidad de los autores que conlleva el riesgo potencial, sociológicamente menos relevante y más improbable si el autor es único, de lesionar otros bienes jurídicos del sujeto pasivo, como su propia vida, con la finalidad de encubrir y silenciar el delito cometido.

Para la aplicación de este supuesto agravado se requiere que la pluralidad de sujetos actúe de forma conjunta o confabulados para agredir sexualmente al sujeto pasivo, en cambio no es preciso, de forma necesaria, un previo concierto de voluntades entre los sujetos, bastando el acuerdo accidental de los mismos. Para la aplicabilidad de este supuesto agravado es preciso que el delito pudiera haberlo cometido uno sólo de los agentes, pues si para la comisión del delito resultara imprescindible la actuación conjunta de todos, en el caso concreto, no podríamos aplicar la presente agravación.

5.2. Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la agravación analizada, así en nuestra sentencia 1667/2002, de 16 de octubre, decíamos que: "Es cierto que esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio "non bis in idem" cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado (S. 12-03- 2002, núm. 486/2002).

Pero en el caso actual el recurrente no ha sido condenado como cooperador necesario en las agresiones sexuales consumadas por su compañero sino exclusivamente como autor directo de aquellas en las que ha sido autor material, es decir que ha sido condenado exclusivamente por dos agresiones, una por cada una de las víctimas o sujetos pasivos a las que de modo personal y directo ha penetrado sexualmente. En consecuencia, la apreciación de la agravación no vulnera en este caso el principio "non bis in idem".

En similares términos nos hemos pronunciado en la más reciente sentencia 194/2012, de 20 de marzo, al afirmar que: "El artículo 180.1.2ª del Código Penal prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, no solo por la mayor gravedad que supone la existencia de un acuerdo, anterior o simultáneo, para la ejecución de hechos de esta clase, sino por la mayor indefensión en que se encuentra la víctima ante un ataque desarrollado por varias personas. No exige el tipo, literalmente, una autoría conjunta, sino una actuación conjunta. Y en los casos de aportaciones de terceros a la ejecución, que deberían ser considerados cooperadores necesarios o cómplices, no se aprecian razones para excluir la agravación, al concurrir todas las que las justifican su existencia.

Sin embargo, no es posible la aplicación de esta agravación en todos los casos en los que se aprecie una ejecución por actuación conjunta de dos personas. Decíamos en la STS nº 1667/2002 , con cita de la STS nº 486/2002 , que "...esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio "non bis in idem" cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado".

En la misma línea, en la STS nº 421/2010 , decíamos que "...es jurisprudencia de esta Sala que este subtipo agravado de ejecutar el hecho por la acción conjunta de dos o más personas solo opera cuando se está enjuiciando al autor material de la agresión sexual, que se beneficia de la acción del cooperador pero no cuando es el cooperador necesario, como es el presente caso, el que es objeto de enjuiciamiento, ya que actuando como cooperante en la medida que con su acción está facilitando que el autor material cometa el tipo penal, aquél ya está asumiendo el papel de colaborador por lo tanto no puede agravársele vía art. 180.1.2º porque se estaría valorando dos veces una misma situación con la consiguiente vulneración del non bis in idem. En tal sentido, se puede citar la jurisprudencia de esta Sala, SSTS 975/2005, de 13 de Julio ; 217/2007, de 16 de Marzo ; 439/2007, de 31 de Marzo ; 61/2008, de 24 de Enero y 1142/2009, de 24 de Noviembre , todas las cuales vienen a declarar que cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicarle a éste la agravación en su conducta, pues no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de, al menos, un autor a cuya ejecución coopere".

En realidad, como se desprende de esta última sentencia, esta limitación solo es aplicable respecto del cooperador que, al realizar su aportación, viene a dar lugar al mismo tiempo al requisito fáctico del supuesto agravado. Es decir, cuando solo pueda apreciarse la actuación conjunta tras su aportación y, precisamente, a causa de ella."

El criterio analizado también es mantenido por la STS 246/2017, de 5 de abril , con cita de las SSTS 1142/2009 , 421/2010 y 235/201 2.

Por otro lado, la STS 338/2013, de 19 de abril , mantiene la misma interpretación que las anteriores resoluciones citadas, y va más allá, distinguiendo dos situaciones, la primera, en la que participan solo dos personas, el autor y el cooperador necesario, en cuyo supuesto, la agravación se aplicará únicamente al autor, pues en caso de aplicarse también al cooperador nos encontraríamos con una doble valoración de una misma conducta, de un lado, para apreciar la cooperación, y de otra parte, para aplicar la agravante; y la segunda situación, referida a aquellos supuestos en los que intervienen más de dos personas, en los que sí puede aplicarse la agravante a todos los intervinientes, pues en esa ocasión el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por elementos diferentes de su propia conducta, como ocurre en los supuestos de violación múltiple, afirmando la citada resolución que: "1. El artículo 180.1.2º del Código Penal prevé una agravación de las penas cuando los hechos castigados como delito en el artículo 179 sean cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas. La jurisprudencia ha entendido mayoritariamente que al ser el cooperador alguien que colabora al hecho de otro, en esos casos siempre actuarán conjuntamente dos personas, de manera que podría entenderse en un principio que el ser cooperador en un delito de agresión sexual, en todo caso llevaría aparejada la agravación prevista en el artículo 180.1.2º citada. Dicho de otra forma, la actuación del cooperador, por su propia existencia, siempre estaría agravada. Pero se produciría entonces una doble valoración de la misma conducta, de un lado para apreciar la cooperación y de otro, sin requerir otros elementos, para aplicar la agravación. Esto ocurriría cuando en el caso interviniesen solamente dos personas, el autor y el cooperador, y no cuando intervengan más, pues entonces el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por algo

distinto de su propia aportación. Al primero le sería de aplicación la agravación, pues es perfectamente imaginable un autor sin cooperador. Pero no resulta así para el cooperador, pues, siempre, por su propia naturaleza, supone la existencia de un autor (sea o no responsable penalmente). De manera que, en esos casos, en los que actúan solo dos personas, una en concepto de autor y otra como cooperador, la agravación del artículo 180.1.2º solo será aplicable al autor."

5.3. Aplicando la anterior jurisprudencia al supuesto analizado, llegamos a la conclusión de que, tal y como apunta el Ministerio fiscal, concurre en el presente caso el subtipo agravado del art. 180.1.2ª del Código Penal .

Conclusión a la que llegamos en base a los hechos que se declaran probados, en los que se afirma que "Cuando "la denunciante" accedió al primer rellano, la puerta de acceso, estaba abierta, tenía delante de ella a uno de los procesados y detrás a otros. De este modo fue dirigida por los procesados al habitáculo que se acaba de describir, donde los acusados le rodearon."

Sigue el relato fáctico afirmando que "Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo. En concreto y al menos "la denunciante" fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Arcadio y Adriano , éste último en dos ocasiones, al igual que Amador quien la penetró una tercera vez por vía anal."

En efecto, estamos ante un supuesto de violación múltiple, efectuada por cinco personas, en la que todos participan como autores, y en la que no se está valorando dos veces una misma situación, según se desprende del relato fáctico, por varios motivos:

1º La presencia de los cinco acusados, previamente concertada, supone una acusada superioridad para poder llevar a cabo el plan buscado de propósito por los acusados y poder realizar las agresiones sexuales a las que fue sometida la víctima;

2º El delito podría haber sido cometido por una sola persona, lo que bastaría para apreciar la intimidación que hemos descrito, dadas las circunstancias concurrentes: la diferencia de edad de los agresores con la víctima, la fuerte compleción física de todos los autores, el lugar recóndito, angosto y sin salida donde tuvieron lugar los hechos, la situación de embriaguez en que se encontraba la víctima, por lo que no era imprescindible para obtener el efecto intimidatorio sobre la misma, la actuación conjunta de todos;

3º La propia naturaleza de la agravación, que implica un incremento del desvalor de la acción, pues la intervención de los cinco procesados en la violación múltiple supone, no solo una intensificación de la intimidación sufrida por la víctima, sino también, una mayor impunidad y el aseguramiento del designio criminal para los mismos;

4º El hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva, lo que es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado en los que hay intercambio de roles, cuando un sujeto accede y otro intimida, para luego intercambiar sus posiciones, lo que normalmente ha sido subsumido por esta Sala en las normas concursales; no obstante, al no haber sido objeto de impugnación, el principio acusatorio impide que nos pronunciemos al respecto.

En consecuencia, la apreciación de la agravación analizada no implica infracción del non bis in ídem, ya que la conducta desplegada por los acusados actuando en grupo, de común acuerdo y aprovechando la situación creada, tiene un mayor desvalor, pues una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo, que este caso tuvo lugar, según la sentencia de instancia, por los cinco procesados, siendo

dirigida la víctima por los acusados al cubículo donde le rodearon, quienes aprovecharon la situación para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, así fue objeto de al menos 10 agresiones sexuales con acceso vaginal, anal, y bucal, habiendo solo sido sancionados como responsables de su propia agresión, y no como cooperadores necesarios en las de los demás.

Todo ello implica una intensificación de la intimidación que sufrió la víctima con efectiva disminución de su capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación.

El motivo debe ser estimado.

1. El tercer motivo se basa en infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 de la LECrim . por inaplicación indebida de los arts. 237 Y 242.1 CP con respecto al acusado Juan Pablo .

Aduce el recurrente que se recoge en los hechos probados de la sentencia que "Antes de abandonar el cubículo, Juan Pablo , se apoderó en su propio beneficio del terminal móvil, marca Samsung Galaxy....". Y, que partiendo del absoluto respeto a los hechos probados, interesa la condena por un delito de robo con intimidación sólo para el acusado Juan Pablo , al entender que ese apoderamiento en propio beneficio, se produjo aprovechando la situación de grave intimidación creada para atentar contra la libertad sexual de la víctima. Apuntando que en la sentencia objeto de recurso se manifiesta la imposibilidad de calificar los hechos como delito de robo con intimidación, habida cuenta de que la misma no se ha apreciado para el delito contra la libertad sexual, si bien queda constancia del acto de apoderamiento y el ánimo de lucro, requisitos exigidos por el artículo 242 del Código Penal .

2. En el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2018 se adoptó el siguiente acuerdo: "Cuando aprovechando la comisión de un ilícito penal en el que se haya empleado violencia se realiza un apoderamiento de cosas muebles ajenas, se entenderá que se comete un delito de robo del art. 237 del Código Penal cuando se haya perpetrado con inmediatez al acto violento y sin ruptura temporal y la violencia empleada facilite el acto del apoderamiento."

En nuestra reciente sentencia 131/2019, de 12 de marzo , decíamos que: "En la sentencia de esta Sala 328/2018, de 4 de julio , que fue la primera en aplicar el criterio interpretativo del Pleno, se consideró que lo relevante es que exista la funcionalidad de la violencia respecto de la sustracción, sea aquélla anterior, coetánea o posterior a ésta. Pero, como se deriva del artículo 237 del Código Penal y subraya el acuerdo del Pleno no jurisdiccional citado, si no existe inmediatez entre violencia y sustracción, es decir, proximidad en tiempo y espacio, mal se podrá predicar aquella funcionalidad de la violencia para la sustracción, por lo que no cabrá decir que ésta facilita aquélla.

En lo que concierne al elemento subjetivo del dolo es claro -dice la sentencia 228/2018 - que el mismo ha de predicarse tanto de la violencia como de la sustracción, y debe abarcar en lo cognitivo la funcionalidad del comportamiento violento y sus efectos para el objetivo patrimonial y en lo volitivo la decisión de rentabilizar esa utilidad. No obstante, esa referencia subjetiva no debe reconducirse necesariamente a la exigencia de la presencia de ambas ya en un momento anterior a la violencia."

3.- En el factum de la sentencia recurrida se hace constar que "Antes de abandonar cubículo, Juan Pablo se apoderó, en su propio beneficio, del terminal de teléfono móvil, marca Samsung Galaxy nº IMEI NUM003 , valorado en 199,19 €, que "la denunciante" llevaba en su riñonera, quitándole la funda, extrayendo la tarjeta SIM de la compañía jazztel y la tarjeta de memoria, micro SD arrojándolas en el lugar de los hechos."

Los citados hechos son calificados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra como constitutivos de un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del Código Penal , razonando al respecto el

Tribunal que no encuentra elementos de prueba para conformar el marco típico del delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242.1 del Código Penal por el que vienen acusados los cinco procesados, pues las acusaciones estiman que el apoderamiento se produjo dentro del ámbito intimidatorio que configura el delito de agresión sexual, por lo que habiendo desechado el Tribunal esta calificación, no procede la condena por el delito de robo con intimidación. El citado criterio es mantenido por el Tribunal Superior de Justicia en la sentencia mayoritaria recurrida, en base a la calificación de los hechos como Abuso Sexual.

Pues bien, en el caso enjuiciado, tras haber sido estimado el primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal, y llevada a cabo por esta Sala otro juicio de calificación jurídica sin alteración de la realidad fáctica, es claro que el acusado Sr. Juan Pablo, utilizó el ámbito intimidatorio creado por todos los intervinientes, para perpetrar el delito contra la propiedad, se valió así de la intimidación como medio para apoderarse del teléfono móvil de la víctima, por lo que la correcta calificación de los hechos es que los mismos son constitutivos de un delito de robo con intimidación, previsto y penado en el art. 242.1 CP, en relación con el 237 del mismo texto legal.

El motivo debe ser estimado.

Recurso de la Acusación Particular

Los motivos primero y segundo, se articulan por infracción de ley, por inaplicación de los artículos 178, 179, y 180.1 apartados 1 y 2 del Código Penal, así como de los art. 237 y 242.1 del mismo texto legal, que son coincidentes con los tres motivos del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, por lo que en base a lo expuesto en la precedente fundamentación, deben ser estimados los mismos.

1. El tercer motivo se interpone por infracción de ley, en concreto del art. 109 y siguientes del Código Penal.

En el desarrollo del motivo se pone de relieve que la sentencia impugnada confirma lo establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra en lo que concierne a la responsabilidad civil de los acusados, considerando suficiente que se condene a los mismos al abono de una indemnización de 50.000 € a la víctima por los daños y perjuicios morales sufridos como consecuencia de la actuación delictiva. Criterio empleado por la sentencia impugnada para confirmar la indemnización reconocida a la víctima que resulta insuficiente, pues dicha cuantía fue fijada por la sentencia de instancia valorando únicamente el DIRECCION008 que sufre la joven como consecuencia de la agresión sexual, sin tener en cuenta otros daños morales derivados del delito, que debieron ser valorados por la sentencia para determinar la totalidad del perjuicio causado a la misma.

Lo que se pretende por la recurrente no es solo que se aumente el quantum indemnizatorio reconocido en la sentencia de instancia, por el DIRECCION008, sino que se valoren otras circunstancias que constituyen un daño en sí mismo para la denunciante, al margen del DIRECCION008 que padece; y por lo tanto, aunque también constituyen daños morales, deben ser valorados como un daño autónomo e independiente del DIRECCION008 padecido por la víctima.

En concreto, se citan como daños morales que se ha ocasionado a la víctima, la trascendencia social y mediática del caso, que a su vez ha puesto de manifiesto la relevancia y repulsa social de actuaciones como la aquí enjuiciada, y que le ha provocado una situación de malestar que merece una compensación independiente a la derivada del DIRECCION008 que se le ha ocasionado, extremo que la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra reconoce en su página 124: "tomamos de modo singular en consideración que durante su declaración en el acto de juicio oral, la denunciante expresó, las razones por las que después de los hechos trató de mantener una apariencia de vida normal, en todos sus ámbitos incluida la actividad en las redes sociales, a pesar de los sentimientos que le abrumaban y el desasosiego que le embargó al conocer que existían vídeos y pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar, así como la trascendencia mediática del caso. A nuestro juicio resulta incuestionable, que una persona que entiende haber

sufrido un suceso traumático con la dimensión conferida a nivel institucional y mediático, trate de hacer todo lo posible, para normalizar su vida en todos los aspectos, actuación de recuperación, en la que afortunadamente dispuso de un importante apoyo familiar y de su entorno social más próximo."

Afirma la recurrente, que el hecho ha dado lugar a que se haya convertido en una de las actuaciones delictivas de mayor trascendencia e impacto social en mucho tiempo, lo que ha generado en la denunciante una situación de estrés y angustia inmensos en su deseo de tratar de ocultar estos hechos en su esfera social. Por otra parte, la revictimización de que ha sido objeto en todo tipo de redes sociales, le ha supuesto, incluso, mayor dolor y sufrimiento, si cabe, al verse juzgada y maltratada.

Solicitando que se eleve la indemnización fijada en la sentencia recurrida, que confirma la otorgada por el Tribunal de instancia, a 250.000€, de la que deberán responder los cinco acusados de forma conjunta y solidaria.

2. El art. 110 del Código Penal señala, en relación con la responsabilidad civil que: "...comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales". Por otra parte, el art. 113 reconoce que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado a la víctima directamente, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.

Por tanto, con ocasión de una agresión sexual podrán haberse irrogado, entre otros, perjuicios materiales y morales, ya asistamos a un delito consumado o incluso intentado, que deberán ser indemnizados, surgiendo entonces la cuestión de cuál habrá de ser el criterio a seguir para su determinación. El art. 115 tan sólo establece que los órganos jurisdiccionales penales cuando declaren la existencia de responsabilidad civil ex delicto, deberán establecer razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamentan la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.

En este sentido, es evidente que la fijación de los perjuicios materiales y su indemnización resultará mucho menos problemática que la determinación de los perjuicios morales, dado que los primeros responderán habitualmente a previas determinaciones objetivas, extremos y posibilidades que no concurrirán, de ordinario, en la fijación de los perjuicios morales. En este sentido, las sentencias dictadas por esta Sala han venido manejando una serie de criterios que habrán de ser los empleados por el órgano jurisdiccional correspondiente a la hora de determinar el importe de la indemnización de los perjuicios morales. Tales criterios son, entre otros, la repulsa social de los hechos, su gravedad, las circunstancias personales de los sujetos e incluso las cantidades solicitadas por las acusaciones.

Así en nuestra sentencia nº 131/2007, de 16 de febrero, decíamos que: "La indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito penal doloso, como es el caso que nos ocupa, que realice el Tribunal de instancia, fijando el alcance material del "quantum" de las responsabilidades civiles por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, daño emergente y lucro cesante, no puede ser sometida a la censura de la casación por ser una cuestión totalmente autónoma y la de discrecional facultad del órgano sentenciador, como ha venido a señalar la jurisprudencia de esta Sala que únicamente permite el control en el supuesto que se ponga en discusión las bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, o lo que es igual, el supuesto de precisar o si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza (SSTS. 18.3.2004 , 29.9.2003 , 29.9.99 , 24.5.99)...

Ahora bien, la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, art. 120 CE , puesta de relieve por el Tribunal Constitucional respecto de la responsabilidad civil ex delicto (SSTC. 78/86 de 13.6 y 11.2.97) y por esta Sala (SS. 22.7.92 , 19.12.93 , 28.4.95 , 12.5.2000) impone a los Jueces y Tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias precisando, cuando ello sea posible, las bases en que

se fundamenten (extremo revisable en casación), y no lo es, o alcanza dificultades a veces insuperables, explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas preestablecidas. En la STS.24.3.97 recuerda que no cabe olvidar que cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones."

En efecto, conforme reiterada doctrina de esta Sala recogida en la sentencia núm. 636/2018, de 12 de diciembre , "en los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad, legitimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, suposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido -libertad e indemnidad sexual- y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (SSTS. 105/2005, de 29 de enero , 40/2007, de 26 de enero).

En relación a la falta de prueba de que la víctima haya quedado afectada psicológicamente, hay que insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos, (SSTS 957/1998, 16 de mayo y 1159/1999, 29 de mayo , entre otras)."

La STS de 16 de mayo de 1998 establece que el concepto de daño moral acoge el "precio del dolor", esto es, el sufrimiento, el pesar, la amargura y la tristeza que el delito puede originar, sin necesidad de ser acreditados cuando fluye lógicamente del suceso acogido en el hecho probado, como acontece en el presente supuesto, dada la naturaleza de las infracciones por las que se dicta pronunciamiento condenatorio, que lesionan gravemente la dignidad de la persona.

En el mismo sentido, señalábamos en la sentencia núm. 445/2018, de 9 de octubre , que el daño moral resulta de "la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

En su consecuencia, como indica la STS núm 702/2013 de esta Sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS núm. 744/1998), de 18 de septiembre ; siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad (STS núm. 1490/2005, de 12 de diciembre).".

3. La sentencia recurrida desestima la petición formulada por la Acusación Particular, en concreto en el Fundamento de Derecho Vigésimo Quinto, donde se dice que: "La traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia, que no está sujeta a reglas aritméticas, pues no existe ningún baremo objetivo de comparación. En el presente caso la indemnización fijada no es arbitraria, sino, como se ha dicho, debidamente fundamentada... cantidad que solo podría ser modificada en apelación si no se ajustase a los moldes de la "razonabilidad", o fuese notoriamente desproporcionada a las circunstancias de hecho".

En consecuencia, el Tribunal rechaza la petición de la Acusación Particular en base a que el quantum fijado por la Sentencia de la Audiencia Provincial no es irracional y se encuentra fundamentado, sin dar respuesta a las

cuestiones planteadas por la Acusación que ahora reitera en casación.

En relación los razonamientos de la sentencia de la Audiencia -que el Tribunal Superior confirma en base a la razonabilidad de la cantidad concedida-, en la misma se hace constar que "... Con carácter previo a los hechos "la denunciante" no presentaba ningún trastorno de la personalidad ni antecedentes de desestabilización psicológica, por el contrario tenía una adecuada adaptación en los distintos ámbitos (personal, educacional, social y familiar); como consecuencia de los mismos sufre DIRECCION008 . A partir del mes de septiembre de 2017, está recibiendo de forma continuada tratamiento psicológico administrado por el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Agresión Sexual de la DIRECCION009 DIRECCION010 ; no es posible la valoración de secuelas psicológicas al ser preciso que transcurra un tiempo de alrededor de dos años desde la producción de los hechos."

Sigue diciendo la sentencia de la Audiencia Provincial que "Por tanto no se trata solo de valorar pecuniariamente , el sentimiento de indignidad, lastimada o vejada, que ciertamente en este caso fluye con naturalidad de los hechos ; contamos con otros factores de ponderación, que nos permiten fijar la indemnización por el daño moral padecido por la denunciante, atendiendo a bases más sólidas... avalamos el criterio de las peritos forenses y declaramos probado, que como consecuencia de los hechos sufre un DIRECCION008 , el cumplimiento de todos los criterios, quedó suficientemente justificado frente a las objeciones planteadas por los peritos de la defensa."

El Tribunal de instancia declara probado el DIRECCION008 padecido por la víctima en base al testimonio de las psicólogas forenses que así lo analizan en su informe y lo ratifican en el acto del juicio oral, y a su vez, entiende que la prueba presentada por la defensa no desacredita la pericial practicada pese a las objeciones planteadas por los peritos de parte y la fotografía tomada de una red de Instagram aportada por las detectives privadas.

Entiende la Sala, que de las pruebas de la defensa no se puede concluir que "la denunciante" no padezca " DIRECCION008 ", ya que entiende, entre otras cosas, que la "víctima trato de hacer una vida normal... a pesar de los sentimientos que le abruman y el desasosiego que le embargó al conocer que existían vídeos y pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar, así como la trascendencia mediática del caso.", así como que "es irrefutable que los síntomas intrusión y su estado de ánimo negativo se agudizaron al tener conocimiento de que había sido objeto de seguimientos por detectives privados, la sensación de intromisión en su ámbito más restringido de intimidad, así como la preocupación sobre su libertad y seguridad que ello le produjo."

Sin embargo, pese a todos los factores a los que hace referencia el Tribunal para desacreditar la prueba de descargo, solo aprecia para cuantificar el daño moral el " DIRECCION008 " que deriva del hecho delictivo al que se refieren las psicólogas forenses, es decir de la agresión sexual múltiple de la que fue objeto la víctima. En cambio, tal y como mantiene la recurrente, no se cuantifica el desasosiego que embargó a la misma tras conocer que existían vídeos y pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar, la trascendencia mediática del caso, el estado de ánimo negativo de la víctima al conocer que había sido objeto de seguimientos por detectives privados, que implica una intromisión en su intimidad, e incluso el dato apuntado por el propio Tribunal que pone de relieve que la víctima estaba preocupada por su libertad, e incluso por su seguridad.

El DIRECCION008 , aunque puede incluirse en la categoría de daño moral ya que no es daño patrimonial, no obstante, debe considerarse como un daño biológico, o daño en la integridad psíquica, que se traduce como daño en el cuerpo o la salud, que deriva directamente de la violencia psicológica y sexual a la que fue sometida la víctima, y que implica un impacto emocional que en su formación integral y desarrollo pudiera tener en el futuro la víctima, dada su escasa edad, tal y como recoge la sentencia de instancia, haciendo suyo el informe de

las psicólogas forenses al afirmar que "no es posible la valoración de secuelas psicológicas al ser preciso que transcurra un tiempo de alrededor de dos años desde la producción de los hechos".

Como hemos analizado, la Jurisprudencia entiende en cuanto a los daños morales, que no es preciso que tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden incluir otros conceptos o bases, y en este caso es obvio que también resultan ser daños morales, derivados del delito cometido, los anteriormente apuntados que no se cuantifican por el Tribunal de instancia, ni se da respuesta a la citada cuestión que fue planteada por la Acusación Particular en el recurso de apelación, por lo que estamos ante un supuesto revisable en casación.

En casos muy mediáticos como el analizado se produce una victimización secundaria, por aparecer repetidamente la noticia en los medios de comunicación de masas, y además, en este supuesto se declara acreditado, no solo por las manifestaciones de "la denunciante", sino por el propio relato de hechos probados, que existían vídeos en los que se habían grabado los ataques sexuales a la víctima, y que incluso uno de los acusados llegó a mandar mensajes a dos grupos de WhatsApp " DIRECCION005 " y " DIRECCION006 ", en los que no solo contaba al grupo "follándonos a una los cinco" .. "puta pasada de viaje"..., sino que anunciaba que había vídeos, lo que le produjo a la víctima, una vez que se enteró, un gran desasosiego, ya que pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar. Pero es más, el propio proceso ha influido en el estado de ánimo de la víctima ya que fue objeto de seguimientos por detectives privados, lo que implica una intromisión en su intimidad que le tenía preocupada, incluso temía por su propia seguridad.

Debemos partir de la doctrina de esta Sala que ha señalado de forma reiterada que el daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa de la víctima, por lo cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas.

El daño moral tiene su dimensión en el ámbito propio de la víctima, sujeto pasivo de una acción grave que atentó contra su indemnidad sexual, por lo que los citados conceptos no cuantificados por la Sala deben ser indemnizados, -además del DIRECCION008 que reconoce el Tribunal y valora en 50.000€-, en concreto en la cantidad de 50.000€, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos en sí mismos considerados, la edad de la víctima, y la angustia que sin duda le ha provocado posteriormente a los hechos el atentado hacia su intimidad, la imposibilidad de valorar en este momento sus secuelas futuras, y la gran repulsa social de los hechos, junto con la revictimización a la que ha sido sometida durante la duración del proceso.

El motivo se estima parcialmente.

Recurso de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra

1. El recurso se articula en base al art. 849.1 de la LECrim . por infracción de ley, con dos motivos, en concreto por inaplicación de los art. 178 , 179 , y 180.1 1 º, 2 º y 3º del Código Penal, el primero, e inaplicación de los art. 237 y 242.1 del mismo texto legal , el segundo.

El motivo segundo, en cuanto a la calificación de los hechos como delito de robo con intimidación de los art. 237 y 242.1 del CP , y el primero, en relación a la inaplicación de los artículos 178 , 179 , y 180.1 1 º, 2º del Código Penal , son coincidentes con los tres motivos del recurso del Ministerio Fiscal que han sido analizados en los fundamentos precedentes, por lo que procede estimar los mismos por las razones expuestas, a las que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

2. El primer motivo contiene una alegación no planteada por el resto de las Acusaciones en la que pone de

relieve el error de subsunción jurídica del Tribunal a quo, al no calificar los hechos como constitutivos de un delito de Agresión Sexual no solo con las agravaciones específicas del art. 180.1, 1ª y 2ª, sino también con la concurrencia de la circunstancia prevista en el punto 3º, al entender que queda acreditada la misma al ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad y de su situación, en concreto indica que la víctima apenas había cumplido los 18 años, frente a los cinco varones de entre 24 y 27 años, que se encontraba sola en una ciudad que no conocía, y que había ingerido bebidas alcohólicas, lo que aumentaba su vulnerabilidad.

El art. 180.1 del Código Penal, define unos subtipos agravados del delito de agresión sexual que por lo que se refiere al párrafo 3º contempla la especial vulnerabilidad de la víctima en base a cuatro circunstancias, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

En relación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad hemos dicho que, mientras que la intimidación como medio comisivo de la agresión se dirige a vencer la voluntad, la especial vulnerabilidad del párrafo 3º del art. 180.1, opera en relación con una situación de libertad limitada por muy diversos factores que dificultan la defensa. La edad es uno de esos factores previstos y como tal puede constituir un dato determinante de la vulnerabilidad, si no ha sido ya valorado para integrar, en el tipo básico de agresión sexual, la eficacia de la violencia o la intimidación como medios comisivos dirigidos a vencer la voluntad de una víctima que se opone. Pero junto a la edad, el art. 180.1.3º del Código Penal también contempla que la vulnerabilidad resulte de "la situación", lo cual obviamente atañe al conjunto de circunstancias de hechos presentes en el momento de la acción que con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción (STS 1397/2009, de 29 de diciembre).

En definitiva, esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual. El concepto de "vulnerabilidad" equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor. El concepto de "situación" debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad (edad y enfermedad); bien entendido que la vulnerabilidad es una situación o estado de la víctima independiente de los actos de violencia o intimidación aplicados por el sujeto activo en el momento de cometer la infracción (SSTS 1458/2002, de 17 de septiembre y 754/2012, de 11 de octubre, con cita de otras)."

En efecto, los hechos probados de la sentencia, de los que inexorablemente hemos de partir, recogen que la víctima tenía cuando sucedieron los hechos 18 años de edad y los atacantes entre 24 y 27 años, que se encontraba sola en una ciudad que no conocía, y que había ingerido bebidas alcohólicas, ahora bien, todas esas circunstancias este Tribunal las ha tenido en cuenta para patrocinar la tipificación de los hechos como delito de Violación, para integrar la intimidación. La existencia de tal vulnerabilidad no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio "non bis in ídem" al valorarse una misma circunstancia o modus operandi veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico del art. 178, y otra para cualificarlo como subtipo agravado del art. 180.1-3º.

3. La STC 77/2010, de 19 de octubre, sobre el principio non bis in ídem establece que "A tal efecto, es preciso con carácter previo recordar brevemente la doctrina que este Tribunal ha desarrollado acerca del citado principio.

a) Ya en la STC 2/1981, de 30 de enero, se situó el principio non bis in ídem bajo la órbita del art. 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones, y se delimitó su contenido como la prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que quepa apreciar una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento (FJ 4; así como, entre muchas otras, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14). La garantía de no ser sometido abis in

idemse configura, así, como un derecho fundamental (STC 2/2003 , FJ 3, citando la STC 154/1990, de 15 de octubre , FJ 3; 188/2005, de 4 de julio , FJ 2), cuyo alcance en nuestra doctrina se perfila en concordancia con el expreso reconocimiento que del mismo han hecho los convenios internacionales sobre derechos humanos, tales como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU del 19 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el "BOE" núm. 103, de 30 de abril de 1977, en su art. 1 4. 7, el Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos , ratificado por España mediante Instrumento publicado en el "BOE" núm. 249, de 15 de octubre de 2009, en su art. 4, o la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea , que recoge la prohibición de doble sanción en su art. 50.

Tal como hemos afirmado, la citada triple identidad de sujeto, hecho y fundamento "constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir enbis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 2 5. 1 CE , ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento" [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5 ; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3 ; 188/2005, de 4 de julio , FJ 2 c)].

b) En su vertiente material -que es la que ahora nos ocupa-, el citado principio constitucional impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de las sanciones crea una respuesta punitiva ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 ; 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3 ; 91/2009, de 20 de abril , FJ 6 b)]...

De cara a establecer las diferencias existentes entre el objeto de la citada Sentencia y el asunto que ahora nos ocupa, no sobra resaltar, con carácter preliminar, que el análisis sobre la concurrencia de la identidad en los hechos no debe venir presidido por una perspectiva puramente naturalística o aritmética, sino que, como ya afirmáramos en la STC 2/1981, de 30 de enero , "para la individualización de estos hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica" (FJ 6). Ello ha de ser necesariamente así, por cuanto lo que se compara no son meros acontecimientos de la realidad, sino la descripción que de tales acontecimientos ha efectuado el legislador en el supuesto de hecho de la norma correspondiente, descripción inevitablemente acotada a partir de elementos valorativos y según las finalidades que el legislador persigue con su regulación."

Aplicando la anterior Jurisprudencia al supuesto analizado, llegamos a la conclusión que no concurre en el supuesto enjuiciado la circunstancia tercera del subtipo agravado del art. 180.1 del CP , ya que las circunstancias alegadas por el recurrente, edad y estado de embriaguez, ya han sido tenidas en cuenta para tipificar los hechos como agresión sexual e integrar la intimidación apreciada, pues lo contrario implicaría infracción del principio bis in idem, sancionando a los acusados en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos.

4. Por otro lado, el segundo motivo del recurso contiene una alegación no suscitada por el resto de las acusaciones. En concreto, se plantea la participación de todos los acusados en el delito de robo con intimidación imputado por las acusaciones, no solo del acusado Sr. Juan Pablo .

Alega el recurrente que de los hechos probados se desprende que todos los acusados salieron escalonadamente del lugar, que el Sr. Juan Pablo no fue el primero en salir, lo fue el Sr. Alexis , y que previamente los acusados le habían quitado a la víctima la riñonera que llevaba atada a la cintura, en la que se encontraba el teléfono móvil, por lo que, dadas las reducidas dimensiones del habitáculo donde todos ellos se encontraban, y el hecho

de que la sustracción del teléfono móvil por parte del Sr. Juan Pablo y la posterior extracción de las tarjetas del móvil se hicieran a la vista del resto y sin ocultación alguna, resulta evidente el conocimiento de todos ellos sobre el delito que se estaba cometiendo en ese momento.

Por tanto, entiende que no cabe duda de la autoría de los otros cuatro acusados, respecto del delito de robo con violencia o intimidación, en concepto de cooperadores necesarios (artículo 28.b) del CP), al haber realizado todos ellos unos actos (las agresiones sexuales sobre la víctima), sin los cuales no se habría efectuado tal delito, puesto que su autor material confeso, se aprovechó de tal circunstancia para llevarlo a cabo.

5. Para la resolución de la cuestión suscitada, debemos partir de que la sentencia recurrida confirma el pronunciamiento de la sentencia de instancia en el que se declara la libre absolución de los acusados Adriano , Amador , Alexis y Arcadio del delito de robo con intimidación del que venían acusados.

La absolución de los cuatro acusados no se basa en que la Sala lleve a cabo una calificación distinta de los hechos y por tal motivo realice un pronunciamiento absolutorio, sino que ello es consecuencia, tal y como consta en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de que "Para la imputación del robo o hurto a los cinco acusados hay sin duda una carencia sustancial en el factum, que imputa la acción de sustracción del móvil exclusivamente al Sr. Juan Pablo . La inferencia de que la sustracción se produce en presencia y con el conocimiento de los otros cuatro imputados, que serían colaboradores necesarios, es una desproporcionada deducción acusatoria que no se puede aceptar en apelación sin un previo motivo de error en la valoración de la prueba y la consiguiente rectificación de los hechos probados." (FD Vigésimo).

Lo anterior es consecuencia de lo argumentado en la primera sentencia, que es confirmada por la recurrida, en concreto en la misma se hace constar que: "Por ello, ante el explícito reconocimiento por el procesado de la autoría del hurto, habiendo negado los restantes procesados en todo momento que hubieran participado en el apoderamiento del aparato y que conocieran la sustracción del aparato, declaramos probada la comisión del hurto por Juan Pablo .

No hallamos elementos de prueba para conformar el marco típico del delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242.1 del Código Penal por el que vienen acusados los cinco procesados.

Estiman las acusaciones, que el apoderamiento se produjo dentro del ámbito intimidatorio que configura el delito de agresión sexual, con la cooperación de todos los acusados quienes dadas las circunstancias del lugar donde se hallaba la riñonera, la manipulación del teléfono que realizó Juan Pablo y en la proximidad física entre todos ellos, cabe atribuirles la participación en el expresado delito.

Habiendo desechado el Tribunal esta calificación, es llano que no procede la condena por el delito de robo con intimidación; sin que quepa apreciar ningún tipo de participación de los restantes acusados en el delito leve de hurto, por el que no han sido acusados." (pag 130).

En definitiva, la sentencia de instancia absuelve a los acusados valorando la prueba, y tras su análisis, llega a la conclusión de que no se puede apreciar ningún tipo de participación de los restantes acusados en el delito leve de hurto, y la recurrida, se basa en que hay una carencia sustancial en el factum, que imputa la acción de sustracción del móvil exclusivamente al Sr. Juan Pablo .

En efecto, es preciso recordar, como ha hecho esta Sala en diversas resoluciones, el criterio restrictivo implantado por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación y de casación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002 , que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC

170/2002 , 197/2002 , 118/2003 , 189/2003 , 50/2004 , 192/2004 , 200/2004 , 178/2005 , 181/2005 , 199/2005 , 202/2005 , 203/2005 , 229/2005 , 90/2006 , 309/2006 , 360/2006 , 15/2007 , 64/2008 , 115/2008 ,

177/2008, 3/2009, 21/2009 y 118/2009, entre otras). En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el tribunal de la revisión, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas efectuada por el juez de instancia y revoca, en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado, la sentencia absolutoria apelada.

El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, y también el de defensa impide, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que los órganos de la revisión modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la instancia de revisión. Es por ello que la pretensión de revisión que el recurrente, acusación popular, plantea sobre la base de una revaloración de la prueba, carece de posibilidad de ser estimada por no realizar esta Sala la percepción de la prueba y no disponer de la presencia de los acusados para poder expresar su defensa.

Pero es más, del relato de hechos probados solo se desprende que el Sr. Juan Pablo se apoderó del teléfono de la víctima, y en cuanto al resto de circunstancias que se ponen de relieve en el recurso, tal y como apunta la sentencia recurrida, se trata de una deducción acusatoria que no se puede aceptar en apelación, ni tampoco en casación, sin un previo motivo de error en la valoración de la prueba y la consiguiente rectificación de los hechos probados, ya que tal y como pone de relieve la STC 125/2017, de 13 de noviembre : "los tribunales penales, que tienen asignada la función de control de la corrección jurídica de las resoluciones judiciales que se someten a su consideración en vía de recurso, pueden fundamentar su decisión discrepante modificando la valoración del tribunal de instancia sobre la necesidad y concurrencia de los elementos subjetivos del delito cuando tal revisión se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre los extremos expuestos, en un error de subsunción jurídica, cuya apreciación no precise revisar los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos en el caso concreto.

En definitiva, los márgenes de la facultad de revisión de sentencias, incluidas las absolutorias, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo al no afectar a los hechos, se concretan en la corrección de errores de subsunción jurídica a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada, cuando tal corrección no precise ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia."

En consecuencia, este Tribunal no puede revisar la sentencia recurrida en cuanto al pronunciamiento absolutorio de los acusados Adriano , Amador , Alexis y Arcadio del delito de robo con intimidación por el que venían acusados, sobre los que la sentencia de instancia apunta que: "sin que quepa apreciar ningún tipo de participación de los restantes acusados en el delito", ya que ninguna prueba se ha practicado en esta instancia, y no ha habido audiencia personal de los mismos, ya que no estamos ante un simple error de subsunción jurídica.

El recurso debe ser estimado parcialmente.

Recurso del Ayuntamiento de Pamplona

En el primer motivo el recurrente entiende infringidos los artículos 178 , 179 y 180. 1ª y 2ª del Código Penal , ya que los hechos probados deben ser calificados como un delito continuado de agresión sexual. El segundo motivo se basa en infracción de los artículos 28 , 234 , 237 y 242.1 del Código Penal , al tratarse los hechos considerados probados como de un delito de robo con violencia o intimidación y no de un hurto.

Los dos motivos planteados por el recurrente son idénticos a los tres que integran el recurso del Ministerio Fiscal que han sido estimados en los fundamentos precedentes, por lo que nos remitimos a los mismos.

El recurso debe ser estimado.

Se declaran de oficio las costas devengadas por las acusaciones, condenado a los acusados al abono de las costas causadas a su instancia (art. 901 LECrim .)

FALLO

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

1º) HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del Ayuntamiento de Pamplona, HABER LUGAR PARCIALMENTE A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de la Acusación Particular en nombre de la víctima y por el Asesor Jurídico Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, y NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de los acusados Adriano , Alexis , Amador , Juan Pablo y Arcadio contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2018 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el Recurso de Apelación nº 7/2018 , que confirma la dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra el 20 de marzo de 2018 , por delitos de abuso sexual y hurto, que casamos y anulamos.

2º) Se declaran de oficio las costas devengadas por el Ministerio Fiscal, Acusación Particular, y Acusaciones Populares, condenado a los acusados al abono de las costas causadas a su instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta

Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet

Susana Polo García

SEGUNDA SENTENCIA

RECURSO CASACION núm.: 396/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 4 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 396/2019 interpuesto por el MINISTERIO FISCAL; la acusación particular VÍCTIMA DENUNCIANTE, las acusaciones populares COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA y EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, y los condenados D. Adriano , D. Alexis , D. Amador , D. Juan Pablo y D. Arcadio , contra Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2018 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el Recurso de Apelación nº 7/2018 , que ha sido casada por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos/mas. Sres/Sras. expresados al margen, hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente la Excma. Sra. D^a Susana Polo García.

ÚNICO.- Se aceptan y se reproducen los Antecedentes de Hecho de la Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2018 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el Recurso de Apelación nº 7/2018 , que confirma la dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, el 20 de marzo de 2018 .

PRIMERO.- Se reproducen los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO. - Que por las razones expresadas en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación de los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del Ayuntamiento de Pamplona, y parcialmente los presentados por la Acusación Particular y por el Asesor Jurídico Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, y en consecuencia los hechos declarados probados deben ser calificados y penados:

1º Como un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP , con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª.

1.1. Por el citado delito procede imponer a cada uno de los acusados la pena de 15 años de prisión. La extensión de la pena legalmente prevista, conforme a lo dispuesto en los art. 180. 1 y 2 y 74 del CP , es de 14 años, 3 meses y 1 día de prisión, que puede alcanzar hasta los 18 años de prisión, ya que según dispone el último de los artículos citados "el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la

pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado."

La citada extensión de la pena impuesta -15 años de prisión-, se encuentra muy próxima al mínimo legal, y estimamos que la misma resulta proporcionada a las circunstancias personales de los acusados y a la gravedad del hecho (art. 66, 1ª), con arreglo a la descripción que se contiene en el hecho de la sentencia. Siendo uno de los factores a tener en cuenta para valorar esa gravedad, la conducta de los reos posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación o no del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad (STS 5/2019, de 15 de enero).

En efecto, los hechos son muy graves, y la actitud de los acusados posterior a los mismos que se describe en la sentencia aumenta la culpabilidad del injusto, o la antijuridicidad de su conducta, lo que justifica la imposición de una pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo.

1.2. También, procede imponer a los acusados las penas accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena (art. 55 CP), y la de prohibición de acercamiento a la denunciante su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 20 años, ya que conforme a lo dispuesto en el art. 57 del CP , la citada pena privativa de derechos tendrá será impuesta por un tiempo superior entre uno a diez años al de duración de la pena de prisión impuesta, cuando se trate de delitos graves, como ocurre en el presente caso. Por tanto, impuesta la pena de prisión de 15 años, la duración de la pena accesoria debe ser de 16 a 25 años, por lo que la acordada de 20 años resulta proporcional a la gravedad de los hechos.

1.3. Además, el art. 192.1 del CP dispone que "A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves."

En consecuencia, procede imponer a los acusados la medida de seguridad de libertad vigilada durante un periodo de 8 años, para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, en los términos previstos en el art. 106.2 del CP .

1.4. En relación a la responsabilidad civil, por las razones que hemos expresado en el Fundamento de Derecho Noveno de nuestra primera sentencia, se amplía la fijada en la sentencia de instancia de 50.000 €, a 100.000 €, teniendo en cuenta conceptos incluidos en el daño moral padecido por la víctima, no cuantificados por la Sala, que también deben ser indemnizados. Cantidad de la que deben responder conjunta y solidariamente los cinco acusados.

2º Como un delito de robo con intimidación del art. 237 y 242.1 CP del que es autor responsable Juan Pablo a la pena mínima de 2 años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, referido a materia de costas y a todos aquellos que no se opongan a la presente resolución.

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

1º Que debemos condenar y condenamos a Adriano , Alexis , Amador , Juan Pablo y Arcadio , como autores responsables en concepto de autores de un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP , con las

agravaciones específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª, a las penas de 15 AÑOS DE PRISIÓN, a cada uno de ellos , inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de acercamiento a la denunciante durante 20 años , su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, y a 8 años de libertad vigilada ; debiendo indemnizar conjunta y solidariamente a la víctima por este delito en 100.000 euros.

2º Que debemos condenar y condenamos a Juan Pablo como autor responsable en concepto de autor de un delito de robo con intimidación del art. 237 y 242.1 CP , a la pena de 2 AÑOS DE PRISIÓN ; con las accesorias legales.

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, referido a materia de costas y a todos aquellos que no se opongan a la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta

Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet

Susana Polo García