



Roj: **STS 534/2023 - ECLI:ES:TS:2023:534**

Id Cendoj: **28079120012023100110**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/02/2023**

Nº de Recurso: **10635/2021**

Nº de Resolución: **108/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 108/2023

Fecha de sentencia: 16/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10635/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10635/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 108/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Susana Polo García

En Madrid, a 16 de febrero de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10635/2021, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**; por **Abilio**, representado por la procuradora D^a. Paloma Villamana Herrera, bajo la dirección letrada de D^a. María Amor González Gallastegui; por **Alexis**, representado por la procuradora D^a. Mónica Oca de Zayas, bajo la dirección letrada de D. Carlos López Campillo; y por **Anibal**, representado por la procuradora D^a. Lucía Sánchez Nieto, bajo la dirección letrada de D^a. Esther Villaescusa Huélamo, contra la sentencia nº 264/2021, de fecha 20 de julio de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Rollo de Apelación Penal nº 204/2021. Ha intervenido como parte recurrida: Aureliano, representado por la procuradora D^a. María Mercedes Pérez García, bajo la dirección letrada de D. Juan de Dios del Toro Lázaro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Sabadell instruyó Sumario nº 1/2020, contra Alexis, Abilio, Anibal, y Aureliano, por delitos contra la libertad sexual y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que en el Rollo de Sala Sumario nº 7/2020, dictó sentencia de fecha 15 de abril de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<1. En la madrugada del 3 de febrero de 2019, Carmen, de 18 años de edad, se encontraba con un grupo de amigos celebrando una fiesta de cumpleaños en el establecimiento "La República" de Sabadell. Sobre las 3 horas del citado día, Carmen con sus amigos Daniela, Cornelio y Donato, se trasladaron al local de ocio "Sabadebido" sito en la calle Advocat Cirera 32 de Sabadell; en dicho local se encontraban en una mesa cercana de donde estaban aquéllos, un grupo de dos o tres hombres magrebíes que no han podido ser identificados que molestaban a Carmen cuando la misma pasaba cerca de ellos, diciéndole expresiones como "guapa".

2. Antes del cierre de "Sabadebido", sobre las 6 horas del 3 de febrero de 2019, se fueron Daniela y Cornelio, quedándose Carmen y un conocido llamado Moises, conversando aquella con la camarera del establecimiento, Sandra, hasta que se cerró el local a las 6 horas, abandonándolo Carmen en compañía de Moises que caminaron juntos un rato hasta que separaron, disponiéndose Carmen a dirigirse a su domicilio, cuando fue abordada por un hombre no identificado (A) que se le acercó por la espalda, agarrándola por el cuello al tiempo que la puso contra la pared de modo que quedaron una frente al otro, momento en que el citado hombre, le subió la sudadera que Carmen llevaba puesta, empezando a tocarla por distintas partes del cuerpo, llegando a introducirle un dedo en su vagina.

3. Carmen quedó impresionada por lo sucedido, y sin reaccionar, el hombre no identificado (A) la agarró por el brazo sujetándola para conducirla contra su voluntad y con un paso acelerado hasta un local, anteriormente destinado a oficina bancaria, sito en la Carretera de Terrassa 213 de Sabadell, y que estaba ocupado en dicho momento por los procesados Jose Ángel (declarado en rebeldía), Abilio, Alexis y Anibal y al menos dos individuos más no identificados, sin que haya quedado acreditado que el también procesado Aureliano estuviera presente ese día y a esa hora.

3.1. Dicho local quedaba configurado por una sala rectangular de unos 35-40 metros cuadrados con tres habitáculos al fondo de dicha sala que carecían de puerta y en su lugar estaban colocadas unas banderas a modo de cortinas que no llegaban al suelo del local que carecía de suministro eléctrico propio, por lo que la iluminación del mismo procedía del alumbrado público a través de las vidrieras que daban a la calle.

3.2. Dentro del local, el hombre no identificado (A) se dirigió a los procesados y demás individuos presentes en la sala, estando todos ellos de pie, poniéndose a discutir entre ellos en lengua desconocida por Carmen, mientras ella estaba llorando y temblando pidiendo que la dejaran ir, a una distancia de un metro de todos los presentes quienes pudieron apreciar la situación de miedo y ansiedad que presentaba Carmen tras el incidente, ocurrido previamente por (A) y al encontrarse en dicho local y rodeada de 6 hombres magrebíes que no conocía, llegado a ser incapaz de retener su orina, circunstancias todas ellas que no podía pasar por desapercibidas por todos los presentes.

3.2.1. A continuación, y tras esa discusión, el hombre no identificado (A) agarró a Carmen, introduciéndose ambos en uno de los habitáculos del fondo donde aquél la lanzó sobre ésta contra un sofá que ahí se encontraba, bajándole los pantalones y la ropa interior, y con ánimo libidinoso, la sujetó por los brazos penetrándola vaginalmente al tiempo que Carmen lloraba pidiendo que la dejase en paz pese a lo cual (A) la obligó a sentarse en el sofá, bajándose los pantalones y obligándola a practicarle una felación, saliendo del habitáculo, quedando en el mismo, en estado de shock y paralizada, Carmen.

3.2.1. De forma inmediata, y sin que la misma pudiera salir del habitáculo, entró otro de los hombre magrebí que ahí estaba identificado pero en rebeldía (B), y sin mediar palabra, se bajó los pantalones y la ropa interior



y con igual ánimo libidinoso penetró vaginalmente a Carmen a pesar de los lloros de la misma y pidiendo que -la dejara en paz, obligándola el hombre identificado en rebeldía (B) a practicarle una felación, abandonado la habitación dicho individuo una vez finalizada la misma.

3.2.3. Seguidamente, entró en el habitáculo donde estaba Carmen , Abilio , quien con el mismo ánimo libidinoso la tumbó boca arriba en el sofá, colocándose encima y la penetró vaginalmente; luego la puso boca abajo e introdujo su pene en el ano, si bien ante los gritos de dolor, desistió de continuar con la penetración anal aunque la obligó a practicarle una felación, mientras que Carmen , llorando pedía que parara. Tras ello, Abilio le dijo que se vistiera y agarrándola por el brazo la sacó en el local, donde se produjo nueva discusión entre el procesado y el resto de ocupantes del local en idioma no comprendido por Carmen , abandonando el local Abilio en compañía de Carmen . Ya en la calle, sobre las 7,30 horas y cuando aquél la agarraba, Carmen observó un vehículo que salía del parking de un inmueble cercano, pudiendo zafarse del procesado y salir corriendo hacia el vehículo, mientras decía "ayuda, ayuda", siendo auxiliada por su ocupantes, María Angeles . y Justo . que le permitieron subir a su vehículo conduciéndola a la policía local de Sabadell.

4. Carmen en ningún caso consintió los actos sexuales descritos y sin que tampoco pudiera evitarlos dada la situación de miedo y angustia que le provocaron los distintos ataques contra su libertad sexual, temiendo por su vida e integridad física, pese a los lloros persistentes y solicitudes que continuamente realizaba para que parasen las agresiones que no pudieron pasar desapercibidas a los ahí presentes, entre otros, Alexis y Anibal que nada hicieron para ayudar a Carmen e intentar evitar las múltiples agresiones sexuales sufridas por ésta, participando igualmente estos procesados en la creación del miedo que a la misma se le causó al ponerse de pie junto a los demás que ahí se encontraban cuando llegó al local y que provocó que la denunciante se orinara encima, facilitando así las agresiones sexuales que llevaron materialmente a cabo tanto Abilio como los otros dos individuos no identificados.

5. A consecuencia de estos hechos, Carmen presentó lesiones consistentes en hiperemia a nivel vaginal, dos lesiones equimóticas en el cuello, en parte derecha y debajo oreja izquierda y lesión eritematosa en brazo izquierdo", sufriendo estrés postraumático, siguiendo en tratamiento psicológico y reclamando los perjuicios causados.

6. Los cuatro procesados se encuentran en situación administrativa irregular en España. >>

SEGUNDO.- La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<1. **CONDENAMOS** a Abilio :

1.1 Como responsable en concepto de autor de un delito de agresión sexual del art. 180.1.2ª en relación con los arts. 178 y 179 del CP, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de trece años de prisión.

1.2 Como responsable en concepto de cooperador necesario de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 del CP, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión.

1.3 Como responsable en concepto de cooperador necesario de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 del CP, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión.

2. **CONDENAMOS** a Alexis :

2.1 Como responsable en concepto de cómplice de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión.

2.2 Como responsable en concepto de cómplice de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión.

2.3 Como responsable en concepto de cómplice de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión.

3. **CONDENAMOS A** Anibal :

3.1 Como responsable en concepto de cómplice de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión.



3.2 Como responsable en concepto de cómplice de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión.

3.3 Como responsable en concepto de cómplice de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión.

4. ABSOLVEMOS libremente a Aureliano de los tres delitos de agresión sexual por los que venía siendo acusado por el MINISTERIO FISCAL y la acusación particular.

Se condena en costas, que incluirán las de la acusación particular, a Abilio , Alexis y Anibal , debiendo abonar cada uno de ellos una cuarta parte de las costas, declarando de oficio la cuarta parte restante.

Se impone la medida de alejamiento y de prohibición de comunicación por cualquier medio con la denunciante Carmen . a los procesados Abilio , Alexis y Anibal a la que tampoco podrán acercarse a una distancia inferior a 1000 metros y ello por el periodo superior a los tres años a la pena impuesta.

Se condena también a cada uno de los procesados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Código Penal, a la pena de libertad vigilada durante cinco años, a cumplir con posterioridad a la extinción de la pena de prisión, reservándose para ejecución de sentencia la modalidad en que ha de materializarse.

Las penas de prisión impuestas en la presente resolución se ejecutarán en territorio nacional hasta que se hayan cumplido tres cuartas partes, accedan al tercer grado o se les conceda la libertad condicional, decidiéndose entonces en ejecución de sentencia sobre la expulsión conforme a lo establecido en el art.89 CP.

Asimismo Abilio indemnizará a Carmen ., y subsidiariamente Alexis y Anibal -que responderán solidariamente entre sí- en la cantidad de 60.000 euros, cantidad que se incrementará en el interés legal del dinero conforme a lo dispuesto en el art. 576 de la LEC.

Provéase sobre la solvencia de los procesados condenados.

Para el cumplimiento de las penas de prisión que se impone a los procesados, declaramos de abono todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa, siempre que no les hubiera sido computado en otra.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sección de apelaciones de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Catalunya, en el plazo de diez días. >>

TERCERO.- Notificada la referida sentencia a las partes, se interpuso contra la misma recurso de apelación por el Ministerio Fiscal; por la representación procesal de la acusación particular D^a. Carmen .; y por las representaciones procesales de los acusados Abilio , Alexis , y Anibal ; remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en el Rollo de Apelación Penal nº 204/2021, dictó sentencia nº 264/2021, de 20 de julio de 2021, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

<<Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Abilio , contra la sentencia dictada por la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 15 de abril de 2021, y DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha sentencia sólo en cuanto al pronunciamiento en que se condena a dicho acusado como cooperador necesario en comisión por omisión de dos delitos de agresión sexual con penetración de los arts. 178 y 179 CP, a las penas por cada uno de ellos, de 9 años de prisión, cuando debe serlo sólo en calidad de cómplice en comisión por omisión, respecto de estos dos delitos referidos, y DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Abilio a la pena, por cada uno de dichos dos delitos, de 4 años y 6 meses de prisión, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, respecto del mismo, con el límite máximo de cumplimiento de 20 años de prisión del artículo 76 del Código penal.

Y DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de D. Alexis , y de D. Anibal , así como los recursos de apelación interpuestos por el FISCAL y por la Acusación particular de D^a Carmen , y DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia de instancia íntegramente respecto de dichos acusados D. Alexis y D. Anibal , y declaramos de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la presente sentencia. >>



CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal y las representaciones de los recurrentes Abilio , Alexis , y Anibal , basan sus recursos en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Abilio :

Único.- En los números 1 y 2 del art. 849 LECrim en relación con el art. 852 LECrim, consistentes en la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo y error de hecho padecido en la apreciación de las pruebas.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Anibal :

Primero.- Por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por vulneración del principio "in dubio pro reo".

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, art. 24 CE, por falta de motivación y valoración de la prueba de descargo con base en el art. 852 LECrim.

Tercero.- Infracción de ley del art. 852 LECrim, infracción precepto constitucional, art. 24.2 CE.

Cuarto.- Infracción de ley por aplicación indebida del art. 29 CP y del art. 450 CP.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Alexis :

Primero.- Por vulneración del derecho de defensa, art. 24 CE, que subdivide en dos motivos y siete contradicciones.

Segundo.- Por infracción del art. 29 CP, aplicación de la doctrina de la intimidación ambiental.

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida a Alexis y Anibal del art. 28.2 CP, al ser cooperadores necesarios y no cómplices de los delitos de agresión sexual.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida a Abilio del art. 28.2 CP, cooperación necesaria en las agresiones sexuales (primera y segunda violación) de las que fue considerado cómplice por el TSJ.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida a Alexis y Anibal del subtipo agravado del art. 180.1-2, en las tres agresiones sexuales de las que serían cooperadores necesarios y no cómplices.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida a Abilio del subtipo agravado del art. 180.1-2, agresión sexual (tercera violación) de la que fue considerado autor.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida a Abilio del subtipo agravado del art. 180.1-2, en las dos agresiones sexuales de las que fue considerado cómplice y de las que se considera cooperador necesario.

SEXTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, y evacuado el traslado conferido para alegaciones en relación a la LO 10/2022, de 6-9; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 8 de febrero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como necesarios antecedentes fácticos debemos destacar:

- La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, en sentencia de fecha 15-4-2021, condenó a Abilio como autor responsable de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP en relación con el art. 180.1.2, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de 13 años de prisión, y de dos delitos de agresión sexual en concepto de cooperador necesario de los arts. 178 y 179 CP, sin concurrencia de circunstancias, a la pena, por cada uno de los dos delitos, de 9 años de prisión.



Igualmente condenó a Alexis y Anibal en concepto de cómplices de tres delitos de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas, por cada uno de los tres delitos y a cada uno de ellos, de 4 años y 6 meses de prisión.

- Recurrída en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por los tres acusados, por el Ministerio Fiscal y la acusación particular de Carmen, por sentencia 264/2021, de 20-7, desestimó los recursos de apelación interpuestos por Alexis y Anibal, así como los interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, confirmando íntegramente la sentencia de instancia respecto a dichos acusados; y estimó parcialmente el recurso interpuesto por Abilio, y revocó parcialmente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, en cuanto al pronunciamiento en que se condenaba al referido como cooperador necesario en comisión por omisión de dos delitos de agresión sexual con penetración de los arts. 178 y 179, a las penas, por cada uno de ellos, de 9 años de prisión, cuando debió serlo sólo en calidad de cómplice en comisión por omisión respecto de estos dos delitos referidos, y condenó al citado a la pena, por cada uno de dichos delitos, a 4 años y 6 meses de prisión, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia.

- Contra esta última sentencia se interpuso recurso de casación por los tres acusados.

- Abilio por un único motivo en los números 1 y 2 del art. 849 LECrim en relación con el art. 852 LECrim, consistentes en la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo y error de hecho padecido en la apreciación de las pruebas.

- Anibal por cuatro motivos: 1º) por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por vulneración del principio "in dubio pro reo"; 2º) por infracción de precepto constitucional, art. 24 CE, por falta de motivación y valoración de la prueba de descargo con base en el art. 852 LECrim; 3º) infracción de ley del art. 852 LECrim, infracción precepto constitucional, art. 24.2 CE; y 4º) infracción de ley por aplicación indebida del art. 29 CP y del art. 450 CP.

- Alexis por dos motivos: 1º) por vulneración del derecho de defensa, art. 24 CE, que subdivide en dos motivos y siete contradicciones; y 2º) por infracción del art. 29 CP, aplicación de la doctrina de la intimidación ambiental.

- Y por el Ministerio Fiscal que articula su recurso en cinco motivos por infracción de ley art. 849.1 LECrim:

1º) Por inaplicación indebida a Alexis y Anibal del art. 28.2 CP, al ser cooperadores necesarios y no cómplices de los delitos de agresión sexual.

2º) Por inaplicación indebida a Abilio del art. 28.2 CP, cooperación necesaria en las agresiones sexuales (primera y segunda violación) de las que fue considerado cómplice por el TSJ.

3º) Por inaplicación indebida a Alexis y Anibal del subtipo agravado del art. 180.1-2, en las tres agresiones sexuales de las que serían cooperadores necesarios y no cómplices.

4º) Por inaplicación indebida a Abilio del subtipo agravado del art. 180.1-2, agresión sexual (tercera violación) de la que fue considerado autor.

5º) Por inaplicación indebida a Abilio del subtipo agravado del art. 180.1-2, en las dos agresiones sexuales de las que fue considerado cómplice y de las que se considera cooperador necesario.

RECURSO Alexis

PRIMERO.- El motivo por vulneración del derecho de defensa, art. 24 CE, lo divide el recurrente en varios submotivos:

- En primer lugar cuestiona la aplicación de la doctrina de la declaración espontánea pues la manifestación del recurrente fue obtenida y aportada al proceso violando su derecho, en su vertiente de asistencia letrada, derecho a no declarar contra sí mismo y ser informado de sus derechos.

El TSJ da validez a la interpretación realizada por la Audiencia Provincial de Barcelona en el sentido de que las supuestas manifestaciones realizadas por el recurrente ante el interrogatorio a que fue sometido por la fuerza actuante en la reconstrucción de hechos fueron "declaraciones espontáneas", citando en su apoyo las SSTS 128/2018, de 20-3; 386/2017, de 24-5.

El recurrente no considera aplicable esta doctrina jurisprudencial dado que los agentes preguntaron a Alexis si vivía en el local y requirieron al mismo si sabía algo de lo que allí había ocurrido, todo ello en el lugar de comisión de un delito, en presencia de la víctima, sus familiares y con desconocimiento de la lengua.

Pretensión inaceptable.



1.1.- La sentencia recurrida fundamenta la condena en la declaración de la víctima, y en su reconocimiento en rueda de Alexis (folio 247) "sin duda como una de las personas que estaban en el lugar de los hechos durante las agresiones."

A este reconocimiento en rueda se une otro elemento probatorio, cual es la declaración de la agente Mosso d'Esquadra NUM000, quien en el plenario manifestó, conforme ya obraba en el atestado, que el procesado, al que hallaron en el local al practicar la reconstrucción de los hechos junto a la denunciante, afirmó que vivía en el local desde hacía 4 o 5 días, conversando en castellano de forma bastante fluida, reconociendo que cuando sucedieron las agresiones sexuales, él se encontraba en el lugar y que pudo ver a otros, que igualmente estaban en el mismo conforme entraban y salían del habitáculo, indicando precisamente el que señala la denunciante como el lugar donde se produjeron las distintas violaciones, procediéndose en ese momento a su detención policial y consiguiente lectura de los derechos, momento en que el procesado manifestó no entender lo que le decían. Como muy bien dice el Tribunal de apelación, la STS nº 386/2017, de 24 mayo, esta Sala reconoce valor probatorio a este tipo de manifestaciones y señala que deben ser realmente espontáneas, es decir, no provocadas directa o indirectamente por un interrogatorio más o menos formal. Su valor probatorio está supeditado a que se trate de manifestaciones prestadas de manera espontánea, libre y directa, de un lado, y de otro a que sean introducidas en el debate contradictorio que supone el juicio oral a través de la declaración de los agentes que directamente lea percibieron. Es lo que ocurrió en nuestro caso. A partir de lo declarado por la citada agente en juicio oral es evidente que no se estaba en dependencias policiales, que el procesado estaba en libertad, que no era un interrogatorio, teniendo en cuenta que el recurrente no constaba en esos momentos como investigado y no existía imputación alguna contra el mismo, limitándose los agentes a preguntar si vivía en el local, lo que no supone que estaba presente cuando ocurrieron los hechos, y requiriendo si sabía algo de lo que ahí había ocurrido, momento en que el impugnante señaló que efectivamente se encontraba ahí cuando ocurrieron los hechos e indicando el habitáculo en que se produjeron las agresiones sexuales, momento en que se procedió a su detención y lectura de derechos, habiendo sido la declaración de la agente NUM000 sometida a contradicción en el plenario sin limitación alguna al Letrado defensor en su interrogatorio, tal y como es de ver en el soporte audiovisual grabado.

Siendo relevante destacar que ante la defensa del recurrente que la actuación de la agente femenina que acompañó a la víctima para la reconstrucción de los hechos, fue precisamente obtener información para poder incriminarlo, siendo este el objetivo del interrogatorio a que fue sometido, la sentencia recurrida la desecha razonando que: "la agente no fue al local de autos a buscar posibles sospechosos, sino que fue al local para la reconstrucción de los hechos y se encontró en el interior de dicho local a Alexis y le preguntó si vivía allí y si había estado la mañana del domingo 3 de febrero de 2019 (el día anterior, pues según los Mossos d'Esquadra llegaron a la nave en torno a las 18:30 h. del día 4 de febrero de 2019) Y el procesado dijo que sí, que hacía 4 o 5 días que vivía allí y que esa mañana "había muchos chicos con una chica, entrando y saliendo de allí" (señalando el habitáculo en que se produjeron las violaciones como después se supo). No se trató de un verdadero interrogatorio, no teniendo el procesado la consideración de investigado, acababan de llegar los mossos y Carmen todavía no había entrado para poder corroborar que allí sufrió las agresiones sexuales, siendo detenido el procesado por la policía no sólo por sus respuestas sino por haber sido reconocido por Carmen."

1.2.- Denuncia a continuación una serie de contradicciones, como que la víctima dijo reconocer la voz de Alexis durante la reconstrucción de los hechos y lo identificó como la persona que la condujo obligada hasta la nave donde se producen los hechos (1ª contradicción); el reconocimiento en rueda de la víctima en el que identifica a Alexis "sin dudas como una de las personas que estaba en la nave, pero sin poder decir si es uno de los agresores", identificación que no debería ser tenida en cuenta porque ya lo había visto en persona y lo relacionaba con la agresión (2ª contradicción); la identificación posterior de la víctima contenida al folio 269, que la sentencia de la Audiencia Provincial atribuye a la víctima y que merece ser tenida en cuenta como un indicio que sustenta el reconocimiento realizado por la víctima de Alexis, y sin embargo tal afirmación es errónea, ya que la rueda de reconocimiento a que se refiere fue realizada por un tercero - Moises - (3ª contradicción).

Previamente, en relación a las contradicciones de la víctima, esta Sala, en SSTS 585/2020, de 5-11; 672/2022, de 1-7; 741/2022, de 20-7, y 1016/2022, de 18-1-2023, entre las más recientes, tiene dicho: "La jurisprudencia de esta Sala nunca ha identificado las explicables contradicciones de la víctima con la falta de persistencia. Antes, al contrario, hemos advertido acerca de la importancia de que su testimonio no implique la repetición mimética de una versión que, por su artificial rigidez, puede desprender el aroma del relato prefabricado. No podemos hacer nuestra la línea argumental según la cual, todo lo que se silenció en un primer momento y se hizo explícito en una declaración ulterior, ha de etiquetarse como falso. La experiencia indica que algunos extremos del hecho imputado sólo afloran cuando la víctima es interrogada acerca de ello. La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una



preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación.

Algunos de los precedentes de esta Sala ya se han ocupado de reproches similares en casos de esta naturaleza. Y hemos precisado en numerosas ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de estas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTS 774/2013, 21 de octubre; 511/2012, 13 de junio; 238/2011, 21 de marzo; 785/2010, 30 de junio y ATS 479/2011, 5 de mayo, entre otras)."

1.3.- En el caso que nos ocupa y en relación al valor de los reconocimientos, como hemos dicho en SSTS 503/2008, de 12-7; 601/2013, de 11-7; 754/2014, de 8-5; 134/2017, de 2-3; 332/2022, de 31-3, "los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes".

Y más adelante, en la misma sentencia 503/2008, se precisa que "la exhibición de varias fotografías de distintas personas a los testigos no constituye en realidad una diligencia de reconocimiento de identidad, sino una actuación previa de investigación, realizada generalmente por la Policía, con la finalidad de orientar adecuadamente las pesquisas encaminadas a la identificación del autor de los hechos. Los reconocimientos de identidad se efectúan en ruedas de reconocimiento con la presencia física del sospechoso, que debe estar asistido de letrado, o en el mismo acto del juicio oral. En realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción".

En esa misma sentencia se recuerda que "esta Sala ha declarado que ni siquiera el reconocimiento en rueda practicado en fase de instrucción es la diligencia de prueba susceptible de valoración, al señalar que tal diligencia, aun a pesar de ser hecha con todas las garantías, no puede considerarse que sea configurada como una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irrepetible. Para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediatez, como las garantías constitucionales del proceso exigen. Es esencial, pues, que, siendo posible, la víctima o testigo acudan al plenario para ratificar dicha diligencia ya que, como prueba testifical, es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el acto del juicio oral y debe ser, por tanto, sometida a contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que manifiesta que todo acusado tiene, entre sus mínimos derechos, el de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él", así como con el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del mismo tenor".

Asimismo el Tribunal Constitucional ha estimado como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores. Y esta Sala ha declarado en la STS nº 177/2003, de 5 de febrero, que "cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación". SSTS. 1278/2011 de 29.11 y 23.1.2007 que matiza, si cabe, con mayor claridad los seguimientos extremos: 1º) que la jurisprudencia haya señalado que el reconocimiento en rueda constituye, en línea de principio una diligencia específica sumarial de difícil práctica en las sesiones del juicio oral por resultar atípica e inidónea, no significa que el testigo no pueda reconocer al acusado



directamente en el Plenario e inmediatamente a presencia del Tribunal; 2º) De forma que, incluso, un reconocimiento dudoso en fase sumarial puede ser subsanado mediante uno inequívoco en el Plenario o viceversa cuando en la fase de instrucción se ha producido una rueda de reconocimiento con todas las formalidades legales y el reconociente no ha admitido dudas sobre la identidad del reconocido y en el Plenario las suscita; el Tribunal, entonces previa introducción de dicha diligencia en el juicio oral, puede acoger la que le ofrezca mayor verosimilitud; 3º) También ha señalado la jurisprudencia (STS. 1230/99) que la prueba sobre el reconocimiento no lo constituye la diligencia practicada en el sumario, sino el testimonio del identificador en el Plenario ante el Tribunal de instancia, añadiendo que la diligencia de reconocimiento, aún cuando se practique a presencia del Juez de Instrucción, del Secretario y del Letrado de la defensa, no pasa de ser una diligencia sumarial, pero para que la identificación efectuada en la misma adquiera la condición de prueba de cargo es necesario que, comparecido al juicio oral el reconociente y a presencia del Tribunal, pueda ser sometido al interrogatorio de las partes sobre dicha identificación (STS. 28.11.2003, 19.7.2007). Es una diligencia sumarial que tiene por fin la determinación del imputado en cuanto sujeto pasivo del proceso, y que, para que tenga efecto probatorio, es imprescindible, como regla general que el mismo sea ratificado en el acto del juicio oral por quien hizo el reconocimiento (SSTC. 10/92, 323/93, 283/94, 36/95, 148/96, 172/97, 164/98).

Por ello como regla general la comparecencia en el juicio oral de quien ha realizado un reconocimiento en rueda practicado con todas las garantías en el sumario y que ratifica en el juicio oral lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos y sobre el reconocimiento efectuado constituye una prueba de cargo válida y apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, con independencia de que la valoración sobre su fuerza de convicción en cada supuesto específico corresponde al Tribunal sentenciador.

Siendo así, el recurrente fue reconocido por la víctima en rueda, sin que se hiciera constar en el acta de reconocimiento objeción alguna de irregularidad en la formación de la rueda por parte del letrado presente durante la misma, rectificando su manifestación inicial en el local -en la que había dicho que creyó reconocerle por la voz como la persona que en la calle realizó la primera agresión sexual y la condujo por la fuerza al local- para afirmar que una de las personas que estaban presentes en el local durante las agresiones sexuales.

Rectificación que constituye rasgo de credibilidad, no de inveracidad, por cuanto con posterioridad Carmen reconoció en rueda al recurrente como una de las personas que estuvieron presentes durante las agresiones sexuales.

Y en cuanto al reconocimiento en rueda (folio 269) es cierto es realizado por un tercero - Moises -, pero es significativo que precisamente el único componente de la rueda "que le suena" sea este recurrente.

1.4.- En cuanto a la contradicción cuarta, dado que el agente de la Policía Municipal de Sabadell declaró en el plenario que el día 4 sobre las 11 de la noche se personaron en la nave y hallaron a este acusado, que les manifestó que la noche anterior (día 3 que fue cuando se produjeron los hechos) y aquella misma tarde, había estado en Terrassa, y que la conversación con Alexis no fue del todo fluida en castellano y que necesitaban linterna para poder verse debido a que no había ninguna iluminación, lo que contradice lo manifestado por la agente de los Mossos d'Esquadra NUM000, quien señaló que Alexis les dijo que estuvo en la nave y que la conversación fue fluida en castellano.

No se aprecia contradicción alguna, se trata de declaraciones del acusado ante diferentes personas y en momentos temporales diversos -por cierto las realizadas ante la agente de los Mossos anterior, ya que llegaron sobre las 18:30 h del 4-2 y con mejores condiciones, por ello, de visibilidad.

1.5.- La contradicción quinta se refiere a la declaración prestada por el también acusado Anibal en instrucción afirmando que Alexis vivía en local de la carretera de Terrasa donde ocurrieron las agresiones sexuales, el recurrente considera que este dato no es trascendente, dado que no acredita que estuviera presente a la hora de los hechos, pero olvida que aquel dato sí puede valorarse como elemento confirmatorio de lo expresado por la agente de los Mossos, dado que Alexis en su declaración en el plenario dijo que no vivía en la nave, que vivía en Mollet en casa de su tía y que llegó al local sobre las 8 horas de la mañana, encontrándose a personas que decían que ahí hubo "un problema", decían que "un chico había violado a una chica", versión que la sentencia recurrida considera no verosímil, al no señalar las razones de acceder a dicho local a esa concreta hora si no era su domicilio.

1.6.- Las contradicciones sexta en cuanto a la hora en que finalizaron los hechos, 7:45 h. precisamente cuando, según el Servicio Meteorológico de Cataluña empezaba a amanecer, lo que determina que todo el episodio en la nave tuvo lugar en noche cerrada, por lo que las condiciones de luminosidad eran muy precarias, lo que condiciona la posibilidad de ver a las personas presentes, cuestión que fue planteada en la instancia por las defensas de los procesados y rechazada pues esta circunstancia podría ser atendida en el caso de que efectivamente se tratara de una nave cerrada sin aberturas, lo que no es el caso, pues como se constata del



reportaje fotográfico, existen una vidrieras a través de las cuales penetra la luz externa, ya artificial, ya sean las primeras luces del alba antes de la puesta del sol, debiendo estar a lo declarado por los agentes policiales, concretamente el agente de la policía local NUM001 quien acude a las 23 horas de la noche afirmando literalmente que aun sin linternas "se veía algo" "bien a dos metros" por la luz procedente de las vidrieras que estaban cubiertas con papeles que no eran opacos ya través de las cuales entraba luz de la calle. Incluso el propio procesado Abilio reconoció que entraba "un poco de luz" desde la calle. En este sentido, debemos recordar dos detalles no menores: la denunciante puede precisar perfectamente el color de la pintada o grafiti (rojo) y que la misma estaba a una distancia corta, afirma de 1 metro, de donde se hallaban todos los ocupantes del local al llegar con el hombre no identificado (A). De igual modo, la testigo María Angeles . que auxilia a las 7.45 horas y que puede ver tanto a la denunciante como al procesado Abilio , también declaró que había iluminación suficiente; y séptima en relación al momento en que se produce la incontinencia urinaria que la sentencia de instancia fija "al ponerse de pie, junto a los demás que ahí se encontraban cuando llegó al local", cuando según el recurrente, la incontinencia urinaria se produce cuando está a punto de ser sacada de la nave, es decir, cuando el episodio ya había concluido, nada obstan al juicio de la autoría, dado que, de una parte, la víctima declaró que pudo fijarse en la cara de las personas cuando la sacaron de la nave y ya había luz suficiente ya que empezaba a amanecer, lo que corroboraron los testigos que auxiliaron a la víctima, y de otra el momento exacto de la incontinencia urinaria no es determinante de la existencia o no de la intimidación ambiental.

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción del art. 29, aplicación de la doctrina de intimidación ambiental.

Argumenta que no concurren los elementos mínimos que esta Sala Segunda ha establecido para que la intimidación ambiental concorra, al no haber concertación ni coordinación con una agresión en la que no puede confirmarse el momento de la intimidación.

Admite que la víctima al llegar a la nave y encontrarse en un lugar cerrado donde había otras personas, pudo intensificar el miedo y la angustia que ya tenía, puesto que había estado andando durante más de 10 minutos obligada por el individuo (A) que ya la había agredido sexualmente con anterioridad, por lo que era lógico pensar que nada bueno iba a pasarle, en una nave oscura, rodeada de personas de otra nacionalidad y sin entender lo que decían. Pero sentado lo anterior, presumir que por estar allí pudo conocer la agresión e incluso pararla, no puede deducirse de lo ocurrido en el plenario, y considera una mera actitud omisiva constitutiva de complicidad en lugar de autoría del 195 CP parece extensiva, difícilmente entendible.

2.1.- Formalizado el motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia de esta Sala -por todas STS 146/2022, de 17-2-, que precisa que el recurso de casación cuando se articula por esta vía ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

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

unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

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

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

Del relato fáctico se constata lo siguiente:

"3.2. Dentro del local, el hombre no identificado (A) se dirigió a los procesados y demás individuos presentes en la sala, estando todos ellos de pie, poniéndose a discutir entre ellos en lengua desconocida por Carmen , mientras ella estaba llorando y temblando pidiendo que la dejaran ir, a una distancia de un metro de todos los presentes quienes pudieron apreciar la situación de miedo y ansiedad que presentaba Carmen tras el incidente, ocurrido previamente por (A) y al encontrarse en dicho local y rodeada de 6 hombres magrebíes que no conocía, llegado a ser incapaz de retener su orina, circunstancias todas ellas que no podía pasar por desapercibidas por todos los presentes."

Y tras describir las agresiones sexuales acaecidas en el local concluye:

"4. Carmen en ningún caso consintió los actos sexuales descritos y sin que tampoco pudiera evitarlos dada la situación de miedo y angustia que le provocaron los distintos ataques contra su libertad sexual, temiendo por su vida e integridad física, pese a los lloros persistentes y solicitudes que continuamente realizaba para que parasen las agresiones que no pudieron pasar desapercibidas a los ahí presentes, entre otros, Alexis y Anibal que nada hicieron para ayudar a Carmen e intentar evitar las múltiples agresiones sexuales sufridas por ésta, participando igualmente estos procesados en la creación del miedo que a la misma se le causó al ponerse de pie junto a los demás que ahí se encontraban cuando llegó al local y que provocó que la denunciante se orinara encima, facilitando así las agresiones sexuales que llevaron materialmente a cabo tanto Abilio como los otros dos individuos no identificados."

2.2.- El anterior relato fáctico describe la intimidación ambiental que cuestiona el recurrente. La STS 786/2017, de 30-11, recuerda la consolidada doctrina de esta Sala que en relación a estos delitos contra la libertad sexual en caso de pluralidad de partícipes viene atribuyendo a cada uno de ellos no solo la acción ejecutada por ellos mismos, sino además la del resto de los participantes, vía cooperación necesaria -excepcionalmente podría ser complicidad- de acuerdo con el concepto amplio de autor vigente en nuestro sistema penal y recogido en el art. 28 que se cita en el motivo, coautoría que estaría fundada no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación".

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

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

RECURSO Anibal

TERCERO.- El motivo primero por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por vulneración del principio "in dubio pro reo".



Bajo una vía casacional inadecuada cuestiona la prueba tenida en cuenta por la sentencia hoy recurrida para considerar que este recurrente se encontraba en el local el día que ocurrieron los hechos, en concreto la prueba pericial lofoscópica que puso de relieve que la huella dactilar encontrada en la vidriera del local (folio 34) resultó pertenecer a este acusado, siendo ratificada por el Mosso de Policía Científica con tip NUM002 en el juicio oral.

Considera que la valoración de la prueba ha sido ilógica y no se ajusta a un criterio racional, y los documentos obrantes a los folios 528 a 547 acreditan que el Sr. Jose Ángel no vivía en el lugar de los autos, ni estuvo presente el día que sucedieron las agresiones sexuales.

El motivo se desestima.

3.1.- El proceso de análisis de las diligencias permite deslindar dos fases perfectamente diferenciadas: 1º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas.

b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

2º Una segunda fase de carácter predominante subjetiva, para la que habría que reservar "estrictu sensu", la denominación usual de "valoración del resultado o contenido integral de la prueba", ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio in dubio pro reo. Así la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (STC. 31.5.85) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien le mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo.

El principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECr.).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida con signo incriminatorio, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (STS. 45/97 de 16.1).

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo, lo que no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional solo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de la duda" (SSTS. 70/98 de 26.1, 699/2000 de 12.4).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (SSTS. 999/2007 de 12.7, 677/2006 de 22.6, 1125/2001 de 12.7, 2295/2001 de 4.12, 479/2003, 836/2004 de 5.7, 1051/2004 de 28.9). Es verdad que en



ocasiones el Tribunal de instancia no plantea la cuestión así, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un solo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el Tribunal, a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiera condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

STC. 147/99 de 15.6, sobre el alcance principio in dubio pro reo, dice:

"Con relación a la primera vulneración alegada debe precisarse, antes de nada, que, con la perspectiva constitucional, el principio in dubio pro reo, "en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial", ni está dotado de la protección del recurso de amparo, "ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas" (SSTC 63/1993, de 1 de marzo, F. 4; 103/1995, de 3 de julio, F. 4; 16/2000, de 16 de enero, F. 4; 209/2003, de 1 de diciembre, F. 5; 61/2005, de 14 de marzo, F. 4; y 137/2005, de 23 de mayo, F. 3).

Y la STS 666/2010, de 14-7, en similar sentido, precisa:

"el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5; 1667/2002, de 16-10; 1060/2003, de 25-6). En este sentido la STS 999/2007, de 26-11, con cita en la STS 939/98 de 13-7, que recordaba que "el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que dude, ni pueda pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda (STS 1186/95, de 1-12; 1037/95, de 27-12)".

En el caso que se examina el Tribunal no dudó, por lo que el principio in dubio pro reo no fue vulnerado.

3.2.- En cuanto a la presunción de inocencia, hay prueba de cargo que evidencia que dicho acusado estaba presente en el local de autos cuando sucedieron las agresiones sexuales, como es, por un lado, el reconocimiento fotográfico del mismo efectuado por la víctima, f. 16, el 5 de febrero de 2019, y luego el reconocimiento en rueda en que le reconoció sin ningún género de dudas, 467 de la causa, que no fue objetada, y posteriormente reconoce haberlo visto en el bar, f. 468 en un 70%.

Y a dicha prueba se añade otra totalmente objetiva, cual es el resultado de la prueba pericial lofoscópica que puso de manifiesto que la huella dactilar encontrada en la vidriera del local de autos, folio 34, una vez analizada en dicho informe pericial, resultó pertenecer al acusado Anibal , f. 450, 453 a 455, siendo ratificada por el Mosso de Policía Científica con TIP NUM002 en el acto del juicio oral. La defensa ha cuestionado que se tratara de una huella reciente, pero ello ha sido negado de forma rotunda por dicho agente quien basa su conclusión en la suciedad del local y restos encontrados de grasa y que permite dicha conclusión, sin que, por otro lado, exista prueba pericial alguna que contradiga las conclusiones de dicho agente NUM002 .

La valoración de la prueba no fue ilógica, ni contraria a las reglas de la experiencia humana, ni se aparta injustificadamente de los conocimientos científicos, sino que se ajusta al "criterio" racional a que se refiere el artículo 717 de la LECR.

La representación procesal de dicho acusado alegó que la víctima le confundió con su hermano Jose Ángel , declarado en rebeldía, ya que él no se encontraba en el lugar de los hechos en el momento en que éstos tuvieron lugar, pero ello no se sustenta en prueba alguna, siendo las pruebas practicadas las que revelan la presencia de Anibal en el local de autos en el momento que tuvieron lugar las agresiones sexuales, como ya se ha dicho más arriba. Se alega por la representación procesal del recurrente que la versión de éste de que no vivía en el local de autos, ni estuvo presente en el momento que sucedieron las agresiones sexuales- queda acreditada por los documentos obrantes a los folios 528 a 547 de la causa. Sin embargo, tales documentos (fotografías y conversaciones por redes sociales desde el dispositivo móvil de la pareja de Anibal , la Sra. Tomasa) no pueden acreditar que el recurrente no se encontraba en la nave en el momento de los hechos por la simple razón de que la horquilla horaria que podría quedar avalada por esas conversaciones no cubre la



hora en que sucedieron los hechos (entre las 6 y las 7,30 h., de la mañana del día 3 de febrero de 2019), pues la conversación había terminado tres horas antes.

Existió prueba legítima, de cargo y motivada de acuerdo con arreglo a las reglas de la lógica y máximas de la experiencia. Y la doctrina de la Audiencia Provincial y TSJ resultó coherente con los principios constitucionales.

Consecuentemente el motivo debe desestimarse.

CUARTO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional (art. 24 CE) por falta de motivación y valoración de la prueba de descargo con base en el art. 852 LECrim.

En concreto se refiere a la declaración de la pareja y madre de la hija del recurrente, Sra. Tomasa y la testifical del Sr. Armando , e insiste en que a pesar del tiempo transcurrido desde el comienzo de la instrucción hasta el juicio oral el Sr. Jose Ángel siempre ha mantenido la misma versión y es que jamás estuvo ese día en el local donde ocurrieron los hechos.

El motivo debe ser desestimado.

4.1.- Como hemos dicho, - SSTS. 1081/2009 de 11.11; 56/2009 de 3.2, 433/2007 de 23.5-, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas. La motivación sobre hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquella por la que se conoce el proceso de convicción del Órgano Jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el Órgano Jurisdiccional que ha percibido la prueba con la intermediación derivada de la práctica de la misma.

Pero también hemos dicho que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por ello mismo, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa.

A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios contenidos en la STS de 3 de mayo de 2.006, según la cual la sentencia debe expresar un estudio <<lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la C.E. La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos.

Tal planteamiento, no podía ocultar la naturaleza claramente decisionista/voluntarista del fallo, extramuros de la labor de valoración crítica de toda la prueba de acuerdo con la dialéctica de todo proceso, definido por la contradicción entre las partes, con posible tacha de incurrir en arbitrariedad y por tanto con vulneración del art. 9.3º de la C.E.

Ciertamente esta exigencia de vocación de valoración de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento sea cual fuese la decisión del Tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque, justo es reconocerlo, así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza -más allá de toda duda razonable según la reiterada jurisprudencia del TEDH, y en el mismo sentido STC de 13 de julio de 1998, entre otras muchas-, para una decisión absolutoria basta la duda seria en el Tribunal que debe decidir, en virtud del principio in dubio pro reo.

Así, a modo de ejemplo, se puede citar la sentencia de esta Sala 2027/2001 de 19 de noviembre, en la que se apreció que la condena dictada en instancia había sido en base, exclusivamente, a la prueba de cargo sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa.

En dicha sentencia, esta Sala estimó que "... tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante



de indefensión, porque se ha discriminado indebidamente y de forma irrazonable toda la prueba de descargo, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo ... lo que en modo alguno resulta inadmisibles es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un pre-judicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada".

Ahora bien ello no comporta que el Tribunal sentenciador tenga que realizar un análisis detallado y exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas pues cuando se trata de la motivación fáctica, recuerda la STS. 32/2000 de 19.1, la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico, pero debe advertirse que la motivación fáctica adquiere especial importancia cuando el hecho probado se apoya en prueba indirecta o indiciaria, porque entonces, es del todo punto necesario la expresión de los razonamientos que han permitido al Tribunal llegar a las conclusiones adoptadas a través de un proceso deductivo derivado de unos hechos indiciarios indirectos, pero no es precisa una detallada argumentación cuando la prueba es directa, en cuyo caso la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate, pues, en tal caso, el razonamiento va implícito en la descripción de aquéllas.

4.2.- Ahora bien, en el caso que nos ocupa la prueba de descargo sí fue valorada tal como se deduce del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida que declara que:

"No es cierto que la sentencia de instancia no valorara y motivara las pruebas de descargo, como puede apreciarse con la lectura del Fundamento de Derecho Segundo apartado 2.2.3.

En efecto, la sentencia valora las declaraciones de la novia del acusado, Tomasa y del testigo Armando .

Debe recordarse que el acusado niega que estuviera presente en el local de autos cuando ocurrieron los hechos, manifestando en el plenario que fue a buscar a Tomasa a la estación de CAN FEU y que pasó toda la tarde con dicha testigo, fueron al Mercadona y luego marcharon a la casa de Armando , domicilio en el que vivía desde hace meses y que ahí se quedaron toda la noche, que en la casa de Armando , además de éste y la novia del acusado, se encontraba Darío y un señor mayor que ahí conoció "en la fiesta" a quien acompañó a su casa sobre la 1 de la madrugada, casa que se ubica al lado de la fábrica (local) donde ocurrieron los hechos y que al necesitar papel de fumar, entró en el local, entregando un porro a su hermano y éste a cambio le dio papel de fumar regresando luego a casa de Armando ; que se acostó sobre las 4 0 las 5 horas, que se fue a dormir antes que Armando ; que Tomasa "se encontraba mal, vomitó, hicieron el amor y ella se quedó mirando el móvil".

La sentencia de instancia argumenta que "esta tesis exculpatoria manifestada en el plenario, ya la manifestó el 8 de febrero de 2019 cuando declara ante el Juez de Instrucción (folios 472 y s.) si bien "modalizada" con unos detalles relevantes que hacen que la misma no pueda ser tenida como creíble. En efecto, ante el Juez de Instrucción comienza negando que hubiera estado en el local, afirmando que la hora en que se fue a dormir fue a las 3, sin que nada manifieste sobre si su novia Tomasa vomitó e hicieron el amor; negando expresamente que en la madrugada de los hechos estuviera en el local de forma reiterada y que sólo salió del domicilio de Armando para acompañar a su amigo Germán (el "señor mayor"), que el investigado estuvo viviendo una temporada en el local de la Carretera de Terrassa, pero desde hace dos meses ya no, confirmando que Alexis sí vive ahí. Sólo cuando se le informa de que se ha encontrado una huella, señala que efectivamente estuvo en el local, pero al día siguiente a las 18 horas (en contra de lo declarado en el plenario por el mismo), añadiendo luego que va "frecuentemente a la fábrica" y que sí que fue en la madrugada del día 3, entre las 23 y las 00 horas, matizando luego que fue entre la 1,30 h., y las 2:00 horas. Por otro lado, la confusión del domicilio es más que patente pues reitera que no vive en el local donde sucedieron los hechos, si bien tanto al folio 471 como al folio 472 (diligencia de designación de domicilio y declaración ante el Juez de Instrucción) indica como domicilio CARRETERA000 nº NUM003 en la primera diligencia, sin que pueda precisar el domicilio donde vive cuando declara ante el Juez de Instrucción."

La sentencia asimismo analiza la declaración de la pareja sentimental del acusado Tomasa .

Dicha testigo dijo en el plenario" que le vino a buscar Anibal , fueron al Mercadona y luego a casa de Armando , que es donde vivía el acusado, refiriendo luego que salió a la 1 a acompañar al señor mayor y luego "a la fábrica" para entregar dos papeles de liar regresando luego a casa de Armando ".

Y la sentencia argumenta: "Dicha declaración, lejos de apoyar la versión de Anibal entra en clara contradicción, lo que motiva que no podamos dar credibilidad alguna a dicha declaración; así al contrario de lo que dice Anibal , señala que éste fue a la "fábrica" para <entregar papel de liar a dos chicos>, resultando extraño que no pueda afirmar que al menos uno de estos dos chicos era el hermano del propio Anibal , además de que no



fue a papel" sino a "buscar papel de liar", ya que no tenía; la testigo afirma que Anibal no iba a menudo por la "fábrica", en contra de lo declarado por el procesado Anibal. Igualmente afirma que Anibal se fue a dormir a las 5 y ella a las 9, levantándose a las 15 h afirmando no recordar lo realizado luego, negando haber ido a la "fábrica", en contra de lo declarado por el procesado Anibal. Otra contradicción de la testigo es cuando relata que supo de lo sucedido por internet y la prensa, negando hablar de los hechos con alguno de los procesados, contradicción que fue puesta de manifiesto por el MINISTERIO FISCAL respecto a lo declarado en instrucción: que Alexis le manifestó quien era el autor de la violación, que lo comentaban por el barrio, rectificando a favor de lo manifestado en sede de instrucción, justificándose en que no hablaron mucho; que se encontraba mal, que fue al lavabo a vomitar, que sólo fueron a la "fábrica" tres veces. En fin, como afirmó la intérprete antes de traducir lo dicho manifestado por esta testigo, para que tuvieran conocimiento los procesados, la declaración había sido "muy ambigua" y que este tribunal- de instancia-, como ya ha puesto de manifiesto, vistas las contradicciones, entiende que la testigo en sus manifestaciones estuvo guiada con un solo propósito: asegurar que cuando ocurrieron los hechos enjuiciados ella estaba despierta mientras Anibal en la misma casa, se encontraba durmiendo, hechos que por la poca credibilidad de la testigo, no podemos dar por ciertos."

El testigo Darío, si bien declaró en instrucción no lo hizo en el plenario sin que se haya leído su declaración sumarial en el juicio, por lo que no puede tenerse en cuenta.

Finalmente la sentencia de instancia analiza la declaración en el plenario de Armando, el otro testigo supuestamente de descargo, quien dijo que Anibal y Tomasa llegaron a las 9 de la noche y que a la 1 de la madrugada se fue a acompañar a un hombre mayor que igualmente estaba en la casa, entrando en contradicción con lo declarado por Anibal y Tomasa pues dijo que no sólo Anibal llevaba viviendo tres meses en su casa, sino que también Tomasa lo que esta no afirma pues indicó que vivía en la CALLE000 de Manresa, localidad de la que justamente procedía en tren y fue recogida por el procesado en la estación de Sabadell, que la casa tiene seis habitaciones; por lo demás Armando sólo puede afirmar que Anibal estuvo con él en la casa hasta la 1 h., regresando a la 1,30horas, yendo a dormir el procesado y su novia a las 4 h, lo que tampoco es incompatible con el hecho de estar entre las 6 y las 8 en el local donde ocurrieron los hechos, debiendo añadirse que, por otro lado, sorprende que afirme este testigo que Anibal llevaba volviendo en la casa, que era ocupada, desde hace tres meses y que no tuviera las llaves de la misma, llaves que "sólo tenía él".

Consecuentemente, no puede sostenerse que las sentencias de instancia y apelación no hayan valorado y motivado las pruebas de descargo de la defensa de Anibal, por lo que el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- El motivo tercero por infracción de ley del art. 852 LECrim, infracción de precepto constitucional art. 24.2 CE.

Considera indebidamente aplicada la doctrina de la intimidación ambiental, dado que la víctima al llegar a la fábrica ya se encontraba intimidada por haber sufrido durante el camino una agresión sexual, por lo que no influyó en la víctima la presunta intimidación de los individuos que se encontraban en la fábrica en el momento de los hechos.

El motivo deviene improsperable.

5.1.- En realidad, como dice la sentencia recurrida, lo que viene a hacer el recurrente es "reinterpretar" la prueba practicada en el juicio a su conveniencia, en contra de la valoración efectuada por el tribunal de instancia.

Sostiene el recurrente que la víctima, al llegar al local de autos, ya se encontraba intimidada, pues había sido objeto de una primera agresión en la calle donde fue aprehendida por el primer agresor, por lo que la actuación de los que allí se encontraban no puede considerarse intimidación.

Pero el hecho de que la víctima hubiese sido objeto de una primera agresión sexual antes de llegar al local en que se produjeron los hechos enjuiciados, y que, en consecuencia, se encontrara turbada o intimidada, no es incompatible con la intimidación que posteriormente causaron el recurrente y los demás investigados, que fue la que permitió que en ese local, los tres autores materiales pudieran violar a la víctima, sin solución de continuidad, y sin ningún atisbo de posibilidad de defensa por su parte. La primera agresión sexual es penalmente independiente de las que posteriormente se produjeron en el local: sucedió minutos antes, a una distancia considerable y, sobre todo, la primera pudo integrarse también con la fuerza que empleó el autor no identificado para doblegar la voluntad de Carmen, mientras que las restantes agresiones traen causa y fundamento en la intimidación ambiental ocasionada por los allí presentes.

Pero, es más, la inicial agresión y la intimidación que la provocara contribuyeron a exacerbar la vulnerabilidad de la víctima y a intensificar los efectos de la nueva y autónoma coacción psicológica que anulara la voluntad de la joven agredida.



Como recuerda la STS 145/2020, de 14-5: "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."

SEXTO.- El motivo cuarto por infracción de ley por aplicación indebida del art. 29 CP y del art. 450 CP.

El motivo cuestiona su condena como cómplice de tres delitos de agresión sexual y postula que en el caso de que se entendiera que se encontraba en el lugar de los hechos, en todo caso, debería ser condenado por el tipo delictivo del art. 450 CP, puesto que en ningún caso estaría involucrado en la acción delictiva sino que únicamente habría omitido el deber de socorro y es imposible que estuviera involucrado en la acción delictiva porque donde presuntamente se cometieron las agresiones sexuales estaba tapado con una cortina, donde presuntamente los agresores violaron a Carmen .

El motivo -con independencia de que el Ministerio Fiscal ha interpuesto también recurso pretendiendo que la participación como cómplice del recurrente, sea calificada de cooperación necesaria con aplicación del subtipo agravado del art. 180.1.2- debe ser desestimado.

6.1.- Tal cuestión ya fue planteada en apelación y desestimada por el TSJ con argumentos que deben ser asumidos en su totalidad.

En efecto, es criterio jurisprudencial desde antiguo (SSTS 31-1-86, 8-10-91) al delimitar el art. 450 (antiguo art. 338 bis) de la participación por omisión en el delito no impedido, acudía a la teoría de la posición de garante, de modo que cuando un individuo no evita que otro cometa un delito, existe una participación por omisión, si el omitente se encontraba en posición de garante y le correspondía el deber específico de impedir que se produjera el resultado lesivo, aplicando, en otro caso, el art. 450 CP, delito este de omisión pura o propia en la que el sujeto responde por no llevar a cabo la acción esperada, con independencia del resultado que se derive del delito no evitado, cuya eventual producción y entidad no tienen, a estos efectos, relevancia alguna. No se sanciona por lo expuesto, una participación por omisión en el delito no impedido, que requeriría una posición de garante, aquí no contemplada, sino el incumplimiento del deber de actuar en los casos previstos en el precepto.

Por ello, el tipo penal del art. 450 corresponde un delito de omisión cuya estructura responde a los patrones de este tipo de delitos, es decir, la existencia de una situación típica, la ausencia de una conducta determinada y la capacidad de realizar esa acción. Aplicada esta estructura a este delito, la producción de un delito contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, no impedir la comisión del delito y posibilidad de actuar y sin riesgo propio o ajeno (STS 687/2017, de 18-10).

En idéntico sentido la STS 897/2013, de 28-11, precisa que "ese precepto, arquetipo de los delitos de omisión pura, solo puede tener aplicación en aquellos supuestos en que su autor esté desconectado previamente con el hecho que presencia y que tiene obligación de evitar, pero no en los casos en que el agente interviene desde el principio en todo el iter criminis", cuya obligación de intervenir es mucho más exigible a estar involucrado por múltiples razones en la misma acción delictiva.

Por ello, acreditada su participación en los hechos del recurrente, precisamente ante la existencia de una cooperación (siquiera en algún aspecto fuera pasiva) en el delito, en su confrontación con el tipo de omisión de impedir determinados delitos, debe prevalecer la responsabilidad penal por la cooperación al hecho delictivo, particularmente por estar incurso el sujeto agente en la acción delictual que el art. 504 CP quiere impedir.

En el delito de omisión de impedir determinados delitos se castiga la genérica insolidaridad de los ciudadanos de impedir que, pudiendo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, impedir el delito de otro, no lo hacen conscientemente. En nuestro caso, a diferencia del art. 450 que contempla un delito de omisión, existió un concierto previo o sobrevenido para cometer el hecho delictivo contra la libertad sexual.

Por todo ello los delitos son perfectamente diferenciables, no siendo de aplicación el art. 450.1 CP (STS 897/2013, de 28-11), y la pretensión del recurrente de ser condenado, no como cómplice, sino por este delito, deviene inaceptable, pues los acusados estaban involucrados en la acción delictiva.

6.2.- Como dice la sentencia recurrida: "No son sujetos ajenos, meros espectadores, meros ciudadanos que hayan infringido su deber de solidaridad, de ahí la levedad de las penas señaladas en el art. 450 CP, sino que fueron condenados porque estaban todos juntos en el local de autos, poniéndose de pie y rodeando a la víctima a sólo una distancia de un metro, cuando llegó al local de autos traída por la fuerza por un primer agresor no identificado, y a pesar de verla ,llorando y temblando pidiendo que la dejaran ir, creando todos ellos una intimidación ambiental, que permitió a quien quisiera de entre ellos poder violar a la víctima, como así aconteció respecto de los tres autores sin solución de continuidad, dos de ellos no juzgados, y el tercero el acusado Abilio , sin que ni éste ni ninguno de los otros dos acusados y condenados en instancia hicieran absolutamente nada para impedir dichas violaciones por parte de sus autores.



La diferencia sustancial existente con la participación en comisión por omisión de un delito, como el de autos, contra la libertad sexual, es que se pueda aplicar el artículo 11 del Código penal, que dispone:

"Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a. Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión presente."

Así, es necesario, en la comisión por omisión, que el acusado se encuentre en lo que la doctrina llama "posición de garante".

Y dicha posición de garante puede fundamentarse en el actuar precedente de los acusados, que desde que la víctima llegó al local de autos todos ellos la intimidaron, por el elevado número y por su mayor fuerza, no haciendo absolutamente nada, cuando tenían capacidad para hacerlo, para impedir las reiteradas violaciones que tuvieron lugar en su presencia, pues sólo separaba el habitáculo donde tuvieron lugar las violaciones una especie de bandera que hacía de cortina, sin llegar al suelo, habitáculo existente en la misma sala rectangular donde estaban todos ellos, y de ahí que se hayan calificado de violaciones grupales, tanto por las acusaciones como por la sentencia de instancia.

Y este comportamiento por parte de los procesados condenados en instancia de estar presente en las violaciones de terceros y no hacer nada para impedir las mismas, puede decirse que "equivale" a la causación propia del delito, como exige el art. 11 del CP, en el caso de autos.

En nuestro caso, es, pues, descartable el artículo 450 CP."

RECURSO Abilio

SÉPTIMO.- El motivo único se funda en los números 1º y 2º del art. 849 en relación con el art. 852 LECrim, consistentes en la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo y error de hecho en la apreciación de la prueba.

En su desarrollo alega:

Art. 849.1. Infracción de ley: infracción presunción de inocencia, art. 24.2 CE en relación con el art. 5.4 LOPJ al producirse una insuficiencia de prueba de cargo y una vulneración de los principios de igualdad y presunción de inocencia; en relación con el art. 24.1 Ce, que asegura el derecho de toda persona a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, así como a un proceso justo y sin indefensión, dado que las pruebas con que se ha condenado han sido incorrectamente valoradas y las pruebas que sin género de dudas demuestran su inocencia no han sido tenidas en cuenta. En el presente procedimiento se basa la sentencia condenatoria en declaraciones de la supuesta víctima y unos informes periciales que no demuestran que las relaciones sexuales no fueran consentidas.

No existe ningún testigo directo y presencial de los hechos, sino testigos de referencia que declaran lo que la denunciante les contó.

Y en aras de una mayor brevedad procesal da por reproducidos los puntos 1º, 2º y 4º del recurso de apelación referidos a error en la apreciación de la prueba y vulneración de los arts. 24.1 y 24.2 CE.

7.1.- 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.

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

7.2.- Partiendo de la anterior doctrina jurisprudencial, la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única



prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada.

Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre, 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre), como esta misma Sala (SSTS núm. 339/2007, de 30 de abril, núm. 187/2012, de 20 de marzo, núm. 688/2012, de 27 de septiembre, núm. 788/2012, de 24 de octubre, núm. 469/2013, de 5 de junio, núm. 553/2014, de 30 de junio, etc.).

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testimonial de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

7.3.- El primer parámetro de valoración es la credibilidad subjetiva del testimonio (o ausencia de incredibilidad subjetiva, en la terminología tradicional de esta Sala).

La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan.

O de la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

7.4.- La comprobación de la credibilidad subjetiva, desde la segunda perspectiva enunciada con anterioridad, que consiste en el análisis de posibles motivaciones espurias, exige un examen del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima, cuyo testimonio es el principal basamento de la acusación, para constatar si la declaración inculpatoria se ha podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad.

El fundamento de este criterio responde a que cuando se formula una grave acusación, que afecta a ámbitos muy íntimos de la denunciante, y no cabe atisbar racionalmente motivo alguno que pueda justificarla, un simple razonamiento de sentido común puede llevarnos a la conclusión de que la acusación se formula simplemente porque es verdad. Cuando pueda atisbarse racionalmente otra motivación, de carácter espurio, esta conclusión no puede aplicarse, lo que no significa que el testimonio quede desvirtuado, pero sí que precisará elementos relevantes de corroboración.

En el análisis de esta materia ha de tomarse en consideración que, como ha señalado reiteradamente esta Sala (STS 609/2013, de 10 de julio, y núm. 553/2014, de 30 de junio, entre otras), el deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la credibilidad de la declaración de la víctima.

7.5.- El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).



Ha de distinguirse la ausencia de contradicciones en el seno del relato de los hechos realizado por la víctima, o de elementos fácticos escasamente verosímiles, que es lo que caracteriza la coherencia interna, y dota a la versión acusatoria de credibilidad objetiva, de la ausencia de contradicciones entre las distintas versiones aportadas a lo largo del procedimiento, que constituye un elemento que ha de analizarse en el ámbito de la valoración de la persistencia de la declaración.

7.6.- El tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación. Dando por reproducido lo ya expuesto en el motivo primero del recurso interpuesto por el procesado Alexis, debiendo solo insistirse en que por su naturaleza, las víctimas de delitos sexuales exponen una línea de progresividad en su declaración que determina que puedan existir modificaciones puntuales que para el recurrente puedan resultar relevantes pero que en un contexto de gravedad como el relatado en los hechos probados no tienen el rango que podría conllevar una duda capaz de apuntar a la falta de credibilidad de la víctima (vid. STS 2/2021, de 13-1, que introdujo el concepto de progresividad de la declaración de la víctima).

Y además, según señala la STS 774/2017, de 30-11 "resulta inevitable que al comparar las declaraciones que presta ... un testigo en la fase de instrucción con la que hace después en la vista del juicio afloran algunas diferencias, omisiones y contradicciones. En primer lugar porque el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando han transcurrido varios meses o incluso años. Y en segundo lugar, un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración ... No se requiere un relato idéntico en todas las deposiciones del testigo, sino que exista una identidad sustancial. De hecho esta Sala ha mantenido en alguna ocasión que "lo sospechoso sería un relato mimético, idéntico en todo momento."

7.7.- Siendo así, la sentencia recurrida destaca respecto a este recurrente que el mismo no niega la realidad de la relación sexual mantenida con Carmen, pues tal negación resultaría estéril a partir del resultado de las pruebas de ADN llevadas a cabo por el Instituto Nacional de Toxicología y que confirman la existencia de espermatozoides de este procesado en las muestras obtenidas de la vagina de la denunciante.

La versión exculpatoria de este procesado se fundamenta en el hecho de que la relación sexual fue consentida, afirmando que Carmen llegó en compañía de alguien no identificado, que venían abrazados y que luego dentro del local, la denunciante estaba contenta, que el chico marroquí con el que entró lo había visto alguna vez; entabló conversación con el recurrente quien dijo que sabía un poco de español, que Carmen quiso hablar con el recurrente, entrando de mutuo acuerdo en el habitáculo, siempre voluntariamente, besándole ella en el cuello, diciéndole que tenía el corazón blanco, abalanzándose sobre el procesado, besándose ambos y quitándose la ropa, manteniendo una relación sexual consentida por vía vaginal llegando a eyacular en el interior, reconociendo que seguidamente tuvo sexo oral. Posteriormente, el acusado se fue al aseo y cuando salió a la sala, cogió un vaso de cubata y que "entonces uno por ahí que estaba borracho" dijo que todo el mundo afuera; que no vio que después de él entrara alguien más en el habitáculo, que no vio nada más ya que había mucha gente, con música, gente borracha, "que cree que el mismo chico que la acompañó al principio la acompañó para salir, que no lo recuerda por el transcurso del año, negando que fuera él quien salió con Carmen del local.

7.8.- Versión esta que no es aceptada por el Tribunal Superior de Justicia en cuanto contradice el cuadro probatorio consistente en la declaración de la denunciante Carmen, que es consistente, sin fisuras, persistente en el tiempo y ausente de toda nota de incredibilidad; los resultados del Instituto Nacional de Toxicología que confirman que en las muestras vaginal y rectal de la víctima se encontraron espermatozoides cuyo material genético coincide con el de Abilio; informes de urgencias y forense de la víctima ratificados por los peritos firmantes, compatibles con agresión sexual que objetivan las lesiones causadas a Carmen, f. 8, "Hiperemia a nivel vaginal, dos lesiones equimóticas en el cuello, en parte derecha y debajo oreja izquierda, lesión eritematosa en brazo izquierdo"; los reconocimientos en rueda al acusado (tanto de la víctima, como de la testigo María Angeles), y declaración de María Angeles quien dijo "que vio a una chica corriendo hacia su coche, descajonada, en estado de shock, que le dijo moros me acaban de violar" y que la chica señaló al chico que posteriormente reconoció como uno de los que la habían violado"; igualmente María Angeles ratificó en el plenario el reconocimiento que efectuó del mismo en instrucción. En cuanto a las objeciones sobre la virtualidad probatoria de esta testifical por ser de referencia, en STS 152/2018, de 2 de abril, con cita s. 1251/2009, hemos recordado como el Tribunal Constitucional tiene declarado que: "la doctrina de este Tribunal sobre el testimonio de referencia puede ser uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria. Pero, como se ha declarado reiteradamente, se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia.



Partiendo de esta base hemos dicho que la validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibile, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre; 97/1999, de 31 de mayo; 209/2001, de 22 de octubre; 155/2002, de 22 de julio; y 219/2002, de 25 de noviembre).

Esta es también la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S TEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò; y de 26 de abril de 1991, caso Asch).

Tal como textualmente afirmamos en la STC 155/2002, de 22 de julio, de un lado, incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (STC 97/1999, de 31 de mayo; en sentido similar, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre; 79/1994, de 14 de marzo; 35/1995, de 6 de febrero y 7/1999, de 8 de febrero).

De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (específicamente STC 131/1997, de 15 de julio; en sentido similar, SSTC 7/1999, de 8 de febrero y 97/1999, de 31 de mayo) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (TEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta).

El recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado, por lo tanto, a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (SSTC 79/1994, de 14 de marzo; 68/2002, de 21 de marzo; 155/2002, de 22 de julio y 219/2002, de 25 de noviembre).

Por ello si el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios o bien el de una prueba subsidiaria para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo porque se desconozca su identidad, haya fallecido, o por cualquier otra circunstancia que hará imposible su declaración testifical.

No obstante, la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otros testigos -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.

Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia pueda valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente, dado que el testimonio de referencia puede tener distintos grados, según que el testigo narre lo que personalmente escuchó y percibió -auditio propio- o lo que otra persona le comunicó -auditio alieno- y en algunos de percepción directa, la prueba puede tener el mismo valor para la declaración de culpabilidad del acusado que la prueba testifical directa - SSTC. 146/2003, 219/2002, 155/2002, 209/2001-.

La forma en que fue detenido, pues el agente de la Policía Local NUM004 procedió a su detención cuando vio que el acusado, al notar la presencia policial, a escasos minutos de los hechos, sobre las 8:00 horas del 3 de febrero de 2019, comenzó a disimular, siendo su actitud la que generó las sospechas y motivó la detención; las demás pruebas periféricas de testigos y peritos que vienen a corroborar la declaración de la víctima, y la declaración del acusado que lejos de generar alguna duda sobre su autoría, contribuyó al convencimiento del tribunal por lo inverosímil de su contenido.

Versión del acusado sobre la relación consentida que, como señaló la sentencia de instancia, aparece por primera vez en el plenario después de dos años de ocurridos los hechos, tratando de justificar el dato objetivo de la existencia de sus espermatozoides en la vagina de la víctima (resultado de las pruebas de ADN realizadas por el Instituto Nacional de Toxicología).

RECURSO MINISTERIO FISCAL



OCTAVO.- El motivo primero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 29 CP y correlativa inaplicación indebida del art. 28.2 b) respecto de Alexis y Anibal, de las tres agresiones sexuales precisadas de las que serían cooperadores necesarios, no cómplices.

Considera el motivo que los hechos probados respecto de estos condenados como cómplices recogen:

" Carmen en ningún caso consintió los actos sexuales descritos y sin que tampoco pudiera evitarlos dada la situación de miedo y angustia que le provocaron los distintos ataques contra su libertad sexual, temiendo por su vida e integridad física, pese a los lloros persistentes y solicitudes que continuamente realizaba para que parasen las agresiones que no pudieron pasar desapercibidas a los ahí presentes, entre otros, Alexis y Anibal que nada hicieron para ayudar a Carmen e intentar evitar las múltiples agresiones sexuales sufridas por ésta, participando igualmente estos procesados en la creación del miedo que a la misma se le causó al ponerse de pie junto a los demás que ahí se encontraban cuando llegó al local y que provocó que la denunciante se orinara encima, facilitando así las agresiones sexuales que llevaron materialmente a cabo tanto Abilio como los otros dos individuos no identificados."

8.1.- En tal relato fáctico, entiende el Ministerio Fiscal en su prolijo y bien documentado recurso, se describe la intimidación ambiental y la cooperación necesaria en comisión por omisión, con cita de la jurisprudencia de esta Sala que transcribe.

Así en la STS 1142/2009, de 24-11, ya se precisaba que era lo mismo el plan preconcebido que la actuación grupal simultánea al acto y no premeditada:

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

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

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

Particularmente significativa ha sido la STS de 3.6.2021, nº 488, que en relación con la COOPERACIÓN NECESARIA en delitos de violación grupal enfatiza esta doctrina:

"En segundo lugar, la jurisprudencia ha señalado que, mediando acuerdo, en los casos de abusos o agresiones sexuales cometidos por varias personas, la presencia de cada uno de ellos, aunque sea en actitud pasiva, mientras se ejecutan los hechos, supone una colaboración a la ejecución, sin perjuicio de que la valoración de la misma como necesaria pueda depender de las circunstancias. (STS nº 786/2017, de 30 de noviembre). No puede cuestionarse, ni mucho menos negarse la respectiva condición de cooperador necesario que cada uno tuvo en la violación que ejecutó el otro, y por lo mismo, cada uno de los condenados, es autor material de la agresión sexual consumado por él, y colaborador necesario de lo consumado por el otro porque existió una aportación objetiva, causar y eficaz de cada uno a que el otro consumase la violación.

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



Igualmente recalca la STS antes citada de 3.6.2021 que la consolidada doctrina de esta Sala en relación a estos delitos contra la libertad sexual en caso de pluralidad de partícipes, viene atribuyendo a cada uno de ellos no solo la acción ejecutada por ellos mismos, sino además la del resto de los participantes, vía cooperación necesaria excepcionalmente podría ser complicidad- de acuerdo con el concepto amplia de autor vigente en nuestro sistema penal y recogido en el art. 28 que se cita en el motivo, coautoría que estaría fundada no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación".

Para disolver el pequeño ámbito de duda que pueda subsistir entre complicidad y cooperación necesaria, dirá la STS de 3.6.2021, que generalmente, esta clase de cooperación, como ya hemos señalado más arriba, es considerada como necesaria, pues los hechos no podrían haberse ejecutado de, la misma forma sin su concurrencia, La actuación conjunta aporta con claridad una mayor intensidad en la capacidad de los autores y cooperadores para superar una eventual resistencia de la víctima, incluso hasta el punto de hacerle ver, aunque sea indirectamente, la inutilidad de oponer una fuerza física, que' será contrarrestada por la superioridad de aquellos: "

8.2.- También la STS de 14.5.2020, nº 145, precisa las características de la intimidación típica. Incluida la ambiental. Elabora con precisión el concepto de violencia emocional. Lo hará con estas expresiones:

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

En la STS de 14.5.2020, se dice asimismo lo que sigue:

"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 n o 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)

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.

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 O 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 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".

En el mismo sentido, la STS nº 344/2019, de 4 julio de 2019, insiste en delimitar el concepto de intimidación ambiental:

"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 o 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 éstos 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 nuestro caso es evidente que todos los presentes que contribuyeron a crear la situación de miedo y angustia de la víctima y que con su sola presencia reforzaron la voluntad de sometimiento, eran cooperadores necesarios, no simples cómplices. Doblegaron la voluntad de la víctima minimizando su capacidad de respuesta por su presencia plural generadora de desamparo en la víctima. Existió intimidación ambiental.

8.3.- Existe otro argumento. Una de las diferencias esenciales, entre autoría y cooperación necesaria es la intervención en fase preparatoria o de ejecución. Quien, en concierto con los autores, expreso o tácito, previo o simultáneo, realiza su aporte causal en el momento en que se está cometiendo el delito, es decir, en la fase de ejecución, es coautor. Quien realiza su aporte causal en fase preparatoria sería cooperador necesario.

Pues bien, la naturaleza del delito como de propia mano, servirá para rebajar la o aportación causal de la fase de ejecución a cooperación necesaria, pero jamás podría degradarla a complicidad.

La STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, dirá al respecto, llevando la cooperación a la categoría de coautoría, 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.

8.4.- Por su parte también ha declarado esta Sala reiteradamente que la complicidad se distingue de la cooperación necesaria en el carácter secundario de intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso. La complicidad requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado en términos de prescindibilidad concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas, debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (SS TS 676/2002, de 7 de mayo; 1216/2002, de 28 de junio; 185/2005, de 21 de febrero; 94/2006, de 10 de enero; 16/2009, de 27 de enero; y 109/2012, 14 de febrero o 165/2016 de 2 de marzo).

Pues bien, como reitera el TS la contribución a la violación creando la violencia o intimidación ambiental es fundamental y no accesorio, constituye un bien escaso de difícil obtención y además contribuye a la ejecución del resultado.

- Existe cooperación necesaria igualmente en la omisión del comportamiento de ayuda a la víctima, tras haber creado la situación de riesgo.

El artículo 11 CP de 1995 introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento la cláusula de expresa referencia a la comisión por omisión. Este precepto dispone que "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

Según jurisprudencia reiterada de esta Sala (SS TS 320/2005 de 10 de marzo; 37/2006 de 25 de enero; 213/2007 de 15 de marzo; 234/2010 de 11 de marzo; 64/2012 de 27 de enero; 325/2013 de 2 de abril o 25/2015 de 3 de febrero y 468/2017, de 27 de junio) para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP, que en este caso se pretende en relación al delito de homicidio imprudente del artículo 142, se requieren los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.

b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado "equivalga" a su causación.



- c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales.
- d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
- e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico.

La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, en virtud de la cual aquél se hace responsable de la indemnidad de éste. De tal relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de impedir el resultado que la dañe; de ahí que su no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. Pero no solo la garantía, sino también la injerencia, por haber creado o incrementado la situación de riesgo para el bien jurídico, coloca al injerente en responsable principal de la indemnidad de éste.

La STS 1538/2000 de 9 de octubre enseña que la comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría -con la autoría material y con la cooperación necesaria- como en el grado de la equivalencia con la complicidad.

Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la misma, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable.

En el aspecto subjetivo, la comisión por omisión dolosa requiere que el autor conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe. Sin embargo, cuando de imprudencia se trata, se apreciará culpa respecto a la omisión cuando el omitente, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que generó su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado. O cuando el obligado a realizar la acción no consiguió impedir el resultado por la forma descuidada o inadecuada en la que intentó el deber de garantía.

Criterio reiterado en sentencias posteriores al recurso de casación del Ministerio Fiscal, como son la s. 460/2022, de 11-5, que trató un caso de intimidación ambiental en delito de agresión sexual con intimidación ejercida por varios sujetos amparados en la prevalencia del grupo para ejercer esa intimidación.

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

Argumenta el TS que:

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

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

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

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



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

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

Y la muy reciente STS 10/2023, de 19-1:

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

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

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

8.5.- Pues bien, en nuestro caso, se les atribuye tanto la creación de la situación de miedo, como el conocimiento de las agresiones sexuales reiteradas y la omisión de cualquier comportamiento de ayuda que procurara la indemnidad del bien jurídico.

En definitiva, los afectados por el motivo en relación con las tres agresiones sexuales -al igual que Abilio en las agresiones sexuales del sujeto desconocido y del individuo rebelde- crearon la intimidación ambiental, estuvieron presentes reforzando con su participación todas las agresiones, alentaron a los autores, disuadieron a la víctima, incrementaron y crearon la situación de riesgo para el bien jurídico absteniéndose luego de evitar las tres violaciones, y todo ello lo hicieron aun sin tener las riendas del actuar típico positivo que solo corresponden al autor, no retirando su aportación causal, lo que podría haber evitado los tres delitos -riendas del actuar típico negativo- y su contribución no fue esporádica, accidental y prescindible, sino causalmente relevante desde el punto de vista de la equivalencia de las condiciones y causalidad más efectiva y sustancialmente valiosa desde la teoría de los bienes escasos. Es decir, fueron cooperadores necesarios y no simples cómplice de los delitos de violación.

Y serían cooperadores necesarios aun sin plan preconcebido. Pues es 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 físicamente 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 no existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que conjuntamente se realiza. En estos casos el efecto intimidatorio se produce 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.

Y es que la intimidación siempre y la intimidación grupal inexcusablemente hacen que la víctima adopte una actitud de sometimiento, que no de consentimiento.

En las agresiones sexuales múltiples existe una 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, radicalmente incompatible con la complicidad.

NOVENO.- El motivo segundo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 29 CP y correlativa inaplicación del art. 28.2 b), cooperación necesaria, respecto de Abilio, en relación con las dos agresiones sexuales -primera y segunda violación- de las que fue considerado finalmente cómplice.

9.1.- El motivo debe estimarse por las mismas razones expuestas en el motivo precedente.

En el supuesto que nos ocupa se cometieron tres violaciones. Todas en el interior del local y en uno de los habitáculos del fondo.

La primera fue cometida por un individuo desconocido (A) que penetró vaginal y oralmente a Carmen : sin solución de continuidad. Una sola violación en unidad natural de acción.

La segunda, cometida de forma inmediata a la anterior por un sujeto declarado en rebeldía, que penetró a la víctima vaginal y oralmente. Segunda violación en unidad natural de acción.

La tercera, cometida por el recurrente Abilio, seguidamente y sin solución de continuidad con las anteriores agresiones sexuales y siempre con la intimidación tanto personal como ambiental y colectiva, la penetró vaginal, oral y analmente. Tercera violación que en unidad natural de acción, engloba las tres penetraciones por vías distintas.

El presente recurso se refiere solo a la consideración de cómplice del indicado Abilio en las violaciones primera y segunda, cometidas por el sujeto desconocido y el declarado rebelde respectivamente. En esas violaciones había sido condenado por la Audiencia Provincial como cooperador necesario de los arts. 178 y 179 CP, y la sentencia recurrida, estimó uno de los motivos del recurso de apelación interpuesto por Abilio y le consideró cómplice en ambas agresiones sexuales.

9.2.- El motivo del recurso del Ministerio Fiscal entiende que debe ser recuperada la calificación de cooperador necesario en esas violaciones primera y segunda.

Relatan los hechos probados que Carmen en ningún caso consintió los actos sexuales descritos y sin que tampoco pudiera evitarlos dada la situación de miedo y angustia que le provocaron los distintos ataques contra su libertad sexual, temiendo por su vida e integridad física, pese a los lloros persistentes y solicitudes que continuamente realizaba para que parasen las agresiones que no pudieron pasar desapercibidas a los ahí presentes, es decir, añadimos nosotros, todos no solo Alexis y Anibal, que nada hicieron para ayudar a Carmen e intentar evitar las múltiples agresiones sexuales sufridas por ésta, participando igualmente estos procesados en la creación del miedo que a la misma se le causó al ponerse de pie, junto a los demás que ahí se encontraban cuando llegó al local, y que provocó que la denunciante se orinara encima, facilitando así las agresiones sexuales que llevaron materialmente a cabo tanto Abilio como los otros dos individuos no identificados.

Es decir, Abilio, respecto de las violaciones primera y segunda, hizo justamente lo mismo que Alexis y Anibal en relación con las violaciones primera, segunda y tercera, por lo que por las mismas razones expuestas con amplitud en el motivo primero debe ser condenado como cooperador necesario y no como simple cómplice de las violaciones primera y segunda.

9.3.- En efecto, coincidimos con el Ministerio Fiscal en que Abilio en relación a las dos primeras agresiones sexuales del individuo desconocido y del declarado rebelde, creó, junto con los otros seis intervinientes, la intimidación ambiental que propició los ataques sexuales, pues estuvo presente reforzando con su participación las dos agresiones, contribuyó a diseñar esa violencia ambiental propia de la actuación grupal, alentó a los autores, disuadió a la víctima, incrementó y creó la situación de riesgo para el bien jurídico absteniéndose luego de evitar las dos agresiones sexuales típicas, y todo ello lo hizo aun sin tener las riendas del actuar típico positivo que solo corresponden al autor, no retirando su aportación causal, lo que podría haber evitado los dos delitos -riendas del actuar típico negativo- y su contribución no fue esporádica, accidental y prescindible, sino causalmente relevante desde el punto de vista de la equivalencia de las condiciones y causalidad más efectiva y sustancialmente valiosa desde la teoría de los bienes escasos. Es decir, fueron cooperadores necesarios y no simples cómplice de los delitos de violación.



Y sería cooperador necesario aun sin plan preconcebido. Pues es 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 no existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio se produce 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.

Y es que la intimidación siempre y la intimidación grupal inexcusablemente hacen que la víctima adopte una actitud de sometimiento, que no de consentimiento.

En las agresiones sexuales múltiples existe una 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, radicalmente incompatible con la complicidad.

En consecuencia, el segundo motivo deberá estimarse con su consabido efecto de revocación y casación de la sentencia en este punto. Será el condenado Abilio cooperador necesario y no cómplice de ambas violaciones, primera y segunda.

DÉCIMO.- El motivo tercero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación indebida a Alexis y Anibal del subtipo agravado del art. 180.1.2 CP en las agresiones sexuales precitadas de las que serían cooperadores necesarios y no cómplices.

Distingue el Ministerio Fiscal las diversas situaciones de la doctrina actual de esta Sala Segunda sobre el subtipo agravado del art. 180.1.2 CP.

10.1.- En el caso de la autoría, nada impide la aplicación de la agravación cuando intervienen varios sujetos. La autoría del hecho puede ser individual, pero se considera merecedora de un mayor reproche y, coherentemente, se agrava la pena, cuando intervienen más de una persona en ejecución conjunta.

Por lo tanto, cuando se trata de autores nada impide la aplicación de la figura agravada por el hecho cometido, pues el autor, no presupone la presencia de un cooperador necesario o cómplice, y evidentemente se aprovecha de las facilidades que supone la actuación conjunta, lo que a su vez denota una mayor antijuricidad del hecho, justificando la exacerbación de la pena.

Esto ocurre cuando el autor se apoya para la ejecución en un cooperador que está presente en la escena de los hechos, pues entonces subsisten las razones de la agravación.

10.2.- Por el contrario, cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicar a éste la agravación en su conducta, pues dice el TS que no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de al menos un autor a cuya ejecución coopera.

Esta posición se mantiene inamovible. Nada importa que se alegue que el subtipo solo pide actuación conjunta y no autoría conjunta. Y tampoco sirve aseverar que la, accesoriamente de la participación solo exige que exista un hecho típico y antijurídico cometido por el autor y en el que el partícipe -inductor, cooperador necesario o cómplice- instigue, coopere necesariamente o ayude accidentalmente, sin que sea necesario en absoluto que el partícipe esté presente en el lugar de los hechos durante la ejecución acompañando al autor. El partícipe es penado en cuanto aporta su causalidad a la actuación del autor que asume y quiere, pero no es necesario en absoluto para poder condenarle como tal que esté presente en el lugar de los hechos. Quien además de participar en el delito está presente cuando se ejecuta la violación contribuye tan eficazmente como el propio autor en la actuación conjunta que aumenta el desvalor de la acción y el desvalor del resultado contribuyendo a la sumisión irredenta de la víctima. No hay bis in idem si a ese partícipe presente en el momento de ejecutarse la violación se le aplica el subtipo agravado. Piénsese en quien coopera necesariamente a la violación revelando el lugar donde se halla la víctima y entregando la llave de la casa en la que está la víctima para que el autor a solas la fuerce. Sería cooperador necesario, pero no se le podría aplicar la agravante de actuación conjunta. En cambio, si en la violación grupal se está presente, se es cooperador necesario por haber creado la intimidación ambiental, pero además actuando conjuntamente en ese momento de la ejecución se aumenta el desvalor de acción y resultado por lo que parece que podría aplicársele el subtipo. Piénsese, por otro lado, en la agravante de abuso de superioridad numérica de un delito de homicidio que se aplica tanto al autor como al cooperador necesario si así es calificado, sin que nunca se le haya dejado de aplicar esa agravante al partícipe porque es



partícipe. Si A mata a B, con la ayuda de C que lo sujeta, mientras A le clava el cuchillo, aunque la actuación de B se califique como de cooperación necesaria y no de coautoría, la agravante de abuso de superioridad se le apreciará siempre.

10.3.- En cualquier caso, supuesto distinto es el que nos ocupa, pues no existe solo un autor y solo un partícipe, sino un autor y seis partícipes en cada violación. Es decir, cada partícipe sabe que participa en un hecho que no viene agravado por su propia participación, sino porque en cada una de esas tres violaciones existen, con independencia de su aportación, un autor y cinco partícipes más.

La STS nº 687, de 19.10.2017, lo dice claramente:

"No le asiste la razón a la defensa del acusado, toda vez que, tal como se remarca en la sentencia recurrida, esta Sala tiene establecido que 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".

En el mismo sentido, la STS de 14.5.2020, nº 145, enfatiza con claridad:

"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 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:

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".

Pues bien, en nuestro caso, actúan siete. Los partícipes participan en un hecho en el que junto con el autor intervienen otros cinco partícipes más.

En base a lo expuesto, el motivo debería ser estimado, condenando a Alexis y Anibal con aplicación del subtipo agravado del art. 180.1.2 CP en las tres agresiones sexuales.

10.4.- No obstante lo anterior, en el del propio informe del Ministerio Fiscal fechado al 22-12-2022 en el trámite dado a las partes sobre la aplicación de la LO 10/2022, de 6-9, de garantía integral de la libertad sexual, en cuanto a la aplicación del art. 180.1.2 CP, hace las siguientes observaciones sobre la aplicación del referido subtipo agravado, aplicables tanto a Alexis y Anibal en las tres agresiones sexuales cometidas en



cooperación necesaria, como a Abilio en el delito de los arts. 178, 179 y 180.1.2 condenado como autor, y en las dos agresiones sexuales cometidas por el individuo desconocido y por el declarado rebelde, condenado como cooperador necesario.

Entiende que resulta relevante la reforma operada por la LO 10/22 del art. 180, que en su apartado 1º 1ª contempla la agravación cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas, con idéntica redacción al texto anterior. Sin embargo el párrafo final del art. 180.1 en su nueva redacción, si bien mantiene la agravación penológica para el caso que concurren las circunstancias que enumera -entre ellas la 1ª la comisión del delito por la actuación conjunta de dos o más personas- establece la salvedad -para evitar el problema del non bis in idem- de "que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 y 179".

10.5.- Siendo así, en el caso examinado, considera el Ministerio Fiscal -no olvidemos la parte recurrente que solicitó en su recurso inicial la aplicación a todos los acusados del subtipo agravado del art. 180.1.1ª- que una agresión grupal, como la contemplada, se ve directamente afectada por la nueva redacción dada a los arts. 178, 179 y 180 CP. La lectura de los hechos probados y los fundamentos de derecho de ambas resoluciones, de primera y segunda instancia, deja patente la condena por un delito de los arts. 178 y 179 CP, en consideración a la ejecución de los hechos por varias personas, una de las cuales no fue identificada y otra fue declarada en rebeldía, que determinó la llamada intimidación ambiental que da lugar a la calificación de agresión con intimidación del art. 178 CP y concurriendo el acceso carnal por las vías del art. 179 CP.

La nueva redacción del art. 180.1 inciso final hace por ello inaplicable en el caso presente, la primera a la circunstancia prevista en dicho precepto con la nueva ley, según el repetido informe del Ministerio Fiscal.

De ahí que la pena nos moveríamos en el marco penológico del art. 179 CP que en la redacción actual es de cuatro a doce años de prisión. El Ministerio Fiscal solicita para estos dos acusados la pena de nueve años de prisión para cada una de las agresiones sexuales de las que son responsables en concepto de cooperadores necesarios, pena esta que estaría en la mitad superior en la nueva regulación y que fue la impuesta al acusado Abilio en la instancia por cooperador necesario en cada delito cometido por los otros dos individuos intervinientes, no identificado y en paradero desconocido respectivamente.

10.6.- La determinación de la pena por la cooperación necesaria en agresiones sexuales por concurrir intimidación ambiental ha sido analizada en la muy reciente STS 10/2023, de 19-1, destacando que "resulta importante que en la aplicación de la cooperación en los delitos de agresión sexual por concurrir intimidación ambiental puedan aceptarse grados de intervención que, a su vez, conllevarán su efecto en la determinación de la pena, por cuanto una cuestión será la pena a imponer por la agresión sexual propia y otra evaluar el grado de intervención y forma de la presencia del resto en los hechos a la hora de configurar la intimidación ambiental sancionada por la cooperación en el delito de agresión sexual.

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

Siendo así, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas, en particular que la cooperación necesaria de estos acusados fue de menor entidad que la del otro condenado Abilio, se considera adecuada la de 8 años de prisión por cada uno de los tres delitos (grado medio de aquel marco penológico).

UNDÉCIMO.- El motivo cuarto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida a Abilio del subtipo agravado del art. 180.1.2 en las agresiones sexuales primera y segunda de las que sería cooperador necesario y no cómplice.

El motivo debería ser estimado por las mismas razones del motivo anterior, pero tal como se razonó, la entrada en vigor de la reforma LO 10/2022 hace inaplicable la aplicación del referido subtipo agravado, según el informe del Ministerio Fiscal.

11.1.- En orden a la determinación de la pena, el Ministerio Fiscal en su informe de 22-12-2022, solicita la de 9 años de prisión, que fue la impuesta por la Audiencia Provincial en la sentencia de primera instancia que le condenó por cooperación necesaria, pronunciamiento que fue revocado en apelación.



Ahora bien, aquella sentencia motivó dicha pena "de conformidad con lo establecido en el art. 66.1.6ª, 1ª y 3ª al no concurrir atenuante alguna que obligaría a imponer la pena en su mitad inferior, ni tampoco agravante que obligaría a imponer la pena en su mitad superior, lo que nos lleva a imponer la pena en su grado medio "y que es adecuado a la representación del desvalor medio del comportamiento criminal llevado a cabo por cada uno de los procesados", por lo que a Abilio deberá imponerse la pena de 13 años de prisión por la agresión sexual de la que fue autor material con la agravación citada del art. 180.1.2ª CP y la de 9 años de prisión por las dos agresiones sexuales en que actuó como cooperador necesario."

En la actual regulación el marco penológico del tipo básico -4 a 12 años- es 8 años, que sería la pena adecuada a imponer a Abilio .

DUODÉCIMO.- El motivo quinto al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida a Abilio del subtipo agravado del art. 180.1-2ª en la agresión sexual tercera de la que es autor.

Razona que el subtipo agravado puede serle apreciado al autor.

Y no es penado dos veces por el mismo hecho. En nuestro caso, en su violación, de la que es autor, se le condena y aplica el artículo 180.1.2 CP, porque junto a él existen otros seis partícipes cooperadores necesarios. Y luego, en cada una de las otras dos violaciones se le condena porque en la violación de los sujetos desconocido y rebelde participa en un delito en el que intervienen seis personas más, un autor y cinco partícipes además de él.

12.1.- No obstante lo anterior, el motivo carece de relevancia desde el momento en que un examen de las diligencias permite constatar que Abilio fue condenado en la instancia como responsable en concepto de autor de un delito de agresión sexual del art. 180.1-2 en relación con los arts. 178 y 179 CP, a la pena de trece años de prisión y de dos delitos de agresión sexual en concepto de cooperador necesario de los arts. 178 y 179, a las penas por cada uno de los dos delitos, de nueve años de prisión. Y en apelación se mantuvo la condena por la agresión sexual en concepto de autor de los arts. 178, 179 y 180.1-2, dado que la estimación parcial del recurso interpuesto por aquel se limitó a la condena por cooperador necesario en comisión por omisión de los arts. 178 y 179 que fue sustituido por la de cómplice a la pena, por cada uno de los delitos, de 4 años y 6 meses, "manteniéndose los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia respecto del mismo."

Ello es así, además, por la pena impuesta por la agresión sexual de la que fue autor, 13 años, pena que está dentro del marco penológico del tipo del art. 180.1.2, vigente en el momento de los hechos -12 a 15 años prisión-, y no del art. 179 (6 a 12 años).

12.2.- Ahora bien, tal como se razonó en el motivo tercero, el Ministerio Fiscal ha entendido aplicable la reforma operada por la LO 10/22 del art. 180 CP, y que en este caso concreto no sea aplicada la agravación de cuando los hechos se cometan por la acción conjunta de dos o más personas, por la nueva redacción del párrafo final de aquel precepto art. 180.1.

La sentencia de instancia, como ya hemos señalado con anterioridad, había optado por aplicar la pena en el grado medio en las infracciones cometidas por los acusados, y en concreto, en el tipo agravado del art. 180.1-2 del que era autor, impuso a Abilio la pena de 13 años de prisión -pena, por cierto, inferior a ese grado medio, dada la penalidad anterior a la reforma, de aquel tipo, 12 a 15 años- implicando una pena de 13 años y 6 meses.

En la regulación actual el tipo básico y aplicable, art. 179 CP, prevé una pena de 4 a 12 años de prisión, por lo que el grado medio sería 8 años, que es la pena que se ha impuesto a este procesado por las agresiones primera y segunda por las que ha sido condenado como cooperador necesario. Esta Sala considera que el desvalor de la acción de su conducta en la violación de la que fue autor, con penetraciones vaginales, orales e incluso anales, es superior a aquellas por las que ha sido condenado por cooperador necesario, lo que faculta a la imposición de una pena también superior, que en este caso debe imponerse en el límite máximo, 12 años.

DÉCIMO TERCERO.- Llegados a este punto, resulta obligado efectuar una precisión en cuanto a la petición del Ministerio Fiscal, en cuanto supone implícitamente modificación de los términos de su recurso y como tal, vincula a esta Sala respecto a la calificación jurídica de haber quedado sin sustento la acusación por el subtipo agravado del art. 180.1-2.

En la actual redacción de los arts. 178 y 179, tras la reforma LO 10/22, la intimidación no es necesaria para conformar la tipicidad de estos preceptos, que viene asociada a la falta de consentimiento, cuya ausencia, en el supuesto que se examina, resulta incuestionable, al no haberse manifestado por la víctima en ningún momento. De ello se deduce que la intimidación ambiental sería un plus añadido que permitiría la aplicación del art. 180.1-2 ("cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas") al bastar en todo caso la intimidación realizada por una sola persona. La tesis del Ministerio Fiscal nos llevaría a que para conformar el tipo agravado, en agresiones múltiples, además de la intimidación ambiental del grupo



que conformaría el tipo básico, arts. 178 y 179, sería preciso algún tipo de violencia física, lo que resulta inaceptable.

DÉCIMO CUARTO.- Desestimándose los recursos de Abilio , Alexis , y Anibal , procede condenar a los referidos recurrentes en las costas derivadas de sus respectivos recursos; y en relación al recurso del Ministerio Fiscal, se declaran las costas de oficio (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra la sentencia nº 264/2021, de fecha 20 de julio de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Rollo de Apelación Penal nº 204/2021. Se declaran las costas de oficio

2º) Desestimar los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Abilio ; de Alexis ; y de Anibal , contra la sentencia nº 264/2021, de fecha 20 de julio de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Rollo de Apelación Penal nº 204/2021. Se imponen a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García Susana Polo García

RECURSO CASACION (P) núm.: 10635/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D.ª Susana Polo García

En Madrid, a 16 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **10635/2021**, interpuesto por el **Ministerio Fiscal; Abilio ; Alexis ; y Anibal** , por delito de agresión sexual, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de recurrida .



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en los Fundamentos de Derecho 10, 11, 12 y 13 de la sentencia precedente, procede condenar a Abilio como autor de un delito de agresión sexual, a la pena de 12 años de prisión, y cooperador necesario de dos delitos de agresión sexual, a la pena de 8 años de prisión, por cada uno de los delitos; y procede condenar a Alexis y Anibal como cooperadores necesarios de tres delitos de agresión sexual, a la pena de 8 años de prisión por cada uno de los delitos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida, debemos condenar y condenamos a Abilio como autor de un delito de agresión sexual, a la pena de 12 años de prisión, y cooperador necesario de dos delitos de agresión sexual, a la pena de 8 años de prisión, por cada uno de los delitos; y debemos condenar y condenamos a Alexis y Anibal como cooperadores necesarios de tres delitos de agresión sexual, a la pena de 8 años de prisión por cada uno de los delitos.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García Susana Polo García