



Roj: **STS 172/2024 - ECLI:ES:TS:2024:172**

Id Cendoj: **28079120012024100032**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2024**

Nº de Recurso: **91/2022**

Nº de Resolución: **53/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 53/2024

Fecha de sentencia: 18/01/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 91/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2024

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

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: AGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 91/2022

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 53/2024

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 18 de enero de 2024.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 91/2022, interpuesto por **D. Eduardo**, representado por la procuradora D^a. Elena Galán Padilla, bajo la dirección letrada de D^a. Raquel Vargas Mateos, contra la sentencia nº 52/2021, de 24 de noviembre de 2021, dictada la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el Rollo de Apelación nº 52/2021, dimanante del Procedimiento Sumario Ordinario, 10/2018 de la Sección nº 8 de la Audiencia Provincial de Gijón, por delito de omisión del deber de impedir o promover la persecución de delitos.

Ha sido parte recurrida **D^a Lina**, representada por la procuradora D^a. María Teresa Rodríguez Alonso.

Interviene el **MINISTERIO FISCAL**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Gijón, incoó el Procedimiento Ordinario nº 1436/2017, por delito de omisión del deber de impedir o promover la persecución de delitos, contra; Eduardo, una vez concluso lo remitió a la Sección nº 8 de la Audiencia Provincial de Gijón, para su enjuiciamiento en el Procedimiento Sumario Ordinario nº 10/2018, quien dictó Sentencia nº 20/2021, de fecha 21 de junio de 2021, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" De lo actuado resulta probado y así se declara, que:

Sobre las 7:26 horas del día 27 de julio de 2017, Lina (en adelante Lina), de 29 años de edad, entró en el establecimiento "THE LAST", sito en la Calle Almacenes de Gijón, estando de encargado del mismo Eduardo (en adelante Eduardo), donde permaneció hasta las 10:45 horas de dicho día. Durante esas más de tres horas que estuvo en el citado local, Lina consumió varios chupitos de Jägermeister, bebida de muy elevada graduación, y varias copas de alcohol no determinado, consumiciones que le fueron servidas por Eduardo.

Como consecuencia de la referida ingesta, la joven Lina presentaba evidentes signos de intoxicación etílica, tales como aturdimiento, falta de coordinación, gran dificultad para mantener el equilibrio, llegó a caerse varias veces al suelo en un estado de semiinconsciencia, perdió las extensiones que llevaba en el pelo, perdió el calzado ...

En esa situación, encontrándose Lina notablemente mermada en sus facultades físicas y volitivas y sola en el establecimiento con Eduardo y con un individuo joven, que no ha podido ser juzgado por hallarse en paradero desconocido, fue objeto por parte de ese individuo distinto de Eduardo, además de la desposesión de su teléfono móvil y de su cartera, de tocamientos de naturaleza sexual, besos, abrazos, manoseos, ser llevada a horcajadas y colocada donde el individuo quería ...; en un momento dado el chico después de tocarle las nalgas y meter sus manos entre los muslos de Lina, se bajó los pantalones, se masturbó e intentó que Lina le practicara una felación empujándole la cabeza con las manos para que bajara la boca hacia su pene, lo que no consiguió por oposición de la joven que, pese a sus mermadas fuerzas, intentaba evitarlo, habiéndose zafado ya con anterioridad a las intenciones de dicho individuo.

Eduardo, que en todo momento permaneció en el local mientras sucedían estos hechos, los cuales presencié, si no todos en gran parte, y pese a ser conocedor de la vulnerabilidad de la joven -no en vano la levantó varias veces del suelo- no impidió el ataque contra la libertad sexual del que fue objeto Lina, cuando bien pudo evitarlo sin riesgo propio ni ajeno, permitiendo, con su pasividad, actuar libremente al abusador.

La notable afectación alcohólica que sufrió Lina le provocó una amnesia que le impidió -por lo menos hasta la celebración del juicio oral- recordar lo sucedido durante esas horas.

A consecuencia de estos hechos Lina resultó con lesiones consistentes en: pequeño hematoma en epitróclea izquierda; hematoma en región supra-condílea del codo izquierdo; hematoma en dorso nasal, hematoma supraciliar izquierdo; eritema doloroso en zona dorsal baja, a nivel vertebral; dos pequeñas erosiones bilaterales en región lingual anterior; pequeña erosión y hematoma en rodilla derecho; policontusionada.

Eduardo no tiene antecedentes penales a efectos de reincidencia, habiendo sido condenado en fechas 14/07/2008 y 14/09/2009 por delitos de desobediencia y falsificación respectivamente."

SEGUNDO.- La Sección nº 8 de la Audiencia Provincial de Gijón dictó el siguiente pronunciamiento:

"QUE, ESTIMAMOS LA NULIDAD invocada respecto de la declaración de Eduardo prestada en calidad de testigo en sede judicial y excluimos la misma del procedimiento, desestimando el resto de las nulidades alegadas.



QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Eduardo como autor responsable de un DELITO de OMISIÓN DEL DEBER DE IMPEDIR O PROMOVER LA PERSECUCIÓN DE DELITOS, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de MULTA DE CATORCE MESES con una cuota diaria de doce euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a Lina en 2.000 euros por daños morales, con los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Tribunal, para ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el plazo de 10 días a contar desde la última de las notificaciones de la Sentencia."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Eduardo ; dictándose sentencia nº 52/2021, por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala Civil y Penal, en fecha de 24 de noviembre de 2021, en el Rollo de Apelación 52/2021, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Se admiten y se dan por reproducidos los hechos declarados probados de la sentencia apelada, que son del siguiente tenor literal:(...)".

CUARTO.- El Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Civil y Penal, dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Don Eliseo Ferreira Menéndez, en nombre y representación de Don Eduardo contra la sentencia 20/2021, de fecha 21 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Octava, que se confirma en sus propios términos. Con imposición de las costas de esta alzada al recurrente.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación."

QUINTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal de Eduardo , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

SEXTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, vía art. 5.4º de la LOPJ, vulneración del art. 24 CE, en relación al art. 118 de la LECrim y art. 238 LOPJ.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, vía art. 5.4º de la LOPJ, vulneración del art. 24 CE, en su modalidad de presunción de inocencia.

Motivo Tercero. - Por infracción de ley, en virtud del art. 849.1 de la L.E.Crim, por aplicación indebida del art. 450 del Código Penal en relación al art. 24 CE.

SÉPTIMO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de la recurrida, D^a. Lina , se da por instruida del recurso de casación, y solicita su impugnación, y la inadmisión o subsidiariamente su desestimación de los motivos invocados del recurso.

El Ministerio Fiscal, por su parte, quedó instruido del recurso interpuesto, y solicitó la inadmisión y subsidiariamente su desestimación; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Se tuvo por decaído a Eduardo , del traslado que le fue conferido a los efectos del art. 882 de la Lecrim.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 17 de enero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.1. En el primer motivo se invoca infracción de precepto constitucional, vía art. 5.4º de la LOPJ, vulneración del art. 24 CE, en relación al art. 118 de la LECrim y art. 238 LOPJ.



Se denuncia que desde inicio se solicitó por la defensa que se declarase la nulidad de pleno derecho de las grabaciones aportadas, y todo ello, porque fueron aportadas por el Sr. Eduardo en calidad de testigo, sin que ninguna acusación pesara sobre él y por una denuncia por delito de hurto. Sin embargo, tras el visionado, la denunciante amplió denuncia por abusos sexuales, por el que se incoó también procedimiento contra el acusado por un delito del art. 450 CP.

Se afirma que ha vulnerado su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva con la incorporación al procedimiento de una prueba que debió declararse nula, al no haberse informado al acusado de las consecuencias de la aportación de las grabaciones, en su derecho que tenía el mismo a no inculparse. Es evidente que, de haberse declarado la nulidad de las mencionadas grabaciones, el sentido del fallo sería totalmente distinto, es decir, absolutorio, al no existir más pruebas contra el mismo.

1.2. Como hemos dicho en nuestra sentencia 434/2021, de 20 de mayo "Tanto el Tribunal Constitucional -vid. SSTC 103/1985, 161/1997, 68/2004, 319/2006, 21/2021- como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. SSTEEDH, caso Funke c. Francia, 25 de febrero de 1993; caso Sander c. Reino Unido, 9 de mayo de 2000; caso JB c. Suiza, de 3 de junio de 2001- han delimitado el contenido objetivo del derecho a la no autoincriminación con relación a manifestaciones y pensamientos de la persona investigada. El derecho a la no autoincriminación garantiza el respeto a las decisiones de una persona investigada o acusada de mantenerse en silencio, pero no se extiende a la utilización del material probatorio obtenido de su cuerpo o bajo conminación pública cuando exista independientemente de la voluntad del imputado -por ejemplo, aire espirado, sangre, orina, tejidos corporales para la obtención ADN-.

Se parte, por tanto, de la distinción nuclear entre confesión y pruebas materiales, si bien el Tribunal Europeo ha extendido el ámbito de protección del derecho a supuestos en los que se han utilizado mecanismos coercitivos para forzar la aportación de pruebas incriminatorias no independientes a la voluntad de la persona investigada.

La garantía no protege, insistimos, frente a las aportaciones autoinculpatorias per se sino contra la obtención de estas pruebas con métodos coercitivos o de presión. Es la existencia de compulsión lo que hace surgir la preocupación acerca de si la garantía de no autoincriminación ha sido convenientemente respetada.

Por esta razón, los tribunales deben examinar, en primer término, la naturaleza y el grado de coerción usada para obtener la prueba -vid. SSTEEDH, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, de 21 de diciembre de 2000 ; caso O'Halloran y Francisc. Reino Unido, de 29 de junio de 2007; caso Ibrahimyotros c. Reino Unido, de 13 de septiembre de 2016-. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha identificado diferentes tipos de situaciones en que cabe pensar que hay una compulsión lesiva del art. 6 CEDH. Así, cuando quien es sospechoso es obligado a declarar bajo amenaza de sanciones o bien declara para evitarlas -vid. STEDH, caso Saunders c. Reino Unido, de 17 diciembre de 1996- o bien es sancionado por negarse a declarar -vid. SSTEEDH, caso J.B. c. Suiza, de 3 de mayo de 2001 y caso Weh c. Austria, 8 de abril de 2004 -.

Para después evaluar, primero, si dicha información ha sido usada en contra de la persona en un procedimiento de naturaleza penal; segundo, si ha tenido eficacia incriminatoria; y, tercero, si el material incriminatorio tiene existencia independiente de la voluntad de quien se recaba.

De la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Constitucional -vid. por su particular interés la más reciente STC 21/2021- se desprende que para que se aprecie vulneración de la garantía de no autoincriminación, no resulta imprescindible que la declaración coactiva se haya obtenido ni en el seno de un proceso penal en curso ni que la persona indagada ya tenga la condición de imputada. La clave radica en los efectos incriminatorios que pueden derivarse en un proceso penal. Lo relevante para la garantía de no autoincriminación sería, primero, determinar el carácter coactivo, o no, de la aportación de la información, independientemente del contexto procedimental en que se obtuviera. Y, segundo, si se deriva efecto incriminatorio en un proceso de naturaleza penal o sancionador contra la persona que la aporta.

La jurisprudencia de esta Sala ha dicho que en el caso del derecho a no declarar o a no confesarse culpable, sin embargo, su existencia misma, su propio concepto esencial, demanda como presupuesto de referencia que exista un procedimiento, -entendido este término en un sentido amplio-, en el cual sea el sujeto llamado a declarar (pudiendo negarse a hacerlo: derecho a no declarar) o resulte interrogado acerca de extremos cuya respuesta pudiera perjudicarle (derecho a no confesarse culpable). Se requiere, en tal sentido, la existencia, siquiera en fase embrionaria, de una cierta imputación, de unos hechos eventualmente atribuibles a la persona afectada, en curso de investigación policial o judicial, respecto de los cuales pudiera acogerse a su derecho a no declarar o a no confesarse culpable.

1.3. Las resoluciones que se han dictado en los procedimientos anteriores han rechazado declarar la nulidad del material probatorio con el argumento de que la prueba de cargo se había obtenido con el consentimiento



del afectado, que fue aportada por el mismo, y acordada judicialmente, en definitiva, que no procedía excluir la susodicha grabación del acervo probatorio.

La Sala sostiene que la entrega por el recurrente se realizó en la forma que se transcribe *"al tiempo de interponer la denuncia, el día 27/07/2017, la denunciante no recordaba nada de lo sucedido en la madrugada del citado día y solo sospechó haber sido víctima de un delito cuando al despertarse en su casa apreció que tenía numerosos golpes por todo el cuerpo y que le faltaba la cartera y el teléfono móvil. Es decir, se inicia la investigación únicamente por indicios de lesiones y de sustracción de efectos.*

El día 31/07/2017, la denunciante realizó una ampliación de su denuncia aportando como dato relevante que, por las pesquisas que había efectuado, creía haber estado en el pub THE LAST.

Dicha información dio lugar a que la Juez de Instrucción, en cumplimiento de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes citados, ordenase la incautación de las cintas de grabación de las cámaras de seguridad instaladas en el local THELAST, acordándolo en providencia de 10/08/2017, en la que también resuelve -sin todavía conocer el contenido de las grabaciones- recibir declaración en calidad de testigo del supuesto dueño del establecimiento."

Añade el tribunal que en oficio de fecha 25/08/2017 el Inspector Jefe de la Sección de la Brigada de Policía Judicial dio cuenta al Juzgado de las gestiones realizadas: *"Tras ser citado, se ha personado ante este grupo II el responsable que se encontraba trabajando el día de los hechos, el cual es oído en declaración voluntaria sobre los hechos denunciados ... Asimismo, se ha procedido a solicitar las grabaciones de las cámaras de seguridad del local mencionado ... estando pendiente su visionado..." (folio 55 de la causa). Es decir, Eduardo se personó en las dependencias policiales, se le recibió declaración como testigo e hizo entrega voluntaria de las grabaciones solicitadas por la autoridad judicial (folios 56 a 58 de la causa) ."*

Posteriormente se procedió al visionado de las grabaciones, quedando reflejado el resultado en diligencia policial correspondiente, remitiendo la diligencia y el DVD de las grabaciones al Juzgado de Instrucción, las cuales fueron introducidas en el juicio oral como prueba de cargo por las acusaciones, y visionadas por el tribunal de apelación, no apreciando nulidad alguna de la prueba.

En consecuencia, fueron acordadas por el instructor diligencias de investigación, conforme a los art. 334 y 326 de la LECrim al inicio de la investigación judicial, recogiendo fuentes de prueba relacionadas con el delito, ordenando a la policía su recogida, por lo que al margen de la voluntariedad de la entrega por el acusado, tras el requerimiento policial correspondiente, ello no tiene trascendencia en el derecho a la no autoincriminación cuya infracción se indica, por el hecho de que inicialmente declarara como testigo, no se dirigía el procedimiento contra el mismo, la entrega fue voluntaria, y conocía plenamente el contenido de las citadas grabaciones, precisamente, porque estuvo presente en todo momento en el pub The Last, como encargado/propietario del mismo, cuando ocurrieron los hechos, siendo él una de las personas que sale en la citada grabación.

Además, las grabaciones fueron introducidas en el juicio oral como prueba de cargo por las acusaciones, y fue practicada la prueba con intermediación y contradicción, por lo que ninguna indefensión se ha causado al recurrente. No se puede apreciar una coerción injusta determinante de la lesión del derecho a la persona investigada a no inculparse tal y como mantiene el recurrente.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.-2.1. En el motivo segundo se alega infracción de precepto constitucional, vía art. 5.4º de la LOPJ, vulneración del art. 24 CE, en su modalidad de presunción de inocencia.

Se afirma que, en el presente caso, Eduardo no vio el único hecho por el que le acusaba el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular (el intento de felación), toda vez, que como se ve en las imágenes, aquél no pudo observar lo que ocurría dentro del reservado que se encontraba junto al baño, pues desde donde se encontraba el acusado no había ángulo de visión, tal como afirmaron los testigos " Teodoro " (guardia de seguridad del local) y el agente de policía que visionó las grabaciones.

De las pruebas que se practicaron no se demostró que el acusado fuera testigo del intento de felación, único hecho recogido por las acusaciones en sus respectivos escritos de conclusiones. Por tanto, las pruebas practicadas en el Plenario no fueron suficientes para enervar el principio de presunción de inocencia.

2.2. De forma muy expresiva, sobre los contornos y límites de la casación cuando se alega la vulneración de la presunción de inocencia, se pronuncia la reciente STS 344/2021, de 26 de abril, cuya argumentación es necesario reproducir: No es función de la casación revalorar íntegramente una prueba no directamente presenciada para preguntarnos si personalmente participamos de la convicción reflejada en la sentencia, o, por el contrario, subsiste alguna duda en nuestro ánimo. Por mucho que se hayan ensanchado los antaños angostos cauces casacionales de la mano de la presunción de inocencia y, hasta cierto punto, como legítimo



paliativo a un déficit de nuestro ordenamiento procesal penal -la inexistencia de doble instancia- ya corregido con un nuevo régimen del que se ha beneficiado el ahora recurrente valiéndose de una previa apelación, la casación mantiene su condición de recurso extraordinario, diferente por esencia a la clásica apelación.

El Tribunal de casación ha de autocontenerse para no invadir las competencias de los Tribunales de instancia y apelación subvirtiendo el reparto de espacios funcionales trazado por el legislador. Sinteticemos los contornos del ámbito de la revisión casacional con la guía de la presunción de inocencia (arts. 852 LECrim y 24.2 CE). El derecho a la presunción de inocencia comporta la prohibición constitucional de condena sin que se hayan realizado pruebas i) de cargo, ii) válidas, iii) revestidas de las necesarias garantías, iv) referidas a todos los elementos esenciales del delito, y v) de las que quepa inferir razonable y concluyentemente los hechos y la participación del acusado sin quebras lógicas y sin necesidad de "suposiciones" frágiles en exceso.

Debemos precisar que esta función de control y de verificación no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-.

2.3. El tribunal *a quo* declara lógica y racional la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal sentenciador, afirmando que el recurrente lo que pretende es una nueva y personal revalorización de la prueba, dando por reproducidos lo argumentado en el fundamento segundo la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

En efecto, el tribunal tiene en cuenta y valora el conjunto de la prueba válidamente practicada en el plenario, consistente en testificales de Lina , Carlos Manuel , Emma , agentes del Cuerpo Nacional de Policía números NUM000 , NUM001 , Teodoro ; pericial Médico Forense y pericial Psicólogo Forense; documental, en especial las relativas a los DVD de las grabaciones de las cámaras de seguridad; y en parte, también por la declaración del acusado.

Debemos rechazar la alegación formulada por el acusado en la que se niega que presenciara "el intento de felación", añadiendo, que es el único hecho por el que le acusaba el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular.

En primer término, debemos rechazar que "el intento de felación" fuese el único hecho por el que acusaban tanto el Fiscal como la Acusación Particular, pues de los escritos de calificación se desprende lo contrario. En efecto, el primero en su escrito afirma que -tras describir que Eduardo , regente del establecimiento, sirvió bebidas a Lina , observó lo mal que se encontraba, mantuvo en todo momento y respecto de la agresión sexual sufrida por Lina una actitud pasiva posicionándose voluntariamente durante los descritos hechos como un espectador que pudiendo actuar y en aras de evitar lo que estaba viendo no lo hizo permitiendo que el procesado en paradero desconocido trasladara a Lina a los baños de mujeres-, consistiendo la agresión en que " *Conocedor del mismo el procesado en paradero desconocido se acercó nuevamente a Lina con ánimo libidinoso e intención de atacarla sexualmente intentado besarla persistiendo en su obsceno comportamiento y pese a que ella con las mermadas fuerzas que tenía intentaba evitarlo la abrazo y manoseo y poniéndola a horcajadas sobre el le toco las nalgas e introdujo sus manos entre los muslos tras sentarla en un sofá y en un determinado momento bajo el pantalón y se masturbo Intentando en dicho acto que Lina le practicara una felación empujándole la cabeza con sus manos para que Lina bajara la boca hacia su pene . Acto seguido y al no conseguirlo estando Lina en estado de semiinconsciencia la llevo al aseo del establecimiento en presencia y seguido de Eduardo .*" Calificación a la que se adhiere la Acusación Particular.

A lo anterior, debemos añadir, que no solo consta que el tribunal visionó las grabaciones sino que afirma que las mismas guardan total fidelidad con la descripción efectuada en la diligencia de visionado que realizaron los Policías Nacionales NUM000 y NUM001 , que la ratificaron en el plenario, y que el tribunal extracta, destacando una serie de momentos en los que con total claridad se observa que el acusado presencié los abusos sexuales de los que fue objeto Lina por su posicionamiento en el lugar de los hechos, ocurriendo muchos de ellos en su presencia, incluso en la barra del bar donde, mientras el acusado les sirve copas, empieza el manoseo y el levantamiento del vestido a la víctima, los toqueteos o el hecho de meterle las manos entre las piernas, en varias ocasiones, por parte de la persona que se encuentra en paradero desconocido, incluso les sigue a los baños, constandingo que el rebelde se baja el pantalón y se masturba intentando besar a la chica y meterle su miembro viril en la boca, lo que no consigue por la resistencia de la víctima.

El motivo se desestima.



TERCERO.- En el último motivo se invoca infracción de ley, en virtud del art. 849.1 de la LECrim por aplicación indebida del art. 450 del Código Penal "en relación al art. 24 CE".

Se afirma en la queja, que el acusado no observó ningún intento de agresión sexual contra la denunciante, y ello, porque además de encontrarse trabajando, moviéndose por la barra y el local, el único hecho por el que se le acusaba no pudo ser visto por el mismo, por lo que procede su absolución.

La intangibilidad del hecho probado es condición *sine qua non* para el éxito del motivo. La STS 684/2021, 15 de septiembre, apunta que cuando el motivo se articula por la vía del artículo 849.1 ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de 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 acepten 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. En definitiva, no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando los motivos acogidos al artículo 849.1º de la LECrim ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida (en el mismo sentido, cfr. SSTS 849/13, 12 de noviembre y 614/22 22 de junio, entre otras muchas).

El motivo no puede prosperar. Como hemos dicho el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate por el que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente. En el supuesto, se afirma, de nuevo, que el acusado no observó ningún intento de agresión sexual contra la denunciante, y ello, porque además de encontrarse trabajando, moviéndose por la barra y el local, el único hecho por el que se le acusaba no pudo ser visto por el mismo, por tanto, el recurrente no respeta el relato fáctico, pues lo incumple en la medida que cuestiona los hechos.

El motivo decae.

CUARTO.- Procede imponer las costas al recurrente (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

NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Eduardo , contra la sentencia nº 52/2021, de 24 de noviembre de 2021, dictada la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el Rollo de Apelación nº 52/2021; con imposición de las costas al recurrente.

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.