



Roj: **STS 882/2020 - ECLI:ES:TS:2020:882**

Id Cendoj: **28079120012020100158**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2020**

Nº de Recurso: **10613/2019**

Nº de Resolución: **145/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: ,

**STS 882/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 145/2020**

Fecha de sentencia: 14/05/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10613/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10613/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 145/2020**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Narciso , D. Nicolas y D. Lucas , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por los anteriores acusados, revocando la condena por el delito leve de lesiones del que fueron acusados, absolviéndoles de indicado delito, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por la Procuradora Dña. Olga Martín Márquez y bajo la dirección Letrada de Dña. Mónica Pérez Tornero respecto de Narciso ; Procuradora Dña. Teresa Castro Rodríguez y bajo la dirección Letrada de Doña Cristina Tebar Visent respecto de Nicolas y Procuradora Dña. Mercedes Revillo Sánchez y bajo la dirección Letrada de Dña. Sara Vázquez Calero respecto de Lucas .

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 20 de Valencia instruyó sumario con el nº 1944 de 2017 contra Narciso , Lucas y Nicolas , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Quinta, que con fecha 18 de abril de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Entre las 12 y las 13 horas del día 21 de octubre de 2017, Estela , que denunció y reclama por estos hechos, se encontraba en el interior del local "El Rinconcito de Deisy", sito en la calle Juan Aguiló, 24, de Valencia, con sus facultades cognitivas intensamente disminuidas debido al consumo abundante de bebidas alcohólicas. Allí se encontró con Narciso , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, con quien intimó un rato. Posteriormente, este procesado, aprovechando el estado en que se encontraba la víctima, la llevó fuera del local y se introdujo junto a ella en el portal del edificio de la CALLE000 , NUM000 , de Valencia, subiendo al piso de contadores con la intención de mantener relaciones sexuales completas. Al mismo tiempo o con poco intervalo de tiempo de diferencia, Lucas -mayor de edad y sin antecedentes penales- y Nicolas -mayor de edad y con antecedentes penales no computables-, se introdujeron en la finca y se subieron hasta el citado piso, donde estaban el otro procesado y la indicada víctima. Una vez allí, tras usar expresiones amenazantes de muerte, así como de que si gritaba la llevarían a la frontera con Francia a ejercer de prostituta, contra Estela para que se callara y emplear la fuerza física para quitarle la ropa y cogerle por las manos, los pies, los pechos, la cadera y otras partes del cuerpo hasta el punto de inmovilizarla, Narciso , Lucas y Nicolas , guiados por un propósito lúbrico, comenzaron a besarla en los pechos y mantuvieron relaciones sexuales con ella por vía vaginal, anal y bucal, permitiendo que cada uno de ellos pudiera hacerlo mientras los otros no dejaban que la víctima pudiera impedirlo. De los procesados, al menos Narciso y Lucas penetraron vaginal y analmente, dado que dejaron restos de esperma en dichas zonas al no usar ningún tipo de preservativo. Como consecuencia de la acción violenta de Narciso , Lucas y Nicolas , Estela sufrió las siguientes lesiones: tumefacción en región parieto-occipital derecha; tumefacción en región parietal medial derecha con ligera equimosis; erosión muy superficial de 2 cms en tercio medio del dorso del antebrazo derecho; área eritematosa en tercio proximal y distal del dorso del antebrazo derecho; 3 erosiones finas lineales paralelas de 2-3 cms en borde radial del codo derecho; áreas eritematosas en dorso de antebrazo izquierdo; hematoma en cara anterior de rodillas; excoriación cutánea en glúteo izquierdo y región lumbar; herida inciso contusa superficial de 0,5 cms en cara interna de rodilla derecha; pequeña equimosis en dorso de mano derecha, redondeada; pequeña equimosis en tercer dedo de mano izquierda, alargada; erosiones de morfología alargada en cara posterior de hombro izquierdo. Estas lesiones precisaron una primera asistencia médica y tardaron en curar 7 días, uno de ellos impeditivo. Después de todo ello, Lucas y Nicolas se bajaron juntos y salieron por el portal de la finca, mientras que, pocos minutos después, Narciso salió solo por el portal, dejando desnuda y sin posibilidad de moverse con autonomía a Estela , que fue vista por varios vecinos que le dieron ropas para taparse y avisaron a la policía, hasta que se descubrió la vestimenta de la víctima en el cuarto de contadores donde se produjeron las relaciones sexuales no consentidas y violentas. La prueba de detección alcohólica practicada a Estela sobre muestras tomadas horas después de acaecidos los hechos, arrojó un resultado de 1,80 gramos de alcohol por litro de sangre, y 2,91 gramos de alcohol por litro de orina, cantidades que la hacían estar próxima al coma etílico".

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

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Narciso , Lucas y Nicolas , como autores responsables de un delito de violación y un delito leve de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de



la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos, a las penas que a continuación se detallan: 1º/ Por el delito de violación, QUINCE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, PROHIBICIÓN de que los procesados una vez cumplida la condena, vuelvan a la localidad de Alfafar y, si el lugar de residencia de Estela fuera diferente, al lugar en que ésta resida, por un periodo de OCHO AÑOS más que la pena de impuesta. Además, se les impondrá a cada uno de ellos la medida de LIBERTAD VIGILADA por DIEZ AÑOS, posteriores al cumplimiento de la pena de prisión, cuyo contenido se fijará en la forma prevenida en el artículo 106 del Código Penal. 2º/ Por el delito leve de lesiones, MULTA DE TRES MESES, con una cuota diaria de diez euros. Todo ello con imposición de costas procesales a los procesados por terceras partes. Por vía de responsabilidad civil, Narciso, Lucas y Nicolas, deberán indemnizar, de forma solidaria, a Estela en la suma de VEINTE MIL EUROS (20.000,00 €) por los perjuicios morales y lesiones sufridas por la misma, cantidad que devengará el interés prevenido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Abónese a los procesados el tiempo que hubieren estado privados de libertad por esta causa, si no lo tuvieren absorbido por otras. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe recurso de APELACIÓN ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que podrá presentarse ante esta misma Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de diez días, a contar desde el día siguiente a la última notificación".

La anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Quinta, fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que con fecha 31 de julio de 2019 dictó sentencia que contiene el siguiente fallo:

"PRIMERO: ESTIMAR en parte el recurso de apelación interpuesto por las representaciones de D. Narciso y D. Nicolas en el sentido de REVOCAR la condena por el delito leve de lesiones del art. 147.2 del Código Penal acordando la libre absolución de los tres acusados por este delito debiendo quedar del siguiente modo: "Que debemos absolver a D. Narciso, D. Lucas y D. Nicolas como autores del delito leve de lesiones del art. 147.2 del Código Penal". SEGUNDO: CONFIRMAR el resto de la sentencia a que el presente rollo se refiere, imponiendo, de existir, el pago de la mitad de las costas procesales correspondientes a esta alzada a las partes apelantes. Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución".

**TERCERO.**- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Narciso, D. Lucas y D. Nicolas, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.- I.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Narciso**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

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 a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- 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 y los Arts. 178, 179 y 180.2 del C.P. La consecuencia fatal de la violación denunciada ha sido la condena de los acusados fruto de la errónea aplicación de los artículos citados en relación con los arts. 192 del C.P. En conexión con el apartado anterior MOTIVO SEGUNDO de este recurso.

Tercero.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 por infracción del artículo 21.5ª y/o 21.7ª del CP, por indebida aplicación de la atenuante de reparación del daño causado o su atenuación. La sentencia recurrida, en su fundamento séptimo desarrolla porque no le es de aplicación la atenuante contenida en el Art. 21.5 del Código Penal a Narciso y Lucas de reparación del daño.

Cuarto.- Infracción de ley al amparo del artículo 849.1 por infracción del artículo 21.1, Art 21.7 y 20.2 del CP, por indebida aplicación de la atenuante de actuar el culpable a causa de su grave adición a las sustancias mencionadas en número 2 del artículo anterior.

Quinto.- Por infracción de ley por indebida aplicación del artículo 72 del Código Penal y del principio de proporcionalidad, falta de motivación en la individualización de las penas impuestas, e inaplicación indebida de la eximente del 20.2º del Código Penal o subsidiariamente como atenuante del 21.1º y 2º del C. Penal, así como la atenuante de reparación del daño del art. 20.5º en relación con el art. 66.2 del C. Penal.

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

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 de la Constitución Española, derecho a un proceso público con todas las garantías. Al amparo de lo prevenido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al encontrarse la Sentencia afectada por motivo de nulidad del nº 3 del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, art. 24.1 de la Constitución, derecho a la tutela judicial efectiva. Al amparo de lo prevenido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 de la Constitución, derecho a la presunción de inocencia. De conformidad con lo prevenido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuarto.- Por infracción de ley. Al amparo de lo dispuesto en el nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 179 del Código Penal.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 de la Constitución, derecho a la presunción de inocencia e infracción de ley. En virtud de lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de lo dispuesto en el nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 178 del Código Penal.

Sexto.- Por infracción de ley. Al amparo de lo dispuesto en el nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 180.1.2º del Código Penal.

Séptimo.- Por quebrantamiento de forma. De conformidad con lo preceptuado en el nº 1 del artículo 851 de la LECrim.

Octavo.- Por infracción de precepto constitucional, con vulneración del derecho fundamental a un juicio justo con todas las garantías recogido en el art. 24.2 C.E. Motivo que se formula en virtud de lo prevenido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías, y del derecho de defensa ( artículo 24.2 de la Constitución Española), en relación con el principio acusatorio.

Noveno.- Por infracción de ley. Al amparo de lo dispuesto en el nº 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Décimo.- Por infracción de ley. Al amparo de lo dispuesto en el nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por inaplicación de la atenuante de drogadicción (y/o embriaguez) de los artículos 21.2ª en relación con el 20.2ª, o 21.7ª, en relación con el 21.2º del Código Penal.

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

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 847 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del Derecho Fundamental del artículo 24.2 de la Constitución Española que consagra el Derecho a la Presunción de Inocencia.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 847 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del Derecho Fundamental del artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución Española que consagra el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva (habiéndose generado indefensión por falta de motivación) y el Derecho a un Proceso con todas las Garantías.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 11 de marzo de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de los condenados Lucas , Narciso y Nicolas , contra la sentencia de 31 de julio de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, por delito de violación.

Son hechos probados que se fijan en la sentencia de instancia los siguientes:

"Entre las 12 y las 13 horas del día 21 de octubre de 2017, Estela , que denunció y reclama por estos hechos, se encontraba en el interior del local "El Rinconcito de Deisy", sito en la calle Juan Aguiló, 24, de Valencia, con sus facultades cognitivas intensamente disminuidas debido al consumo abundante de bebidas alcohólicas. Allí se encontró con Narciso , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, con quien intimó un rato. Posteriormente, este procesado, aprovechando el estado en que se encontraba la víctima, la llevó fuera del local y se introdujo junto a ella en el portal del edificio de la CALLE000 , NUM000 , de Valencia, subiendo al piso de contadores con la intención de mantener relaciones sexuales completas. Al mismo tiempo o con poco intervalo de tiempo de diferencia, Lucas -mayor de edad y sin antecedentes penales- y Nicolas -mayor de edad y con antecedentes penales no computables-, se introdujeron en la finca y se subieron hasta el citado piso, donde estaban el otro procesado y la indicada víctima. Una vez allí, tras usar expresiones amenazantes de muerte, así como de que si gritaba la llevarían a la frontera con Francia a ejercer de prostituta, contra Estela para que se callara y emplear la fuerza física para quitarle la ropa y cogerle por las manos, los pies, los pechos, la cadera y otras partes del cuerpo hasta el punto de inmovilizarla, Narciso , Lucas y Nicolas , guiados por un propósito lúbrico, comenzaron a besarla en los pechos y mantuvieron relaciones sexuales con ella por vía vaginal, anal y bucal, permitiendo que cada uno de ellos pudiera hacerlo mientras los otros no dejaban que la víctima pudiera impedirlo. De los procesados, al menos Narciso y Lucas penetraron vaginal y analmente, dado que dejaron restos de esperma en dichas zonas al no usar ningún tipo de preservativo.

Como consecuencia de la acción violenta de Narciso , Lucas y Nicolas , Estela sufrió las siguientes lesiones: tumefacción en región parieto-occipital derecha; tumefacción en región parietal medial derecha con ligera equimosis; erosión muy superficial de 2 cms en tercio medio del dorso del antebrazo derecho; área eritematosa en tercio proximal y distal del dorso del antebrazo derecho; 3 erosiones finas lineales paralelas de 2-3 cms en borde radial del codo derecho; áreas eritematosas en dorso de antebrazo izquierdo; hematoma en cara anterior de rodillas; excoriación cutánea en glúteo izquierdo y región lumbar; herida inciso contusa superficial de 0,5 cms en cara interna de rodilla derecha; pequeña equimosis en dorso de mano derecha, redondeada; pequeña equimosis en tercer dedo de mano izquierda, alargada; erosiones de morfología alargada en cara posterior de hombro izquierdo. Estas lesiones precisaron una primera asistencia médica y tardaron en curar 7 días, uno de ellos impenitente.

Después de todo ello, Lucas y Nicolas se bajaron juntos y salieron por el portal de la finca, mientras que, pocos minutos después, Narciso salió solo por el portal, dejando desnuda y sin posibilidad de moverse con autonomía a Estela , que fue vista por varios vecinos que le dieron ropas para taparse y avisaron a la policía, hasta que se descubrió la vestimenta de la víctima en el cuarto de contadores donde se produjeron las relaciones sexuales no consentidas y violentas:

La prueba de detección alcohólica practicada a Estela sobre muestras tomadas horas después de acaecidos los hechos, arrojó un resultado de 1,80 gramos de alcohol por litro de sangre, y 2,91 gramos de alcohol por litro de orina, cantidades que la hacían estar próxima al coma, etílico".

El Tribunal de instancia condenó a Narciso , Lucas y Nicolas como autores responsables de un delito de violación y un delito leve de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos, a las penas que a continuación se detallan:

1º/ Por el delito de violación, QUINCE AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, PROHIBICIÓN de que los procesados una vez cumplida la condena, vuelvan a la localidad de Alfafar y, si el lugar de residencia de Estela fuera diferente, al lugar en que ésta resida, por un periodo de OCHO años más que la pena de impuesta. Además, se les impondrá a cada uno de ellos la medida de LIBERTAD VIGILADA por DIEZ AÑOS, posteriores al cumplimiento de la pena de prisión, cuyo contenido se fijará en la forma prevenida en el artículo 106 del Código Penal.

El TSJ en su sentencia estimó en parte el recurso y revocó la condena por el delito leve de lesiones del art. 147.2 del Código Penal acordando la libre absolución de los tres acusados por este delito.

RECURSO DE Lucas





**SEGUNDO.-** 1.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 847 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del Derecho Fundamental del artículo 24.2 de la Constitución Española que consagra el Derecho a la Presunción de Inocencia.

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

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

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

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

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

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

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

Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha valorado tanto la



declaración exculpatoria del recurrente como de la víctima. Pero la circunstancia de que el Tribunal de instancia se decante en su proceso de valoración de prueba por la de la víctima no quiere decir en modo alguno que suponga una traba o un ataque o vulneración de la presunción de inocencia, sino que entra en el proceso de valoración del Tribunal, que presidido por la inmediación opta por las pruebas que le llevan a su convicción en su proceso valorativo. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba.

En consecuencia, el Tribunal ha declarado probado que "...tras usar expresiones amenazantes de muerte, así como de que si gritaba la llevarían a la frontera con Francia a ejercer de prostituta, contra Estela para que se callara y emplear la fuerza física para quitarle la ropa y cogerle por las manos, los pies, los pechos, la cadera y otras partes del cuerpo hasta el punto de inmovilizarla, Narciso, Lucas y Nicolas, guiados por un propósito lúbrico, comenzaron a besarla en los pechos y mantuvieron relaciones sexuales con ella por vía vaginal, anal y bucal, permitiendo que cada uno de ellos pudiera hacerlo mientras los otros no dejaban que la víctima pudiera impedirlo. De los procesados, al menos Narciso y Lucas penetraron vaginal y analmente, dado que dejaron restos de espermatozoides en dichas zonas al no usar ningún tipo de preservativo".

El recurrente consta en los hechos probados como uno de los partícipes en el delito de agresión sexual al haberse empleado violencia o intimidación.

Y sobre la presunción de inocencia ya hemos reseñado que esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de 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:

1.- En primer lugar, debe analizarse 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.

2.- 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.

3.- 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.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa ( STS 28-12-2005).



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

Así, frente al alegato que pone en duda el proceso de convicción del Tribunal acerca de la prueba practicada el TSJ en su sentencia, al resolver el recurso de apelación elabora un detallado proceso de valoración de esa prueba esbozada en su sentencia por el Tribunal de instancia, y que le lleva a su convencimiento de que la víctima relata los hechos tal cual como ocurrieron "sin añadir ni quitar nada", sino ciñéndose a lo que sufrió ese día en el que tres personas cometen el acto de mayor vileza y crueldad que se puede cometer, como es el de agredir sexualmente a una mujer, y, además, prevaliéndose del aprovechamiento que le supone actuar tres personas en un lugar tan recóndito como el descrito en los hechos probados y buscado de propósito para su fin de agresión sexual.

Así, el TSJ apunta que: "La sentencia recurrida argumenta que la declaración de la víctima puesta en relación con los testimonios contradictorios de los acusados y las testificales, principalmente de Carmela cumplen los requisitos jurisprudencialmente admitidos para que la declaración de la víctima constituya prueba de cargo que enerve la presunción de inocencia".

Y, además, con sumo detalle, el TSJ elabora su proceso de valoración, que debe entenderse racional y lógico por lo expuesto, y la sistemática que para ello se emplea, para señalar que:

"El discurso lógico seguido por el Tribunal para dotar de credibilidad la declaración de la víctima es:

1) Falta de credibilidad subjetiva. No se ha acreditado la existencia de móviles espurios que determinen un ánimo vengativo o incriminatorio de la víctima respecto a los tres acusados. De hecho, hay que resaltar que la víctima en sus declaraciones, incluida la del plenario, a preguntas del Ministerio Fiscal manifiesta que no recuerda si durante los hechos se han producido penetraciones vaginales o anales. No se observa de hecho ningún atisbo de querer magnificar los hechos para perjudicar a los acusados.

2) Verosimilitud de los hechos. La declaración de la víctima viene corroborada por diversos elementos periféricos que dotan de verosimilitud su testimonio. Como analiza la sentencia de instancia, el testimonio de la víctima recuerda en un primer momento entró en la finca donde se cometieron los hechos con dos acusados aunque posteriormente recordó al tercero.

Este hecho vino corroborado por la vecina de la finca Carmela que vio como los tres acusados entraban en la finca llegando a reconocer a los tres en el plenario.

Este dato ya sitúa a los tres acusados en el escenario donde se cometieron los hechos. Resulta significativo el hecho de que la víctima se encontraba próxima al coma etílico con una sintomatología próxima a la sumisión química, como explicaron los peritos en el plenario. Esta sintomatología fue corroborada por Carmela y Jose Enrique .

La víctima manifestó recordar que los tres acusados mantuvieron relaciones sexuales con ella utilizando para ello fuerza física para sujetarle de piernas, manos y cadera. Esta parte del relato alcanza concordancia con los partes médicos donde se refleja las lesiones sufridas por la víctima compatible con el relato de los hechos.

Existe otro dato que da coherencia y verosimilitud al relato, son las contradicciones existentes en las declaraciones de los acusados. Plantean la existencia de una relación consentida entre la víctima y los acusados sin embargo, no parece compatible este consentimiento con las lesiones sufridas y en concreto como señaló el Dr. Luis Angel el chichón que presentaba en la cabeza. Es decir, su relato resulta en todo caso coherente con las lesiones físicas objetivadas.

3) Persistencia en la incriminación. El relato de la víctima ha sido en lo básico el mismo. Debe tenerse en cuenta el estado de embriaguez y próximo a la sumisión química en el que se encontraba y que le permitió recordar algunas cosas y otras no. Entre las cosas que recordaba se encontraba que fue sujeta de pies y manos por los acusados, del mismo modo recordaba cómo le amenazaron con llevarle a una casa de prostitución en la frontera con Francia. Sin embargo, no recordaba las penetraciones vaginales y anales. Este extremo fue corroborado a través de los análisis de ADN que determinaban que dos de los acusados penetraron anal y vaginalmente a la víctima. Manifestó igualmente en los instantes posteriores a que ocurrieran los hechos, cuando Carmela la atendió, que le habían chupado mientras estaba tendida desnuda en el suelo. Es decir, desde el principio mantuvo el mismo hilo discursivo llegando a recordar determinados extremos con el paso del tiempo dado el estado en el que se encontraban.





No puede apreciarse error en la valoración de la prueba en relación con la declaración de la víctima cuando de la prueba practicada en el plenario lo que resulta es una corroboración entre la declaración de la víctima y diversas pruebas de carácter periférico que la dotan de credibilidad y persistencia".

Con ello, el TSJ ha valorado adecuadamente la prueba practicada y, así, señala que:

1.- No hay móvil espurio. El TSJ constata que la declaración de la víctima es convincente y que contó lo que recuerda sin adiciones que pudieran perjudicar, ni beneficios hacia ella, porque no era este su objetivo.

El alegato del recurrente respecto a la necesidad de justificarse con su marido la víctima no ha sido apreciado por el Tribunal, debido a que existen pruebas suficientes adicionales a la declaración de la víctima, que ya por sí misma podría ser suficiente para enervar la presunción de inocencia, pero existen datos de corroboración periférica expuestos en estos apartados que se exponen, que se oponen a aceptar la duda de que la víctima se quiso justificar, o buscar una coartada, ya que el Tribunal es claro al explicar que la víctima explicó la verdad de lo que recordaba, sin apreciarse ánimo alguno de faltar a la verdad o "cargar las tintas" para asegurarse una condena, lejos de lo cual se limitó a narrar lo que había dicho y que se ajustaba a lo acontecido el día de autos.

Y respecto a las reacciones de las víctimas ante este tipo de delitos, ya hemos señalado con frecuencia que no puede equipararse este tipo de hechos, y víctimas que los sufren, con cualquiera otro, lo que determina que no pueda medirse con una vara de igual trato la victimización de una violación, que la otro tipo penal, ya que se trata de una reacción lógica en muchos casos el esconder lo ocurrido por vergüenza, o por otras causas que solo el proceso de victimización que ha sufrido una mujer a la que han agredido sexualmente, y en este caso, nada menos que tres personas al mismo tiempo, puede explicar. Ello determina que no pueden establecerse criterios igualitarios en las "reacciones de las víctimas" ante un determinado tipo de delitos, como la violencia de género, o las agresiones sexuales, dado que es comprensible el silencio inicial de éstas víctimas y que al final se deciden a contar lo ocurrido, sin que este proceso pueda mermar en modo alguno la credibilidad de las víctimas.

2.- Hay un testigo de cargo, ya que Carmela vio cómo los tres acusados entraban en la finca llegando a reconocer a los tres en el plenario. Este dato ya sitúa a los tres acusados en el escenario donde se cometieron los hechos. Y la circunstancia que se alega de que no se fueron y siguieron adelante pese a que la testigo les dijo que iba a llamar a la policía no altera el relato construido, porque la verdad es que estuvieron allí, y allí consumaron los hechos, como queda probado.

3.- Que la víctima hubiera bebido no le inhabilita para comparecer como testigo, ni para poder recordar lo que, en realidad, recordara. Y es esto lo que hizo en el juicio oral.

Señala en este punto la Audiencia Provincial que "pese al estado de intoxicación etílica en que la misma se encontraba, es coherente en ciertos hechos de los que se ha dejado constancia supra, sin que su declaración haya variado desde el principio de la investigación en lo esencial".

Es decir, que no se produce un estado inhabilitante para que alcance la conciencia de lo ocurrido y fuera capaz de cerciorarse de quiénes eran y lo que llevaron a cabo. En cualquier caso, hay corroboración suficientemente explicada y motivada.

4.- Corroboración de la agresión sexual con partes médicos. La víctima manifestó recordar que los tres acusados mantuvieron relaciones sexuales con ella utilizando para ello fuerza física para sujetarle de piernas, manos y cadera. Esta parte del relato alcanza concordancia con los partes médicos donde se refleja las lesiones sufridas por la víctima compatible con el relato de los hechos.

Cuestiona el recurrente esta conclusión entendiendo que las lesiones o marcas bien pudieran deberse a otros golpes ajenos a una agresión, pero este no es el convencimiento a que llega el Tribunal, quien concluye que se trata de corroboración periférica y su directa relación con la agresión sexual. Hay un adecuado proceso de motivación respecto a la valoración de la prueba y un proceso racional de valoración también en este punto.

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

Respecto del forense alude el Tribunal a que: "En tal estado de cosas, sujetándole manos y pies, lo que dejó marcas en el cuerpo de la mujer constatadas por los facultativos que la examinaron tras ocurrir los hechos, y concretamente por el Médico Forense, la sometieron a todo tipo de prácticas sexuales, tocando y chupando su cuerpo, lo que motivó que la víctima tuviera dolor en sus pechos en los días posteriores, y siendo penetrada por Narciso a la vez que realizaba una felación a Lucas ". No hay el pretendido error valorativo, sino distinta valoración del recurrente.



5.- Las relaciones no fueron consentidas. No parece compatible este consentimiento con las lesiones sufridas y en concreto como señaló el Dr. Luis Angel el chichón que presentaba en la cabeza. Es decir, su relato resulta en todo caso coherente con las lesiones físicas objetivadas.

Es por ello, que no existe compatibilidad del consentimiento que se alega por los recurrentes con las lesiones sufridas y constatadas.

Señala el recurrente que "si considera la Sentencia que la víctima no era capaz de prestar su consentimiento por el estado de ingesta de alcohol que presentaba, no tiene sentido por otro lado pensar que los acusados necesitaran emplear fuerza física o violencia verbal (amenazas) para llevar a cabo tales actos, por lo que estaríamos en todo caso, ante un abuso de los artículos 181.1 y 181.2 del Código Penal, y no ante una agresión sexual de los artículos 179 y 180.1.2a del mismo Código".

Nada tiene que ver que la víctima hubiera bebido con que esté excluida la agresión sexual, ya que el empleo de la violencia o intimidación no es excluyente del hecho de que la víctima hubiera bebido. Ello no evita que los agresores sexuales empleen intimidación o violencia, ya que es concurrente y no excluyente, al punto de que la víctima recuerda los episodios, e incluso le amenazaron como relata el hecho probado en relación a que: "Tras usar expresiones amenazantes de muerte, así como de que si gritaba la llevarían a la frontera con Francia a ejercer de prostituta, contra Estela para que se callara y emplear la fuerza física para quitarle la ropa y cogerle por las manos, los pies, los pechos, la cadera y otras partes del cuerpo hasta el punto de inmovilizarla".

Añade el recurrente que duda de la veracidad de las amenazas, pero ello supone una distinta valoración del proceso llevado a cabo por el Tribunal y cotejado por el TSJ quien construye de modo racional las conclusiones valorativas. La víctima se refirió a que los tres actuaron como se indica en el hecho probado. Y ello ha resultado creíble para el Tribunal y adecuadamente motivado.

No existe ese cambio relevante en la versión que expone el recurrente, y, así, el Tribunal motiva que la versión es creíble y es acertado su proceso valorativo ratificado por el TSJ.

6.- Recuerda la amenaza intimidante que le profieren para conseguir el acto sexual si se oponía a ello. Recordaba que fue sujeta de pies y manos por los acusados, del mismo modo recordaba cómo le amenazaron con llevarle a una casa de prostitución en la frontera con Francia. Sin embargo, no recordaba las penetraciones vaginales y anales. Este extremo fue corroborado a través de los análisis de ADN que determinaban que dos de los acusados penetran anal y vaginalmente a la víctima

7.- Prueba de los médicos que corrobora su versión.

Señala la Audiencia Provincial en su sentencia que los recurrentes estaban "sujetándole manos y pies, lo que dejó marcas en el cuerpo de la mujer constatadas por los facultativos que la examinaron tras ocurrir los hechos, y concretamente por él Médico Forense, la sometieron a todo tipo de prácticas sexuales, tocando y chupando su cuerpo, lo que motivó que la víctima tuviera dolor en sus pechos en los días posteriores

8.- Fue atacada sexualmente por los tres.

Señala el Tribunal que "siendo penetrada por Narciso a la vez que realizaba una felación a Lucas. De hecho, los dos últimos llegaron a eyacular en el interior de su cuerpo, al haberse hallado semen de los mismos en zona anal y vaginal. No así de Nicolas, pero ello no excluye que accediera carnalmente a Estela, puesto que, pese al estado de intoxicación en que la misma se encontraba, fue recuperando la memoria y tiene plena conciencia de que todos ellos participaron en tan vejatoria agresión sexual".

Con ello, tanto el presente recurrente como los otros dos intervinieron en la agresión, si bien de Nicolas también manifiesta que intervino en los hechos aunque no se hallara semen del mismo.

Recordemos, en cualquier caso que el hecho probado describe que: "Narciso, Lucas y Nicolas, guiados por un propósito lúbrico, comenzaron a besarla en los pechos y mantuvieron relaciones sexuales con ella por vía vaginal, anal y bucal, permitiendo que cada uno de ellos pudiera hacerlo mientras los otros no dejaban que la víctima pudiera impedirlo". Los tres intervinieron como autores, y los tres participan de una u otra manera en la agresión sexual, bien activamente en un momento concreto, bien colaborando decisiva y directamente en que los otros lo hagan.

La vecina de la finca Carmela vio como los tres acusados entraban en la finca llegando a reconocer a los tres en el plenario. Este dato ya sitúa a los tres acusados en el escenario donde se cometieron los hechos. Y los tres son partícipes y copartícipes de los hechos cometidos, tanto por los propios, como por los demás.

Se ha señalado por el Tribunal que la víctima manifestó recordar que los tres acusados mantuvieron relaciones sexuales con ella utilizando para ello fuerza física para sujetarle de piernas, manos y cadera. No hay exclusión de ninguno de ellos.



#### 9.- Valoración de las declaraciones de los acusados. Sus contradicciones.

Señala el Tribunal de instancia "El notable cambio de versión y las contradicciones en el testimonio de los procesados.

a.- Narciso ya desde su primera declaración, admitió haber tenido relaciones sexuales con Estela, así como que también las habían mantenido Lucas y Nicolas, por su parte, se negó a declarar tanto en Comisaría de Policía como al pasar a presencia judicial, manifestando al prestar declaración indagatoria, en la misma línea de Narciso, es decir, que fueron relaciones consentidas, que tuvo sexo con Estela, practicándole ésta una felación a la vez que Narciso accedía carnalmente a la misma.

b.- Manifiesta también, que en un momento dado se marcha y cuando vuelve eran Narciso y Nicolas los que estaban con la chica, y que todo era consentido.

c.- Posteriormente, en el acto del Juicio, si bien continúa situando a Nicolas en el lugar de los hechos, manifiesta no haberle visto mantener relaciones sexuales con Estela. Por su parte, Nicolas, tanto en su primera declaración ante el Juzgado como en su declaración indagatoria, se sitúa en el cuarto de contadores donde la violación tuvo lugar, y admite haber permanecido unos minutos, aunque no haber tenido sexo con la mujer.

Tales contradicciones, puestas en relación con el testimonio de la víctima llevan a la Sala al convencimiento de que los tres acusados tuvieron acceso carnal inconsciente y bajo violencia e intimidación con Estela, inclusive Nicolas, pese a que el mismo siempre lo haya negado, posiblemente sabedor de que no había eyaculado en el cuerpo de la perjudicada, por lo que era, altamente improbable que se hallara su ADN".

Ello evidencia una suficiente explicación y razonamiento del proceso de convicción al que llega el Tribunal acerca de la intervención de los tres recurrentes en los hechos y sin exclusión, ya que el Tribunal va analizando las sucesivas declaraciones que efectúan, incluyendo en los hechos a Nicolas, aunque no aparezca su ADN, pero ello no le excluye de los hechos, ya que la víctima implica a los tres, y apunta el Tribunal que queda acreditado que estaban los tres en el escenario de los hechos.

No puede admitirse en justificación de la contradicción que los recurrentes también habían bebido, ya que no hay prueba de ello y en cualquier caso no es razón para esas dudas y cambios de versión cuando la víctima ha sido constante en la suya.

#### 10.- La explicación referida del ADN en cuanto al alegato de los acusados y respuesta del Tribunal.

Señala el Tribunal que "En relación a la posibilidad también apuntada de que tanto Narciso como Lucas no tuvieran sexo anal con la víctima, sino que el semen se hubiera desplazado de la vagina a tal zona, debemos descartar la misma, no sólo por el hecho, de que, en concreto, Narciso admitió haber penetrado analmente a Estela, sino porque la posibilidad más plausible es la que consta en el relato fáctico. Sin olvidar que no afectaría a la calificación de los hechos". En efecto, se trata de una cuestión de poca relevancia, en tanto en cuanto consta el acceso carnal, siendo irrelevante el lugar. La convicción del Tribunal es absoluta.

#### 11.- No existe una irracional estructura del proceso valorativo.

Se alega tal circunstancia por el recurrente, pero ello no puede ser admitido, debido a que se ha explicado el coherente, lógico y razonado proceso de motivación de la prueba practicada y cada uno de los extremos antes referenciados, que no permiten dudar de esa racionalidad en la valoración, cotejada y confirmada por el llevado a cabo por el TSJ. Se ha explicado con detalle las razones de la convicción y el elenco de pruebas, arriba expuesto, que conducen a esta conclusión.

#### 12.- El recurrente regresó al local junto con Nicolas.

Se alega que "Lucas, y el otro acusado, Nicolas, regresaran al local "El Rinconcito de Deicy" de nuevo, tras violar supuestamente a Estela, permaneciendo allí entre 15 y 30 minutos después de haber salido de la finca donde se llevaron a cabo los hechos", pero ello no es impeditivo que los hechos hubieran ocurrido como relató la víctima. No puede maximizarse de que una reacción normal hubiera sido huir, ya que en estos casos, del mismo modo, no existe una categorización de cómo debe reaccionar el autor y si una forma de hacerlo es excluyente de la agresión sexual.

#### 13.- Rechazo del alegato del recurrente alegando la "actitud de la víctima".

No puede admitirse el alegato expuesto por el recurrente acerca de lo que describe al folio nº 11 de su recurso sobre la "actitud de la víctima" en el local, ya que ello no legitima, ni habilita en modo alguno a los recurrentes para haber llevado a cabo los actos de agresión sexual por los que han sido condenados. No puede, por ello, hacerse responsables a las mujeres de que por una pretendida "actitud" de la víctima alegada por el autor de



una agresión sexual sirva como salvoconducto, o excusa para perpetrar un delito tan execrable como el de una violación, y, además, en este caso grupal.

El agresor sexual no tiene legitimación alguna para actuar, sea cual sea el antecedente o la actitud de la víctima, la cual tiene libertad para vestir, o actuar como estime por conveniente. Y ello, dentro de su arco de libertad para llevar a cabo la relación sexual cuando le parezca, y no cuando lo desee un agresor sexual. No puede admitirse en modo alguno que el agresor sexual se escude en una pretendida provocación previa de la víctima para consumir la agresión sexual. Y ello no convierte en consentida la relación, como propone el recurrente, en base a la suficiencia de la prueba de que se trató del empleo de violencia o intimidación, por la forma en que se describe el hecho probado y por el carácter de intimidación ambiental del lugar donde se ejecutan los hechos, en el piso de contadores, alejado de cualquier opción de que cualquier vecino pudiera ver el hecho y socorrer a la víctima.

Así, los parámetros de partida que deben observarse en cuanto al alegato de que fue la "actitud de la víctima" lo que provocó el hecho hay que puntualizar lo siguiente:

- 1.- La mujer tiene derecho a vestir como estime por conveniente, o a iniciar una relación con un hombre, sin que por ello deba verse sometida a una coactiva relación sexual.
- 2.- La libertad de la mujer para vestir no legitima a ninguna persona a llevar a cabo una relación sexual in consentida, y que inicie una relación con alguien no le permite a otras personas forzarle sexualmente.
- 3.- La decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.
- 4.- Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que "no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer", sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes.
- 5.- Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de ésta última
- 6.- No puede alegarse como excusa para tener acceso sexual de que es la víctima la que lo provoca por su forma de vestir o actuar. Esto último no puede manifestarse como "consentimiento", ya que vestir o actuar no equivalen al consentimiento que se exige para dar viabilidad a una relación sexual "consentida", como ha reiterado esta Sala.
- 7.- No existe el consentimiento presunto entendido por el agresor a instancia de la interpretación subjetiva del autor por la forma que vista o actúe la mujer.
- 14.- Valoración de la declaración de la víctima.

Pese a las dudas que ofrece el recurrente en torno a la declaración de la víctima la valoración del Tribunal de instancia es suficiente y ha sido debidamente valorado por el TSJ. Se trata de respetar en este orden el principio de inmediación y analizar la suficiencia del proceso valorativo. El Tribunal ha observado la declaración de la víctima, y ha llegado a su convicción basado en los criterios ya expuestos por esta Sala en sentencia 119/2019, de 6 de Marzo:

"El Tribunal ha admitido la declaración de la víctima, y con la inmediación que le privilegia concluye que la víctima fue consistente y entiende que es creíble en su versión de los hechos por los que ha sido condenado, pero, sin embargo, el Tribunal no llega a la misma convicción en cuanto al delito de agresión sexual por el que también era acusado sobre el que tratamos con motivo del recurso de la acusación particular.

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

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

- 1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.



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

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

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

En el presente caso los factores que el Tribunal ha fijado en resumen respecto a su convicción de la declaración de la víctima y la credibilidad son los siguientes, que también deben añadirse a los siguientes factores a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo ese proceso de valoración:

- 1.- Se aprecia en la declaración de la perjudicada una coherencia interna en su declaración.
- 2.- No se ha apreciado ánimo espurio de venganza o resentimiento que pueda influir en la valoración de dicha declaración, pese a la distinta valoración de los recurrentes.
- 3.- Detalla claramente los hechos.
- 4.- Distingue las situaciones, los presentes, los motivos.
- 5.- Evidencia una falta de propósito de perjudicar a los acusados.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** 2.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 847 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del Derecho Fundamental del artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución Española que consagra el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva (habiéndose generado indefensión por falta de motivación) y el Derecho a un Proceso con todas las Garantías.

Señala el TSJ en este punto que:

"Interesan los Sres. Narciso y Lucas la aplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 del Código Penal ya que el Sr. Narciso consignó la cantidad de 3000€ y el Sr. Lucas 5000€. La atenuante de reparación del daño tiene como finalidad satisfacer en la medida de lo posible a la víctima con la finalidad de que los acusados reparen los daños ocasionados consecuencia del delito. Por lo tanto, se exige que la acción que derive en la aplicación de la atenuante resulte reparadora. Hay que analizar con carácter previo cómo se realizó en el plenario la petición de la aplicación de esta atenuante que fue rechazada por el Tribunal de instancia. La petición de aplicación de la atenuante se produjo en la fase de informe y de manera accesoria.





No se modificaron las conclusiones provisionales que se elevaron a definitivas, ni se fijaron conclusiones alternativas a la principal, únicamente en la fase de informe y de pasada como dice el fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia de instancia se interesa la aplicación de la atenuante. Se puede observar en el video 7 cómo la defensa del Sr. Narciso se ciñe a decir que se aplique la atenuante referida ante el pago de 3000€. En el video 8 se observa como la defensa del Sr. Lucas dice que se han visto obligados a pagar 5000€ por una responsabilidad civil que no existe, después de señalar que no ha existido perjuicio ni, por tanto, responsabilidad civil que abonar.

... Este es el caso que se nos plantea. Por parte de las dos defensas en ningún momento se alega ni se acredita que las cantidades consignadas lo sean con una finalidad reparadora, ni señalando que son cantidades destinadas a reparar los perjuicios derivados del delito, todo lo contrario, del contenido de las alegaciones efectuadas en la fase de informe por las representaciones letradas del Sr. Narciso y, sobre todo, del Sr. Lucas se desprende que la consignación económica es fruto de aseguramiento de las responsabilidades civiles viéndose obligados a la consignación de dicha cantidad, en ningún momento con la finalidad de reparar el daño".

Se rechaza correctamente la atenuante. No ha existido una oportuna modificación de las conclusiones provisionales, ya que el recurrente lo reconoce en su motivo al expresar que: "Cuestión distinta es lo que manifestara ("expresiones concretas") en vía de informe su anterior defensa letrada, o como ésta introdujera la petición de la aplicación de dicha atenuante". No puede pretenderse alegar por vía de informe una atenuante y no haber modificado las conclusiones provisionales, y exponerlo en ese momento procesal, cuando se debió alegar al inicio del juicio aportando prueba de ello, y posteriormente modificar las conclusiones.

Una frase relevante que debe destacarse en este caso es que "La reparación absoluta y colectiva" es la plasmación de la misma situación provocada entre el "antes" y el "después". Y ello se consigue mediante la íntegra reparación del daño que o vuelve a la situación anterior al perjudicado o le compensa por el causado.

No puede tener por ello el mismo efecto penológico que se condene al acusado al pago de una responsabilidad civil a la víctima del delito que aquél satisfaga de forma voluntaria la cantidad que se estime procedente y adecuada para que la víctima, de alguna manera, tenga una pronta e inmediata satisfacción del daño moral y físico producido por el delito cometido. No ocurre así en este caso, en donde, además, dada la gravedad de los hechos se espera nada menos que al inicio del juicio como si se tratara de un acto matemático que lleva consigo "*un derecho de crédito a la atenuante*" por el hecho de pagar tardíamente, y, además, en un delito de agresión sexual como el aquí declarado probado con tres autores.

En cualquier caso, nótese que aplicada esta pretensión en un delito de agresión sexual debemos recordar que señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 162/2019 de 24 Ene. 2019, Rec. 10609/2018 que:

"Concretamente, decíamos en esta última sentencia que: "En cualquier caso, la reparación ha de ser relevante y satisfactoria desde el punto de vista de la víctima, que no tiene culpa de que el autor del hecho delictivo, sea solvente o insolvente.

A su vez, constituye un referente atendible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc. es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente enjugado y reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales, como es nuestro caso. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás.

El pago de tales perjuicios económicos, aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege. (...) pero es que debemos tener en cuenta que en aquellos delitos que no sean propiamente de contenido patrimonial, en los cuales la determinación de los perjuicios ocasionados a la víctima es más fácil de cuantificar, de aquellos otros en donde la indemnización civil se integra por el daño moral estrictamente considerado, como ocurre en los de contenido sexual, entre otros muchos (como también sucede con los ataques al honor o a la dignidad de las personas), la estimación de una atenuante de reparación del daño tiene que estar plenamente justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito. Dificilmente pueden repararse con una indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal. Ello produce que las resoluciones judiciales en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado".



Debemos hacer constar que en el caso de delitos de agresión sexual, como es el caso, debe tener especial relevancia el momento donde se consigna, cómo se lleva a cabo y el proceder en la forma de alegarlo en el plenario. Todas las circunstancias concurrentes abonan a su desestimación, debido a que se trata de un caso de gravedad relevante, no se consigna la suma ni en el 50% de lo reclamado por el escrito de acusación, que es la suma que acepta luego el Tribunal y no se realiza alegato alguno, sino en la fase de informe explicando este alegato. En los delitos contra bienes estrictamente personales, y más en casos de agresiones sexuales tan graves como la aquí ocurrida no puede admitirse un sistema operativo tan objetivable, que pagada una parte de la suma reclamada por el Fiscal pueda llegar a entenderse que existe el derecho de crédito de la atenuante del art. 21.5 CP. Está razonado debidamente por el TSJ su desestimación.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Narciso

**CUARTO.-** 1.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva consagrados en el art. 24.1 y 2 CE.

Se plantean, en la misma línea que el anterior recurrente, cuestiones afectantes a la presunción de inocencia aunque centradas en valoración de la prueba que ha llevado efecto el tribunal. En este caso, debemos reiterar que el principio de inmediación es clave en la oportuna valoración de la prueba que se ha practicado en el juicio oral. Y al efecto, pese a que el recurrente no lo admita, tanto el tribunal de instancia como el TSJ han valorado acertadamente la prueba. Y ello en relación a la presencia en los hechos del propio recurrente que es reconocido y reflejado en los hechos probados y en la fundamentación jurídica por el propio tribunal y además existe la mención relativa a las pruebas.

De suyo, aunque niegue ser reconocido su presencia ha sido ya reflejada en los hechos, como se constató en el FD nº 2. Y así, entre otros datos se refleja en la valoración probatoria que:

1.- Hay un testigo de cargo, ya que Carmela vio cómo los tres acusados entraban en la finca llegando a reconocer a los tres en el plenario. Este dato ya sitúa a los tres acusados en el escenario donde se cometieron los hechos. Y la circunstancia que se alega de que no se fueran y siguieran adelante pese a que la testigo les dijo que iba a llamar a la policía no altera el relato construido

2.- Señala el Tribunal que "siendo penetrada por Narciso a la vez que realizaba una felación a Lucas. De hecho, los dos últimos llegaron a eyacular en el interior de su cuerpo, al haberse hallado semen de los mismos en zona anal y vaginal.

3.- El hecho probado describe que: "Narciso, Lucas y Nicolas, guiados por un propósito lúbrico, comenzaron a besarla en los pechos y mantuvieron relaciones sexuales con ella por vía vaginal, anal y bucal, permitiendo que cada uno de ellos pudiera hacerlo mientras los otros no dejaban que la víctima pudiera impedirlo". Los tres intervinieron como autores, y los tres participan de una u otra manera en la agresión sexual, bien activamente en un momento concreto, bien colaborado de forma necesaria y directa en que los otros lo hagan.

4.- Señala el Tribunal de instancia "El notable cambio de versión y las contradicciones en el testimonio de los procesados.

a.- Narciso ya desde su primera declaración, admitió haber tenido relaciones-sexuales con Estela, así como que también las habían mantenido Lucas y Nicolas. Lucas, por su parte, se negó a declarar tanto en Comisaría de Policía como al pasar a presencia judicial, manifestando al prestar declaración indagatoria, en la misma línea de Narciso, es decir, que fueron relaciones consentidas, que tuvo sexo con Estela, practicándole ésta una felación a la vez que Narciso accedía carnalmente a la misma.

b.- Manifiesta también, que en un momento dado se marcha y cuando vuelve eran Narciso y Nicolas los que estaban con la chica, y que todo era consentido.

5.- La explicación referida del ADN en cuanto al alegato de los acusados y respuesta del Tribunal.

Señala el Tribunal que "En relación a la posibilidad también apuntada de que tanto Narciso como Lucas no tuvieran sexo anal con la víctima, sino que el semen se hubiera desplazado de la vagina a tal zona, debemos descartar la misma, no sólo por el hecho, de que, en concreto, Narciso admitió haber penetrado analmente a Estela, sino porque la posibilidad más plausible es la que consta en el relato fáctico. Sin olvidar que no afectaría a la calificación de los hechos". En efecto, se trata de una cuestión de poca relevancia, en tanto en cuanto consta el acceso carnal, siendo irrelevante el lugar. La convicción del Tribunal es absoluta.

Es decir, que frente a las dudas que sostiene el recurrente de que fuera reconocido el Tribunal de instancia y el TSJ tras la apelación constatan y reflejan la suficiencia de prueba. Es correcta la suficiencia del proceso valorativo.



Se cuestiona el proceso de valoración de la declaración de la víctima, pero ello ya ha sido tratado en el FD nº 2. No existen datos que hagan dudar de la verdad de lo expuesto por ella en el juicio, y en anteriores declaraciones. No hay razón suficiente y objetivable apta para la duda. Pero es más, hay corroboraciones perfectamente expuestas y relacionadas.

Respecto a la declaración de Jose Enrique "del detalle de encontrar el vecino Jose Enrique la ropa de la víctima perfectamente acomodada en el altillo de la vivienda" no es extremo que ofrezca hacer dudar de que la víctima dice la verdad. Ya hemos expuesto que las reacciones de las víctimas de agresión sexual no tienen por qué obedecer a un patrón de conducta expuesto por los propios recurrentes y de cómo deben comportarse tras este tipo de hechos, porque hay muchas víctimas que reaccionan de forma extraña, y no por ello debe dudarse de la realidad de lo sucedido. Además, el perfil del "comportamiento" de la víctima post violación no puede secuenciarse ni protocolizarse con un estándar medio aplicable a todos los casos. Cada víctima reaccionará de una manera y no por ello se dudará de que lo dijo y cómo lo dijo sea verdad.

En este sentido, el TSJ señala además que:

"Contrariamente a lo manifestado por el Sr. Narciso de la declaración de Paulina no se desprende que en el local ya mantuvieran relaciones sexuales acusado y víctima ya que la testigo manifestó expresamente que no dio tiempo. No obstante este hecho resulta irrelevante a los efectos de determinar si existió delito de agresión sexual ya que el mismo se produjo en la finca de enfrente y no en el local. El testimonio de Carmela y Jose Enrique lo que hace es reforzar de manera periférica el de la víctima, toda vez que inciden es la situación física en la que se encontraba tras la agresión sexual que había sufrido y su estado de embriaguez. Del mismo modo el testimonio de Carmela acredita la presencia de los tres acusados en el lugar de los hechos. Es decir, el tribunal de instancia da por probados unos hechos con base en la prueba practicada en el plenario explicando en la sentencia el fundamento de esta acreditación, que en todo caso resulta lógica y coherente con el resultado probatorio".

Se reitera de nuevo la referencia al semen y que ello no evidencia que hubiera agresión sexual, pero es un dato más que junto a los partes médicos y la versión de la víctima se conecta en la medida en la que el Tribunal ante quien se practica la prueba motiva la convicción de la prueba para tener por enervada la presunción de inocencia, y ello es corroborado por el TSJ en una construcción racional. No hay conclusión arbitraria o irracional y la motivación es suficiente a los efectos de suficiencia constitucional de tutela judicial efectiva. Hay estructura racional de la prueba, lo que significa que los juicios efectuados no son arbitrarios.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** 2.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º LECr y 5.4 LOPJ, fundado en la indebida aplicación de los arts. 178, 179 y 180.1.2º del C.P.

El recurrente plantea que la condena por el delito de agresión sexual viene soportada por un error en la valoración de la prueba que ha determinado dar por probada de manera errónea la existencia de la violencia y la intimidación. Por otro lado, alega que no se puede considerar autor de los hechos al haberse producido error en la valoración de la prueba por no haberse acreditado la existencia de penetración ni vaginal, ni anal, ni bucal.

Añade que se han calificado los hechos como constitutivos de agresión sexual con empleo de fuerza, violencia e intimidación, circunstancias éstas que no han quedado acreditadas tras valorar la prueba, agravando la pena por la participación conjunta de dos o más personas, sin haberse individualizado las acciones que realiza cada uno de los acusados y sin haber analizado, al menos, el grado de participación de los mismos.

Sin embargo, debemos recordar que se plantea este motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM que exige el más absoluto respeto a los hechos probados, donde se recoge que:

"... Narciso , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, con quien intimó un rato. Posteriormente, este Procesado, aprovechando el estado en que se encontraba la víctima, la llevó fuera del local y se introdujo junto a ella en el portal del edificio de la CALLE000 , NUM000 , de Valencia, subiendo al piso de contadores con la intención de mantener relaciones sexuales completas. Al mismo tiempo o con poco intervalo de tiempo de diferencia, Lucas -mayor de edad y sin antecedentes penales- y Nicolas -mayor de edad y con antecedentes penales no computables-, se introdujeron en la finca y se subieron hasta el citado piso, donde estaban el otro procesado y la indicada víctima.

Una vez allí, *tras usar expresiones amenazantes de muerte*, así como de que *si gritaba la llevarían a la frontera con Francia a ejercer de prostituta*, contra Estela para que se callara y emplear la fuerza física para quitarle la ropa y cogerle por las manos, los pies, los pechos, la cadera y otras partes del cuerpo hasta el punto de inmovilizarla, Narciso , Lucas y Nicolas , guiados por un propósito lúbrico, comenzaron a besarla en los pechos y mantuvieron relaciones sexuales con ella por vía vaginal, anal y bucal, permitiendo que cada uno



de ellos pudiera hacerlo mientras los otros no dejaban que la víctima pudiera impedirlo. De los procesados, al menos Narciso y Lucas penetraron vaginal y analmente, dado que dejaron restos de esperma en dichas zonas al no usar ningún tipo de preservativo.

Esta descripción del relato de hechos es de por sí absolutamente clara y diáfana para integrar los mismos en la calificación jurídica por la que se ha dictado la condena de agresión sexual por el empleo de violencia o intimidación, quedando acreditada su concurrencia.

A estos efectos, ha señalado el Tribunal de instancia que:

"Se ha apuntado la posibilidad de calificar los hechos no como violación, sino como abuso sexual, al amparo de lo prevenido en el artículo 181 del Código Penal. Sin embargo, debemos descartar tal tipificación. Evidentemente, ha quedado acreditado que no existió consentimiento para tener relaciones sexuales por parte de Estela, por la simple razón de que en el estado en el que se encontraba, no era capaz de prestarlo. Tal circunstancia, se puso de manifiesto tanto por la pericial del Dr. Luis Angel, como por la de los peritos CI NUM001 y CI NUM002, las cuales ratificaron su brillante y detallado informe, coincidiendo todos los mencionados peritos en calificar el estado de ebriedad que sufría la perjudicada, acrecentado por la medicación que recibía y había tomado, como de sumisión química, próximo al coma etílico.

Sin embargo, ello no le privó totalmente de conciencia, ya que Estela puso de manifiesto cómo recuerda que fueron los tres acusados los que la agredieron sexualmente a la vez que proferían amenazas de muerte y de llevarla a la frontera con Francia para ejercer la prostitución si no se callaba. Ello no colisiona con el hecho de que los vecinos no oyeran los gritos que dijo Estela haber proferido, y que, a su vez, motivaron las amenazas, desde el momento en que la testigo Sra. Carmela dejó constancia de cómo después de haber visto a los muchachos y a la chica subir, los cinco perros existentes en la finca habían estado ladrando.

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

Y el TSJ lo corrobora y desestima el motivo que en sede de apelación se planteó en esa sede, señalando que:

"El Tribunal considera acreditada la existencia de violencia con base en la declaración de la víctima refrendada por el parte de lesiones que narra una serie de lesiones que según declaró el médico forense resulta compatible con las que se pueden producir en el desarrollo de una agresión sexual. Como analiza la sentencia de instancia este hecho por sí ya supondría la aplicación del tipo del art. 179 del Código Penal pero, además, concurre en la acción delictiva la amenaza consistente en decirle a la víctima que se callara o la llevarían a la frontera con Francia a ejercer la prostitución".

Hemos señalado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019 que:

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

Se alega por el recurrente que "no se ha razonado motivadamente la concurrencia de elementos determinantes del tipo cuales son la falta de consentimiento y el empleo de la violencia y la intimidación por parte de los acusados".

Al encontrarnos en un motivo de error iuris relativo al proceso de subsunción de hechos en tipo penal no podemos olvidar que el hecho probado describe claramente la inexistencia de ese consentimiento y el acto forzado mediado por el empleo de violencia o intimidación que se erige en la forma en que se comete el hecho, pero, sobre todo, por:

- 1.- Las amenazas proferidas que llevan consigo una carga que integra la intimidación ambiental propia del lugar descrito en el hecho probado donde tienen lugar los actos de violación grupal. No olvidemos que los actos se cometen por tres personas y que los tres, de una u otra manera, participan.
- 2.- No puede haber abuso sexual donde consta probada la violencia ejercida y que deja prueba médica, pese a que los recurrentes apunten que ello puede ser provocado por la misma secuencia consentida.
- 3.- El consentimiento no consta en modo alguno, y no hay una anulación de la voluntad y la conciencia que lleve a entender que no habría agresión si está privada de ello, ya que no lo estaba, sino que había ingerido alcohol, pero sin perder la total conciencia de lo que estaba pasando y de lo que ocurrió.
- 4.- Queda acreditada la existencia de violencia con base en la declaración de la víctima refrendada por el parte de lesiones, que narra una serie de lesiones que, según declaró el médico forense, resultan compatibles con las que se pueden producir en el desarrollo de una agresión sexual.
- 5.- Hay violencia + intimidación en el caso declarado probado. Se le agrede y se le intimida por medio de la amenaza consistente en decirle a la víctima que se callara o la llevarían a la frontera con Francia a ejercer la prostitución, amenaza que el tribunal considera probada. Nunca puede haber abuso en este caso. Hay violación.
- 6.- Ya dijimos en la Sentencia TS nº 1291/2005, de 8 Nov. 2005, Rec. 263/2005, y en la, Sentencia 344/2019 de 4 Jul. 2019 "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)". Hubo intimidación plena y absoluta en la violación grupal.

7.- Hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 282/2019 de 30 May. 2019, Rec. 10561/2018 el concepto del *vencimiento psicológico propio de la intimidación*, recordando que: "la *emotional violence* anglosajona, o "violencia emocional", es la intimidación que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea "evidente" ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa "violencia emocional" de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocurrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.

Se produce, lo que los anglosajones que han realizado estudios sobre esta violencia sexual en el hogar contra menores por su propio entorno denominan en el derecho anglosajón como *sexual coercion unwanted is sexual activity that happens when you are pressured, tricked, threatened, or forced in a non physical way*; es decir, la coerción sexual como actividad sexual no deseada que ocurre cuando se los presiona, engaña, amenaza o fuerza de una manera no física.

Estas formas de actuar son lo que se concibe como "intimidación", y es lo que determina que el hecho sea calificado de agresión sexual, y no de abuso sexual como pretende el recurrente, por lo que estas modalidades de ejercicio de una "fuerza no física", sino mental, deben ubicarse en el entorno de la agresión sexual por la presión psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo del delito....- En la "intimidación", vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario".

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

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

Señala la doctrina que la intimidación, según el Diccionario de la Real Academia, equivale a «causar o infundir miedo», se trata de la llamada vis psicológica y consiste en amenazar con un mal mediante palabras, gestos u otros procedimientos, debiendo provocar temor en el destinatario, del que se aprovecha el agente para la perpetración de la agresión.

Como han puesto de manifiesto, entre otras, las SSTS de 18 de diciembre de 1991, 24 de febrero de 1993 y 25 de marzo de 1994, la violación mediante procedimiento intimidatorio supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza, amedrentamiento o uso de vis compulsiva, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos o contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva.

Supone por tanto un *constreñimiento psicológico*, o una amenaza de palabra u obra de causar un «daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega».



Por otro lado, no puede admitirse que la alegada ingesta de bebidas alcohólicas por la víctima le priva de la capacidad de oponerse, por cuanto no existe una absoluta anulación de la capacidad de consentir u oponerse, sino un aprovechamiento adicional de los autores de ese consumo de alcohol para vencer la resistencia que podría oponer la víctima, y al emplear la intimidación y la violencia para conseguir la ejecución del acto sexual es cuando existe la agresión sexual, ya que no había una anulación de la voluntad absoluta por el consumo de alcohol al modo que prevé el art. 181 CP en el abuso sexual. Pero lo que es más importante es que existió, y se declara probado, el empleo de violencia e intimidación (en ambas direcciones ejecutivas) para perfeccionar y conseguir el acceso carnal. No hay presunción de abuso sexual no consentido del art. 181.2 CP, hay agresión sexual por la concurrencia de violencia e intimidación declarada probada, pese a la distinta valoración del recurrente.

Respecto a la intervención de los tres recurrentes en los hechos y la individualización hay que hacer mención a que consta la presencia de los tres en los hechos, probada la concurrencia de la prueba del ADN en dos y la convicción de que el tercero.

Hemos señalado en el FD nº 2 que fue atacada sexualmente por los tres.

Señala el Tribunal que "siendo penetrada por Narciso a la vez que realizaba una felación a Lucas . De hecho, los dos últimos llegaron a eyacular en el interior de su cuerpo, al haberse hallado semen de los mismos en zona anal y vaginal. No así de Nicolas , pero ello no excluye que accediera carnalmente a Estela , puesto que, pese al estado de intoxicación en que la misma se encontraba, fue recuperando la memoria y tiene plena conciencia de que todos ellos participaron en tan vejatoria agresión sexual".

Con ello, tanto el presente recurrente como los otros dos intervinieron en la agresión, si bien de Nicolas también manifiesta que intervino en los hechos aunque no se hallara semen del mismo.

Recordemos, en cualquier caso que el hecho probado describe que: " Narciso , Lucas y Nicolas , guiados por un propósito lúbrico, comenzaron a besarla en los pechos y mantuvieron relaciones sexuales con ella por vía vaginal, anal y bucal, permitiendo que cada uno de ellos pudiera hacerlo mientras los otros no dejaban que la víctima pudiera impedirlo". Los tres intervinieron como autores, y los tres participan de una u otra manera en la agresión sexual, bien activamente en un momento concreto, bien colaborando decisiva y directamente en que los otros lo hagan.

La vecina de la finca Carmela vio como los tres acusados entraban en la finca llegando a reconocer a los tres en el plenario. Este dato ya sitúa a los tres acusados en el escenario donde se cometieron los hechos. Y los tres son partícipes y copartícipes de los hechos cometidos, tanto por los propios, como por los demás.

Se ha señalado por el Tribunal que la víctima manifestó recordar que los tres acusados mantuvieron relaciones sexuales con ella utilizando para ello fuerza física para sujetarle de piernas, manos y cadera. No hay exclusión de ninguno de ellos.

En cualquier caso, sobre la participación de más de tres personas en este tipo de actos hemos señalado en la sentencia de este Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019 que:

"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.

...

La intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, que no de consentimiento.

...

En las agresiones sexuales múltiples hay "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".

En cualquier caso, la corresponsabilidad atañe a todos y cada uno de los intervinientes en la comisión de la violación grupal por la presencia de los mismos en el ataque a la libertad sexual porque quien actúa en la fase de ejecución del delito de violación es coautor, no cooperador necesario, y el tercer recurrente también intervino y coadyuvó a la comisión del delito que lo es grupal aunque con responsabilidades individuales. No se actuó por los tres solo en una fase previa, sino que consta probado que estaban allí los tres, y esto es hecho probado y en la fase ejecutiva de la agresión sexual la autoría se integra en esa participación individual en los actos de cada uno y al mismo tiempo grupal. Y, así, la mejor doctrina para distinguir la coautoría de la participación nos dirá que, existiendo un plan común, y aceptándose la teoría del dominio funcional del hecho, la única posibilidad de diferenciar la autoría de la participación necesaria radica en el momento en que tiene lugar la aportación esencial al curso de los acontecimientos. Si acaece en la fase de ejecución es coautoría. Si tiene lugar en la fase preparatoria es cooperación necesaria.

Los actos amenazantes y la violencia fue grupal y se atribuye a los intervinientes que de forma orquestada estaban en el lugar recóndito descrito en el hecho probado donde llevaron a cabo la agresión sexual, ejerciendo la violencia y la intimidación y aprovechándose al mismo tiempo, y como adición, del estado de la víctima. Coautoría, pues, en la actuación conjunta en la violación. Quede claro, pues, que quien violenta in situ a la víctima, mientras otro la penetra, o agrede sexualmente, mucho más si luego ambos actores intercambian las posiciones de protagonismo típico en el nuevo acceso, es, en puridad, coautor.

El motivo se desestima.

**SEXTO.-** 3.- Por Infracción de ley al amparo del artículo 849.1º fundado en la inaplicación de la atenuante de reparación del daño causado del art. 21.5ª o su atenuante analógica del artículo 21.7ª del CP.

Este tema ya ha sido tratado con detalle en el FD nº 3 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

**SÉPTIMO.-** 4.- Infracción de ley al amparo del artículo 849.1º por infracción del artículo 21.1ª y art 21.7ª en relación con el art. 20.2ª del CP, fundado en la inaplicación de la atenuante de actuar el culpable a causa de su grave adición a las sustancias mencionadas en número 2 del artículo anterior.

Se alega que debió ser apreciada la circunstancia atenuante analógica de embriaguez del art. 21.7ª en relación con los arts. 21.1ª y 20.2ª del Código Penal atendiendo al consumo de alcohol de la noche en la que ocurrieron los hechos.

El Tribunal de instancia desestimó la admisión de esta circunstancia modificativa de responsabilidad penal señalando que: "si bien no se cuestiona que los acusados hubieran bebido previamente a cometer los hechos; no se ha practicado prueba alguna que evidencie el grado de intoxicación etílica que, supuestamente, presentaban, habiendo podido someterse a las pruebas pertinentes a tal fin. Por otro lado, el relato fáctico que hemos declarado probado no casa bien con una embriaguez en un grado tal que permitiera considerar la aplicación e la atenuante recogida en el artículo 21,1º en relación con el 20,2º del Código Penal".

En la sentencia del TSJ se complementa la valoración apuntando que:

"Por parte de los acusados se alega debió ser apreciada la circunstancia atenuante analógica de embriaguez del art. 21.1, 21.7 y 20.2 del Código Penal atendiendo al consumo de alcohol de la noche en la que ocurrieron los hechos. En concreto el Sr. Narciso alega la existencia de un informe de la UCA Trinitat que acredita un tratamiento de desintoxicación del alcohol en agosto de 2017 así como un informe forense de 9/04/2019 que concluye que un elevado nivel de alcohol en sangre hubiera impedido mantener relaciones sexuales al ser el alcohol un inhibidor e impedir la erección del miembro viril. El Sr. Lucas alega el consumo de alcohol



y sustancias tóxicas con base en un análisis toxicológico realizado posteriormente a los hechos estando en prisión y a los testimonios de los testigos. Por último el Sr. Nicolas alega los informes médicos y de la UCA donde se acredita su tratamiento de deshabitación y el padecimiento de un déficit de atención desde la infancia.

...

Ciertamente del desarrollo del juicio no se observa que los acusados tuvieran sus facultades intelectivas y volitivas afectadas de tal modo que no comprendieran la ilicitud del hecho que estaban cometiendo o su capacidad de discernimiento estuviese limitada de manera leve en el momento de los hechos. Tanto de la declaración de hechos probados como de la fundamentación jurídica de la sentencia, así como de la prueba practicada lo que se desprende es una total conciencia y conocimiento de lo que los acusados estaban realizando. El relato de los hechos de los acusados y el testimonio de Carmela, vecina de la finca donde ocurrieron los hechos, denota que los tres tenían perfecta conciencia de lo que estaban haciendo. Las conversaciones mantenidas con Carmela cuando ésta les recrimina que hayan accedido a la finca, el hecho de que el Sr. Nicolas le pidiera papel para hacerse un porro o las expresiones que ella escucho son significativas del control de la situación. Quién sí que estaba afectada por el alcohol era la víctima como se acredita por los informes periciales y los testimonios de Carmela y de Jose Enrique (vecino de la finca). El relato de los acusados no se compadece con el de unas personas que en el momento de los hechos tuvieran alteradas sus capacidades intelectivas y volitivas por el consumo de alcohol ya que si esto hubiera sido así difícilmente pudieran haber penetrado a la víctima vaginal y analmente como señala el informe del médico forense de 9/04/2019".

Se refiere el art. 20.2 CP al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, y la vía del art. 21.2 CP en todo caso como atenuante a la grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo 20 CP, postulándose como analógica por la vía del art. 21.7 en relación con el art. 21.1 CP.

En base a los hechos probados y a la argumentación jurídica debemos concluir que no queda suficientemente acreditado, ni tan siquiera para apelar a la atenuante analógica que durante el desarrollo del juicio oral se evidencie que los acusados tuvieran sus facultades intelectivas y volitivas afectadas, de tal modo que no comprendieran la ilicitud del hecho que estaban cometiendo o que su capacidad de discernimiento estuviese limitada de manera leve en el momento de los hechos. Así, exponemos que tanto de la declaración de hechos probados como de la fundamentación jurídica de la sentencia, así como de la prueba practicada, lo que se desprende es una total conciencia y conocimiento de lo que los acusados estaban realizando.

No existe constancia en los hechos probados de este dato, y no consta probada con el grado de relevancia exigible, porque ello le compete a quien lo alega, que se pueda pretender aplicar en esta sede esta atenuante invadiendo la inmediatez del Tribunal, y cuando no consta una suficiencia, lejos de la alegación del recurrente, que evidencie una afectación a la conciencia y voluntad de los autores que les haga acreedores de la atenuante analógica, porque ni tan siquiera levemente hay constancia de esta afectación. Y, además, recordemos que esta se requiere al momento de los hechos, no en momentos anteriores. Y este dato no consta, como señala el Tribunal.

Recordemos que la atenuante analógica, que encuentra su fundamento en que permite proporcionar mejor la pena a la culpabilidad del autor en aquellos casos en que la disminución de la capacidad de culpabilidad no ha sido de una intensidad suficiente para apreciar la eximente incompleta, se apreciará cuando la intoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas no sea plena ni de notoria importancia, pero con efectos sobre la imputabilidad, es decir, cuando la afectación de las facultades cognoscitivas y volitivas del sujeto es leve o no grave.

Señala la mejor doctrina al respecto que la atenuante analógica en relación con la eximente incompleta, se deja para aquellos supuestos en que, aun dándose todos los requisitos de la eximente, las facultades del sujeto estén sólo levemente alteradas, independientemente de que padezca o no una grave adicción, es decir, se aplicará, por ejemplo, cuando el delito se ha cometido por una persona que, sea o no adicto, se encuentra en estado de intoxicación en el momento de cometerlo de forma que estén afectadas levemente su conciencia y voluntad, o cuando lo comete bajo un síndrome de abstinencia que le impide levemente comprender la ilicitud del acto y actuar conforme a esa comprensión. Pero esta circunstancia está exenta de prueba respecto "al momento de los hechos". Y el Tribunal ha motivado adecuada y racionalmente su desestimación. De los documentos que se citan no se evidencia esa afectación el día de los hechos.

El motivo se desestima.





**OCTAVO.-** 5.- Infracción de ley del art. 849.1º LECriminal por indebida aplicación del artículo 72 del Código Penal y del principio de proporcionalidad, falta de motivación en la individualización de las penas impuestas, e inaplicación de la eximente del 20.2º del Código Penal o subsidiariamente de los arts. 21.1º, 5º y 7º en relación con el artículo 66.2 del Código Penal.

Señala que ha sido condenado junto con el resto de acusados a un total de 15 años de prisión.

Motiva el Tribunal la pena en el FD nº 5º señalando que "teniendo en cuenta las penas previstas para los delitos objeto de condena, la petición formulada por el Ministerio Público, y las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, inclusive las personales de los acusados y las de la víctima, estima la Sala que procede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 66,6º del Código Penal, e imponer las penas en la extensión solicitada por la acusación pública, es decir, en su grado máximo, quince años por el delito de violación.

Ello es así, por la prevalencia que ejercieron los acusados no sólo al hecho de ser tres varones, jóvenes, sanos y fuertes, al parecer uno de ellos experto en artes marciales, frente a una mujer de complexión pequeña y ni mucho menos atlética, sino también de la importante ebriedad de que la misma presentaba. Con todo, buscaron un lugar que les procurara impunidad y la posibilidad de consumir su acción sin verse sorprendidos, actuando de forma totalmente vejatoria y con total desprecio de la dignidad que todo ser humano merece, dejando a su víctima desnuda y desvalida, viéndose así expuesta a las miradas de los vecinos que la vieron en tan lamentable estado cuando, finalmente, consiguió salir del cuarto de contadores. Por no mencionar que, ni siquiera les preocupara. Si su integridad física corría peligro después de los actos a los que había sido sometida y la intoxicación que padecía, como bien apuntó el Ministerio Fiscal en su brillante informe, Estela fue utilizada como un juguete por los acusados, y por tal motivo son merecedores del reproche penal máximo".

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

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

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

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

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

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

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





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

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

#### "1.- El grado de discrecionalidad

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

#### 2.- La motivación en el mínimo legal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Debe entenderse, así, que el Tribunal ha cumplido con el estándar exigido de motivación, ya que:

1.- El hecho es de una gravedad evidente. Se trata de una violación grupal de tres personas a una mujer en un lugar escondido, ejerciendo violencia e intimidación probadas y acreditadas, y, además, aprovechándose de las condiciones que tenía por haber ingerido alcohol.

2.- La descripción del relato de hechos es elocuente para conllevar la pena impuesta.

3.- Consta probado que "después de todo ello, Lucas y Nicolas se bajaron juntos y salieron por el portal de la finca, mientras que, pocos minutos después, Narciso salió solo por el portal, dejando desnuda y sin posibilidad de moverse con autonomía a Estela, que fue vista por varios vecinos que le dieron ropas para taparse y avisaron a la policía, hasta que se descubrió la vestimenta de la víctima en el cuarto de contadores donde se produjeron las relaciones sexuales no consentidas y violentas".

4.- Los autores son tres varones, jóvenes, sanos y fuertes, al parecer uno de ellos experto en artes marciales, frente a una mujer de complexión pequeña y ni mucho menos atlética, sino también de la importante ebriedad de que la misma presentaba.

5.- Buscaron un lugar que les procurara impunidad y la posibilidad de consumir su acción sin verse sorprendidos, actuando de forma totalmente vejatoria y con total desprecio de la dignidad.

6.- La víctima fue expuesta a las miradas de los vecinos que la vieron en tan lamentable estado cuando, finalmente, consiguió salir del cuarto de contadores.

7.- Estela fue utilizada como un juguete por los acusados, y por tal motivo son merecedores del reproche penal máximo.

8.- El acto fue humillante para una mujer.

Con estos parámetros existe un suficiente proceso de motivación que en el arco de la pena impuesta con independencia de que solo ha sido objeto de sanción penal la autoría e intervención propia, no la coparticipación en los restantes hechos cometidos por los demás. Y, como apunta el Ministerio Fiscal, la víctima fue objeto de varias agresiones o penetraciones por diferentes vías, vaginal, anal y bucal por los tres acusados (así consta en los hechos probados al citar que *mantuvieron relaciones sexuales con ella por vía vaginal, anal y bucal, permitiendo que cada uno de ellos pudiera hacerlo mientras los otros no dejaban que la víctima pudiera impedirlo*), de manera que si se hubieran individualizado, bien podrían haber sido objeto de punición específica cada una de ellas, lo que en términos punitivos habría supuesto una condena mucho más rigurosa (cfr. SSTS 216/2019 de 24 de abril, y 344/2019 de 4 de julio).

No se han aceptado las circunstancias modificativas de responsabilidad penal que proponen los recurrentes.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Nicolas

**NOVENO.-** 1.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL al amparo de lo prevenido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al encontrarse la Sentencia afectada por motivo de nulidad del nº 3 del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el art. 24.2 de la Constitución que consagra el derecho a un proceso público con todas las garantías.

Se basa la pretendida nulidad en que se solicitaba expresamente mediante Otrosi, en virtud de lo previsto en el artículo 791 de la LECRIM, la celebración de Vista en segunda instancia toda vez que se estimaba imprescindible, y así se consignó, la reproducción de las grabaciones de la Vista Oral, indispensable para la correcta formación de una convicción fundada. La solicitud de Vista fue denegada mediante Providencia de fecha 30 de Julio de 2.019, poniendo de manifiesto que no existían méritos que justificasen la celebración de vista pública, decidiendo no señalar la misma, y resolviendo mediante la deliberación, votación y fallo del Tribunal. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia, tras dictar la citada Providencia -en la que se advierte oportunamente que contra la misma cabe la interposición del correspondiente recurso de súplica, en el plazo de tres días-, y antes de que transcurriera el plazo para la formulación de cualquier impugnación (que finalizaba el 3 de Septiembre de 2.019), procedió, sin más trámite, en fecha 31 de Julio de 2.019, a resolver el recurso



de apelación mediante la Sentencia 114/2019, sin haber escuchado a las partes en la Vista solicitada, y sin haberles permitido recurrir la denegación de dicha vista, salvaguardando su derecho de defensa.

El art. 791.1 LECRIM regula la vista en dos vías, a saber:

*1.- Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, en su caso, que el Secretario judicial señale día para la vista.*

*2.- También podrá celebrarse vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada.*

Con ello, no se da el caso de proposición de prueba, y con respecto a la reproducción de la grabada hay que señalar que la petición de vista por una de las partes (en este caso las tres de la defensa) no es vinculante para el Tribunal como se desprende de lo previsto en el art. 791.1 LECRIM que se refiere a las partes. Y a estos efectos, será el Tribunal el que si lo pide una de las partes valorará si puede entender que la vista le ayudaría a una mejor formación de la causa, pero estando reproducidos los motivos del recurso no hay una auténtica indefensión material derivada de la negativa a la admisión de la vista.

La nulidad que se predica está relacionada con la circunstancia de que se haya podido producir una indefensión material y lejos, o además, del invocado aspecto formal debe acreditarse cuál ha sido la indefensión material sufrida por el recurrente, con lo que el juicio del análisis es ex post y no ex ante. Por ello, debe analizarse en qué medida el análisis de los motivos de la apelación tal cual se ha verificado, y sin que todas las partes lo insten, haya podido causar indefensión ante la circunstancia de no exponer oralmente los motivos del recurso que se habían presentado por escrito y que el TSJ estudió en cada uno de ellos, sin que se aprecie omisión alguna en la respuesta del Tribunal ante los motivos de apelación que se sustentaban en los recursos.

El TSJ no apreció la viabilidad de la vista entendiendo que estaba debidamente instruido ante los motivos expuestos por el Tribunal, pudiendo revisar la prueba practicada en el plenario. Y, de suyo, el TSJ revisó el juicio cuando tuvo dudas de lo ocurrido, y así consta en el FD nº 7 de la sentencia donde señala que: *"Se puede observar en el video 7 como la defensa del Sr. Narciso se ciñe a decir que se aplique la atenuante referida ante el pago de 3000€. En el video 8 se observa como la defensa del Sr. Lucas dice que se han visto obligados a pagar 5000€ por una responsabilidad civil que no existe, después de señalar que no ha existido perjuicio ni, por tanto, responsabilidad civil que abonar".*

Y aunque se alegue la existencia de una infracción, que no la hay, no olvidemos que ha entendido esta Sala, en línea con el Tribunal Constitucional, que no toda infracción de las normas procesales o irregularidad en su aplicación provoca indefensión material con relevancia constitucional. Es decir, privación real y efectiva del derecho de defensa. Porque esta indefensión debe especificarse en qué medida, dónde y en qué aspecto se ha producido.

El propio recurrente sostiene y reconoce en su motivo que *ninguna de las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha introducido la obligatoriedad de la Vista en segunda instancia, pero también lo es que para la correcta formación de una convicción fundada, sobre todo en aquellos casos, como el que nos ocupa, en los que se suscitan numerosas cuestiones sobre la valoración y la insuficiencia de la prueba de la que se deriva la condena de los acusados, nada más y nada menos, que a quince años de prisión, parece lo más garante con los derechos fundamentales, la celebración de la misma.*

Con ello, se admite la no preceptividad de la celebración de la vista, y solo su procedencia para el Tribunal, pero si éste no lo considera y existe, obviamente, la aportación de los motivos por escrito, la reproducción oral de los mismos no le otorga una mayor garantía si el Tribunal se considera debidamente instruido con los escritos presentados.

En consecuencia, la parte recurrente puede interesar la celebración de una vista para la reproducción de los extremos concretos de la grabación que se solicite sean visionados, como así consta en el art. 791.1 LECrim. Sin embargo, entendemos que no es preceptivo que el tribunal señale vista, ya que la inclusión de la expresión «en su caso» introducida en el art. 791.1 LECrim conlleva que sea facultativa del tribunal la celebración de la vista, lo cual es lógico, y más si no lo piden todas las partes, aunque sea solo todas las de la defensa.

Así, con respecto a la indefensión material recuerda esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 821/2016 de 2 Nov. 2016, Rec. 733/2016 que la doctrina constitucional ( SSTC. 25/2011, de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo, entre otras muchas) recuerda que la indefensión constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la



posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.

Es decir que «para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado» ( STC 185/2003, de 27 de octubre; y STC 164/2005 de 20 de junio).

Con respecto a la circunstancia de haber resuelto antes del alegado no transcurso del plazo para recurrir la suplica hay que recordar que el Tribunal acordó denegar la celebración de la vista por providencia de 30 de julio de 2019, y que el recurso de súplica solo se puede interponer contra los autos y no contra las meras providencias ( art. 236 LECriminal). Así pues, el dictado de la sentencia, sin esperar a que finalizara el plazo para interponer el recurso que se menciona, no ha infringido norma procesal alguna y no ha generado indefensión al recurrente. En el supuesto actual no cabe apreciar la concurrencia de la causa invocada para interesar la nulidad de todo el proceso.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO.- 2.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL** al amparo de lo prevenido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE).

Señala el recurrente que la Sentencia se limita a argumentar la condena basándose en tres elementos: la declaración de la supuesta víctima, Estela , la existencia en el cuerpo de la misma de semen de los otros coimputados que no son el recurrente, y lo que cataloga como corroboración periférica, la declaración de la testigo Carmela .

Señala el recurrente que "NUNCA SE NEGÓ POR PARTE DE Nicolas haber estado en aquel lugar. De hecho, en su primera declaración ante el Juez Instructor (Folio 175 y ss. Tomo I) explica abiertamente lo que hizo aquella noche y lo que pudo observar en relación a la denunciante, admitiendo que subió con Lucas al cuarto de contadores, donde Estela y Narciso se encontraban manteniendo relaciones sexuales".

Y añade que "se demandó del Tribunal Superior de Justicia la devolución de los autos a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial a fin de que refirieran cómo valoraban y qué alcance le otorgaban a los testimonios ofrecidos por María , Paulina , Jose Enrique , Antonio , Aureliano , Tamara , y los Policías NUM003 , NUM004 , NUM005 , NUM006 , NUM007 , entre otros, decretando la nulidad de la Sentencia a fin de dar cumplimiento a la tutela judicial efectiva. El Tribunal se limitó a desestimar el motivo tal y como hemos señalado aludiendo, de manera también insuficiente, a que bastó con la denunciante y la testigo sobre las que se erige la resolución condenatoria".

Pues bien, por un lado, hay que señalar que, como apunta la doctrina, para valorar y determinar la culpabilidad es posible aislar un elemento «objetivo» (la precitada «mínima actividad probatoria de cargo») y otro «subjetivo» (la «valoración» de ese material probatorio). La prueba de descargo suele significarse como el "reverso" de la aportada por la acusación para fundar una declaración de condena. Pero no quiere decir que cuando existan pruebas de descargo la condena es inviable, sino que la construcción de la prueba de descargo se enmarca en un proceso valorativo a llevar a cabo por el Tribunal en torno al peso probatorio de unas y otras pruebas, del que debe deducir y extraer el Tribunal un proceso valorativo que le lleve a concluir si la prueba de cargo es bastante para enervar la presunción de inocencia.

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

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





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

En consecuencia, pese a los extremos alegados por el recurrente el contexto global de la prueba valorada por el Tribunal permite admitir la valoración llevada a cabo por el Tribunal ante quien se ha practicado la prueba.

Sin embargo, hay que añadir que se ha especificado en el FD nº 2 el proceso de motivación que ha existido al respecto, y en cualquier caso lo alegado no implica necesariamente que se deba dar una respuesta individualizada y específica por cada una de las diligencias de prueba que se hayan realizado, sino únicamente respecto a aquellas que puedan tener incidencia probatoria en la formulación del juicio de autoría o participación.

Además, el recurrente se limita a plantear la cita de los testigos que expone, pero no se explica en qué medida esas declaraciones y sus contenidos pudieron ser relevantes y en qué medida y con respecto a qué extremo o circunstancia sobre lo que el Tribunal formó su convicción.

De lo que se trata en estos casos, a fin de valorar si existe prueba de cargo, o si la de descargo es relevante, es lo que la doctrina refiere sobre el adecuado proceso de motivación de la sentencia y si existe motivación en torno a la prueba. Y sobre ello, se ha realizado un adecuado análisis en el FD nº 2 de esta sentencia. Pero en este caso se constata la "suficiencia de la prueba".

El motivo se desestima.

**DÉCIMO PRIMERO.-** 3.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL de conformidad con lo prevenido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración de la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE).

Cuestiona el recurrente el testimonio de Carmela , y, por ello, impugna el recurrente la idoneidad y suficiencia de la declaración de la víctima como prueba de cargo, argumentando que las corroboraciones no son fiables y que otras pruebas distintas permiten cuestionar la validez probatoria de aquella declaración.

Este tema ha sido debidamente analizado anteriormente en el FD nº 2 donde se especifica de forma clara el proceso de convicción en la valoración de la declaración de la víctima y la corroboración existente al que nos remitimos.

El recurrente efectúa una plasmación por esta vía de cuáles fueron las declaraciones de víctima y testigos, y ofreciendo un resultado valorativo distinto al llevado a cabo por el Tribunal entendiendo no creíble la versión que se ofreció, y, con ello, la conclusión alcanzada por el Tribunal, pero ello está vedado en sede casacional al no respetarse el hecho probado, y más aún cuando ya ha habido una valoración de la prueba por el TSJ que impide una revaloración casacional ante el motivo suscitado.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** 4.- POR INFRACCIÓN DE LEY al amparo de lo dispuesto en el nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 179 del Código Penal.

Sostiene el recurrente al amparo del art. 849.1 LECRIM que el relato de Hechos Probados no establece como hecho probado que Nicolas penetrara vaginal, anal o bucalmente a Estela y, por tanto, no concurre el elemento objetivo exigido por el tipo penal consistente en "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías".

Señala el hecho probado que " Narciso , Lucas y Nicolas , guiados por un propósito lúbrico, comenzaron a besarla en los pechos y mantuvieron relaciones sexuales con ella por vía vaginal, anal y bucal, permitiendo que cada uno de ellos pudiera hacerlo mientras los otros no dejaban que la víctima pudiera impedirlo. De los procesados, al menos Narciso y Lucas penetraron vaginal y analmente, dado que dejaron restos de espermatozoides en dichas zonas al no usar ningún tipo de preservativo".

Así, lo que consta en los hechos probados es que los tres recurrentes tuvieron relaciones sexuales con la víctima, por vía vaginal, anal y bucal, aunque solo se encontraran restos de espermatozoides o material genético de dos de ellos; es decir, se trata de que solo se halló esta prueba respecto de ellos, pero el Tribunal llega a la convicción de que los tres actuaron como se recoge en los hechos probados, en base a la declaración de la víctima.

Así, pese a que el recurrente cita doctrina de esta Sala al respecto de la claridad de los hechos probados debe fijarse que, en efecto, como se ha constatado, al alegarse el error iuris, el acceso carnal existe por cuanto





consta que *mantuvieron relaciones sexuales con ella por vía vaginal, anal y bucal, permitiendo que cada uno de ellos pudiera hacerlo mientras los otros no dejaban que la víctima pudiera impedirlo*, para referirse a los tres, con lo que es adecuado y correcto el proceso de subsunción de los hechos en el tipo penal por el que han sido condenados.

En cualquier caso, hemos recordado en el FD nº 4 que en cualquier caso, la corresponsabilidad atañe a todos y cada uno de los intervinientes en la comisión de la violación grupal por la presencia de los mismos en el ataque a la libertad sexual, porque quien actúa en la fase de ejecución del delito de violación es coautor, no cooperador necesario, y el tercer recurrente también intervino y coadyuvó a la comisión del delito, que lo es grupal, aunque con responsabilidades individuales. No se actuó por los tres solo en una fase previa, sino que consta probado que estaban allí los tres, y esto es hecho probado y en la fase ejecutiva de la agresión sexual la autoría se integra en esa participación individual en los actos de cada uno, y, al mismo tiempo, grupal. Y, así, la mejor doctrina para distinguir la coautoría de la participación nos dirá que, existiendo un plan común, y aceptándose la teoría del dominio funcional del hecho, la única posibilidad de diferenciar la autoría de la participación necesaria radica en el momento en que tiene lugar la aportación esencial al curso de los acontecimientos. Si acaece en la fase de ejecución es coautoría. Si tiene lugar en la fase preparatoria es cooperación necesaria.

Los actos amenazantes y la violencia fue grupal y se atribuye a los intervinientes que de forma orquestada estaban en el lugar recóndito descrito en el hecho probado donde llevaron a cabo la agresión sexual, ejerciendo la violencia y la intimidación y aprovechándose al mismo tiempo, y como adición, del estado de la víctima. Coautoría, pues, en la actuación conjunta en la violación. Quede claro, pues, que quien violenta in situ a la víctima, mientras otro la penetra, o agrede sexualmente, mucho más si luego ambos actores intercambian las posiciones de protagonismo típico en el nuevo acceso, es, en puridad, coautor. Y que la víctima fue objeto de varias agresiones o penetraciones por diferentes vías, vaginal, anal y bucal por los tres acusados, de manera que si se hubieran individualizado, bien podrían haber sido objeto de punición específica cada una de ellas, lo que en términos punitivos habría supuesto una condena mucho más rigurosa según ya expusimos en las SSTS 216/2019 de 24 de abril, y 344/2019 de 4 de julio.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO TERCERO.-** 5.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 24.2 DE LA CONSTITUCIÓN, DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y POR INFRACCIÓN DE LEY en virtud de lo dispuesto en el nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 178 del Código Penal.

Se solicita la inaplicación del artículo 178 del Código Penal. Se une este motivo de error iuris al alegato de presunción de inocencia, sobre el que ya nos hemos pronunciado, afirmando la existencia de prueba de cargo suficiente y adecuado proceso de motivación por el Tribunal de instancia y la racionalidad del análisis del TSJ.

Este motivo ya ha sido analizado con detalle en el FD nº 5 al analizar con sumo detalle la concurrencia de los requisitos que llevan a la condena por la vía de los arts. 179 y 180,1-2º del Código Penal, al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO CUARTO.-** 6.- POR INFRACCIÓN DE LEY al amparo de lo dispuesto en el nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 180.1.2º del Código Penal.

Se invoca por el recurrente "la errónea calificación jurídica del supuesto de la agravación consistente en que los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas".

Resulta evidente que la acción conjunta de los tres acusados facilitó los actos de agresión sexual e impidió que la víctima pudiera defenderse. Ese es el sentido de la agravación: reconocer que la actuación grupal supone un plus de desvalor antijurídico.

Sobre esta agravación hemos señalado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019 que "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.

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 que justifican su existencia".

En cualquier caso, el recurrente ha sido condenado como autor material y no como cooperador necesario. Sin embargo, el recurrente sostiene que sería en todo caso un cooperador necesario, y no coautor material de la agresión sexual. Pero no es esta la convicción a la que llega el Tribunal que lo condena como autor y lo incluye en el relato de hechos probados en la forma antes descrita. No es un tercero que coadyuva externamente al hecho, sino que queda probado que participa en él. Es autor. Su participación es directa, e integra la agravación por la que se les condena y eleva la penalidad impuesta.

En cualquier caso, ya dijimos en la STS 338/2013, de 19 de abril, que se mantiene la misma interpretación que las anteriores resoluciones citadas, y va más allá, distinguiendo dos situaciones:

1.- 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

2.- 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". Pero no es este el caso en el que actúan tres.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO QUINTO.- 7.- POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA** de conformidad con lo preceptuado en el nº 1 del artículo 851 de la LECriminal.

Sostiene el recurrente que la sentencia no expresa clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados, y además resulta manifiesta la contradicción entre lo reseñado en el apartado fáctico y las afirmaciones de hecho que se recogen en los fundamentos jurídicos.

Apunta que "si en los hechos probados no se afirma que *Nicolas* tuviera acceso carnal con la denunciante, dicha conclusión no puede alcanzarse más tarde en los argumentos jurídicos, pues existe una manifiesta incompatibilidad que provoca la inseguridad y la indefensión del justiciable".

En los hechos probados se incide en que se recoge que *Narciso*, *Lucas* y *Nicolas*, guiados por un propósito lúbrico, comenzaron a besarla en los pechos y mantuvieron relaciones sexuales con ella por vía vaginal, anal y bucal, permitiendo que cada uno de ellos pudiera hacerlo mientras los otros no dejaban que la víctima pudiera impedirlo. Ya se ha tratado este tema, por cuanto la inexistencia de restos de semen suyos en la víctima, a diferencia de los otros dos recurrentes, no puede servir de justificación para alterar los hechos excluyendo al recurrente de los actos de penetración. Colabora en la ejecución del hecho como consta probado y se ha analizado debidamente con anterioridad.

Debemos recordar, así, que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 62/2013 de 29 Ene. 2013, Rec. 10145/2012 que:

"La esencia de la contradicción fáctica consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal modo que una afirmación reste eficacia a la otra, al excluirse entre sí, produciéndose con ello una laguna en la fijación de los hechos ( STS núm. 117/2007, de 13 de febrero). Ello supone que la contradicción ha de ser interna al hecho probado y de tal entidad que desemboque necesariamente en conclusiones insostenibles, de forma que los extremos fácticos a los que se atribuya el defecto se encuentren enfrentados, en oposición manifiesta, afectando además a hechos o circunstancias esenciales que influyan causalmente en el fallo ( STS núm. 16/2007, de 16 de enero).

Se aparta la recurrente de esta primordial exigencia y, en general, de la técnica casacional exigible al quebrantamiento de forma por contradicción fáctica. Y ello porque este primer vicio formal, objeto de consideración en innumerables precedentes jurisdiccionales de esta Sala, requiere:

- 1) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que significa que no solamente sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y, sobre todo, determinante de una incompatibilidad intrínseca en el seno del relato histórico, con recíproca exclusión de los dos términos contrapuestos;
- 2) que sea interna, en el sentido de que emane de los términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los propios vocablos, expresiones o pasajes del relato;
- 3) que sea causal o, lo que es lo mismo, determinante de incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo de la sentencia; y
- 4) que sea relevante, en el sentido de insubsanable, de modo que, afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada, la supresión de los términos contrapuestos determine la insuficiencia del relato como sustento fáctico del fallo de la resolución, pues si la contradicción afecta a un elemento intrascendente para la responsabilidad enjuiciada el defecto es inocuo ( STS núm. 360/2010, de 22 de abril)".



En este caso ( Sentencia del Tribunal Supremo 671/2016, de 21 de julio), para que sea viable este motivo es preciso la ausencia de expresión clara y terminante de los hechos probados, por las radicales consecuencias que conlleva, y semejante defecto "in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incomprensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado.

Supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones.

Este motivo solo puede prosperar "cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o existan omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos" ( Sentencia del Tribunal Supremo 856/2015, 837/2015 o la más reciente 44/2016).

Por lo tanto, el vicio debe deducirse directamente del apartado fáctico y se desenvuelve en el ámbito de lo gramatical e inteligible desde esta perspectiva, de forma que no cabe enfrentarlo a la propia valoración de la parte sobre los hechos que debieron declararse probados.

La jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS nº 671/2016, de 21 de julio), ha establecido que la contradicción consiste "en el empleo en el hecho probado de términos que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos.

Así, no se da una falta de claridad en la narración de hechos probados que la parte recurrente denuncia, dado que los hechos probados han sido, no sólo narrados claramente, sino calificados debidamente en la esfera jurídico penal, expresando asimismo los motivos por los cuales debe considerarse al acusado autor de los mismos.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO SEXTO.-** 8.- Se formula en virtud de lo prevenido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías, y del derecho de defensa ( artículo 24.2 de la Constitución Española), en relación con el principio acusatorio.

Señala el recurrente que la sentencia "hace suya la conclusión primera del escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal, erigiéndola literalmente como parte del relato de hechos probados, y añadiendo posteriormente hechos que no formaron parte del escrito de acusación y sobre los que obviamente nunca pudimos defendernos" y que "en ningún momento del referido relato se afirma que Nicolas penetrara por ninguna vía a la denunciante".

Está vedado al Tribunal la incorporación por el órgano judicial en la sentencia de hechos probados no aportados por el Fiscal o de un pronunciamiento condenatorio por un título jurídico heterogéneo y distinto del que ha formulado la acusación. Y, así, en este caso no ha existido una mutación sustancial de los hechos, ni se han incorporado hechos nuevos al enjuiciamiento más allá de los contenidos en la instrucción sumarial, ni la condena se ha producido por hechos no incluidos en el escrito de acusación o por un título jurídico heterogéneo del que la acusación formulaba, sino que la práctica de la prueba individualiza y lleva al Tribunal al relato de hechos probados final y a la calificación jurídica.

Y hemos expuesto que el principio acusatorio se sujeta al momento de las conclusiones definitivas, y como consta en los antecedentes de hecho de la sentencia, el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, considerando los hechos constitutivos de un delito contra la libertad sexual (violación cometida por dos o más personas conjuntamente) de los arts. 179 y 180,1-2º del Código Penal, y un delito leve de lesiones del art. 147,2 y 4 del Código Penal, del que son responsables, en concepto de autores, los acusados, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Ya se expuso en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 14 May. 1999, Rec. 1101/1998 que El respeto a los hechos debatidos, por estar comprendidos en el ámbito de lo que es la conclusión o calificación, primero provisional y después definitiva, es tan esencial que cualquier cosa que se diga en torno al principio acusatorio ha de girar alrededor de tal postulado. Así la S 43/1997 de 10 Mar., del TC, habla de identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por





la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la resolución judicial. Significativa es la S 17/1988 de 16 Feb., del TC, cuando se refiere a la no alteración de los hechos aducidos en el proceso.

El verdadero escrito de acusación es el de conclusiones definitivas pues de otro modo, dice la sentencia del TS de 8 Mar. 1994, se haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. Lo que ocurre es que esa «imputación tardía», a que alude la S 9 Jun. 1993, es asumible si, como se viene diciendo, no se altera el objeto del proceso y especialmente se tiene en cuenta el cambio operado para suspender si es necesario la vista oral con objeto de facilitar la adecuada defensa. Y es que, siguiendo a la TC S 29 Oct. 1986, el objeto del proceso no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. Solo si los hechos acogidos en las conclusiones definitivas son nuevos, es cuando cabe hablar de indefensión (ver la TC S 19 Feb. 1987). Pero no es este el caso donde los hechos ya aparecían configurados y es en la calificación donde se expone el grado de participación. No obstante, ya hemos hecho mención a la forma de participación del recurrente en una violación grupal y su constancia de autoría en el hecho probado, con independencia de la prueba directa de ADN concurrente en los otros recurrentes, pero que no obstan a que se considere en grado de autoría al recurrente, como así se ha fijado en la sentencia, y argumentado anteriormente al explicar la intervención conjunta y la necesaria responsabilidad de los actuantes por todos los hechos cometidos.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO SÉPTIMO.-** 9.- POR INFRACCIÓN DE LEY al amparo de lo dispuesto en el n° 2° del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la valoración de la prueba derivado de documentos literosuficientes que obran en la causa sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios.

Se hace mención a los informes médicos que, a su juicio, demuestran la equivocación del Tribunal al no haber apreciado la atenuante del art. 21.1ª y/o 7ª CP en el recurrente, ya que los citados informes demuestran su dependencia del alcohol y la consecuente afectación de sus facultades cognitivas en la ejecución de los hechos.

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

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

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

Pero los informes médicos aportados son documentos, ni los que cita el recurrente son literosuficientes, ni concurren las circunstancias excepcionales que posibilitan su utilización, por cuanto, además, se ha explicado ya anteriormente que el Tribunal ha motivado debidamente la inexistencia de prueba suficiente para entender que al momento de los hechos existía esa influencia afectante a la conciencia y voluntad. Se ha analizado este punto en el FD nº 7 de la presente resolución.

El motivo se desestima.





**DÉCIMO OCTAVO.-** 10.- POR INFRACCIÓN DE LEY al amparo de lo dispuesto en el n° 1° del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la atenuante de drogadicción (y/o embriaguez) de los artículos 21.2ª en relación con el 20.2ª, o 21.7ª en relación con el 21.2° del Código Penal.

Afirma el recurrente que la intensa adicción al alcohol y al cannabis que padece el recurrente desde la preadolescencia, que ha intensificado y agravado la sintomatología de sus desórdenes mentales, hacen que el recurrente deba ser reconocido como merecedor de una atenuación de su responsabilidad, siquiera sea con la simple atenuante o la atenuación analógica. Se reitera, así, lo que ya ha sido analizado debidamente.

Debemos recordar que lo que debe alegarse y probarse por la defensa es su afectación al momento de los hechos, ya que es su carga de la prueba, al igual que la de la responsabilidad penal por el hecho del Fiscal, la afectación a la conciencia y voluntad del consumo.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 265/2015 de 29 Abr. 2015, Rec. 10496/2014 que:

"Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación.

No se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal.

También, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 25/2019 de 5 Dic. 2018, Rec. 2778/2018 señala que:

"La existencia de una grave adicción al consumo de sustancias estupefacientes o droga, siendo preciso señalar que la simple condición de consumidor no basta (vid. STS 200/2017, de 27 de marzo), sino que es necesario que el sujeto despliegue la actividad delictiva como un medio para obtener los ingresos necesarios para subvenir a su compulsiva e imperiosa necesidad de consumir, propia de la grave adicción (vid., en este sentido la STS 412/2017, de 7 de junio).

Es preciso también acreditar la correspondiente merma en las facultades del sujeto, pues, en definitiva, lo que conforma y alienta la atenuante no es, en sí, el consumo de sustancia estupefaciente, sino la imposibilidad o la dificultad de aquél de adaptar su conducta a los dictados de la Ley, por déficit en las facultades volitivas, cognitivas e intelectivas (vid. SSTS 08/2014, de 6 de noviembre y 895/2016, de 30 de noviembre).

En tal sentido, hemos declarado que el mero consumo o la mera adicción a esas sustancias no implica, por sí mismo, atenuación alguna. Para ello sería necesario que la adicción pudiera considerarse grave y que se acreditara algún efecto causal en relación con el delito cometido o bien que quedara probada la existencia de alguna perturbación mental relevante a consecuencia de la adicción ( SSTS 877/2005, de 4-7; 1101/2005, de 30-9; 1321/2005, de 9-11; 912/2006, de 29-9; 1071/2006, de 8-11; 444/2008, de 2-7). En definitiva, no basta con ser drogadicto, cuando no alcanza una gravedad que le compele a la conducta delictiva, para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la incidencia de la ingestión de la droga en sus facultades intelectivas y volitivas del sujeto y esa afectación de la capacidad de culpabilidad del acusado ha de constar suficientemente probada ( SSTS 1167/2004, de 22-10; 842/2005, de 28-6; 223/2007, de 20-3; 524/2008, de 23-7; 16/2009, de 27-1)". Estas circunstancias no se han acreditado y no consta en el relato de hechos probados, no siendo viable que en esta fórmula se efectúe una revaloración probatoria ex novo.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO NOVENO.-** Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes ( 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

**DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de los acusados D. Narciso , D. Nicolas y D. Lucas , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 31 de julio de 2019, que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por los anteriores acusados, revocando la condena por el delito leve de lesiones del que fueron acusados, absolviéndoles de indicado delito. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las



costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo del Arco Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ