



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
NAVARRA. SALA DE LO CIVIL Y PENAL**
Plaza del Juez Elío/Elío Epailearen Plaza, 1
Planta 6 Solairua
Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.40.71 - FAX 848.42.40.78

Email: tsjcupen@navarra.es

APE80

Procedimiento sumario ordinario 0000426/2016 - 00

Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de Pamplona/Iruña

Procedimiento: **RECURSO DE
APELACIÓN**

Nº Procedimiento: 0000007/2018

NIG: 3120143220160006413

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

D^a SAGRARIO SANCHEZ EQUIZA, LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA POR SUSTITUCION.

DOY FE Y TESTIMONIO: Que en el Recurso de Apelación nº 7/18, de los seguidos en esta Sala, se ha dictado sentencia del tenor literal siguiente:

SENTENCIA Nº 8

EXCMO. SR. PRESIDENTE:

D. JOAQUÍN CRISTÓBAL GALVE SAURAS

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI

D. ALFONSO OTERO PEDROUZO

D. MIGUEL ÁNGEL ABÁRZUZA GIL

D. JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ

En Pamplona,
a treinta de
noviembre de
dos mil
dieciocho.

Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior Justicia de Navarra, como Sala de lo Penal, el recurso de apelación registrado en ella con el número 7/18, contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2018 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en la causa nº 426/16, dimanante del procedimiento sumario ordinario nº1670/16 del Juzgado de Instrucción número 4 de Pamplona, por delitos contra la libertad sexual, contra el patrimonio y contra la intimidad.

Intervienen como **APELANTES** las partes acusadoras: el **MINISTERIO FISCAL**; la ACUSACION PARTICULAR, ejercida por **D^a**

X X X, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Sarasa Astráin y dirigida por el Letrado don Miguel Angel Morán Álvarez, y las ACUSACIONES POPULARES ejercidas en la causa por la **ADMINISTRACION DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA**, representada por el Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral y el **AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA**, representado por el Procurador de los Tribunales don Javier Araiz Rodríguez y dirigido por el Letrado don Víctor Sarasa Astráin.

Y también como **APELANTES** los acusados: **D. ANGEL BOZA FLORIDO, D. JESUS ESCUDERO DOMINGUEZ, D. JOSE ANGEL PRENDA MARTINEZ**, representados por el Procurador de los Tribunales don Bartolomé Canto Cabeza De Vaca, y defendidos por el Letrado don Agustín Martínez Becerra; **D. ALFONSO JESUS CABEZUELO ENTRENA**, representado por el Procurador de los Tribunales don Jaime Ubillos Minondo y defendido por el Letrado don Agustín Martínez Becerra; y **D. ANTONIO MANUEL GUERRERO ESCUDERO**, representado por el Procurador de los Tribunales don Jaime Ubillos Minondo y defendido por el Letrado D. Jesús Pérez Pérez, todos ellos actualmente en libertad provisional por esta causa.

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

Ha sido ponente del recurso el Ilmo. Sr. Magistrado **D. José Antonio Álvarez Caperochipi**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia de primera instancia, objeto de apelación.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de marzo de 2018, la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra dictó, en el citado procedimiento, sentencia cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "A.- DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS: 1.- A José Ángel Prenda Martínez, como

responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal , en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de *NUEVE AÑOS DE PRISIÓN*, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años. E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal. En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito: a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €). b.- Al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€. En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2.- A Ángel Boza Florido, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de *NUEVE AÑOS DE PRISIÓN*, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por

ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años. E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal. En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito: a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €). b.- Al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€. En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3.- A Antonio Manuel Guerrero Escudero: 3.1 Como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de *NUEVE AÑOS DE PRISIÓN*, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años. E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal. En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito: a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €). b.- Al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€. En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 3.2. Como responsable en concepto de autor de un delito leve de hurto, previsto y penado en el

artículo 234.2 del Código Penal , a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de quince euros (15 € .); quedando sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de que no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como al pago de las costas relacionadas con la condena por este delito leve. 4.- A Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **NUEVE AÑOS DE PRISIÓN**, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años. E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal. En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito: a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €). b.- Al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€. En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.- A Jesús Escudero Domínguez, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código, sin que sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **NUEVE AÑOS DE PRISIÓN**, e inhabilitación especial para el ejercicio del

derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Asimismo le imponemos prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años. E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal. En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito: a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €). b.- Al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€. En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. B.- DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS: 1.- A José Ángel Prenda Martínez de los siguientes delitos: a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1 . 1ª y 2ª - en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular-, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal ; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1. y 5 del Código Penal. De los que venía acusado. Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales. 2.- A Ángel Boza Florido de los siguientes delitos : a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1 . 1ª y 2ª - en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular-, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1. y 5 del Código Penal. De los que venía acusado. Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales. 3.- A Antonio Manuel Guerrero Escudero de los siguientes delitos: a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1 . 1ª y 2ª- en el

caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular-, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; **b.-** Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal; **c.-** Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1. y 5 del Código Penal. De los que venía acusado. Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales. 4.- A Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena de los siguientes delitos: **a.-** Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1 . 1ª y 2ª -en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular-, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; **b.-** Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal ; **c.-** Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1. y 5 del Código Penal. De los que venía acusado. Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales. 5.- A Jesús Escudero Domínguez de los siguientes delitos: **a.-** Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª -en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular-, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; **b.-** Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal ; **c.-** Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1. y 5 del Código Penal. De los que venía acusado. Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales. Declaramos de abono, para el cumplimiento de la pena de prisión que imponemos a los condenados, la totalidad del tiempo en que han estado provisionalmente privados de libertad en esta causa, incluyendo en dicho cómputo, los días en que estuvieron detenidos”.

Por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Javier González González se formuló voto particular respecto a la sentencia nº 38/2018 de fecha 20 de marzo de 2018 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: “A).-DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. JOSÉ ÁNGEL PRENDA MARTÍNEZ, D. ÁNGEL BOZA FLORIDO, D. ANTONIO MANUEL GUERRERO ESCUDERO, D. ALFONSO JESÚS CABEZUELO ENTRENA Y D. JESÚS ESCUDERO DOMÍNGUEZ de los siguientes delitos: 1º).- Un delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los Arts. 178, 179, 180.1. 1ª, 2ª y 3ª del Código Penal del que han sido acusados, con toda

clase de pronunciamientos favorables. 2º).- Un delito de robo con violencia o intimidación previsto y penado en el Art. 242.1 del Código Penal del que han sido acusados, con toda clase de pronunciamientos favorables. 3º).- Un delito contra la intimidad previsto y penado en el Art. 197 1.y 5 del Código Penal del que han sido acusados, con toda clase de pronunciamientos favorables. B).-DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. ANTONIO MANUEL GUERRERO ESCUDERO, como responsable en concepto de autor de un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del Código Penal, a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de quince euros (15 €); quedando sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de que no la satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como al pago de las costas procesales relacionadas con la condena por este delito leve, excluidas las de las acusaciones populares. C).-DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS DE OFICIO LAS COSTAS PROCESALES devengadas en este procedimiento, excepción hecha de las impuestas a D. ANTONIO MANUEL GUERRERO ESCUDERO por la comisión del delito leve por el que se le condena. D).- DEBEMOS ACORDAR Y ACORDAMOS el cese inmediato, desde la fecha de esta sentencia, de todas las medidas cautelares adoptadas contra los procesados, quienes deberán ser puestos en libertad por razón de esta causa”.

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, el Ministerio Fiscal y las representaciones procesales de la acusación particular, de las dos acusaciones populares actuantes y de los cinco encausados, D. Angel Boza Florido, D. Jesús Escudero Domínguez, D. José Angel Prenda Martínez, D. Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena, D. Antonio Manuel Guerrero Escudero, y el Ministerio Fiscal, interpusieron contra ella recurso de apelación. Las representaciones de los acusados solicitaron la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables consintiendo el Sr. Guerrero Escudero la condena por hurto.

Las acusaciones por su parte solicitaron la condena de los encausados por un *delito continuado de agresión sexual* con las

circunstancias agravantes de acción conjunta de dos o más personas, y tratarse de actos denigrantes y vejatorios; y la condena de don Antonio Manuel Guerrero como autor de un *delito de robo*, que la acusación particular y la acusación popular del Gobierno de Navarra extienden a todos los encausados. Subsidiariamente, la acusación popular del Gobierno de Navarra interesa la condena de los cinco encausados por hurto. El Ministerio Fiscal considera a los Srs. Guerrero y Cabezuelo autores de un *delito contra la intimidad*, que la acusación particular y las acusaciones populares consideran extensible a los cinco encausados. Se solicita subsidiariamente por la acusación particular y la acusación popular del Ayuntamiento de Pamplona, *la nulidad de la sentencia* exclusivamente en cuanto se absuelve a los acusados del delito contra la intimidad. Interesándose también de modo subsidiario por la acusación particular una *exasperación punitiva*, para el supuesto de confirmación del delito de abuso.

CUARTO.- En el trámite del Art. 790.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la acusación particular y el Ministerio Fiscal presentaron sus escritos de alegaciones al recurso formalizado.

QUINTO.- Recibida la causa en este Tribunal Superior de Justicia, se formó rollo de apelación penal, al que correspondió el número 7/18, se conformó la Sala y se designó ponente conforme al turno establecido de composición del tribunal y reparto de ponencias; y se señaló para deliberación, votación y fallo de recurso el día 7 de noviembre de 2018.

SEXTO.- Manifestada a lo largo de la deliberación la discrepancia de los Ilmos. Sres. Magistrados D. Joaquín Galve Sauras y D. Miguel Angel Abárzuza Gil con el criterio mayoritario de la Sala, expresaron su intención de justificar su discrepancia en un voto de disenso.

II.- HECHOS PROBADOS

Se admiten y se dan por reproducidos los hechos declarados probados de la sentencia apelada, salvo en cuanto se refiere al inicio del

tratamiento de la denunciante en el CIMASCAM, al aparecer probado, y así se declara, que fue septiembre de 2016; según se justifica en el fundamento de derecho duodécimo.

Los hechos declarados probados en instancia se incorporan a la sentencia según el siguiente tenor literal: *“La Sala, examinada la prueba practicada en el acto del juicio oral de conformidad a los principios de oralidad, contradicción e igualdad de armas, DECLARA COMO HECHOS PROBADOS , los siguientes : A.- Los procesados : D. José Ángel Prenda Martínez , de 26 años de edad , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia ; D. Ángel Boza Florido , de 24 años, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia ; D. Antonio Manuel Guerrero Escudero, de 27 años, sin antecedentes penales ; D. Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena, de 27 años, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y D. Jesús Escudero Domínguez de 26 años , sin antecedentes penales ; se encontraban sobre las 2:50 horas del día 7 de julio de 2016 , en la Plaza del Castillo de Pamplona, donde se estaba celebrando un concierto con motivo de las fiestas de San Fermín José Ángel Prenda Martínez estaba sentado en el segundo banco, entrando a la derecha a la Plaza del Castillo, cuando se acercó *“la denunciante”*, quien tenía 18 años, había llegado a Pamplona en un vehículo particular, sobre las 18:30 horas del día 6 de julio, acompañada de su amigo D. R S. S. dejando estacionado el vehículo en el Soto de Lezkairu. Ambos subieron en dos ocasiones a la Plaza del Castillo, en la segunda, conocieron a un grupo de personas procedentes de Palencia y Castellón; R. S. se fue de la plaza sobre las 1:30 horas al lugar donde estaba estacionado el coche. La *“denunciante”*, se mantuvo en la Plaza del Castillo con dichas personas, concretamente se intercambió el número de teléfono móvil con uno de los chicos que integraban el grupo procedente de Palencia: A. M. S., permaneció con el grupo, hasta el momento en que se fijó que había un chico que era el novio de una chica de su Universidad, se acercó a él y entabló conversación, estuvieron bebiendo, bailando y cantando hasta que le perdió de vista, en ese momento trató de dar con el grupo de Palencia y Castellón, al no lograrlo se sentó en el banco donde estaba José Ángel Prenda. Estando sentados en el banco *“la denunciante”* y José Ángel*

Prenda, ambos iniciaron una conversación, acercándose posteriormente al banco, primero Ángel Boza y después los otros tres acusados. “La denunciante” a las 2,57, 09, llamó desde su teléfono móvil al teléfono de A. M. S., con una duración de 25’. El objeto de la llamada era obtener información sobre lo que iban a hacer, existían dificultades para la audición porque había mucho ruido y además había música como de bares, “la denunciante” le expresó algo similar a:

¿donde estáis? ¿Qué vais a hacer?, A. M. le contestó que: “... iban a por un bocadillo o algo así” y la denunciante respondió: “... vale pues quedamos después para ir a ver los encierros”, sin llegar a concretar la cita. Después de esta llamada, “la denunciante”, dijo a los procesados que se iba a ir al coche para descansar, ofreciéndose estos para acompañarle. Las seis personas salieron sobre las 03:00:45 de la Plaza del Castillo introduciéndose, en el pasillo existente entre las carpas de las terrazas de los establecimientos de hostelería Casino Eslava y Bar Txoko, siguiendo por la Calle Espoz y Mina, donde dos de los procesados, no identificados, se acercaron al Hotel Europa quedándose retrasada “la denunciante”. En este lugar, concretamente a la entrada del establecimiento, junto a la escalera que da acceso a la recepción, se hallaba el encargado de control de acceso de clientes al Hotel, D. M. G. V., a quien se dirigieron dichos dos procesados pidiéndole una habitación por horas “para follar”, indicándoles que eso no era posible y que se dirigieran a otros establecimientos; sin que la denunciante hubiera escuchado esta parte de la conversación. Seguidamente “la denunciante” y procesados siguieron su camino, por la Avenida de Carlos III en sentido ascendente dirección hacia la Plaza de la Libertad, girando a la derecha continuando por la calle Cortes de Navarra. En este trayecto uno de los procesados, empezó a cogerle del hombro y de la cadera, “la denunciante” sintiéndose incómoda, propuso girar a la izquierda, tomando el inicio de la Calle Paulino Caballero. B.- Una vez en la calle Paulino Caballero, José Ángel Prenda reparó en que una mujer accedía al portal del inmueble número 5, después de mantener una breve conversación con ella, simulando que estaba alojado, cogió uno de los ascensores y subió al segundo piso, bajando al portal por las escaleras. Seguidamente, José Ángel Prenda abrió la puerta de acceso al portal. Entretanto, “la

denunciante” y los otros cuatro procesados, permanecían apoyados en la pared divisoria del acceso a los garajes de los inmuebles número 3 y 5 de la Calle Paulino Caballero. Hallándose las cinco personas así ubicadas, Angel Boza y “la denunciante”, estaban besándose en la boca; mientras se hallaba en esa situación, José Ángel Prenda desde la puerta de acceso al portal, que mantenía abierta, dijo “*vamos, vamos*”. En ese momento Ángel Boza, quien le había dado la mano para besarse, tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano Alfonso Jesús Cabezuelo; ambos la apremiaron a entrar en el portal tirando de “la denunciante”, quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia. Cuando le introdujeron en el portal, los procesados, le dijeron “*calla*”, significándole que guardara silencio mediante el gesto de llevarse la mano abierta a la boca. De esa forma “la denunciante” y los procesados llegaron a la puerta ubicada en el interior de portal, situada a la izquierda de los ascensores, de vinilo traslúcido, mediante la que se accede a un rellano, entrando a este espacio, tras subir un tramo de cinco peldaños se accede a otro rellano, girando a la izquierda desde este espacio se accede por tres escalones a un habitáculo de forma irregular y tamaño reducido (unos 3 m²); concretamente se trata de una zona sin salida de 2,73 cm de largo, por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia. Cuando “la denunciante” accedió al primer rellano, la puerta de acceso, estaba abierta, tenía delante de ella a uno de los procesados y detrás a otros. De este modo fue dirigida por los procesados al habitáculo que se acaba de describir, donde los acusado le rodearon. Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos, “la denunciante” se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En ese momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga. “La denunciante”, sintió un

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados. Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo. En concreto y al menos “la denunciante” fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Alfonso Jesús Cabezuelo y José Ángel Prenda, éste último en dos ocasiones, al igual que Jesús Escudero Domínguez quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo. Durante el desarrollo de los hechos Antonio Manuel Guerrero, grabó con su teléfono móvil seis vídeos con una duración total de 59 segundos y tomó dos fotos; Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena, grabó del mismo modo un vídeo, con una duración de 39 segundos. Finalizados estos hechos, los procesados se marcharon escalonadamente. Antes de abandonar cubículo, Antonio Manuel Guerrero Escudero se apoderó, en su propio beneficio, del terminal de teléfono móvil, marca Samsung Galaxy nº IMEI, valorado en 199,19 €, que “la denunciante” llevaba en su riñonera, quitándole la funda, extrayendo la tarjeta SIM de la compañía jazztel y la tarjeta de memoria, micro SD arrojándolas en el lugar de los hechos. El primero en salir fue Ángel Boza Florido, sobre las 03:27:05 hs. siguiéndole progresivamente los restantes procesados, hasta que formaron un grupo. Entretanto “la denunciante”, cuando advirtió que se habían ido todos los procesados, se puso el sujetador, se subió los leggins y el tanga, luego, cogió el jersey atándose a las caderas; seguidamente buscó la riñonera para coger el teléfono móvil y llamar a R. S.. Cuando comprobó que el teléfono móvil no estaba en la riñonera, se incrementó su inquietud y desasosiego, comenzó a llorar, cogió su riñonera y salió del habitáculo a la calle llorando. “La denunciante”, accedió a las 03:29:45, a la Avenida de Roncesvalles, procedente de la Calle Paulino Caballero, continuó caminando sola y sin cruzarse con ninguna persona por dicha Avenida durante unos 20 segundos, hasta sentarse en el primer banco situado en la zona central de la Avenida. C.- “La denunciante” tomó asiento en el banco, llorando desconsoladamente, hasta el punto que llamó

la atención de una pareja, que al verle llorar se desviaron de su trayectoria, dirigiéndose al banco para atenderle; llamaron al teléfono 112, personándose poco después una patrulla de la Policía Municipal. Fue trasladada desde el lugar de los hechos hasta el Servicio de Urgencias de Complejo Hospitalario de Navarra, donde se le revisó ginecológicamente a partir de las 5:20 horas, administrándosele tratamiento anticonceptivo de emergencia y profiláctico.

Como consecuencia de los hechos *“la denunciante”* tuvo lesiones consistentes en: lesión eritematosa en zona de horquilla posterior en la zona de la cinco horarias para cuya curación precisó de una primera asistencia facultativa. Se le realizó una prueba de detección de alcohol que determinó un resultado positivo de 0,91 +/- 0,05 g/l de alcohol en sangre y 1,46 +/- 0,06 g/l de alcohol en orina. D.- Los procesados José Ángel Prenda Martínez, Ángel Boza Florido y Jesús Escudero Domínguez, se dirigieron al Hotel Yoldi en el que pidieron una habitación sin obtenerla; seguidamente acudieron al Hotel Avenida donde intentaron dormir, introduciéndose a escondidas, sin conseguirlo. Más tarde entraron en el portal de una vivienda y accedieron al último piso, donde se quedaron a dormir, al tiempo Ángel Boza se fue del lugar, contactó con Antonio Manuel Guerrero y Alfonso Jesús Cabezuelo, quienes se habían quedado continuando la fiesta separados de los anteriores. A las 6.50 horas José Ángel Prenda Martínez, envió desde su teléfono móvil WhatsApp a dos chats: a *“la Manada”*, al que pertenecen todos los procesados excepto Ángel Boza Florido, además de otras personas y a *“Disfrutones SFC.”*. En estos WhatsApp escribió *“follándonos a una los cinco” “todo lo que cuente es poco” “puta pasada de viaje” “hay video”* en el remitido al chat *“la Manada”* y *“follándonos los cinco a una, vaya puto desfase, del ATC Madrid era, ja, ja”*., en el enviado a *“Disfrutones SFC.”*. Sobre las 8:20 horas José Ángel Prenda, Ángel Boza, Antonio Manuel Guerrero y Alfonso Jesús Cabezuelo, fueron identificados por agentes de la Policía Foral de Navarra, en el callejón de la plaza de toros, dejándoles marchar. Cuando salieron los cuatro procesados de la plaza de toros, Antonio Manuel Guerrero tiró el teléfono móvil de *“la denunciante”*, en una zona donde había desperdicios situada en la cuesta de Labrit, cerca del frontón; en este lugar fue recogido sobre las 9:30 horas por D^a G. P.

P.. Posteriormente los cuatro procesados, se juntaron con Jesús Escudero, desplazándose los cinco en autobús al barrio de San Jorge. Entretanto agentes de la Policía Foral de Navarra localizaron el vehículo Fiat Bravo matrícula 0458 GHC, con el que los acusados se habían desplazado a esta ciudad, estacionado en la calle Doctor Simón Blasco del Barrio de San Jorge, posteriormente fueron detenidos a las 11:15, horas del día 7 de julio de 2016, por agentes de la Policía Municipal de Pamplona. E. Con carácter previo a los hechos “*la denunciante*” no presentaba ningún trastorno de la personalidad ni antecedentes de desestabilización psicológica, por el contrario tenía una adecuada adaptación en los distintos ámbitos (personal, educacional, social y familiar); como consecuencia de los mismos sufre trastorno de estrés postraumático. [A partir del mes de septiembre de 2017], *hecho que se modifica por septiembre de 2016*, está recibiendo de forma continuada tratamiento psicológico administrado por el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Agresión Sexual de la Comunidad de Madrid (CIMASCAM); no es posible la valoración de secuelas psicológicas al ser preciso que transcurra un tiempo de alrededor de dos años desde la producción de los hechos. F. Los gastos irrogados al Servicio Navarro de Salud por la asistencia sanitaria prestada a “*la denunciante*” en el Servicio de Urgencia Hospitalaria y el Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Virgen del Camino, ascienden a 1.531,37 euros”.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Los procesados, José Ángel Prenda Martínez, Ángel Boza Florido, Antonio Manuel Guerrero Escudero, Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena y Jesús Escudero Domínguez, **condenados** en sentencia de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 20 de marzo de 2018, como responsables en concepto de autores de un *delito continuado de abuso sexual con prevalimiento*, a la pena de *nueve años de prisión y accesorias*; con *responsabilidad civil y condena en costas* en los términos que se tienen por reproducidos, y Antonio Manuel Guerrero Escudero condenado igualmente, como responsable en concepto de autor de un *delito leve de hurto*, a la pena de dos meses de multa con una cuota

diaria de quince euros (15 €); condena por hurto que la parte acusada ha consentido, **recurren** los acusados dicha sentencia ante esta Sala, en apelación, e interesan su libre absolución, con todos los pronunciamientos favorables.

De otra parte recurre la sentencia el Ministerio Fiscal y demás acusaciones personadas, que interesan la condena de los encausados por un *delito continuado de agresión sexual* con dos circunstancias agravantes: la acción conjunta de dos o más personas, y tratarse de actos denigrantes y vejatorios. Interesan igualmente todas las acusaciones la condena de don Antonio Manuel Guerrero como autor de un *delito de robo*, en la sustracción del teléfono móvil de la víctima. La acusación particular y la acusación popular del Gobierno de Navarra extienden la pretensión de condena por robo a todos los encausados, pues entienden que el delito de robo se comete a la vista de todos y con conocimiento de los mismos, que han de ser tenidos como coautores o colaboradores necesarios; y, subsidiariamente, la acusación popular del Gobierno de Navarra interesa la condena de los cinco encausados por hurto. El Ministerio Fiscal considera a los Srs. Guerrero y Cabezuelo autores de un *delito contra la intimidad*; la acusación particular y las acusaciones populares interesan por su parte la extensión de la condena de los cinco encausados por delito contra la intimidad. Se solicita subsidiariamente por la acusación particular y la acusación popular del Ayuntamiento de Pamplona, *la nulidad de la sentencia* exclusivamente en cuanto se absuelve a los acusados del delito contra la intimidad, por falta de presupuestos de procedibilidad. Interesándose también de modo subsidiario por la acusación particular una *exasperación punitiva*, para el supuesto de confirmación del delito de abuso.

PRIMERO.- El motivo primero de apelación planteado por la defensa de Antonio Manuel Guerrero Escudero, por infracción de la presunción de inocencia y contravención del Art. 24 CE, alega la contaminación de las pruebas de cargo y la falta de imparcialidad de los juzgadores, como resultado de un juicio mediático paralelo y condenatorio, que ha afectado a las pruebas de cargo.

El mismo argumento se pormenoriza y reitera en el motivo tercero, al amparo del Art. 846 bis C Lecri, también con alegación del Art. 24 CE, que denuncia la falta de un proceso equitativo. Se pretende, con más detalle en este motivo tercero, que se ha generado artificialmente un movimiento social que apremia la inexorable condena de los acusados; se destaca la información sesgada del gabinete de prensa de la Audiencia Provincial, que debiera garantizar la protección de datos personales; se han filtrado a la prensa sus fichas policiales, el contenido de sus teléfonos móviles, sus conversaciones privadas por wasap; ha calado en la opinión publica un perfil perverso de los imputados. Se recalcan las inoportunas interferencias del Ministro de Justicia, inaceptables en un Estado democrático de derecho. Se alega haber sido conculcado el derecho de los procesados a no ser presentados públicamente como culpables y garantizar que los miembros del órgano juzgador no tengan ideas preconcebidas, en los términos de la directiva europea 2016/343 del Parlamento Europeo.

El motivo primero formulado por la representación de Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena, y el motivo primero formulado por la defensa de José Ángel Prenda Martínez, Ángel Boza Florido y Jesús Escudero Domínguez, insisten en los mismos argumentos. Se reitera la directiva citada 2016/343 y las inoportunas declaraciones del Sr. Ministro; se pone el acento en la contaminación de las instancias por la cacería mediática de los acusados. Se concluye que el desenlace del proceso es producto de una “obsequiosa” valoración de la declaración acusatoria de la víctima, una “tendenciosa” redacción de hechos probados, que predetermina el fallo, y a la postre una condena con prueba corrompida e insuficiente.

SEGUNDO.- Y dichos motivos deben ser desestimados. Nuestro texto constitucional, en el Art. 120, reconoce el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, lo que de ningún modo contradice la tutela judicial efectiva, como pretenden los motivos, antes al contrario, la refuerza. La publicidad del proceso es en sí mismo una garantía del Estado democrático a la vez que un medio eficaz de control del funcionamiento de

la administración de justicia, que genera confianza y la arraiga socialmente (STC 168/95, de 14 de febrero).

La publicidad no solo es un principio de ordenación del proceso, sino también una premisa para el ejercicio del derecho fundamental a la información que se vertebra a través de la libertad de prensa, sin excluir el derecho de los medios a posicionarse sobre la información vertida, aunque esté pendiente de sentencia (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, debate sobre información de accidente de avión; STC 136/1999, de 20 de julio, debate sobre un vídeo electoral de partido político).

La valoración social de las conductas delictivas es parte esencial de la conformación de la conciencia social y del debate democrático de las leyes penales; y la notoriedad pública de los procesos judiciales no es inevitablemente lesiva de los derechos del procesado, pues propicia el debate social sobre una cuestión reconocida de interés general. No se puede presuponer, como hacen las defensas, que la información periodística haya sido sesgada o manipuladora de la opinión pública, sino parte esencial de un debate social, que manifiesta los anhelos de justicia de la población; sin perjuicio de las acciones civiles y penales que pudieran derivarse de los atentados puntuales contra la intimidad o los derechos fundamentales de los procesados o de la víctima. Y en cuanto al alegado tratamiento adverso por los medios, es patente que los procesados han podido también intervenir en el debate social y hacer declaraciones exculpatorias.

Los comentarios del Sr. Ministro de Justicia y de otros representantes políticos, no es verosímil que hayan afectado a la independencia del tribunal de instancia. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma tajantemente, con una doctrina que precede y explica la directiva 2016/343, que es derecho del procesado que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que el imputado es autor de un delito antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal (*Kamasinski* c. Austria, 19 de diciembre de 1989; *Alenet de Ribemont* c. Francia, 10 de febrero de 1995; *Viorel Burzo*

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

c. Rumania, 30 de junio de 2009). No obstante, la cuestión de si la declaración de un responsable público constituye una violación del principio acusatorio y de la presunción de inocencia debe ser analizada en el contexto de las circunstancias particulares en las que la declaración ha sido formulada, y en particular la medida en que haya podido afectar al desarrollo del proceso y al fallo condenatorio (ver particularmente *Adolf* c. Austria, sentencia del 26 de marzo de 1982; *Marziano* c. Italia, S. 28 de noviembre de 2002).

La vulneración del derecho de los procesados se consuma si se hubieran conculcado garantías procesales o no hubiera prueba de cargo suficiente (STC 189/ 1998 de 28 de setiembre). En el presente caso no hay duda de que la causa se ha desarrollado tras un proceso con todas las garantías, siendo decisiva la declaración de la denunciante como prueba de cargo, corroborada por unos testimonios coherentes y vídeos pericialmente valorados, con una prueba médica y psicológica rigurosamente debatida, y una ponderación de los hechos antecedentes y consecuentes a la acción criminal; sin relación de causalidad alguna con una supuesta manipulación mediática o conspiración política. Y el resultado incriminatorio de la sentencia recurrida se basa en prueba de cargo pertinente, válidamente obtenida y debatida, y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

TERCERO.- El motivo segundo interpuesto por la representación procesal de Antonio Manuel Guerrero, alega quebrantamiento de las normas y garantías procesales, falta de motivación y falta de objetividad; y solicita la nulidad de las pericias policiales sobre los vídeos y de la pericia psicológica de doña M. M. y doña E. G. . Todo ello con referencia particular a las conclusiones, que el motivo estima más veraces, del informe pericial del Dr. S. C. Alegaciones de indefensión y falta de garantías procesales que se repiten de modo incidental en el motivo tercero formulado por la representación de Alfonso Jesús Cabezuelo, y en el mismo motivo tercero formulado por la defensa de José Ángel Prenda, Ángel Boza y Jesús Escudero.

Se argumenta que las periciales se han fundado en prejuicios alentados por la presión mediática: se ha tergiversado su contenido, carecen de la adecuada motivación y se han obtenido con infracción de las normas procesales que rigen su práctica. En particular se dice que no está justificado el estrés postraumático que describe el informe psicológico de doña M. M. y doña E. G. .

Motivo que reproduce en sede de prueba las mismas alegaciones genéricas de los motivos anteriores sobre la inducción mediática y su incidencia en el proceso, y que ha de ser igualmente desestimado. En materia de prueba pericial, la nulidad se debiera fundamentar en todo caso en los Art. 238 3º de Lopj y Art.790.2 Lecri, esto es quebrantamiento o infracción de normas procesales que causaren la indefensión de la parte recurrente; y en el caso presente no concurren las previsiones legales o jurisprudenciales de la nulidad de las periciales impugnadas.

En efecto, diversas sentencias del Tribunal Supremo se plantean la incidencia en el proceso probatorio de un juicio mediático o político paralelo, y concluyen que resulta excepcional que la interferencia pueda dar lugar a la nulidad del juicio por indefensión. La STS 587/2014, 18 de julio, con cita de la STS 1394/2009, 25 de enero, expresa preocupación respecto de la incidencia mediática en el proceso probatorio de un hecho criminal contra dos menores asesinados y quemados por su propio padre, y entonces se concluye que lo verdaderamente decisivo es «[...] si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación». Por su parte la STS 2/2018 de 16 de enero, en otro proceso mediático de amplia repercusión, lamenta «[...] la censurable locuacidad del máximo responsable de las fuerzas policiales que asumieron la investigación, y la anticipada autoría proclamada en rueda de prensa», y concluye que lo decisivo en la resolución debe ser ponderar si el tratamiento mediático y las imprudentes declaraciones de responsables políticos y policiales «tuvieron virtualidad para alterar una declaración

jurisdiccional sólo basada en el resultado de la actividad probatoria desarrollada en presencia de los Magistrados llamados a su valoración».

En el presente caso, ninguno de los alegatos de nulidad puede tomarse seriamente en consideración. La argumentación, que se repite casi textualmente en el motivo dedicado al error en la valoración de la prueba, no singulariza ninguna razón material ni procesal para sustentar la nulidad de las periciales por indefensión, elaboradas las mismas con rigor, minuciosidad y de acuerdo a la respectiva *lex artis* profesional. El modo de realizarse las valoraciones técnicas por los peritos no ha sido recurrido en el curso de la primera instancia, y en apelación no se concreta la norma procesal supuestamente infringida sobre su práctica. Las pericias han sido debatidas en el juicio, la parte recurrente ha propuesto libremente una contraprueba, que ha sido debatida y contestada; y la sentencia, en su juicio de valor sobre las pericias, ha ponderado con minuciosidad y verosimilitud tanto las propuestas por la defensa como las de la acusación.

Esta Sala concluye que en el procedimiento existe prueba de cargo suficiente, cuya práctica y relevancia se contrastará más en detalle en motivos posteriores. No se acredita ninguna contravención de principios constitucionales o normas procesales que rigen las garantías del acusado, y se muestra correcto el desarrollo del debate procesal de las pruebas y la valoración efectuada en instancia con inmediación. La presión mediática no ha causado indefensión a los acusados, las pruebas periciales impugnadas no se acreditan contaminadas, y ni siquiera se pueden considerar las periciales impugnadas la exclusiva o decisiva prueba de cargo.

CUARTO.- El motivo cuarto formulado por la representación de Antonio Manuel Guerrero, cuyos argumentos se reiteran en el motivo tercero formulado por la representación de Alfonso Jesús Cabezuelo, y el motivo tercero formulado por la defensa de José Ángel Prenda, Ángel Boza y Jesús Escudero, impugnan la declaración de la denunciante como prueba de cargo. Se contra-argumenta que, según se deduce del procedimiento, ella prestó su consentimiento a unas relaciones sexuales plenas con los acusados.

La defensa de Antonio Manuel Guerrero argumenta que desde el primer momento el testimonio de la denunciante ha estado instrumentalizado por terceros. Su desolación ante M. y B., que le auxilian en primer lugar, se debe a que ha perdido el móvil, no al pretendido abuso; unos minutos después, aparece un furgón policial y es conducida al hospital y a presentar denuncia, sin haberlo pedido expresamente; todos los agentes estaban concienciados por la campaña en contra de las agresiones sexuales del Ayuntamiento. Los policías que le atienden desde el primer momento ya han sido informados y predispuestos por la emisora de una supuesta agresión sexual, y ella se limita a responder a las preguntas —llenas de prejuicios— que los agentes le formulan. La agente 405, que le toma declaración, se empeña en buscar vídeos en el móvil de la denunciante. Por orden de la policía se la retiene indebidamente en Pamplona y se le aloja en dependencias municipales, y se le impone asistencia jurídica y psicológica que ella había expresamente rechazado.

Las defensas de Alfonso Jesús Cabezuelo, José Ángel Prenda, Ángel Boza y Jesús Escudero, se escandalizan de que la agente 405 no fuera llamada a declarar por la fiscalía, se desecha indebidamente la evidencia de que la víctima no denunciara la sustracción del móvil, y argumentan que hay que buscar en ella una intención espuria: evitar la publicidad de las grabaciones en vídeo de la relación consentida. La denunciante también estaba despechada porque después de la relación la dejaron sola y no le hicieron caso. Se analizan a continuación cuestiones que serán reiteradas en otro motivo para sostener la defectuosa apreciación de la prueba. Los agentes 405 y 285 manifiestan que desdeñó la asistencia jurídica o psicológica, y se la impusieron; y se dice que las afirmaciones de los agentes que se pormenorizan son contradichas por la denunciante. Se insiste que la agresión es incompatible con la empatía que ella muestra a los acusados, y con su sentimiento de culpabilidad por el daño que les causa.

QUINTO.- Tras examinar y valorar en detalle la declaración de la joven, lejos de estimar inconsecuentes o contradictorias las apreciaciones de instancia, consideramos su testimonio seguro y convincente, corroboradas sus afirmaciones con evidencias recogidas en una prueba externa profusa y suficiente, y consecuente con el desarrollo incriminatorio que se confirma. Y no es verosímil una teoría conspirativa que involucra a todos los que asisten a la víctima: M. y B., policías municipales y nacionales, trabajadores sociales, forenses, pericial sicológica y policial... y a la propia víctima. Este Tribunal Superior no está llamado a valorar de nuevo el testimonio acusatorio, sino a ponderar si las conclusiones de instancia se revelasen absurdas, ilógicas o arbitrarias, o contradichas por elementos fehacientes que evidencien la mendacidad del testimonio de la víctima o fundamenten una duda racional y razonable de su veracidad, lo que en el presente caso no concurre.

La Sala de instancia ha valorado en detalle el testimonio de la víctima desde los parámetros de persistencia en la incriminación, verosimilitud y credibilidad (SSTS 305/2017 de 27 de abril, 833/2017 de 18 de diciembre, STS 62/2018, de 5 de febrero). La sentencia recurrida responde con rigor a las alegaciones que en el mismo sentido se vierten por las defensas en el juicio oral y concluye que la declaración de la víctima presta «una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad de los acusados» (Pág. 32). Y cabe insistir aquí que la declaración de la denunciante no es una prueba única, sino que aparece corroborada por una prueba pericial policial y sicológica, testimonios concurrentes, antecedentes y consecuentes..., y particularmente —según subraya la Sala de instancia textualmente— «un medio de prueba documental, concretado en las grabaciones de vídeo y las fotos tomadas durante el desarrollo de los hechos, por los procesados Antonio Manuel Guerrero y Alfonso Jesús Cabezuelo».

Las dudas que plantea el motivo sobre la credibilidad de la víctima han sido debidamente despejadas por la Sentencia de instancia. Así afirma: «*La denunciante* ha sostenido con firmeza la versión acerca del modo en que se desarrollaron los hechos, si bien la matizó en su

declaración en el plenario»; las pormenorizaciones posteriores «no comprometen la estructura racional de nuestro proceso valorativo, ni perjudica nuestra apreciación de que la declaración de la denunciante, satisface los parámetros de credibilidad subjetiva, objetiva y persistencia». Y la jurisprudencia concluye reiteradamente que la determinación de la credibilidad de quienes declaran ante el Tribunal corresponde al órgano jurisdiccional de instancia, que valora con inmediatez, por tratarse de pruebas personales cuya ponderación se basa en la percepción directa (SSTS 369/2007 de 9 de mayo, 503/2008 de 17 de julio, 687/2012, de 19 de setiembre, 695/2017 de 24 de octubre).

La Sala de instancia analiza el relato de la denunciante a M. y B., y a los agentes que la socorren en los primeros momentos, y lejos de considerar su testimonio inducido concluye que «su estado apreciado por los testigos [...], revela que estaba viviendo una intensa situación de desesperación, angustia y ansiedad; en nada compatibles, con la situación de una persona, que o bien se siente despechada después de haber finalizado una relación sexual consentida, [o bien que] los varones que la mantuvieron no le ofrecieron “continuar la fiesta juntos”, o que éstos se hubieran marchado del habitáculo sin despedirse [...]». La sentencia constata (folio 37) el desasosiego de la denunciante cuando era trasladada a urgencias por la agente 455: «durante el trayecto intentaba tranquilizarla, pues “la denunciante” le insistía en que no le dejara sola». Su extrema agitación se describe en los informes del Servicio de Urgencia Hospitalaria y de Obstetricia y Ginecología del Complejo Hospitalario de Navarra, que se transcriben en el folio 38 de la sentencia.

La declaración de la denunciante en el juicio oral es mucho más extensa y se alarga con las preguntas de las partes..., se constata que no se contradice con testimonios anteriores, por más que sea obvio que desarrolla más pormenorizadamente los hechos. Se pondera en la sentencia de primera instancia que las contradicciones no son tales, como pretenden los motivos, sino pequeñas inexactitudes: «manifestaciones de la denunciante, sobre la dirección que tomaron a su iniciativa se muestran

a nuestro entender creíbles y verosímiles, es acorde con las reglas de la lógica y razonable, en una persona desconocedora de esta ciudad».

Y no está probado que prestara expresamente su consentimiento a unas relaciones sexuales ni que escuchara las afirmaciones en este sentido a la puerta del Hotel Europa..., «quedándose retrasada “la denunciante”» (folio 15 de los hechos probados); ni mucho menos es verosímil que la víctima consintiera el maltrato y la vejación, la atmósfera opresiva y el prevalimiento de grupo en que se desarrolla la acción criminal. Las declaraciones de la joven, pormenoriza la Sentencia de la Audiencia, «coinciden en el aspecto esencial, relativo a que las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada».

Descarta el Tribunal de instancia un móvil espurio, «no derivamos la existencia de un móvil espurio o interés de cualquier otra índole que limite la aptitud de la declaración de la denunciante para generar certidumbre», y la afirmación de que quería evitar la publicidad de los vídeos o de estar despechada son meras elucubraciones carentes de apoyo alguno probatorio. Se pretende en el motivo que la denuncia presentada ante la agente 405 es sustancialmente modificada después en la declaración judicial y en la vista oral, con lo que no existe persistencia en la declaración; y frente a ello subraya la sentencia: «la falta de significación para desacreditar la credibilidad subjetiva de la declaración de la denunciante, la referencia que verificó la Agente 405 en su declaración testifical en el plenario».

SEXTO.- El error en la valoración de la prueba se alega en el motivo quinto formulado por la representación de Antonio Manuel Guerrero, cuyos argumentos se reiteran en el motivo tercero formulado por la representación de Alfonso Jesús Cabezuelo y el motivo tercero formulado por la defensa de José Ángel Prenda, Ángel Boza y Jesús Escudero.

El motivo propuesto por la defensa de Antonio Manuel Guerrero vuelve a cuestionar el testimonio de la joven y pormenoriza supuestas contradicciones de su declaración. Se alega que desde el mismo encuentro en el banco de la Plaza del Castillo se produce un encuentro amistoso y el abrazo de ella con uno de los acusados; dice ir al coche a descansar, pero los acusados señalan la dirección de los bares casino Eslava y bar Txoko y ella toma con ellos una dirección que contradice lo que pretende haber dicho; y es más verosímil la declaración de los acusados de que acordaron entrar para esparcimiento íntimo en los baños de un bar. Luego se dirigen al hotel Europa con el mismo fin, sin que se haya acreditado que ella no escuchara el contenido de la conversación con el portero, en que se hace explícita mención ante ella de la intención de mantener relaciones plenas. Ella en todo el trayecto camina cómoda, sin sentirse molesta, se oculta conscientemente y en connivencia con los acusados, y entra voluntariamente al portal y besándose con uno de ellos. No ha quedado acreditado que una vez dentro del portal quedara impresionada y sin capacidad de reacción, ni agobio y desasosiego alguno; al contrario, los vídeos acreditan su participación libre y activa. Y tras salir del portal se cruza con numerosas personas, no solicita ayuda, y aún llega a coincidir con los acusados cuando se sienta en un banco de la Avda. de Roncesvalles.

La defensa de Alfonso Jesús Cabezuelo, José Ángel Prenda, Ángel Boza y Jesús Escudero, sustentan preferentemente el error en la valoración de la prueba en su particular interpretación de los vídeos. La sentencia no ha tenido en cuenta aquellas tomas que permiten concluir que la denunciante ha consentido sin reserva alguna la relación sexual: así el vídeo 7408, entre los segundos 16 a 22, ella presta expresamente el consentimiento, y en el mismo vídeo en los segundos 14 a 16 ella realiza actos masturbatorios al Sr. Boza; en el vídeo 7407 se aprecian movimientos pélvicos sincrónicos; en las imágenes en que la denunciante besa al Sr. Prenda, ella toma la iniciativa y hace esfuerzos con las manos en las caderas para acercarse íntimamente a él. Debió tener los ojos abiertos porque describe en detalle los tatuajes de los procesados y no se

acredita su estrés postraumático. En la declaración judicial dice que la sujetaron e introdujeron, lo que contradicen las cámaras y luego se desdice en el juicio oral. No dice haber sentido dolor, y se puede deducir su participación activa de que no muestra en su cuerpo signo alguno de violencia, como testimonia el forense; a lo sumo pequeños hematomas o rasguños, habituales en una relación consentida.

SÉPTIMO.- Y estos motivos deben ser desestimados. El Art. 741 Lecri consagra la exclusiva soberanía del Juzgador de instancia y le requiere a que evalúe en conciencia los elementos probatorios. Y este Tribunal únicamente debe analizar y controlar si existe en la causa prueba de cargo suficiente, si el proceso probatorio se ha desarrollado con pleno respeto a las normas constitucionales y procesales, si dichas pruebas han sido valoradas por el Tribunal con criterios de lógica, ciencia y experiencia; si la motivación es suficiente y si, en consecuencia, la convicción condenatoria alcanzada no puede calificarse de absurda o arbitraria.

Como se ha dicho, el testimonio de la víctima es coherente y persistente en la incriminación. Es lógico que en la reiteración del testimonio ante autoridades policiales y en la instrucción, y en su contraste con otros testimonios acusatorios de testigos, peritos o evidencias externas, se pudieran encontrar ciertas diferencias, omisiones o inexactitudes; pero debe ponderarse si afectan a hechos o datos esenciales o nucleares, o si solo conciernen a meras circunstancias periféricas o secundarias. En el presente caso y admitido por la propia denunciante que penetra sin violencia en el portal, las supuestas y poco relevantes inexactitudes de su testimonio con hechos anteriores —como la dirección que toma, que contradice su pretendida afirmación de ir a dormir al coche—, o posteriores —no solicitar ayuda después del hecho criminal, relatar que ha perdido el móvil en vez de denunciar el abuso, no denunciar los vídeos en la declaración policial— son meras conjeturas, que para nada desautorizan el testimonio de la víctima. Y constituye hecho nuclear, que destaca la denunciante y pondera la sentencia de instancia, la conducta sorpresiva de los acusados que sitúan a la joven en un contexto opresivo y humillante, mediando su desvalimiento, aprovechando una desproporción

abusiva de fuerzas, y sirviéndose de una situación de superioridad por razón de género, edad y actuación en grupo.

Este extremo del *iter* criminal está perfectamente descrito por la sentencia de instancia: «Ángel Boza, quien le había dado la mano para besarse, tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano Alfonso Jesús Cabezuelo; ambos la apremiaron a entrar en el portal tirando de “la denunciante”, quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino». En la justificación probatoria, tras analizar la entrada en el portal, la sentencia de la Audiencia resalta que la denunciante: «redujo su apreciación sobre el nivel de la presión que ejercieron los procesados para introducirla en el portal y hacerle llegar al cubículo», pero especifica que «tiraron de ella» (Pág. 52). Y se pondera su desvalimiento: «Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos, “la denunciante” se sintió impresionada y sin capacidad de reacción».

El motivo pretende que el contenido de los vídeos acredita el consentimiento y participación activa de la joven; muy por el contrario, la Sala de instancia pondera minuciosamente las imágenes filmadas, una a una; valoradas también en una rigurosa pericia de la Policía Foral, contrastadas en juicio con contradicción, y llega a una conclusión diferente, que estimamos acertada. Se refiere la sentencia expresamente a los fotogramas aislados que aduce la defensa en los vídeos 7407 y 7408, y a los fotogramas finales (véase Pág. 59 y sigs), que se sitúan en su debido contexto, y se concluye que la joven está “agazapada , acorralada contra la pared”; “durante todo el desarrollo de la secuencia muestra un rictus ausente, mantiene durante todo el tiempo los ojos cerrados, no realiza ningún gesto ni muestra ninguna actitud que impresione de toma de iniciativa respecto de actos de índole sexual, ni de interacción con los realizados por los procesados; apreciamos que los soporta en un estado que nos sugiere ausencia y embotamiento de sus facultades superiores”; y

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

concluye que “no inferimos, que fuera la denunciante quien promoviera la verificación de algún tipo de actividad sexual”.

La Sala está plenamente de acuerdo con esta apreciación del contenido de los vídeos. A juicio de la Sala los vídeos evidencian de una parte la pasividad doliente de la víctima y de otra el abusivo comportamiento de los acusados, que inician sin prolegómeno alguno y desarrollan sin miramiento un atentado contra el derecho a la libre determinación personal de la joven, prevaliéndose de su número y fuerza, escarneciendo su situación de desamparo. Y la Sala tras examinar los vídeos se ratifica en la convicción de instancia de que de ninguna manera puede entenderse que se deduzca asentimiento alguno o participación activa de la joven en los inicuos y vejatorios actos que se muestran en las imágenes.

La víctima, que no presentaba con anterioridad ningún trastorno de la personalidad, se acredita que padece por causa de la acción criminal un estrés postraumático, que se pone de manifiesto en la pericial psicológica de las peritos forenses M. M. Lorenzo y E. G. Astiz. Se mantiene con rotundidad la gravedad de su dolencia, y viene acreditado que recibe tratamiento en el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Agresión Sexual de la Comunidad de Madrid, a partir del mes de septiembre de 2016. Las peritos de INML recomiendan tratamiento psicológico para evitar la cronificación de síntomas, síntomas que se agudizan al tener conocimiento de la grabación de vídeos y de su seguimiento por detectives privados.

OCTAVO. El motivo sexto formulado por la representación de Antonio Manuel Guerrero Escudero, cuyos argumentos se reiteran en el motivo segundo formulado por la representación de Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena, y el motivo segundo formulado por la defensa de José Ángel Prenda Martínez, Ángel Boza Florido y Jesús Escudero Domínguez, alega la falta de congruencia de la sentencia por condenar a los acusados por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, cuando venían siendo acusados, desde el auto de procesamiento y en los escritos de

conclusiones de todas las acusaciones, de un delito continuado de agresión sexual.

Se argumenta que se trata de delitos no homogéneos y la Sala de instancia no ha utilizado la facultad del Art. 733 Lecri. Se objeta que se contraviene el principio acusatorio y las garantías del procesado en contradicción con el Art. 24 CE y 6 Párr. 3 de CEDH: derecho a ser informado de la acusación y la igualdad de armas en la defensa. Se alega que en nada tienen que ver los hechos por los que se les condena con la acusación, que pretendía la concurrencia de violencia (*la agarraron, la obligaron a entrar...*). La propia solicitud de indemnización en los escritos de calificación presupónía la agresión.

Motivo que debe ser igualmente desestimado. La cuestión planteada ha sido expresamente resuelta por jurisprudencia del Tribunal Constitucional. «La valoración de la homogeneidad delictiva entre acusación y condena debe resolverse atendiendo a las particularidades del caso concreto, sin apriorismos o generalidades, pues es lo acontecido en el procedimiento lo que condicionará el juicio sobre la existencia de indefensión» (STC 172/2016 de 17 octubre). «La Sala puede condenar por un delito distinto del apreciado en los escritos de calificación, siempre que la condena sea por un delito de igual o menor gravedad que los señalados en dichos escritos, cuando, sin variar los hechos objeto de la acusación, tengan los delitos considerados la misma naturaleza o sean homogéneos, aunque constituyan distintas, pero cercanas modalidades dentro de la tipicidad penal [...]. Tratándose de delito *de mayor gravedad*, el Tribunal no puede condenar por él sin pedir a las partes que le ilustren sobre esa posibilidad, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 733 Lecri» (STC 12/1981 de 10 abril).

Entre los delitos de agresión sexual (por el que vienen acusados) y de abuso sexual con prevalimiento (objeto de condena), se da una clara y patente "homogeneidad descendente" (SSTS 1484/2005, de 1 diciembre y 578/2014, de 10 julio) en cuanto tutelan un mismo bien jurídico, se hallan comprendidos en el mismo título del Código penal y la calificación del

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

segundo comprende las mismas premisas fácticas del primero, salvo el empleo de la violencia o intimidación, propias del más grave delito imputado (STS 573/2008, de 3 octubre, del Tribunal Supremo), y por lo mismo, todas ellas fueron o pudieron haber sido objeto del debate contradictorio desarrollado en el juicio oral. «El acusado pudo, pues, defenderse de los hechos imputados por la acusación, que no fueron sustancialmente modificados en la sentencia, y pudo probar y alegar acerca de la libertad de la mujer al prestar su consentimiento a los actos sexuales pretendidos por el acusado» (STS 47/2013 de 29 enero). Doctrina sustentada también por esta Sala en los mismos términos (STSJ de Navarra 2/2018, de 27 de febrero).

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

NOVENO.- El motivo séptimo formulado por la representación de Antonio Manuel Guerrero, alega con carácter subsidiario la infracción del Art. 14 CP y la doctrina del error invencible.

El motivo afirma que los acusados no han conocido el estado de desconexión y sometimiento de la denunciante y han sido inducidos a error por la joven. Se argumenta que la denunciante ha dado positivo en la prueba de alcoholemia, lo que reconoce la sentencia; actuaba desinhibida y descontrolada, no ha pedido ayuda, no ha realizado ningún gesto válido de negativa a las relaciones; antes al contrario ella les acompaña libremente, se besa en la calle, participa activamente y hasta coge el pene de uno de los acusados, por más que se diga impropriamente “por instinto”.

Los acusados también tenían inhibidas sus facultades cognitivas por el alcohol, y en un estado de euforia han podido creer legítimamente en el consentimiento incondicional y en la participación activa de la denunciante.

Motivo que ha de ser igualmente desestimado. La definición del delito de abuso sexual con prevalimiento del artículo 181.3 que ofrece el CP de 1995, exige que la situación de superioridad sea *manifiesta*, es decir objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes. Se requiere que sea *eficaz*, que tenga relevancia suficiente en el caso para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce. Se caracteriza en la jurisprudencia “como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad [...], consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta” (STS 170/2000, de 14 febrero). Como oportunamente precisa la STS 868/2002, de 17 mayo, “es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo”.

La constatación de no haber expresado o manifestado la víctima su oposición a la relación sexual, en la situación de patente inferioridad consciente y deliberadamente aprovechada por quien se sirve de ella para la consecución de sus tortuosos fines, no puede ser percibida como un asentimiento. El propio artículo 181.3 del CP/1995 da por supuesta, en el prevalimiento de superioridad, la voluntad coartada por efecto de aquella situación. El dolo requerido por este delito se limita a constatar que los acusados conozcan la situación de superioridad que tienen sobre la víctima y que se aprovechan de ella. Como dice la STS 1118/1999, de 9 julio, *quien tiene conocimiento de que realiza acciones sexuales sobre otro sin su consentimiento o cuando el consentimiento es ineficaz ya sabe todo lo que requiere el dolo* o, en palabras de la STS 275/2006, de 6 marzo, *en los delitos contra la libertad sexual el tipo subjetivo y el desvalor de la acción*

resulta plenamente del conocimiento por el autor de los elementos del tipo objetivo, es decir, del carácter sexual de la acción realizada en el cuerpo de otro y la ausencia o irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo.

En el presente procedimiento, tras visionar los vídeos y escuchar la declaración de la denunciante, es poco razonable concluir la falta de conciencia de los cinco en el abuso y humillación que infligen a la víctima. La alegación del error pretendido contradice las propias declaraciones de los acusados, que desde la primera indagatoria repiten hasta la saciedad y persisten en su afirmación de que ella había consentido expresamente; máxime alegada la excusa de error únicamente por la defensa letrada de un profesional de la seguridad ciudadana, al que se le presupone un conocimiento exacto y pleno de las conductas delictivas. Y por mas que no sea siquiera verosímil que ellos hayan creído en el asentimiento y aún participación activa de la víctima, en todo caso sobre los acusados recaería acreditar un error que se alega sorprendentemente en apelación, sin sustentarse en indicio alguno.

La laxitud con que los acusados apreciaban el asentimiento de la joven no es tampoco excusa de su lesivo proceder, pues media una prevalente desproporción de fuerzas, una radical inferioridad —en razón de edad, número y condición—, y en lugar angosto y opresivo que dificulta su reacción y defensa. Todos los acusados sabían o debían haber comprendido la situación en que se encontraba la joven, que restringía decisivamente su autonomía para asentir con libertad; debían haber comprendido la dolorosa postración y humillación que imponían sobre ella. Y la ingesta del alcohol por la víctima, lejos de inducir a error sobre su consentimiento, debe concluirse que fue una circunstancia aprovechada por los acusados para consumir su intempestivo abuso con prevalimiento.

La subsunción en el tipo penal de abuso con prevalimiento resulta una consecuencia inevitable del relato fáctico de la sentencia recurrida. Se declaran probadas no sólo la situación de manifiesta superioridad —numérica, física y escénica— de los acusados (*cinco varones de edades muy superiores y fuerte complexión rodeando a la víctima en un lugar*

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

recóndito y angosto) y su efectiva incidencia en la libertad de elección, acción y reacción de la víctima (*que en esa situación se sintió impresionada y sin capacidad de reacción, experimentando un intenso agobio y desasosiego que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, y a hacer lo que los procesados le decían*), sino que también se declara probada la consciencia de la posición de dominio o preeminencia que la sumisión de la denunciante proporcionaba a los acusados y el aprovechamiento por ellos de dicha situación de desequilibrio para la satisfacción de sus apetencias sexuales (*los procesados conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por ellos, para realizar con aquella diversos actos de naturaleza sexual*). La sentencia recurrida, que en sus fundamentos jurídicos confirma que las relaciones *se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron* (Pág. 34 y en similares términos, Págs. 56, 57 y 99), reitera también que la denunciante no prestó su consentimiento sino en un escenario de opresión, objetivamente apreciable (Págs. 99 y 103) y que éste fue conformado por los procesados con plena voluntad y conocimiento de lo que hacían, impidiendo que la víctima actuara con libertad en el ejercicio de su autodeterminación en materia sexual (Pág. 108). E incluso la sentencia de instancia expresamente rechaza la alegación de falta de conciencia de los acusados (folio 106), y concluye que *no podían pasar desapercibidas para los procesados, el estado, la situación en que se encontraba la denunciante que evidenciaban su disociación y desconexión de la realidad; así como la adopción de una actitud de sumisión y sometimiento, que determinó que no prestara su consentimiento*.

Expresiones categóricas en un motivo formulado por infracción legal, que presupone —como tantas veces se ha repetido— respetar escrupulosamente el relato de hechos probados formulado en instancia.

DÉCIMO.- El motivo octavo formulado por la representación de Antonio Manuel Guerrero, alega la incongruencia de la sentencia por no haber resuelto sobre la solicitada nulidad de las pruebas obtenidas

respecto de unos vídeos de Pozoblanco, alegando que se trata de pruebas ilícitas obtenidas con abuso o exceso de funciones de la Policía Foral, fuera de su territorio de competencia, y porque se vulnera el derecho a la intimidad de los partícipes.

Motivo que ha de ser desestimado. El auto de la Audiencia de 13 de setiembre de 2017 rechaza como material probatorio todo contenido extraído de los móviles de los acusados que no tenga relación con los hechos acaecidos el día 7 de julio de 2016, y en consecuencia no cabe un pronunciamiento sobre la ilicitud de unos medios de prueba ajenos al presente procedimiento, y mucho menos una tacha de incongruencia de la sentencia por no pronunciarse sobre hechos y medios de prueba que no forman parte del objeto del proceso.

DÉCIMO PRIMERO.- El motivo noveno formulado por la representación de Antonio Manuel Guerrero, alega la contravención del principio constitucional y procesal de tutela judicial efectiva, al haberse negado a la parte una prueba, que se estima pertinente, consistente en recortes de prensa relativos a los acusados, de lo que se pretende deducir indefensión.

La cuestión ha sido ya debidamente tratada cuando se analiza la incidencia mediática en el juicio penal, y debemos destacar que las informaciones periodísticas, por mas que sean parte del debate social sobre los delitos y las penas, forman parte de un contexto ajeno al proceso penal mismo, y no son decisivas para la instrucción y enjuiciamiento de la causa más que cuando aportasen hechos nuevos o desconocidos, y no en cuanto expresan opiniones o valoraciones. Según la doctrina jurisprudencial consolidada, lo que justifica la relevancia de una prueba, como la que ahora se cuestiona, es la existencia de indicadores razonablemente acreditados que permitan relacionar la posible información, documentación o pericia con la acción o acciones criminales objeto de debate procesal (STS 163/2015 de 24 de marzo), lo que no se justifica siquiera en el presente motivo.

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

En todo caso ni siquiera se pretende por la parte recurrente la incorporación de dichos documentos al proceso como prueba en esta segunda instancia.

Aquí termina el examen de los recursos de apelación de las defensas.

DÉCIMO SEGUNDO.- Y se inicia a continuación el examen de los recursos de apelación formulados por las acusaciones.

El motivo primero del recurso de apelación interpuesto por la representación de la acusación particular, por error en la valoración de la prueba, denuncia la fecha inexacta en la que la sentencia de instancia establece que la denunciante ha iniciado tratamiento psicológico en el centro de atención integral de mujeres víctimas de violencia sexual de la Comunidad de Madrid.

La sentencia refiere setiembre de 2017, y se aduce en el motivo que el dato correcto es setiembre de 2016. Se aporta, como documento 1, informe donde consta el inicio y tratamiento recibido.

La Sala ha inadmitido el referido documento por no concurrir ninguno de los supuestos preceptivos de admisión de documentos en segunda instancia, del Art. 790.3 de la Lecri (por auto de 31 de julio de 2018, confirmado por auto de 4 de octubre de 2018). Sin embargo, constituye un error material manifiesto fijar setiembre de 2017 como inicio del tratamiento psicológico de la denunciante, que pudo haberse rectificado por recurso de aclaración, y que puede rectificarse ahora de oficio, a tenor de los Art. 161 Lecri y 267 Lopj, por existir en el procedimiento documentos fehacientes que lo acreditan.

En efecto, el auto del juzgado de instrucción 4, de 16 de noviembre de 2016 (al folio 1389 y sigs del sumario) requiere —a instancia de las propias defensas— a la representación procesal de la acusación particular que facilite los datos identificativos de los profesionales que prestan

atención psicológica o psiquiátrica a la denunciante (en relación a los hechos objeto del procedimiento), lo que dicha representación cumplimenta por escrito de 28 de noviembre de 2016 (al folio 1405), e informa que “la víctima está siendo atendida por el área psicológica del centro de atención integral de mujeres víctimas de violencia sexual de la Comunidad de Madrid (CIMASCAM)”. Y la defensa del Sr. Guerrero en el juicio oral ha admitido este hecho sin cuestionamiento alguno. También la impugnación del recurso de apelación por la representación del Sr. Guerrero reconoce expresamente el error: “pues efectivamente la sentencia pretendió referirse al año 2016 en vez de 2017” (folio 2 de la impugnación).

El tratamiento de la víctima en CIMASCAM, tras el abuso padecido, está también expresamente manifestado por la víctima en su declaración en el juicio oral, y en la declaración de la trabajadora social del Ayuntamiento de Pamplona, A. F. G., en su declaración en la sesión del 17 de noviembre.

DÉCIMO TERCERO.- El primer motivo de apelación interpuesto por la representación del Ministerio Fiscal, al amparo del Art. 790 Lecri, al que se remite el Art. 846, ter, 1 de la misma Lecri, alega la infracción de los Art. 178, 179, 180 1º y 2º, 192 y 74 del Código Penal. Motivo de infracción legal —que nuevamente repetimos— debe respetar escrupulosamente los hechos declarados probados en instancia.

Se argumenta en el motivo que la correcta calificación de los hechos probados no permite encuadrarlos en la figura del abuso con prevalimiento, sino que deben reputarse agresión con intimidación. Se argumenta que la situación sorpresiva en que se encontró la víctima le impedía una reacción: por la intensidad y gravedad de la inhibición de su libertad, desvalimiento extremo, dada la superioridad física y numérica de los acusados. Sin un mínimo concierto previo con la víctima que nunca aceptó mantener ninguna relación sexual, ni explícita ni implícitamente, y con absoluto desprecio a su libertad.

El motivo entiende que concurren los requisitos necesarios para apreciar intimidación. Subraya el Ministerio Fiscal que la sentencia recurrida, en el análisis de los vídeos, refiere que la víctima: “se encuentra agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y grita”, y se aprecian sus gemidos de dolor. Constata el Ministerio Fiscal que en el análisis de la pericial, la sentencia recurrida especifica que la reacción de la víctima fue: “un embotamiento de sus facultades de raciocinio [...] una reacción de desconexión y disociación de la realidad”, una situación de total indefensión y falta de libertad. En el análisis de las pruebas, al folio 84, el Ministerio Fiscal refiere que la sentencia aprecia: “encerrona que habían tendido a la denunciante”, infiriendo un propósito previo. Y concluye el Ministerio Fiscal que la calificación jurídica de la sentencia de instancia describe un “escenario de opresión”, “atmosfera coactiva”..., constitutiva de la amenaza y contradictoria con un simple abuso. La grave coacción sufrida por la víctima es deducible también, según el Ministerio Fiscal, de la descripción por la sentencia del estado de postración en que se encontraba la víctima después de consumados los hechos.

Añade el Ministerio fiscal que cualquier persona razonable asumiría la inutilidad de una oposición a tamaña agresión, que solo conduciría a la víctima a sufrir males mayores; y en consecuencia la agredida se pliega a la voluntad de los agresores, sin opción de expresar una negativa, por más que no haya habido una amenaza explícita. Si en las mismas circunstancias los agresores se hubieran limitado a quitarle la cartera, nadie dudaría de calificarlo como robo con intimidación o violencia, sin exigir una negativa u oposición explícita de la víctima.

Se concluye que los hechos son constitutivos de un delito continuado de agresión sexual, con dos circunstancias agravantes: la acción conjunta de dos o más personas (180 ap. 2 CP), y tratarse de actos denigrantes y vejatorios (Art. 180 ap. 1 CP).

Similar argumentación, con el mismo fundamento procesal y material, se desarrolla en el motivo segundo de la acusación particular, que rebate que para los delitos de agresión sexual sea necesaria una amenaza

explicita previa. La jurisprudencia exige solo un contexto intimidatorio, que deduce del propio relato de la sentencia. La diferencia entre el prevalimiento y la amenaza, según el motivo, estriba en la intensidad de la coacción, que en el presente caso ha de interpretarse objetivamente, ante una libertad totalmente anulada de la víctima, imposibilitada para defensa alguna.

Las acusaciones populares del Gobierno de Navarra y del Ayuntamiento de Pamplona, en su primer motivo, argumentan sobre la existencia de violencia. Consideran que entrar de modo súbito y repentino en el portal, mientras dos personas tiran de ella, inmovilizada y sin posibilidad de reacción, significa fuerza. Rodearla en el habitáculo, “cubículo”, donde tuvieron lugar los hechos, también es fuerza, ejercitada violentamente por todos los acusados. La agarran del pelo y le rodean el cuello, refiere la sentencia comentando los vídeos. Y, en todo caso, según el motivo, de las actitudes conminatorias o amenazantes cabe deducir la amenaza expresa, que no hace falta que sea de palabra, bastando con que fuera suficiente y adecuada para el logro del perverso fin, con inmediatez temporal.

DÉCIMO CUARTO.- Motivos que han de ser desestimados. El enjuiciamiento de la agresión o abuso ha de hacerse respetando el principio de legalidad, esto es desde la definición legal de los tipos penales.

El Art. 178 CP, al definir la agresión sexual, sustancializa la utilización de violencia o intimidación, componentes del tipo penal, que presuponen un acto o acción de fuerza o amenaza, por más que pueda ser tácita. Debe respetarse igualmente, con escrupulosidad, el relato fáctico de instancia, en los términos del Art. 790.2 Lecri, pues estos motivos se han articulado por la vía de infracción de ley, lo que obliga al pleno respeto de lo declarado probado (SSTS 357/2005 de 22 de marzo y 960/2006 de 17 de octubre) y excluye una nueva valoración de la prueba.

Reitera la jurisprudencia que la violencia debe entenderse, al igual que en el conjunto del Código Penal, como empleo de fuerza física

suficiente para coartar la voluntad de la víctima, sin necesidad de que sea objetivamente irresistible, y sin exigir tampoco que la víctima se resistiera efectivamente (SSTS 225/2017 de 30 de marzo, 108/2016 de 18 de febrero) y equivale a acometimiento, coacción física o imposición material (STS 408/1997 de 31 marzo).

En el presente caso, la violencia, que no se plantea en los recursos del Ministerio Fiscal y de la víctima, está expresamente excluida en el relato de hechos pues estos dicen textualmente que "...la apremiaron a entrar en el portal tirando de la denunciante, quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, *sin violencia*"; la sentencia recurrida, por tanto, expresamente excluye la violencia. Y en el desarrollo de la acción contraria a la libertad sexual de la denunciante, la sentencia de instancia no identifica ningún acto expreso de fuerza por los acusados para conseguir sus propósitos, por más que alguna de sus frases pudiera ser equívoca, como cuando se refiere *agarrarla del pelo y rodearle el cuello*. Agarrarla del pelo, de un brazo, de la espalda; más allá de esta frase, según la STS 80/2012 de 10 febrero, no explicita ningún comportamiento en el acusado que exprese violencia; en la STS 411/2014 de 26 mayo se afirma que el hecho de sujetar la cabeza durante una felación, sin más datos, no puede equipararse a la violencia típica del delito de agresión sexual; y la STS 618/2003 de 5 mayo, concluye que agarrarle de los brazos con firmeza, sin llegar a pegarle ni a someterla... son circunstancias consecuencia de la propia dinámica comisiva del autor.

DÉCIMO QUINTO.- Mayores dudas plantea la posible existencia de intimidación. "La intimidación supone el empleo de cualquier forma de coacción, uso de *vis compulsiva* o *vis psychica*, amedrentamiento o amenaza, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio de un mal grave, racionalmente creíble, e inminente, con capacidad por ello de afectar los resortes defensivos de la víctima cuya capacidad volitiva es perturbada" (STS 584/2007 de 27 junio).

La intimidación exige una conducta activa del agente inmediata a la obtención de su ilícito fin: "ha de preceder inmediatamente al acceso carnal

y encaminarse a conseguirlo” (ATS 2333/2009 de 13 octubre). No basta que el sujeto pasivo se sienta intimidado, y es preciso un elemento externo: que la intimidación sea deliberadamente provocada por el imputado, mediando una causa externa objetiva y suficiente. La Jurisprudencia pormenoriza que ello “implica la amenaza de un mal o perjuicio para la vida o la integridad física que sea grave e inmediato, amenaza realizada de palabra o mejor aún mediante actos concluyentes. Es cierto que también ha afirmado que basta que sea eficaz para doblegar la voluntad del sujeto pasivo del delito, sin que sea necesario que tal intimidación sea irresistible, pero ello evidentemente partiendo de la existencia de una amenaza que sea relevante objetivamente” (STS 1689/2003 de 18 diciembre). Se destaca reiteradamente que el miedo es una situación subjetiva de la víctima que no puede transformar en intimidatoria una acción que no tiene en sí misma este carácter (SSTS 1314/1999 de 27 de setiembre, 769/2015 de 15 de diciembre).

La sutil línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento se debate por la jurisprudencia, que distingue entre aprovecharse de unas circunstancias propicias de tiempo y lugar, desnivel notorio que coarta la capacidad de decidir; frente a la inexistencia absoluta de consentimiento, objetivamente perceptible, y causado por fuerza o amenaza de sufrir un mal inminente y grave (SSTS, 368/2010 de 26 de abril, 720/2007 de 14 de setiembre). “La línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada.” (STS 769/2015 de 15 diciembre).

La jurisprudencia caracteriza como elementos más relevantes, en la definición de agresión, y en su delimitación frente al abuso con prevalimiento, la amenaza o amedrentamiento con un mal inminente y grave, racional y fundado (STS 132/2016 de 23 de febrero). La existencia de una amenaza constatada y objetiva (STS 476/2006, de 2 de mayo; 935/2006 de 20 de octubre). “Este elemento [la amenaza] debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo

relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente, o carece objetivamente del componente normativo de la intimidación ... Además del elemento objeto de la acción intimidante, ésta debe estar abarcada por el dolo del autor, es decir, que éste intimide al sujeto pasivo con la finalidad de doblegar su voluntad contraria al acto sexual y permita, así, la consumación del mismo” (STS 368/2010 de 26 abril).

El relato de hechos probados de la sentencia recurrida —de acuerdo al propio relato de la denunciante en su declaración en la vista oral, que constituye la principal prueba de cargo—, pone el acento en su situación subjetiva: *impresionada y sin capacidad de reacción, experimentó situación de angustia, intenso agobio y desasosiego..., que le hizo adoptar una situación de sometimiento y pasividad*. Ella declara expresamente que fue introducida sin violencia o intimidación, la pericial no identifica ningún signo físico de violencia. La sentencia recurrida no encuentra o sustantiviza en los acusados ningún gesto que acredite una acción intimidatoria y que autorice la calificación de agresión pretendida en los recursos, pues dicha sentencia se limita a decir en los hechos probados que la víctima adoptó: *una actitud de sometimiento y pasividad*.

La mayoría de la Sala entiende que la calificación agravatoria de los hechos como agresión presupone inferir una fuerza o amenaza, siquiera fuera implícita, que no está explicitada en el relato fáctico de la sentencia recurrida. Es dudoso que se trate de una cuestión de mera calificación jurídica, como pretenden las acusaciones, puesto que la argumentación o proceso deductivo de este motivo ha de partir de hechos cuya apreciación está estrechamente ligada a la inmediación; y se pretende la constatación de elementos subjetivos del delito y un control de la razonabilidad con ponderación de pruebas personales, que no se han practicado en esta instancia; y no se olvide, como tantas veces hemos reiterado, que se debate un motivo por infracción de ley.

DÉCIMO SEXTO.- Es cierto que a lo largo de la extensa y pormenorizada sentencia de instancia se vierten expresiones, que entendemos imprecisas, de las cuales se pudiera deducir, como argumentan las acusaciones, la intimidación y aún concertación agresiva y violenta de los acusados, más allá del prevalimiento.

Y en tal sentido el Ministerio Fiscal y las acusaciones van desgranando expresiones netamente coercitivas, como: “agazapada, acorralada contra la pared”, “encerrona que habían tendido a la denunciante”, “escenario de opresión”, “atmósfera coactiva”, “lugar recóndito, angosto, estrecho, con una única salida”, etc.

Sin embargo dichos términos no pueden sacarse de su propio contexto discursivo, en sede de valoración de la prueba o calificación, cuyo fin primordial es justificar el prevalimiento. Y en este sentido, no es lícito tomar expresiones aisladas de los fundamentos de derecho para reconstruir, en daño de los acusados, el propio enjuiciamiento de los hechos que se ha hecho en instancia con inmediatez. La jurisprudencia se ha enfrentado en reiteradas ocasiones a esta disociación interna de una sentencia —entre los hechos probados y la fundamentación jurídica—, y concluye que si en ocasiones un relato fáctico incompleto puede ser integrado o explicado con hechos incorporados a la fundamentación jurídica, ello solo puede ser admitido de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado (STS 86/2018 de 19 de febrero).

Es importante subrayar de nuevo, lo que puede parecer una reiterativa obviedad, que la Audiencia Provincial, encargada de examinar y ponderar la prueba con inmediatez, ha concluido de forma tajante, con la unanimidad en este particular de los tres magistrados, que “no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual...”. Los hechos probados de la sentencia recurrida, insistimos, no describen una acción intimidatoria, la exigible amenaza, ya sea explícita o tácita: el relato fáctico expresa una “situación... conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos...”, pero, insistimos, sin identificar la imprescindible amenaza. Desde luego, los

hechos probados sí describen el estado de la víctima: “impresionada..., sensación de angustia..., sintió un intenso agobio y desasosiego que le produjo estupor...”, pero ya hemos recalcado, con amparo en reiterada jurisprudencia (por todas, STS 368/2010 de 26 de abril), que *este elemento [la amenaza] debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla.*

Por otra parte, en los fundamentos de derecho de la sentencia se encuentran también innumerables expresiones fácticas contrarias a la agresión, que parecen categóricas. Así, por ejemplo, en la Pág. 96 se lee que “las acusaciones no han probado el empleo de ningún medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante”, con referencia al informe del médico forense de 11 de julio de 2016. En la Pág. 98, tras un estudio detallado de la distinción entre intimidación y prevalimiento en la jurisprudencia, se lee, “no apreciamos que exista intimidación”. En la Pág. 109 “descartamos el empleo por los acusados de violencia o intimidación”. En la Pág. 113 “no hallamos elementos de prueba para conformar el marco típico de robo con violencia o intimidación”.

En conclusión la intimidación, como hecho que califica la agresión en el Art. 178 CP, no está expresamente incorporada a dicho relato de hechos probados. Deducir la violencia o amenaza de expresiones dispersas a lo largo de la sentencia supondría una inferencia agravatoria. La jurisprudencia Constitucional (STC 59/2018, de 4 de junio) descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías “cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas”; pero esta misma jurisprudencia establece que “resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de

pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados”.

Y respecto al elemento subjetivo de la intimidación, no apreciado en la instancia, esta misma jurisprudencia constitucional refiere que “el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías reside en verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamenta en elementos de prueba que exijan inmediación”. Doctrina particularmente aplicable al presente caso, en que las acusaciones recurren por infracción de ley.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Se explayan los escritos acusatorios, en concreto el de la acusación particular, en argumentar sobre la posible existencia de una amenaza tácita de carácter ambiental, que anularía completamente la libertad de decidir de la víctima.

Y por más que puedan suscitarse dudas al respecto, la Sala tampoco considera que concurra la intimidación ambiental en los términos en que define la jurisprudencia, como amenaza tácita o implícita.

Se observa en la jurisprudencia que la intimidación ambiental se emplea preferentemente no para calificar una agresión, sino en sede de autoría para deducir la cooperación necesaria en los delitos contra la libertad sexual; en la concurrencia de personas distintas a la que consuma inmediatamente la agresión, que con su presencia contribuyen al efecto intimidatorio sufrido por la víctima (SSTS 786/2017 de 30 de noviembre, 1291/2005 de 8 de noviembre). Y destaca la jurisprudencia que la llamada intimidación ambiental, para sustancializarse como intimidatoria, requiere una acción objetivamente constatable, siquiera pudiera ser sobreentendida, que se dirige a vencer la voluntad de la víctima, (STS 1458/2002 de 17 de setiembre, ATS 2585/2010 de 22 de diciembre). En su modalidad tácita, la amenaza ambiental consiste en una “puesta en escena” (ATS 1348/2011, de 21 de julio de 2011), “un plan preconcebido” que actualiza el signo

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

intimidatorio del grupo, por el reforzamiento psicológico o envalentonamiento, dirigido a amedrentar a la víctima, y que colma la exigencia de amenaza como elemento subjetivo del tipo penal (SSTS 1291/2005 de 8 de noviembre, 1142/2009, de 24 de noviembre).

En el caso presente no parece arbitraria la valoración de la sentencia de instancia de que los abusos sucedieron aprovechando circunstancias propicias de tiempo, lugar, numérica y física, esto es con prevalimiento; sin identificar en los acusados un acto previo de concertación para amedrentar a la víctima y alcanzar su inicuo designio. Todo parece acontecer de acuerdo a un encadenamiento de sucesos que en sí mismos no fueron premeditados ni preconstituidos, sino aprovechados; sin que los hechos probados identifiquen este dolo específico de la amenaza o intimidación, siquiera fuera ambiental, antecedente y buscada de propósito por el grupo como tal. La víctima ha contactado y acompañado a los acusados por su propia voluntad, entrando al portal sin violencia ni amenaza: “entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia” (dicen los hechos probados), “no sentí miedo ni intimidación” (expresa la víctima, describiendo su entrada en el portal). El abuso no parece haberse obtenido doblegando la víctima por la fuerza física o el constreñimiento de un mal inminente y grave que los acusados hubieran manifestado, expresa o tácitamente, o que se dedujera de la mera presencia del grupo.

La propia configuración jurisprudencial del prevalimiento reconoce la existencia de una situación de superioridad, una intimidación impropia, de la que los acusados son o debieran ser conscientes y que coarta la voluntad de la víctima (STS 132/2016 de 23 de febrero). Y se destaca que “[...] el abuso sexual con prevalimiento exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima (la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos), la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima, y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo” (STS 1974/2002 de 28 noviembre).

Debe insistirse, finalmente, también aquí, que no habiéndose practicado en esta segunda instancia pruebas personales con inmediación, la Sala puede cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción de los hechos establecida por el Tribunal de instancia, pero no censurar las conclusiones valorativas del *factum*, que como se ha dicho no sustantiva una amenaza, ni siquiera tácita, en el ambiente o circunstancias de lugar y tiempo en que transcurre la acción criminal.

En definitiva, en la relación de hechos probados no cuestionada en apelación, la Sala no encuentra un elemento instrumental de violencia o signo intimidatorio que sustente la aplicación del tipo penal de agresión, siquiera fuera implícito en el ambiente y el grupo. La mayoría de la Sala no puede ocultar que el caso enjuiciado y en el aspecto ahora analizado plantea dificultades y dudas: ya hemos reseñado, con base en reiterada jurisprudencia, *la sutil línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento, difícilmente perceptible...*, pues la víctima –en el prevalimiento- en alguna medida también se siente intimidada. Y concluimos con lo expresado por el TS en un supuesto semejante en el que también se debatía la diferencia entre intimidación y prevalimiento: “Así, en cualquier caso, subsistiría una muy fundada duda que, como es sabido, debe resolverse a favor del reo” (STS 368/2010 de 26 abril).

DÉCIMO OCTAVO.- El tercer motivo formulado por la representación de la víctima, por errónea aplicación del Art. 74 CP, alega una indebida moderación y desproporción en la aplicación de las penas por la sentencia de instancia.

Se argumenta que el carácter continuado del delito permitiría imponer a los acusados la pena superior en grado, una exasperación punitiva que la sentencia recurrida rechaza con insuficiente motivación. Se afirma en la sentencia recurrida que la vulnerabilidad de la víctima ha sido ya tomada en cuenta en la apreciación del prevalimiento, cuando la

vulnerabilidad y el prevalimiento son circunstancias diferentes, y no se pondera la situación ultrajante, humillante, degradante y vejatoria que ha sufrido la denunciante, circunstancia que aunque solo se tipifica para agravar el delito de agresión debe servir también para calibrar la pena en el de abuso, por la mayor reprochabilidad de la conducta de los acusados.

La Sala quiere hacer constar que la calificación de delito continuado no ha sido cuestionada en la presente apelación.

El motivo se desestima. De manera reiterada ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la función final de individualización de la pena corresponde al tribunal sentenciador, y en apelación o casación únicamente procede controlar si el órgano de instancia ha realizado esta función dentro de los parámetros legales y sobre la base de una motivación razonable. Se destaca que la necesidad de motivación ex artículo 120.3 CE se entiende especialmente necesaria en los casos en que se considere procedente una exasperación relevante de la pena (SSTS 249/2017 de 5 de abril, 57/2018 de 1 de febrero). La aplicación proporcional de la pena en función del grado y apreciación de la culpa está ligada a la inmediación, y toda exasperación de la pena es excepcional y debe ser adecuadamente motivada (SSTS 800/2015 de 17 de diciembre, 215/2016, de 15 de marzo).

El parámetro típico y ordinario del delito continuado es imponer la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior, no la superior en grado, lo que exige una gravedad extrema y motivada, para la que no hay sustento en la sentencia recurrida. Y aún teniendo en cuenta el repulsivo abuso de los acusados, dada la sumisión de la víctima, su conducta ha de ser penada dentro de los cauces estrictos de la legalidad; y no se justifica ni se razona en el motivo sobre qué elemento sustantivo, con engarce en los hechos probados, pudiera tomarse en cuenta para elevar la pena a su grado superior.

Y en cuanto a las razones alegadas para una posible exacerbación de la pena hasta la penalidad máxima dentro del grado, la sentencia de

instancia aplica la pena dentro de los parámetros legales, y la sentencia ha tenido en cuenta las circunstancias que se alegan. Se justifica adecuadamente en instancia que la vulnerabilidad de la víctima queda englobada en el prevalimiento, sin que se pueda asumir como circunstancia agravatoria sin incurrir en infracción del principio de *non bis in idem*; y la conducta degradante no está prevista como circunstancia agravatoria de los abusos en la remisión del Art. 181 CP a las circunstancias agravatorias de la agresión (en el Art. 180 CP).

DÉCIMO NOVENO.- El motivo tercero formulado por el Ministerio Fiscal, al amparo del Art. 790 Lecri, al que se remite el Art. 846, ter, 1 de la misma Lecri, alega la infracción del Art. 242.1 Cp, para el acusado Sr. Guerrero Escudero, y propugna calificar la sustracción del teléfono móvil de la víctima como robo, dado que la sustracción se produce en el mismo ámbito intimidatorio que la agresión sexual. Se argumenta que el Sr. Guerrero no cogió el móvil “por un descuido de la víctima”, como afirma la sentencia recurrida, sino en el contexto de unas prácticas sexuales impuestas contra la voluntad de la misma.

En el mismo sentido, el motivo segundo del Ayuntamiento de Pamplona, argumenta que el robo por el Sr. Guerrero es incuestionable, puesto que se aprovechó del estado de desamparo de la víctima y con el fin de facilitar su huida. La víctima fue despojada de su riñonera nada más entrar en el cubículo, lo que interpreta como un acto violento; y no pudo defenderse, porque, por la situación de postración en que se encontraba, no fue consciente de dicho robo. El acusado aprovechó la injusta agresión, dirigiéndola contra otro bien jurídico de la víctima.

Idéntico argumento se reitera en el motivo sexto interpuesto por la representación procesal de la víctima, que tiene la particularidad de considerar que el robo debe imputarse a los cinco acusados, pues el delito de robo se realiza durante la agresión sexual, antes de su consumación final, y en presencia y con conocimiento infame y vejatorio de todos los copartícipes. Apreciación en la que concurre también la argumentación del motivo segundo del Gobierno de Navarra, que arguye que el delito se

comete a la vista de todos los acusados y con conocimiento de los mismos, que han de ser tenidos como coautores o colaboradores necesarios; y añade subsidiariamente que por las mismas razones, en su caso, el delito de hurto debiera imputarse a los cinco acusados.

VIGÉSIMO.- Y estos motivos deben igualmente desestimarse.

Para la imputación del robo o hurto a los cinco acusados hay sin duda una carencia sustancial en el *factum*, que imputa la acción de sustracción del móvil exclusivamente al Sr. Guerrero. La inferencia de que la sustracción se produce en presencia y con el conocimiento de los otros cuatro imputados, que serían colaboradores necesarios, es una desproporcionada deducción acusatoria que no se puede aceptar en apelación sin un previo motivo de error en la valoración de la prueba y la consiguiente rectificación de los hechos probados.

La sentencia ni siquiera establece el momento exacto de la sustracción, que no se llega a discernir si se ha producido en presencia de los demás acusados, y aún pudiera situarse en el momento último del abuso sexual, en que el Sr. Guerrero abandona sola a la agraviada, y que la sentencia infiere realizado para impedirle pedir ayuda (Pág. 73).

Los hechos probados relatan que el Sr. Guerrero se apoderó del móvil, sin referir ninguna circunstancia concurrente de fuerza o intimidación. Y se observa en la jurisprudencia que la calificación de robo se liga ordinariamente al amedrentamiento de la agresión (SSTS 735/2006, de 4 de julio; 956/2006 de 10 de octubre; 673/2007, de 19 de julio). Y, como se ha dicho, no debemos hacer en apelación una inferencia o deducción agravatoria de carácter fáctico.

La STS 1172/1998 de 13 octubre concluye: «En el delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242.1º del Código Penal el dolo del autor viene presidido por el ánimo de lucro, o de obtención de un beneficio a través del apoderamiento de la cosa mueble ajena lograda mediante intimidación o violencia ejercidas instrumentalmente como medios

comisivos del apoderamiento material. No existe robo con violencia cuando la agresión personal y el apoderamiento son acciones que, aunque inmediatas en el tiempo y el espacio, se desconectan entre sí por obedecer a intenciones independientes del sujeto sin una relación instrumental entre aquella y éste. Cuestión a determinar en cada caso concreto en función de las distintas circunstancias objetivas a partir de las cuales ha de inferirse de manera lógica el dolo impulsor de la acción como elemento subjetivo del tipo de injusto y el carácter instrumental de la violencia personal como medio comisivo del ataque a la propiedad». Y la STS 1027/2010 de 25 noviembre considera hurto la sustracción, tras un abuso sexual en una barraca sita en las huertas de Salt (Gerona), de un teléfono móvil, que el acusado posteriormente vendió; y relatan lo hechos probados, en analogía con el caso presente, que la sustracción se produce “[...] aprovechándose del estado de inconsciencia en el que seguía encontrándose Silvia”.

VIGÉSIMO PRIMERO.- El motivo segundo formulado por el Ministerio Fiscal considera a los Srs. Guerrero y Cabezuelo autores de un delito contra la intimidad, del Art. 197. 1 y 5 del CP, sobre la base de los propios hechos declarados probados en la resolución recurrida y sin necesidad de una nueva valoración probatoria de la Sala de apelación; alegando circunscribirse el motivo a una cuestión jurídica, respetuosa con el relato fáctico de la sentencia de primer grado.

Se argumenta que aunque hay una decisión absolutoria en primera instancia, los hechos probados (folio 17) relatan la realización material de las grabaciones (seis vídeos y dos fotos por el Sr. Guerrero, una grabación por el Sr. Cabezuelo). La denunciante desconocía que la estaban grabando y por ello de ningún modo pudo prestar su consentimiento. La falta de denuncia expresa no es un obstáculo para la imputación, pues es obvia su voluntad de denunciar, por lo que debe entenderse cumplido este requisito de procedibilidad. Y aunque el delito no consta materialmente identificado en el auto de procesamiento, dicho auto sí refiere expresamente la grabación del Sr. Guerrero, y en sus fundamentos de derecho infiere el conocimiento y participación de los demás coparticipes, que se dirigen en varias ocasiones a la cámara. Los acusados fueron

interrogados por este delito en la primera indagatoria, el 2 de septiembre de 2016. Se concluye que no es preceptiva, según la jurisprudencia que se refiere, una exacta correlación entre el auto de procesamiento y el escrito de acusación definitiva, salvo en sus aspectos nucleares, propugnando finalmente la condena de los Srs. Cabezuelo y Guerrero, sin extender la imputación a los demás procesados.

El cuarto motivo de la víctima reitera los mismos argumentos, con la peculiaridad de pretender la condena de los cinco procesados por delito contra la intimidad, pues todos participan y consienten la grabación, según detalla el fundamento de derecho segundo del auto de procesamiento, y el relato de hechos probados de la sentencia de instancia. Alegaciones que se repiten en el tercer motivo de apelación del recurso del Ayuntamiento de Pamplona.

El tercer motivo del recurso de apelación del Gobierno de Navarra pormenoriza que el Sr. Cabezuelo manifiesta en su descargo que nunca pretendió atentar contra la intimidad de la denunciante, e intentó borrar el vídeo cuando fue consciente que ella aparecía en el mismo; lo que, por más que no sea creíble, en todo caso acredita su conocimiento y participación como autor en los vídeos, y que ha sido interrogado sobre el tema desde la primera indagatoria. Imputa el delito a los cinco acusados, pues entiende que se acredita su concertación y coparticipación como autores de las grabaciones, por el contenido de los wasaps, el disfrute que muestran cuando se les graba y por su actitud jactanciosa en las imágenes.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- La Sala, revocando en este punto el criterio de la Audiencia, entiende que no hay ningún óbice de procedibilidad que impida el enjuiciamiento del delito contra la intimidad por el que fueron interrogados los cinco imputados desde la primera indagatoria.

El Art. 201 CP requiere la denuncia de la víctima como requisito de procedibilidad de los delitos contra la intimidad. En su interpretación, una reiterada jurisprudencia sostiene que la falta de denuncia se convalida con

la presencia de la víctima en el proceso o con cualquier acto de convalidación tácita de la continuidad del proceso. La falta de denuncia es un vicio susceptible de convalidación expresa o tácita mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas, bastando que la víctima comparezca en el curso del procedimiento ya iniciado, colabore en la investigación judicial al ofrecer datos precisos para el esclarecimiento de los hechos, o simplemente acepte la continuación del proceso en respuesta al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa (SSTS 1219/2004, de 10 de diciembre, 694/32003 de 20 de junio, 1341/2000 de 20 de noviembre, 1893/1994 de 25 de octubre).

«La denuncia cuando es concebida por el legislador como requisito de procedibilidad para la persecución de determinados delitos (semipúblicos en la terminología clásica), ve transmutada en cierta medida su naturaleza. Ya no constituye en exclusiva la forma de vehicular la *notitia criminis*. Encierra algo más: una manifestación de voluntad. En verdad externamente la denuncia en esos delitos sigue siendo una declaración de conocimiento, pero solo mediante la activación por parte del ofendido o perjudicado quedan abiertas las puertas del proceso penal. Si la *notitia criminis* llegó por otra vía, eso no cancela la posibilidad de persecución cuando el perjudicado, toma conocimiento de la apertura del proceso penal y comparece en el mismo aflorando su anuencia con la sanción de esos hechos. La vertiente de puesta en conocimiento del órgano judicial de la *notitia criminis* se desvanece: es innecesaria esa información pues ya se cuenta con ella. Pero se subsana el otro componente de la denuncia en estos delitos semipúblicos o semiprivados: la constancia de que el perjudicado muestra su consentimiento con el seguimiento del proceso penal, exteriorizando su voluntad de que se tenga por cumplimentado tal requisito que depende de él. En esos casos no es necesaria una denuncia formal» (STS 201/ 2017 de 27 de marzo). Recientemente la STS 340/2018 de 6 de julio, reitera que no es necesaria una denuncia formal cuando hay constancia de que el perjudicado se muestra conforme con el seguimiento del proceso penal, lo que en el presente caso es incuestionable al haber comparecido la víctima en el proceso y actuar como acusación particular.

VIGÉSIMO TERCERO.- Y en cuanto a la falta de correlación entre

la acusación y el contenido del auto de procesamiento, tampoco es impedimento procedimental para el enjuiciamiento del delito contra la intimidad, dado que la congruencia estricta entre la acusación y la sentencia se exige solo respecto del escrito de calificación definitiva, donde formalmente se expresa la pretensión punitiva.

En efecto, la esencia del principio acusatorio consiste en que “el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio” (STC 278/2000 de 27 de diciembre). Y la STC 123/2005 de 12 de mayo, declara que el “deber de congruencia implica que el juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento por un doble condicionamiento, fáctico y jurídico, que queda concretado en la pretensión establecida en el escrito de calificaciones definitivas”. El derecho a ser informado de la acusación es un derecho de contenido normativo complejo, en términos suficientemente determinados para poder defenderse de la acusación de manera contradictoria, pero “a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas” (STC 34/2009 de 9 de febrero).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, admite expresamente la facultad de las acusaciones de modificar la pretensión punitiva durante el proceso y aún con más razón durante la investigación del delito en fase sumarial (Drassich contra Italia, S. 11 de diciembre de 2007, Salvador Torres contra España, S. 24 de octubre de 1996, en esta última el procesado venía acusado de un delito de apropiación indebida y el Ministerio Fiscal sustituye su acusación por la de malversación de caudales públicos). La variación en hechos o calificaciones durante el proceso solo puede ser considerada sustancial cuando limita el derecho de defensa, contraviene la igualdad de armas de las partes contendientes, o causa una sorpresa intempestiva que restringe la oportunidad de rebatir la acusación contradictoriamente (Juha Nuutinen contra Finlandia, Sentencia de 24 de abril de 2007; Varela Geis contra España, S.5 de marzo de 2013).

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

En coherencia con estos principios, la jurisprudencia del Tribunal Supremo concluye que el auto de procesamiento es un simple presupuesto de acceso del proceso a la fase plenaria, pero no el instrumento de ejercicio de la acción penal, que únicamente se entiende fijada y promovida en los escritos de calificación de la acusación. El Auto de procesamiento en el proceso ordinario no opera con efecto preclusivo de la calificación, sino que exclusivamente garantiza el derecho a conocer y contradecir la acusación de tal manera que el procesado pueda ejercer su defensa y contradecir de modo temporáneo los hechos y delitos que se le imputan (SSTS de 675/2009 de 20 de mayo, 804/2013 de 23 de octubre, 195/2015 de 16 de marzo, 133/2018 de 20 de marzo).

En una de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo se dice textualmente: «El Auto de procesamiento no vincula al Tribunal sentenciador en lo referido a la calificación jurídica de los hechos. La consignación de aspectos fácticos en el referido Auto tiene como función permitir al procesado la preparación de la defensa respecto de los mismos, operando como una fase de la cristalización progresiva del objeto del proceso. Los límites del principio acusatorio se derivan de los escritos de calificación de las acusaciones, aunque éstas no puedan referirse a hechos de los que previamente el acusado no haya sido imputado. Se garantiza así la ausencia de indefensión en ese aspecto» (STS 108/2018 de 6 marzo).

A juicio de la Sala, el Tribunal sentenciador debe pronunciarse sobre las pretensiones que le demandan las partes acusadoras, respecto de "los hechos punibles que resultan del sumario" (Art. 650 Lecri). En el presente caso se acredita que los cinco acusados han sido interrogados sobre supuestos actos contrarios a la intimidad desde la primera indagatoria, el 2 de septiembre de 2016. El auto de procesamiento de 8 de agosto de 2016 al relatar los hechos imputados a los procesados, segundo hecho probado, expresamente refiere, "mientras Antonio Manuel Guerrero Escudero grababa además con su teléfono móvil los hechos con el consentimiento de los demás, que se dirigieron en varias ocasiones a la cámara". Y el mismo auto de procesamiento, posteriormente, en la calificación jurídica de

estos hechos, racionamiento jurídico segundo, refiere “apreciándose en la grabación como los procesados se reían de la víctima siendo además una vejación adicional el mero hecho de la grabación”, [la grabación de los hechos] “realizada por *los procesados*” (sic), que se dice cometieron su acción criminal de forma “colectiva y planificada”. El contenido de los vídeos se analiza en detalle en el razonamiento jurídico tercero del auto de procesamiento. Y se considera —en la calificación jurídica— el hecho de la grabación como relevante para la calificación penal, si bien no como delito sustantivo sino como circunstancia agravatoria de la agresión.

En definitiva, la relevancia penal de estas grabaciones ha estado presente en el auto de procesamiento, en las actuaciones inquisitorias del sumario mismo y en los escritos de calificación de las acusaciones, sin protesta alguna de las defensas; y los imputados han podido defenderse con igualdad de armas. El delito contra la intimidad ha estado presente en el debate del juicio oral, periciales e interrogatorios, sin que los acusados sufran indefensión alguna en ser juzgados por dicho delito, por más que el delito contra la intimidad estuviera solo parcialmente perfilado en el auto de procesamiento como agravante de la agresión sexual. La omisión en el auto de procesamiento del tipo delictivo contra la intimidad no es impedimento para su enjuiciamiento, pues desde el inicio de la instrucción se toma en cuenta la relevancia de los vídeos como evidencia incriminatoria, y la posible participación en su grabación del Sr. Guerrero y los demás encausados, con una autoría o participación que se determinará por la Sala de instancia.

VIGÉSIMO CUARTO.- Rechazada pues la falta del presupuesto de procedibilidad, que en la sentencia recurrida determina la absolución de los acusados del delito contra la intimidad, esta Sala entiende que no puede entrar a enjuiciar en esta apelación un delito que la sentencia de primera instancia se abstuvo de juzgar y que quedó en ella imprejuizado. Su enjuiciamiento en esta sede, sin posible revisión ulterior de su fallo en apelación, haría ilusorio (despojaría de efectividad) el derecho a la doble instancia (Art. 2.1º del protocolo nº 7 al CEDH, 14.5 del PIDCP y 10.2 de la CE) y a la tutela judicial efectiva (Art. 24.2 CE), en su vertiente de acceso a

los recursos establecidos por la ley (SSTC 93/1993, de 22 marzo y 229/1998, de 1 diciembre).

Defiende el Ministerio Fiscal en su recurso de apelación la procedencia de un pronunciamiento de condena en esta instancia sobre la base de los propios hechos declarados probados en la sentencia recurrida. La STS 373/2018, de 19 julio, sostiene que cuando los hechos probados han quedado fijados en su integridad, sin dejar puntos sin analizar, no existe obstáculo alguno para dictar segunda sentencia asumiendo el papel de órgano de instancia. Pero añade que, “sin embargo cuando en los hechos probados no se ha resuelto sobre algún extremo fáctico, aunque sea secundario... no sería ordenado que resolviese esta Sala directamente sin un previo pronunciamiento de la de instancia”.

Y la Sala constata en este punto que las declaraciones de la sentencia recurrida acerca de las grabaciones se hicieron en el contexto del enjuiciamiento del delito contra la libertad sexual, y no desde la sustantividad de un delito contra la intimidad, en el que las dichas grabaciones constituyen el núcleo de una acción delictiva autónoma. Debe añadirse además que las declaraciones de hecho realizadas sobre el particular tampoco constituyen base o soporte fáctico suficiente, por lo que aun integrándolas en el *factum*, tendrían que ser complementadas con otras afirmaciones de naturaleza también fáctica relativas a la autoría, el consentimiento de la víctima y los elementos subjetivos del tipo imputado. Inferir declaraciones o entresacar conclusiones de expresiones aisladas en los fundamentos de derecho o de la valoración de pruebas de carácter personal que no han sido practicadas ante ella, no resulta posible a esta Sala en apelación (SSTC 167/2002, de 18 septiembre; 258/2007, de 18 diciembre y 88/2013, de 11 abril).

En los casos en que la sentencia absolutoria adolezca de *insuficiencia en la motivación fáctica*, el artículo 790.2 de la Lecri, modificado por la Ley 41/2015, faculta a la acusación apelante únicamente *para pedir la anulación de la sentencia absolutoria*, añadiendo el artículo 792.2, reformado por la misma Ley que, de prosperar tal anulación, se

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida, sin que el tribunal de apelación pueda en su sentencia condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia. En supuestos análogos, en que las Audiencias han apreciado circunstancias impositivas del enjuiciamiento de un delito, como la prescripción, la atipicidad de la conducta o la falta de jurisdicción, el TS ordinariamente se abstiene de dictar en casación una sentencia de fondo decantándose por la anulación de la sentencia recurrida y la devolución de la causa a la Sala juzgadora para el dictado de una nueva resolución. Así lo han hecho, entre otras, la STS 404/2003, de 21 de marzo, en un supuesto de absolución por prescripción; la STS 373/2018, de 19 julio, con la apreciación de la atipicidad de la conducta o la STS 1117/2006, de 10 noviembre, que se abstuvo de juzgar el hecho por falta de jurisdicción. Y en el mismo sentido ha procedido la STS 417/2018, de 24 septiembre, en un caso de absolución por ilógica y contradictoria motivación.

Ahora bien, la anulación del pronunciamiento absolutorio —motivado por un óbice de procedibilidad para el enjuiciamiento de uno de los delitos objeto de acusación en este proceso— no necesariamente ha de traducirse en la nulidad total de la sentencia de instancia y el reenvío de la causa al tribunal de primer grado para el dictado de otra nueva comprensiva de todos los pronunciamientos requeridos por la acusación. La nulidad parcial ha de considerarse la repuesta idónea para el enjuiciamiento de una acción delictiva que, aun coincidiendo en tiempo y espacio con el acceso carnal in consentido y el apoderamiento del móvil de la víctima, responde a un propósito diferenciado, no tiene relación instrumental con ellos y resulta perfectamente deslindable. La nulidad parcial es en estos casos la solución idónea para evitar dilaciones indebidas y ahuyenta, como advierte la STS 1028/2013, de 1 diciembre, “el peligro de lo que plásticamente se ha llamado efecto ascensor: que una misma sentencia cambie sucesiva y encadenadamente de instancia con reiteradas anulaciones y reelaboraciones”. La STS 48/2014, de 27 enero, apunta en este sentido que “no son insólitos los casos de nulidades parciales cuando el objeto de una causa es subjetivamente plural —varios acusados—”, y que “menos frecuentes pero tampoco absolutamente extravagantes son los casos en

que esa nulidad parcial podría referirse a un objeto plural: varios delitos cuando solo uno de ellos —perfectamente deslindable— se ve afectado por el motivo de nulidad”.

Con esta declaración de nulidad parcial, la Sala no procede de oficio, sino que estima la pretensión deducida con carácter subsidiario por las representaciones procesales de la denunciante y del Ayuntamiento de Pamplona (cfr. Art. 238.6º y 240.2 Lopj), aunque la del segundo sólo en parte, porque en el proceso penal no cabe —como se pretende en él— una absolución en la instancia que permita la iniciación de una nueva causa salvando los óbices procedimentales que determinaron aquélla, al tratarse en todo caso de una “*absolución libre*” que lleva aparejado el efecto de “*cosa juzgada*” (Art. 144 Lecri y SSTC 56/1982, de 26 julio y 47/1998, de 2 marzo).

VIGÉSIMO QUINTO.- El motivo séptimo de apelación planteado por la representación procesal de la víctima acusadora, por infracción del Art. 109 CP, califica de insuficiente la indemnización de 50.000 € de daños y perjuicios morales, fijada para la víctima en la sentencia. Se subraya el carácter grupal del injusto ataque y la vulnerabilidad de la agredida, apenas llegada a la mayoría de edad; destaca el estrés postraumático que se le ha causado, el desasosiego por el asalto a la intimidad y la grabación de vídeos in consentidos, el incalificable seguimiento por detectives privados, y los sufrimientos y acoso social derivados de la repercusión mediática y filtración de sus datos personales. Solicitando un incremento de la cuantía de la indemnización en relación con la pretensión formulada en el escrito de calificación definitiva. Pretensión de elevación de la indemnización a la víctima que igualmente se sustantiva en el motivo cuarto del Ministerio Fiscal, que afirma que el incremento se justifica en las propias razones que expone la sentencia para valorar el daño y perjuicio sufrido por la víctima.

Motivos que han de ser igualmente desestimados. La sentencia se detiene a justificar en detalle los daños morales que se reconocen en favor de la víctima. Se justifica que la denunciante con carácter previo al ataque no presentaba ningún trastorno psicológico, se avala expresamente el

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

informe de las psicólogas forenses, E. G. Astiz y M. M. Lorenzo.

La traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia, que no está sujeta a reglas aritméticas, pues no existe ningún baremo objetivo de comparación. En el presente caso la indemnización fijada no es arbitraria, sino, como se ha dicho, debidamente fundamentada. Expresamente toma en cuenta las circunstancias relatadas en el motivo sobre la entidad del abuso y circunstancias personales de la víctima; cantidad que solo podría ser modificada en apelación si no se ajustase a los moldes de la "razonabilidad", o fuese notoriamente desproporcionada a las circunstancias de hecho (SSTS 776/2013, de 16 de julio, 715/2016 de 26 de setiembre), lo que no se aprecia por esta Sala.

VIGÉSIMO SEXTO.- No apreciándose motivos que justifiquen su imposición, declaramos de oficio las costas causadas en la sustanciación de los presentes recursos, en aplicación del artículo 240.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, constituida como Sala Penal e integrada por los magistrados que al margen del encabezamiento se expresan ha adoptado, por mayoría, con el voto particular disidente de dos de sus componentes, el siguiente

IV.- FALLO

1º. Desestimar los recursos de apelación interpuestos por el Procurador de los Tribunales don Jaime Ubillos Minondo, en nombre y representación de los **acusados** don Antonio Manuel Guerrero Escudero y don Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena, y por el Procurador de los Tribunales don Bartolomé Canto Cabeza de Vaca, en nombre y representación de los **acusados** don José Ángel Prenda Martínez, don Ángel Boza Florido y don Jesús Escudero Domínguez

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

2º. Estimar en parte los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Sarasa Astráin, en nombre y representación de la denunciante en ejercicio de la **acusación particular** y por el Procurador de los Tribunales don Javier Aráiz Rodríguez, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Pamplona, en ejercicio de la **acusación popular**, y **desestimar íntegramente** los recursos interpuestos por Ministerio Fiscal y por el Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, en representación de la Administración de esta Comunidad, ejercitando la **acusación popular**.

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

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

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

6º. Notificar esta resolución y el voto particular de disenso a las partes, haciéndoles saber **que contra ella podrán interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habrán de preparar mediante escrito autorizado por abogado y procurador y presentado ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de

Justicia de Navarra **dentro de los cinco días siguientes** al de la última notificación de la sentencia, a tenor de los artículos 855 y 856 de la misma Ley.

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

Así por esta su sentencia, y de la que formará parte el voto particular emitido, y de la que se unirá testimonio al rollo de apelación, lo pronuncian, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE CON LA MAYORÍA DE LA SALA QUE FORMULAN EL PRESIDENTE DE LA MISMA DON JOAQUIN CRISTÓBAL GALVE SAURAS Y EL MAGISTRADO DON MIGUEL ANGEL ABÁRZUZA GIL, EN RELACIÓN A LA SENTENCIA ADOPTADA EN EL ROLLO DE APELACIÓN PENAL 7/2018

PRIMERO.- ANTECEDENTES.-

A).- Ámbito del Voto particular.

El presente Voto particular y, en consecuencia, la discrepancia que mantienen los suscribientes del mismo con la mayoría de la Sala se ciñe a la calificación que en la Sentencia se confiere a los actos contrarios a la libertad sexual que se imputan a los acusados así como a la consideración penal del apoderamiento por el acusado Antonio Manuel Guerrero Escudero del terminal móvil que portaba la denunciante y, en consonancia con lo anterior, con las penas impuestas.

Confirmando, en el mismo sentido, la sentencia apelada, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra con fecha 20 de marzo de 2.018, mantiene la mayoría de la Sala que los acusados son autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, penado

en el artículo 181.3 del Código Penal, en el subtipo agravado del número 4, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, con la imposición de las penas correspondientes, accesorias e indemnizaciones fijadas a la víctima del delito y al Servicio Navarro de Salud, Osasunbidea.

Asimismo, en la referida sentencia, objeto hoy de recurso de apelación, se consideró al acusado Antonio Manuel Guerrero Escudero autor de un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del Código Penal, derivado de haberse apoderado, en su propio beneficio, del terminal móvil que la denunciante llevaba en su riñonera, quitándole la funda, extrayendo la tarjeta SIM y la tarjeta de memoria micro SD, arrojándolas en el lugar de los hechos, calificación que mantiene la Sala en la resolución del recurso de apelación.

B).- Expresión de la discrepancia.

Con el máximo respeto que nos merece la opinión mayoritaria de este Tribunal y de la motivación y fundamentación jurídica en que se halla la misma sustentada, nos vemos obligados a mostrar nuestra discrepancia, al amparo de lo previsto en el artículo 260 de la LOPJ, respecto de los particulares antes mencionados.

Los magistrados discrepantes, estimando en tal sentido los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras, entienden que los acusados, por la realización de los actos de naturaleza sexual de que han sido imputados, son autores de un delito continuado de agresión sexual, utilizando intimidación, de los artículos 178 y 179 del Código Penal, en el subtipo agravado del artículo 180, en las circunstancias que posteriormente se determinarán, todo lo cual se fundamentará en el presente voto particular.

Como consecuencia de lo anterior, al mediar intimidación en la acción ejecutada, los suscribientes del presente voto particular entienden que el acusado Antonio Manuel Guerrero Escudero es autor de un delito de

robo, mediando intimidación en las personas, de los artículos 237 y 242 del Código Penal, derivado del apoderamiento del terminal móvil anteriormente aludido, como así también lo solicitan en sus recursos el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras.

C).- Conformidad con el resto de las decisiones adoptadas por la Sentencia mayoritaria de la Sala.

Como ya se ha indicado con anterioridad, el voto particular discrepante se ciñe, exclusivamente, a las acciones delictivas expresadas anteriormente, por lo que manifestamos nuestra conformidad con las demás decisiones adoptadas y fundamentación de la mismas, contenidas en la Sentencia dictada por la Sala.

Así, mostramos nuestra conformidad con la desestimación íntegra de los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los acusados, la fundamentación jurídica en que aquella está sustentada y el fallo adoptado en tal sentido. (Fundamentos de Derecho Primero a Decimoprimer y Pronunciamiento Primero de la Sentencia), salvando cuantas apreciaciones se hacen en los mismos y/o se desprenden de ellos respecto de la consideración mayoritaria de los hechos como abuso sexual con prevalimiento y no como agresión sexual con intimidación, como entienden los firmantes del presente voto particular.

Igualmente, nos hallamos conformes con la desestimación parcial del recurso de apelación formulado por la representación procesal de la acusación particular, por error en la valoración de la prueba, en relación al inicio del tratamiento psicológico por la denunciante en el Centro de atención integral de las mujeres víctimas de violencia sexual de la Comunidad de Madrid (Fundamento de Derecho Decimosegundo de la Sentencia).

Suscribimos también y hacemos nuestra la estimación parcial del recurso de apelación deducido por el Ministerio Fiscal, la acusación particular, el Ayuntamiento de Pamplona y el Gobierno de Navarra, en relación con la imputación a diversos acusados de un delito contra la

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

intimidad, del artículo 197.1 y 5 del Código Penal, basada dicha estimación en cuanto consta en los Fundamentos de Derecho Vigésimo Primero a Vigésimo Cuarto de la Sentencia, así como con el fallo que ordena la nulidad parcial de la Sentencia en cuanto entendió existían óbices procesales que impedían el enjuiciamiento de dicho delito, debiéndose devolver en su día la causa a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, en tal aspecto considerado, a fin de que resuelva lo que proceda en cuanto a ello se refiere. (Pronunciamiento tercero de la parte dispositiva de la Sentencia).

Y, por último, mostramos nuestra conformidad con la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la víctima, en cuanto concierne a la fijación de la indemnización establecida, en su favor, por la sentencia recurrida, así como con la motivación de dicha desestimación (Fundamento de Derecho Vigésimo Quinto de la Sentencia).

SEGUNDO.- FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL VOTO PARTICULAR.- ASPECTOS PROCESALES PREVIOS.-

Es evidente que la pretensión en que se funda el presente voto particular, que comporta la estimación, cuando menos parcial, de los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, la Acusación Particular, el Gobierno de Navarra y el Ayuntamiento de Pamplona, supone una agravación, tanto de la calificación jurídica como de la pena a imponer, de la sentencia objeto de revisión, lo que exige examinar, previamente, la existencia de facultades del Tribunal de Apelación en tal sentido, de cuya conclusión afirmativa parten las acusaciones recurrentes, con apoyo en la doctrina jurisprudencial que expresan.

La Sentencia del Tribunal Supremo 244/2017, de 5 de abril declara que es doctrina constitucional (entre otras, Sentencia del TC 142/2011, de 26 de septiembre) que el derecho a un proceso con todas las garantías es quebrantado cuando la sentencia absolutoria de la primera instancia es revocada en apelación y sustituida por una condenatoria o bien por una que empeora la situación del recurrente, si ésta se fundamenta en una

diferente valoración de las declaraciones personales; es decir, si para ello se establece un nuevo relato de hechos probados que tiene su origen en la apreciación de pruebas cuya práctica exige la intermediación del órgano judicial resolvente.

Expresa dicha sentencia que la doctrina jurisprudencial del TEDH solo permite la revisión de sentencias absolutorias (o agravatoria de las condenatorias) cuando el Tribunal (en este caso de apelación) actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones estrictamente jurídicas. Es decir, cuando la Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos.

Indica la calendada sentencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (entre otras en Sentencias de 26 de mayo de 1.988 (TEDH 1988,10), de 10 de marzo de 2.009 (TEDH 2009,33) y 21 de septiembre de 2010 (TEDH 2010,96) aprecia vulneración del artículo 6.1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos y considera, “a contrario sensu” , que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia.

Se hace mención de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 88/2013, de 11 de abril de 2013 en la que se descarta tenga lugar vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia, sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas.

En conclusión, es posible la revisión de la subsunción jurídica de los hechos, sin su alteración, siendo necesario que en aquellos concurra y se describa la existencia de los elementos esenciales de los delitos cuya apreciación se solicita.

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

La más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2018, de 4 de junio, tras una sintética exposición de la evolución de la doctrina constitucional relativa al derecho a un proceso con todas las garantías, entiende consolidada la doctrina latente, entre otras en las Sentencias del TC 126/2012 de 18 de junio, 22/2013, de 31 de enero y 43/2013, de 25 de febrero, según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, se ha declarado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando el órgano revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resulten acreditados en ésta, argumentando que este proceso deducible, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de las garantías constitucionales. Y finalmente (como ya se ha indicado anteriormente) tampoco existe vulneración del referido principio cuando la agravación no sea consecuencia de la alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas.

Ello no obstante, y teniendo en cuenta doctrina más reciente en referencia a la acreditación de los elementos subjetivos del delito (a realizar por el Tribunal de Instancia) y al control de la inferencia de los mismos, su entidad fáctica o jurídica, y la ampliación de las garantías al efecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene que tal función no puede extenderse a una apreciación de aquellos si se excede de la mera discrepancia jurídica, no siendo aceptable la realización por el Tribunal revisor de inferencias de índole fáctico a tal

efecto, pues ha de partirse de los hechos fijados por el Tribunal de Instancia y de las inferencias de tal carácter fáctico realizadas por él, tal como ha expresado el Tribunal de Derechos Humanos en reciente Sentencia de 28 de junio de 2018 y ya lo afirmó el Tribunal Supremo en la Sentencia 1572/2018, de 3 de mayo.

Como conclusión, la posibilidad de agravación de la sentencia apelada se ciñe al examen de la subsunción de los hechos en la norma penal, sin alteración de los hechos ni su valoración efectuada por el Tribunal de Primera Instancia, ni tampoco realizar inferencias de índole fáctica sobre los elementos subjetivos del delito, pero no hay óbice a que, partiendo de ello, pueda el Tribunal de apelación alterar la calificación jurídica que corresponda a las conductas objeto de enjuiciamiento.

En todo caso, en respeto a los límites del principio acusatorio, ni la agravación de la consideración jurídica de los hechos ni la pena a imponer pueden exceder del límite de la acusación, contenida en los escritos de calificación formulados por las acusaciones y su fijación definitiva en la vista oral.

Según se expresará seguidamente, en cumplimiento de tal ámbito, entienden los firmantes del voto particular que, sin alteración de los hechos y la inferencia fáctica de los mismos, fijados por la Audiencia Provincial, ni de la valoración de la prueba, ni su sustitución por otra de tal naturaleza, es procedente incardinar las conductas realizadas por los acusados en el delito de agresión sexual y no en el de abuso con prevalimiento, así decidido por el Tribunal de primera Instancia y confirmado, en tal aspecto considerado, por la sentencia mayoritaria de la Sala, de la que discrepamos en este particular.

TERCERO.- SOBRE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS POR LA SENTENCIA IMPUGNADA.

A).- Posiciones doctrinales

Del examen de la sentencia objeto de la presente apelación se comprueba que existen hechos declarados probados y así formalmente señalados en el apartado II.-Hechos Probados de la misma junto a otros hechos probados que se han integrado en los Fundamentos de Derecho (Tercero: Justificación probatoria y Valoración en detalle de las Fuentes de Prueba; Cuarto: Calificación jurídica), cuyo efecto es preciso analizar para su consideración en la sentencia que se dicte en apelación.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1062/2010, de 12 de noviembre declaró que, como ya se afirmó en la de 1 de julio de 2.008, la cuestión relativa a si los hechos que el Tribunal declara probados deben aparecer descritos en su integridad en el apartado fáctico de la sentencia ha sido resuelta tradicionalmente en la jurisprudencia con un criterio flexible permitiendo valorar también como hechos probados las afirmaciones fácticas efectuadas con claridad y precisión en los fundamentos jurídicos de la sentencia, con las consiguientes complicaciones que ello supone al efecto de distinguir lo que es un hecho de lo que constituye una mera argumentación.

De ello han surgido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tres posturas, de las que la primera de ellas (denominada tradicional) ha venido afirmando que los hechos probados que aparecen en el apartado correspondiente pueden ser completados con las afirmaciones fácticas que aparecen en la fundamentación (Sentencias de 1 de julio de 1.992, 12 de diciembre de 1.996, 15 de abril de 2.004, entre otras).

Frente a ella, hay otra postura que niega que pueda considerarse hecho probado todo aquello que formalmente se encuentre fuera del apartado fáctico de la sentencia (Sentencias de 9 de junio de 1.998 y 31 de mayo de 2.003).

Y existe, finalmente, una postura intermedia que admite que un determinado hecho probado pueda ser complementado o explicado en afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación, siempre que sus aspectos esenciales, en relación con la descripción típica, aparezcan en el

apartado fáctico, completen el relato y no contengan contradicciones con él (Sentencias de 14 de noviembre de 2.002 y 23 de julio de 2004, entre otras).

Por consiguiente, tanto aceptando la denominada “doctrina tradicional”, como la “postura intermedia”, es preciso analizar las declaraciones fácticas contenidas en el relato de hechos probados y en los antes citados fundamentos de derecho de la sentencia apelada, con carácter previo a la decisión a adoptar sobre su toma en consideración para su calificación jurídica.

B).- Examen de los hechos declarados probados.-

a).- Ámbito de análisis.-

Teniendo en cuenta que el presente constituye un voto particular frente a la sentencia mayoritaria de la Sala, se examinarán, únicamente, aquellos hechos que se hallan en la frontera de distinción entre los que pueden soportar una calificación de agresión sexual (como entendemos los suscribientes del presente voto) o un abuso sexual con prevalimiento (como entiende la sentencia mayoritaria), sin hacer referencia a aquellos otros que constituyen la base argumental de aspectos y calificaciones jurídicas sobre las que ya se ha afirmado nuestra conformidad.

b).- Hechos contenidos en el apartado de Hechos probados

La sentencia declara probado que la denunciante y los cinco acusados salieron, sobre las 3:00:45 horas, de la Plaza del Castillo acompañando a la denunciante hacia el coche que tenía ésta aparcado, a lo que se ofrecieron aquéllos.

Tras pasar por el Hotel Europa, en cuya puerta dos de los procesados solicitaron al encargado del control de entrada al mismo que deseaban una habitación “para follar”, sin que éste hubiere sido escuchado por la denunciante, ante la negativa de acceso a dicho establecimiento,

continuaron su camino por la Avenida de Carlos III, en sentido ascendente, y, ante el intento de uno de los acusados de cogerle del hombro y de la cadera a la denunciante, sintiéndose ésta incómoda, propuso girar la ruta y seguir el camino por la calle de Paulino Caballero, también en sentido ascendente.

Llegando a la altura del portal nº 5 de dicha calle, al comprobar José Ángel Prenda que una persona salía de él, accedió al mismo, simulando que estaba allí alojado, cogió uno de los ascensores, subió al segundo piso, bajando al portal por las escaleras. Seguidamente abrió la puerta de acceso al portal.

Entretanto, la denunciante y los otros cuatro procesados permanecían apoyados en la pared divisoria de acceso a los garajes de los números 3 y 5 y, estando así ubicados, el acusado Ángel Boza y la denunciante estaban besándose en la boca.

En ese momento, José Ángel Prenda, desde la puerta del local dijo a los demás “vamos, vamos”.

Y es entonces cuando Ángel Boza, que había cogido de la mano para besarse (con la denunciante), tiró de ella hacia él, cogiéndole la otra mano Alfonso Jesús Cabezuelo, y ambos le apremiaron a entrar en el portal, tirando de la denunciante quien, de esa guisa, entró en el portal, de modo súbito y repentino, sin violencia.

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

«Al acceder la denunciante al primer rellano, la puerta de acceso (al habitáculo), que era de vinilo traslúcido, estaba abierta y fue dirigida por los procesados al habitáculo que era «de forma irregular y tamaño reducido (unos 3 m²); concretamente se trata de una zona sin salida de 2,73 cm de largo, por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia».

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

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

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

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

«En concreto y al menos “la denunciante” fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Alfonso Jesús Cabezuelo y José Ángel Prenda, éste último en dos ocasiones, al igual que Jesús Escudero Domínguez quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo. Durante el desarrollo de los hechos Antonio Manuel Guerrero

, grabó con su teléfono móvil seis vídeos con una duración total de 59 segundos y tomó dos fotos ; Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena, grabó del mismo modo un vídeo, con una duración de 39 segundos ».

«Finalizados estos hechos, los procesados se marcharon escalonadamente ».

«Antes de abandonar el cubículo, Antonio Manuel Guerrero Escudero se apoderó, en su propio beneficio, del terminal de teléfono móvil, marca Samsung Galaxy nº IMEI, valorado en 199,19 €, que “ la denunciante” llevaba en su riñonera , quitándole la funda, extrayendo la tarjeta SIM de la compañía Jazztel y la tarjeta de memoria, micro SD arrojándolas en el lugar de los hechos».

c).- Hechos probados contenidos en los Fundamentos de Derecho

En el fundamento de derecho tercero de la sentencia impugnada, referido a la justificación probatoria y derivado de la declaración de la denunciante, se expresa «que la introdujeron en el portal, le condujeron al recinto y le obligaron a realizar actos de contenido sexual, valiéndose de su superioridad física y numérica y de la imposibilidad de la denunciante de ejercer resistencia ante el temor de sufrir un daño mayor y la imposibilidad de huir del lugar», «versión que entiende creíble la sentencia» (página 33, último párrafo de la misma).

Como conclusión de la Sala (de primera instancia) en relación a la actitud de la denunciante, «se puede inferir razonablemente que desde el primer momento la denunciante refirió...haber sufrido una actuación atentatoria a su libertad sexual, a la que ella no había prestado aquiescencia» (y) «refuerza la consideración de la intensidad del impacto emocional producido por la actuación de los procesados» (pagina 37 in fine y 38 inicio).

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Finalmente se expresa que «tomamos especialmente en consideración las circunstancias personales de abatimiento, confusión, tensión y agobio» (página 38, in fine).

En el mencionado fundamento de derecho tercero, referido a la valoración en detalle de las fuentes de prueba, la sentencia declara que «José Ángel Prenda (tras acceder al portal) subió mediante el ascensor al segundo piso, bajando por las escaleras, para lo que tuvo que atravesar el denominado «rellano dos» («a través del cual se accede por tres escalones a una habitación, de forma irregular») y es lógica, coherente y razonable la inferencia de que en el descenso por las escaleras José Ángel Prenda viera el acceso a dicho cubículo, lo que corroboramos teniendo en cuenta que en su declaración en el juicio, a preguntas de la acusación particular, manifestó que no se acordaba si fue él quien eligió el habitáculo» (página 51, segundo párrafo).

Sigue manifestando la sentencia objeto del recurso que «es razonable y convincente el relato de la denunciante sobre la forma en que le apremiaron a entrar en el portal, su sorpresa y la falta de previsión sobre lo que iba a ocurrir» (página 52, tercer párrafo), «que tiraron de ella para entrar» y que «al llegar al habitáculo tenía delante un chico y detrás también había gente, entonces por mucho que fuera o no voluntario, se chocaban» (analizando el efecto de las dimensiones de dicho espacio) (página 52, tercer y cuarto párrafo).

Se continúa expresando que «la Sala entiende probado que Ángel Boza y Alfonso Jesús Cabezuelo, que le tenían cogida de cada mano, la apremiaron a entrar en el portal tirando de la denunciante, quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia» «Cuando la denunciante accedió al primer rellano, la puerta de acceso estaba abierta, tenía delante a uno de los procesados y detrás a otros. De este modo fue dirigida por los procesados al habitáculo que se acaba de describir, donde los acusados la rodearon» (página 54, segundo y tercer párrafo).

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

A su vez, «entiende la Sala acreditado que las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron» (página 56, segundo párrafo) y que «de las imágenes se concluye que la denunciante está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando» (página 59, tercer párrafo).

Se indica que la situación de la denunciante «evoca una actitud de sometimiento y sumisión mientras que alguno de los procesados muestra bien a las claras actitudes de ostentación y alarde en relación a las situaciones en que se halla la denunciante y el disfrute de la misma, que subrayan mediante sonrisas» (página 68, primer párrafo) todo lo que «ilustra en nuestra consideración bien a las claras la situación, muestra de modo palmario que la denunciante está sometida a la voluntad de los procesados, quienes la utilizan como un mero objeto para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales» (página 71, último párrafo).

A la vista de las fotografías tomadas por Antonio Manuel Guerrero a petición de José Ángel Prenda se comprueba que la víctima «aparecía encogida, agazapada, arrinconada contra la pared y gritando» (página 73, segundo párrafo), en todo lo cual « se manifiesta la situación de sometimiento y sumisión de la denunciante a la voluntad de los procesados» (página 73, párrafo cuarto).

Valorando la prueba pericial, « la Sala considera que la denunciante reaccionó de un modo intuitivo, la situación en que se hallaba y los estímulos que percibió provocaron un embotamiento de sus facultades de raciocinio y desencadenaron una reacción de desconexión y disociación de la realidad que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera». (página 75, último párrafo).

Y en el apartado de Otras consideraciones, la Sala de primera instancia declara que «se revela que los procesados acababan de disfrutar

de una juega sexual después de la encerrona que habían tendido a la denunciante», (página 84, segundo párrafo).

En el mismo fundamento de derecho tercero, en el apartado denominado calificación jurídica, la sentencia impugnada expresa que «en concreto, y adentrándonos con detalle en la valoración de las circunstancias que conforman esta situación, ponemos de relieve el modo en el que la denunciante entró en el portal de modo súbito y repentino, sin violencia, la forma en que le enderezaron hasta el habitáculo donde se desarrollaron los hechos, un lugar recóndito y angosto y estrecho, con una única salida coincidente con la zona por donde se realiza la entrada y en la que le prepararon una encerrona, colocándole en ese lugar y rodeándole» (página 101, cuarto párrafo).

Se mantiene que «los procesados, de este modo, crearon una atmósfera coactiva en la que la presencia de cada uno de ellos contribuyó causalmente para configurar una situación de abuso de superioridad...» y «se declara probado que, al encontrarse en esta situación, en el lugar descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y de fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido, deseado por los procesados y querido por éstos, la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción» (página 102, sexto párrafo e inicio de la página 103).

C).- Conclusión.-

Del examen de los hechos declarados probados por la sentencia objeto del presente recurso de apelación y que se hallan contenidos en los fundamentos de derecho de la misma, según se ha expresado con anterioridad, concluyen los subscribientes del presente voto particular, de forma clara y contundente, que se han expuesto con anterioridad hechos y, también, inferencias de naturaleza estrictamente fáctica, elaboradas y realizadas por la sentencia de primera instancia que ha examinado y

valorado la prueba, sin que, para su fijación, sea precisa actividad alguna del Tribunal de Apelación.

Es de entender que la determinación de la inferencia de un hecho debe hacerse en un apartado de la sentencia en que se contenga la valoración adecuada para tal conclusión, lo que no impide mantener que el resultado de esa inferencia fáctica sea también un hecho, que es posible que debiere haberse trasladado al apartado correspondiente, pero ello no altera el que su entidad sea efectivamente fáctica, un hecho.

De otro lado, se deduce, evidentemente, que tales declaraciones de hecho no son contradictorias con los hechos declarados probados y contenidos en tal epígrafe de la sentencia, sino que, o bien refuerzan los mismos, o los aclaran pero, en modo alguno, se hallan disociados de ellos.

Por todo ello, es de concluir que, de conformidad con la doctrina que se refirió en apartado **A)** del presente fundamento de derecho tercero de este voto particular, tales hechos se hallan incardinados en los dos supuestos u opciones doctrinales a que aluden las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2.008 y 12 de noviembre de 2.010 y no concurren los óbices que imposibilitarían su apreciación por el Tribunal de apelación, según la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y/o del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, expresadas con anterioridad.

En definitiva, nada obsta a que pueda partirse de tal aporte de naturaleza fáctica para efectuar la calificación jurídica que de los mismos haya de obtenerse, según cuanto dispone el Código Penal en los distintos tipos referidos a actos atentatorios contra la libertad sexual.

CUARTO.- SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-

Partiendo de los hechos declarados probados por la sentencia impugnada, en el sentido expresado en el fundamento de derecho anterior, entienden los firmantes del presente voto particular que los actos

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

realizados por los procesados, atentatorios contra la libertad sexual de la denunciante, han de ser calificados penalmente como constitutivos de un delito de agresión sexual y no como el de abuso sexual con prevalimiento.

En este sentido, con independencia de las circunstancias agravantes que después se analizarán y de la pena concreta a imponer, es procedente estimar la petición contenida en los escritos de acusación formulados por el Ministerio Fiscal, la acusación particular, el Gobierno de Navarra y el Ayuntamiento de Pamplona y mantenida, en el mismo sentido, en el recurso de apelación deducido por dichas partes acusadoras, por lo que procedería la revocación parcial de la sentencia apelada y condenar a los procesados a la pena que corresponda como autores de un delito de agresión sexual, según a continuación de expondrá.

Como se indicó, es en dicha calificación jurídica de los hechos y su incardinación en la norma penal, en donde reside la discrepancia entre los magistrados firmantes del presente voto particular y la mayoría de la Sala de lo Penal de este Tribunal Superior de Justicia.

A).- El delito de agresión sexual.-

El artículo 178 del Código Penal expresa que «el que atentare contra la libertad sexual de otra persona utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual....».

Es decir, el tipo penal requiere que en la acción o acciones atentatorias contra la libertad sexual de una persona haya mediado violencia o intimidación.

a).- Sobre la utilización de la violencia.

Es cierto que la sentencia objeto de recurso ha declarado, en diversos pasajes del relato fáctico, que no existió violencia sobre la denunciante, especialmente con carácter previo a la realización de los hechos de contenido sexual que se relatan, profusamente, en el

Fundamento de Derecho Tercero, b), valoración de las fuentes de prueba, páginas 60 a 73 de dicha resolución cuando se indica que entró la denunciante tanto en el portal como en el habitáculo «sin violencia».

Es más, salvo alguna ligera mención en uno de los recursos de apelación interpuestos por la acusación, tampoco se parte de la existencia de violencia como elemento constitutivo de este delito de agresión sexual.

En este sentido, no ha de hacerse cuestión sobre la declaración contenida en dos pasajes del fundamento de derecho tercero de la referida resolución, cuando se indica que entró la denunciante tanto en el portal como en el habitáculo « sin violencia».

Ahora bien, no podemos menos de indicar aquí que también se ha declarado probado que «es entonces cuando Ángel Boza, que había cogido de la mano para besarse, tiró de ella hacia él, cogiéndole la otra mano Alfonso Jesús Cabezuelo y ambos le apremiaron a entrar en el portal, tirando de la denunciante quien, de esa guisa, entró en el portal, de modo súbito y repentino»; «fue dirigida a él (al habitáculo interior)»; «que la introdujeron al recinto y le obligaron a realizar actos de contenido sexual»; «que le apremiaron a entrar en el portal, su sorpresa y la falta de previsión sobre lo que iba a ocurrir»; «que tiraron de ella para entrar».

De tales expresiones, recogidas como probadas por la sentencia apelada, si no puede deducirse haber mediado violencia previa, que expresamente se descarta con el inciso indicado de «sin violencia», ha de tenerse en cuenta que tuvieron lugar acciones que obligaron a la denunciante a entrar en el portal y en el habitáculo, cuyo acceso, evidentemente, no fue voluntario sino forzado, ya que tiraron de ella y la obligaron a entrar, conduciéndole a dicho recinto.

Ciertamente, a pesar de la realización de conductas tendentes a obligar a la denunciante a acceder a tal lugar, no han sido consideradas como «violencia», al efecto de integrar uno de los elementos definatorios del delito de agresión sexual, tampoco así formulado en este recurso por

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

las partes acusadoras y, a pesar de su constancia, no puede ser objeto de conclusión distinta por el Tribunal de apelación, sin perjuicio de estar presentes tales hechos en el análisis de la concurrencia de otro de los elementos definitorios del delito, cual es la intimidación.

b).- Sobre la concurrencia de intimidación.

Es, ciertamente, en entender que medió intimidación en el atentado contra la libertad sexual de la denunciante la razón en que encuentra su base el Ministerio Fiscal y las demás acusaciones para configurar los hechos como definitorios de un delito de agresión sexual y no como abuso con prevalimiento.

La resolución judicial objeto de la apelación declaró que no había mediado intimidación en las acciones imputadas a los procesados, al entender que no había quedado probada la existencia de amenaza de un mal de entidad suficiente para eliminar la resistencia de la víctima, tal como lo viene manteniendo la jurisprudencia que se cita en dicha sentencia y, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1.998 y entiende que los hechos fueron realizados prevaliéndose los acusados de la superioridad que ejercieron sobre la denunciante.

Como expresa la Sentencia mayoritaria de la que discrepamos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido manteniendo que « la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible, siendo lo relevante el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo, más que la reacción de la víctima a aquella (pues la situación intimidatoria de la víctima puede tener lugar en ambos supuestos y el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene tal alcance)» (entre otras Sentencias de 27 de septiembre de 1.999, 18 de diciembre de 2.003, 5 de noviembre de 2.008 y 26 de abril de 2.010).

Se ha venido afirmando que la diferencia entre el delito de abuso sexual y el de agresión sexual radica en que el primero se comete viciando

el sujeto activo el consentimiento de la víctima mediante el prevalimiento de una situación de superioridad...en tanto que en el segundo el atentado se consigue venciendo, mediante la fuerza o la intimidación, la voluntad contraria de aquélla, de tal suerte que «se cometería agresión sexual en todas las situaciones en que el sujeto activo coarte, limite o anule la libre decisión de una persona en relación con la actividad sexual que el sujeto agente quiere imponer» (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2.004 y 10 de diciembre de 2.014).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2.016, en orden a la diferenciación entre ambos supuestos (intimidación y prevalimiento), hace referencia de la jurisprudencia de la Sala que viene declarando «como elemento relevante de la distinción entre ambos delitos la existencia o no de un comportamiento coactivo dirigido a la obtención del consentimiento, que no aparece en los casos de prevalimiento y sí en los de intimidación...que supone, en un grado superior la presentación de un mal, identificado y de posible realización, como elemento que suprime o reduce muy significativamente la capacidad de decisión de la víctima....en el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente la libertad, pero que la disminuye considerablemente».

Entrando en el examen de lo que se ha venido denominando «intimidación ambiental», la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1.991 declara que «para ello basta con que el autor del delito, con sus propios actos, configure una situación ambiental integrada por una serie de circunstancias que la víctima valora como algo que hace inútil una posible oposición por su parte....en que en tal lugar y hora no exista posibilidad de obtener auxilio por terceras personas, así como la actitud del sujeto agresor, normalmente de consistencia física más fuerte, que manifiesta su decidido propósito de abusar del cuerpo ajeno para la satisfacción de sus propios apetitos, sin que sea preciso utilizar ningún arma o instrumento material amenazante».

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 27 de septiembre de 2.010, considera que «ha tenido lugar un delito de agresión sexual, creando una situación de coacción psíquica que, de acuerdo con las enseñanzas de la experiencia vulgar de la vida, hubiere sentido una persona adulta y en plenitud de sus facultades, al verse rodeada de un grupo de varones dispuestos a satisfacer a toda costa sus apetencias sexuales, ...de modo que resultare ilusoria cualquier E. de recibir ayuda de terceros, pues esta constelación de factores es lo que se ha denominado jurisprudencialmente «intimidación ambiental», que colma las exigencias del tipo objetivo del injusto del modelo básico de la agresión sexual» (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1.992, 19 de mayo de 1.995 y 3 de octubre de 1.997, entre otras), pues, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2.005, «la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental, a la vez que provocar un efecto de reforzamiento psicológico, por envalentonamiento» de los agresores.

Es de recordar la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, contenida, entre otras en la Sentencia de 30 de noviembre de 2.017, aludiendo a cuanto se manifestó en la de 12 de marzo de 2.002 que, en referencia a la realización de actos sexuales atentatorios a la libertad sexual realizados en grupo, declaró que la actuación de todos ellos, aun en distintos grados, «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».

En el mismo sentido, la mencionada sentencia del Alto Tribunal de 30 de noviembre de 2017 añade 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.... (pues) la coautoría 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 definitiva, como recuerda, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2015, «la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta» (en este sentido se expresa, entre otras, la STS 609/2013, de 10 de julio).

c).- La intimidación en nuestro caso concreto.-

c.1.- derivada de los hechos probados.-

Ha quedado probado que los acusados se ofrecieron a acompañar a la denunciante a encontrar su vehículo.

Se halla también acreditado que alguno de los acusados intentó encontrar una habitación en un hotel de la ciudad «para follar», petición que fue denegada por el encargado de seguridad de dicho establecimiento y ello no fue oído por la denunciante.

Continuaron todos ellos su camino por la Avenida de Carlos III en sentido ascendente y, ante el intento de uno de los procesados de agarrar

de la cintura a la denunciante, acto por el que se sintió ésta molesta, giraron por la Calle Cortes de Navarra para continuar por la Calle Paulino Caballero, también en sentido ascendente.

Llegando a la altura del número 5 de dicha calle, al comprobar José Ángel Prenda que una persona salía del portal, accedió al mismo, simulando que estaba alojado allí, cogió uno de los ascensores, subió al segundo piso, bajando al portal por las escaleras; seguidamente abrió la puerta de acceso al portal, diciendo a los demás «vamos, vamos».

Declara probado dicha sentencia que José Ángel Prenda, al bajar por las escaleras, tuvo que atravesar el denominado rellano dos (desde el que se accede al «habitáculo» y se infiere, por ser lógico, coherente y razonable que, en el descenso por las escaleras, el Sr. Prenda viere el acceso a dicho cubículo.

Queda acreditado que, quedando entretanto la denunciante con los demás procesados en el exterior del portal, hallándose besándose con Ángel Boza, que le había cogido de la mano (tras indicar el Sr. Prenda «vamos, vamos») tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano Alfonso Jesús Cabezuelo y ambos le apremiaron a entrar en el portal, tirando de la denunciante quien así entró, de modo súbito y repentino. Tras introducirla así al portal y decirle los procesados que callara, le condujeron al mencionado recinto, cuya puerta de acceso, que era de vinilo traslúcido, estaba abierta. Fue dirigida al mencionado habitáculo teniendo a uno de los procesados delante y los demás detrás y, al entrar en él, la rodearon.

Se expresa en la sentencia impugnada la situación, posición y dimensiones de dicho habitáculo, de 3m²; 2,73 de largo, 1,02 de ancho, aunque 1,62 en la parte más amplia y que no tenía más zona de salida que aquella por la que habían accedido; lo que produjo, durante la realización de los hechos que «se chocasen» unos con otros, calificándose el lugar como «recóndito y angosto, con una única salida»

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Es en dicho lugar donde tuvieron lugar los actos de índole sexual que la sala de instancia refiere, de forma profusa, en las páginas 60 a 73 de dicha resolución, manteniéndose la situación en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad configurado por los acusados.

Se declara que los procesados (estaban) disfrutando de una juega sexual después de la «encerrona» que habían tendido a la denunciante, pues a la vista de cómo se produjo la entrada o acceso de los acusados y la denunciante a dicho habitáculo, su situación y posición física antes mencionada, se reitera que aquéllos prepararon una encerrona a la denunciante, colocándole en ese lugar y rodeándole.

Se continúa indicando que los procesados «crearon de este modo una atmósfera coactiva en la que la presencia de cada uno de ellos contribuyó causalmente para configurar una situación de abuso de superioridad»

Se ha declarado probado que «tras introducirle (a la denunciante) en el portal, le condujeron al recinto en el que le obligaron a realizar actos de contenido sexual, valiéndose de su superioridad física y numérica y de la imposibilidad de huir del lugar».

Que todo ello produjo a la hoy apelante un estado de abatimiento, tensión y agobio y un impacto emocional en el que, rodeada por los procesados, de fuerte complexión y mayor edad, la imposibilidad de huir del lugar y de ejercer resistencia ante el temor de sufrir un daño mayor, se sintió impresionada y sin capacidad de reacción, lo que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera; situación que fue de conocimiento de los procesados, de la que se valieron y aprovecharon, pues, nada más entrar en el habitáculo y rodeada por los acusados, tras quitarle el sujetador y desabrocharle el jersey, uno de los acusados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación, notando como otro le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga.

A continuación se produjeron todos los actos de contenido sexual relatados, como se ha indicado, en las páginas 60 a 73 de la sentencia impugnada, incluyendo tocamientos y penetraciones por vías vaginal, anal y bucal, efectuadas por todos los acusados.

La denunciante, que se hallaba en la referida situación de abatimiento, confusión, tensión y agobio, sometida a la voluntad de los procesados, «quienes la utilizan como un mero objeto para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales», produjo, ante toda la situación y estímulos que recibía, «un embotamiento de sus facultades de raciocinio y desencadenaron una reacción de desconexión y disociación de la realidad que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados quisieran».

Así, mientras los acusados se hallan en situación de goce y juega sexual, la denunciante «aparece encogida, agazapada, arrinconada contra la pared y gritando».

Y, finalmente, relata la sentencia que «finalizados los hechos, los procesados se marcharon escalonadamente» y (tras tener lugar la apropiación del móvil de la denunciante), (ésta) «cuando advirtió que se habían ido todos los procesados, se puso el sujetador, se subió los leggins y el tanga..» y, al apreciar que el móvil no estaba en la riñonera «se incrementó su inquietud y desasosiego, comenzó a llorar, cogió su riñonera y salió del habitáculo a la calle llorando».

Es decir, los procesados dejaron a la denunciante sola y desnuda en el habitáculo y, además, sin el móvil con el que hubiere podido hacer llamadas, pues le había sido sustraído por el procesado Antonio Manuel Guerrero.

c.2.- consideración penal de los hechos

Analizando las conductas realizadas por los procesados, a la luz de la jurisprudencia expresada en el apartado **A.b)** del presente fundamento de derecho, es de apreciar haber llevado a cabo el sujeto activo una acción intimidatoria, como mantuvieron las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1.999, 18 de diciembre de 2.003 y 26 de abril de 2.010, y que tuvieron los acusados un comportamiento coactivo dirigido a la satisfacción de sus deseos lúbricos (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2.016) y configuraron una situación ambiental en el que la víctima valorase como algo que hace inútil una posible oposición por su parte (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1.991), creando una situación de coacción psíquica que hubiere sentido cualquier persona adulta, en plenitud de sus facultades, al verse rodeada por un grupo de varones dispuestos a satisfacer a toda costa sus apetencias sexuales, creando una situación de intimidación ambiental, que produjo tal estado intimidatorio a la víctima y un reforzamiento, por envalentonamiento de los autores de las conductas atentatorias contra la libertad sexual de aquélla (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1.992, 8 de noviembre, entre otras, recogidas por la de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 27 de septiembre de 2.010, antes citadas).

Es cierto que, inicialmente, quien entra en el edificio, sube en el ascensor hasta la segunda planta, desciende andando y baja por las escaleras es el procesado José Ángel Prenda, quien al pasar por el segundo rellano, tuvo necesariamente que fijarse en el habitáculo, al que dirigió a todos y, los demás, tras apremiar a la denunciante a entrar en el portal, tirando de ella de cada mano (por Ángel Boza y Alfonso Jesús Cabezuelo), entró dirigida a dicho lugar, conducida por uno de los acusados delante y los demás detrás, que, inmediatamente, le rodearon.

Teniendo en cuenta la circunstancia del habitáculo, de muy reducidas dimensiones (que determinó que los acusados se chocasen en la realización de sus actos), el hecho de que aquél no tuviere más acceso que la puerta por la que habían accedido, reafirma la manifestación de la sentencia impugnada que los acusados tendieron a la denunciante una encerrona, así preparada, al colocarle en ese lugar, rodeándole, creando

una atmósfera coactiva en la que la presencia de todos ellos, lo que, unido a la situación y forma del local y el acceso al mismo, contribuyó causalmente para crear una situación de abuso de superioridad, ante lo cual consiguieron de la víctima cuanto pretendían.

Entienden los firmantes del presente voto particular que, ante las tales actos habidos tanto con anterioridad, próximos en el tiempo así como los que tuvieron lugar durante la realización de los hechos, efectuados por todos los procesados, en distintas formas y posiciones, no ha de obtenerse la conclusión de haber tenido lugar, simplemente, un supuesto de abuso de superioridad del que se han aprovechado y prevalido los acusados para la satisfacción de sus deseos, sino un acto de intimidación y coacción creado por todos ellos, tendiendo una encerrona a la víctima, teniendo en cuenta la prácticamente nula posibilidad de ésta de huir y/o escapar. En definitiva, conductas reveladoras de la existencia de intimidación suficiente para mantener que los hechos tuvieron lugar mediante intimidación ambiental para vencer la voluntad de la víctima.

Ha quedado acreditado con anterioridad que no nos hallamos en presencia de una situación de consentimiento de la víctima, viciado por la actuación intimidatoria de los acusados, sino que teniendo en cuenta que ha quedado expresado en la sentencia impugnada que, ante todo ello, «reaccionó la denunciante de un modo intuitivo, pues la situación en que se hallaba, producida por la actuación dolosa de los procesados y los estímulos que percibió, provocaron un embotamiento de sus facultades de raciocinio y desencadenaron una reacción de desconexión y disociación de la realidad»; que asimismo consta que «se sintió la víctima impresionada, sin capacidad de reacción, totalmente sometida a la voluntad de los procesados, lo que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera», hemos de concluir que, en definitiva, nos encontramos ante un supuesto de ausencia o inexistencia total de consentimiento efectivo de la víctima, anulado por la acción de los acusados, ante lo que aquélla valora como algo que hace inútil una posible oposición por su parte, ante la imposibilidad de obtener auxilio por terceras personas, máxime cuando la

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

actitud del sujeto agresor (en nuestro caso cinco agresores), de consistencia física más fuerte, que manifiestan su decidido propósito de abusar del cuerpo ajeno para satisfacción de sus propios apetitos, sin que sea preciso utilizar ningún arma o instrumento material amenazante (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1.991).

En definitiva, es de apreciar han concurrido en el caso de autos los elementos subjetivos y objetivos necesarios y precisos para considerar que los atentados que tuvieron lugar contra la libertad sexual de la víctima, lo fueron mediando intimidación ejercitada por los acusados, lo que integra tales hechos en el delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal.

B).- Calificación penal de la agresión.

Los hechos que tuvieron lugar en el caso de autos, descritos y explicitados en las páginas 60 a 73 de la sentencia impugnada consistieron, además de tocamientos y otros actos contra la víctima, en accesos carnales por vía vaginal, anal y bucal, realizados por todos los procesados, alguno de ellos en más de una de sus formas, como así viene expresado en la sentencia objeto del presente recurso, por lo que integran el delito agravado contenido en el artículo 179 del Código Penal.

a).- Del carácter particularmente degradante o vejatorio.-

Es de observar que la intimidación revistió un carácter particularmente degradante o vejatorio, a la vista de la forma en que fueron realizados tales actos, mediando acceso carnal por vías vaginal, anal y bucal, efectuados por los cinco procesados, según queda descrito en los hechos aludidos por la sentencia impugnada y se comprueba con el visionado gráfico-fotográfico cuando menciona la sentencia impugnada que indica que mientras «los procesados acababan de disfrutar de una juega sexual después de la encerrona que habían tendido a la denunciante», a

ésta se le observa «agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando».

Además, ha quedado acreditado que los acusados, al acabar la consumación de sus actos, fueron saliendo del habitáculo y dejaron sola y desnuda a la denunciante y, también desvalida, al haberse apoderado el procesado Antonio Manuel Guerrero del móvil de aquélla que le impedía, además solicitar ayuda.

En definitiva, existen datos suficientes para considerar que, además, nos hallamos en presencia de la agravación consistente en haber revestido la intimidación ejercida un carácter particularmente degradante o vejatorio, a que se refiere el artículo 180.1.1ª del Código Penal, al exceder los hechos del carácter denigrante que se observa en todos los supuestos de agresión sexual (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2.012), concurrir un grado de humillación, menosprecio y humillación para la víctima superior al que tiene lugar en toda violación (Sentencia del Tribunal Supremo 889/2007), apreciar la existencia de conductas que no eran necesarias para la ejecución del tipo objetivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1.994 y considerar, además de la vejación que tuvo lugar durante la realización de los hechos, el acto posterior de dejar «a su suerte», sola y desnuda a la denunciante, sin posibilidad de comunicación, en una Ciudad que, sabían los agresores, era desconocida para ella (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2.017).

Difícilmente puede considerarse que no concurren motivos suficientes para apreciar esta agravación cuando contamos con hechos acreditados tales como que, en el escenario y ambiente relatados, la víctima fue penetrada bucalmente por los cinco procesados, además, al menos por tres de ellos vaginalmente y al menos dos por vía anal, en varias ocasiones de forma simultánea y, todo ello, con un «manejo» de la cabeza y cuerpo de la víctima que denotan un innegable desprecio hacia la dignidad de una persona, aumentando su humillación de forma exponencial e innecesaria y claramente apreciable en alguno de los vídeos que, según la sentencia impugnada, grabaron los acusados Guerrero y

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Cabezuelo y figuran unidos a las actuaciones, donde también son perceptibles algunos de sus comentarios y gestos, como el de jactancia y alarde del acusado Prenda, al que hace referencia la sentencia de la Audiencia Provincial, o frases como en dicha resolución se hace constar.

Además de lo anterior, la víctima fue obligada a realizar, al menos, un «beso negro», acto este del que hay en las actuaciones testimonio gráfico y que consta incluido en la propia sentencia que lo considera «actuación ultrajante de modo singular» (página 120 de la misma).

Por si lo anterior no fuera suficiente y, como ya se ha señalado, según los acusados «iban terminando» fueron saliendo de forma escalonada, dejando a la víctima tirada en el suelo y medio desnuda, no sin antes el acusado Guerrero sustraerle de su riñonera el teléfono móvil, en su presencia (no en balde el habitáculo en cuestión tiene una superficie total de unos tres metros cuadrados), extraer las tarjetas de memoria del terminal y arrojarlas al suelo, con un evidente ánimo, no solo de lucro, como lo acredita el hecho de que al día siguiente, en el momento de su identificación por la Policía Foral lo siguiera llevando consigo, sino también con la clara finalidad de impedir que la víctima pudiese solicitar ayuda de forma inmediata, consciente de que la dejaba abandonada, en una ciudad desconocida para ella y, al mismo tiempo, procurando la impunidad del grupo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2.012, antes citada, declaró que « la aplicación del supuesto agravado del artículo 180.1.1ª del Código Penal exige que concurra una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. No es en sí el acto de naturaleza sexual lo que debe revestir tal condición, pues es claro que la relación sexual impuesta con violencia o intimidación ya es de por sí degradante y vejatoria para cualquier individuo, dado el ataque a su dignidad personal y a su libertad que tal clase de actos suponen. Lo que el tipo exige es que sea la violencia o la intimidación ejercidas las que revistan aquellos caracteres (Sentencia del Tribunal Supremo 159/2007). Pero con ello no solo se hace referencia al acto violento o intimidatorio

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación, sino también a la forma en que han sido ejercidas en relación con la conducta impuesta».

La Sentencia del Tribunal Supremo 889/2007 declaró que « para que la acción del sujeto activo sea merecedora de la agravación legal, es menester la concurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda violación» y el Auto del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2.011 señala que «en el hecho probado se narra cómo tras las agresiones sexuales con penetración, el acusado, no contento con ello y con ánimo de humillarla aún más, la obligó a que le lamiera el ano, lo que ha sido considerado como un plus de vejación que no se ve abarcado con la aplicación del tipo básico de la agresión sexual, demandando la mayor punición del artículo 180.1.1ª del Código Penal».

b).- De la agravación por actuación conjunta de dos o más personas.-

Asimismo, los Magistrados autores del presente voto particular, entienden que también concurre la agravación recogida en el artículo 180.1.2ª del Código Penal, aplicable cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas, y ello porque los hechos que nos ocupan fueron cometidos por los cinco acusados, imputándosele a cada uno de ellos, en concepto de autores, la comisión de un delito continuado de agresión sexual, continuidad delictiva esta que ya fue apreciada en la sentencia de instancia, así como en la mayoritaria de esta Sala, y que no ha sido cuestionada por ninguna de las partes intervinientes.

La doctrina tradicional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en este materia viene recogida, entre otras muchas, en STS nº 455/2009, STS nº 757/2011, y STS 194/2012, y ha entendido que en los delitos de agresión sexual del artículo 179 del Código Penal, en los que existe acceso

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

carnal, solo es autor material quien tiene tal clase de acceso con la víctima, aún siendo esto discutido por cierto sector doctrinal.

Señala la última de las sentencias citadas que la jurisprudencia ha aceptado mayoritariamente que quien, existiendo acuerdo con otro autor o autores, aporte un elemento esencial a la fase de ejecución del delito será coautor, pues tiene el dominio del hecho, dado el concepto generalmente aceptado de coautoría como ejecución conjunta del hecho, determinante de un codominio funcional, que no requiere que cada uno de los autores ejecute la acción típica. Esta tesis tiene sus excepciones en supuestos de delitos especiales en que la autoría requiere condiciones especiales en el sujeto activo, o en los delitos llamados de propia mano, en los que está limitado el concepto de autor, de forma que, en esos casos, quien aporta algo esencial en la ejecución no puede ser considerado coautor, sino cooperador necesario, incluso aunque su aportación sea de tal naturaleza que se le pueda atribuir un codominio funcional sobre el hecho.

En cualquier caso, cuando varias personas intervienen al mismo tiempo en la ejecución de un hecho, es claro que puede apreciarse una actuación conjunta, con independencia de que su participación sea a título de autor en sentido estricto, de cooperador necesario o de cómplice. El artículo 180.1.2ª del Código Penal prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, no solo por la mayor gravedad que supone la existencia de un acuerdo, anterior o simultáneo, para la ejecución de hechos de esta clase, sino por la mayor indefensión en que se encuentra la víctima ante un ataque desarrollado por varias personas. No exige el tipo, literalmente, una autoría conjunta, sino una actuación conjunta. Y en los casos de aportaciones de terceros a la ejecución, que deberían ser considerados cooperadores necesarios o cómplices, no se aprecian razones para excluir la agravación, al concurrir todas las que las que justifican su existencia.

Sin embargo, no es posible la aplicación de esta agravación en todos los casos en los que se aprecie una ejecución por actuación conjunta de dos personas. Como se expresaba en la STS nº 1667/2002, con cita de

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

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

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

En principio, es posible la cooperación a un hecho de otro, cometido individualmente por éste, de tal manera que el cooperador, al mismo tiempo que hace su aportación integraría la actuación conjunta, de modo que se valoraría su aportación en dos ocasiones sucesivas. Dicho de otra forma, así entendido, en su condición de cooperador siempre se incorporaría la ejecución conjunta, que sería valorada en su integridad para apreciar la cooperación y, al mismo tiempo, también en su integridad, nuevamente, para apreciar la agravación.

Y también es posible la cooperación al hecho cometido por el autor ya en acción conjunta con otros, sean también autores o sean cooperadores. Es decir, que el hecho ya se cometería en actuación conjunta con independencia de la participación del cooperador. Si éste conoce esa circunstancia, nada impediría la aplicación de la agravación en ese caso, pues cuando hace su aportación el hecho, éste ya se cometía en actuación conjunta, independientemente de que él participara o no.

La limitación solo opera, por lo tanto, cuando se trate de dos personas, una que actúa como autor y otra que lo hace como cooperador, resultando aplicable al primero y no al segundo; y ello como consecuencia de la prohibición general de doble valoración, y no a causa de la inexistencia de la actuación conjunta, que efectivamente existe, desde el momento en que varias personas (dos o más) concurren e intervienen en la ejecución del hecho.

En el presente caso, y a la vista de la mencionada doctrina, la señalada agravación del artículo 180.1.2ª, debe ser apreciada en la actuación de los cinco acusados, ya que se les imputa un delito de agresión sexual a cada uno de ellos, en concepto de autores, por lo que no se produciría en ningún caso la doble valoración a que se refiere la jurisprudencia mencionada, siendo evidente, al mismo tiempo, la actuación conjunta de todos ellos.

QUINTO.- IMPUTACIÓN PENAL A LOS ACUSADOS.

A la vista de lo anteriormente expuesto, entendemos procedente declarar que todos y cada uno de los cinco acusados, han cometido, en concepto de autor, un delito continuado de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal, y procede sean castigados como reos de violación, al haber consistido la agresión en acceso carnal por vía vaginal, anal y bucal contra la denunciante, a que alude el artículo 179 de dicho Texto Legal, con las agravaciones prevenida en el artículo 180.1.1ª y 2ª del Código, al concurrir la circunstancia 1ª por revestir la intimidación ejercida de un carácter particularmente degradante o vejatorio y la 2ª al haberse cometido los hechos por la actuación conjunta de dos o más persona (en nuestro caso cinco), a la pena que deriva de la aplicación de dichas normas.

La sentencia objeto del presente recurso, como se ha indicado con anterioridad, califica las conductas imputadas como constitutivas de delito continuado, dada la intervención de diversos sujetos activos en atentados contra la libertad sexual en la que, siendo apreciable la identidad de ocasión, proximidad temporal y espacial, contribuyeron todos ellos a la configuración de la situación en que se producen los hechos e intercambian los papeles, tal como así se decanta la jurisprudencia, antes citada y lo mantienen también, entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2.014 y 29 de junio de 2.017, según la cual es procedente considerar tantos delitos continuados contra la libertad sexual como autores concurren.

Dicha consideración ha de mantenerse, aun con más intensidad si cabe, en la calificación de delitos de agresión sexual, en la que, como sucedió en el caso de autos, la intimidación de la víctima tiene lugar por la actuación, en diversas formas y modos, de todos los procesados, quien realizaron distintos actos carnales de penetración en sus diversas modalidades y, alguno de ellos, más de una vez o modo. Debe destacarse, asimismo, que las agravaciones específicas aquí apreciadas, del artículo 180.1.1ª y 2ª del Código Penal lo son por haberse apreciado los hechos constitutivos de un delito de agresión sexual, tanto del artículo 178 y 179, lo que no podía tener lugar, en ningún caso, en los delitos de abuso sexual, calificación establecida por la sentencia impugnada y confirmada por la

mayoritaria de esta Sala, de la que discrepan los suscribientes del presente voto particular.

SEXTO.- SOBRE EL APODERAMIENTO DEL MÓVIL DE LA DENUNCIANTE.-

La Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2.018 declaró probado que, antes de abandonar el mencionado cubículo Antonio Manuel Guerrero Escudero, se apoderó, en su propio beneficio, del terminal móvil, valorado en 199,19 euros que la denunciante llevaba en su riñonera, quitándole la funda, extrayendo la tarjeta SIM y la de memoria SD, arrojándolas en el lugar de los hechos.

El hecho ha sido reconocido por dicho acusado, tanto en el acto del juicio oral, como en sus alegaciones vertidas en la tramitación del presente recurso de apelación.

Tal acto de apoderamiento del bien que portaba la denunciante fue calificado por la sentencia impugnada como configurador de un delito de hurto ya que, desechada por el tribunal de instancia haber mediado intimidación en la realización de los actos atentatorios a la libertad sexual de la víctima, « es llano que no procede la condena por el delito de robo con intimidación», como solicitaron las acusaciones en sus calificaciones provisionales y definitivas, también mantenidas en la presente apelación.

En la misma línea argumental, mantenido por los firmantes del presente voto particular haber mediado intimidación en la comisión de los referidos actos de carácter sexual, ha de trasladarse la misma al acto de apoderamiento del mencionado bien, lo que supone entender que ha tenido lugar un supuesto de robo con intimidación en las personas, a que alude el artículo 237 del Código Penal.

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2.007 declara que «cuando la intimidación (perdura) desde el inicio de la agresión hasta el final de la secuencia que concluyó con el apoderamiento del...(bien de la víctima) se trata de dos acciones diferentes, aunque sucesivas, dos manifestaciones diferenciadas (en que) el elemento coactivo e intimidatorio tiene eficacia inescindible, tanto en el delito de agresión sexual como en el del robo».

Ante la intimidación ejercitada para la consumación de los hechos, se halla la víctima en una situación que impide cualquier capacidad de reacción para defender la posesión de sus objetos personales de naturaleza mueble, como mantiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2.005.

Son del mismo sentir las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2.008, 12 de mayo de 2.010, 4 de mayo de 2.012 y 12 de enero de 2.017 que han apreciado la existencia de robo con intimidación, por sustracción de teléfono móvil, en el curso de agresiones sexuales.

En definitiva, existen bases suficientes para considerar haber tenido lugar supuesto que ha de ser calificado como robo con intimidación en las personas (artículo 237 del Código Penal), por lo que ha de ser condenado el autor del apoderamiento del bien de la víctima, Antonio Manuel Guerrero Escudero, a las penas contenidas en el artículo 242.1 del referido texto legal.

SÉPTIMO.- CONCLUSION.-

A).- Autoría

a).- Del delito de agresión sexual

En atención a lo expuesto, los acusados, y de conformidad con la posición adoptada por los Magistrados autores del voto particular:

José Ángel Prenda Martínez, Ángel Boza Florido, Antonio Manuel Guerrero Escudero; Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena y Jesús Escudero Domínguez, serían cada uno de ellos, responsables a título de autor, con arreglo al párrafo primero del artículo 28 del Código Penal, de un delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178 y 179, concurriendo las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 180.1 del Código Penal, en relación con los artículos 192 y 74.1 de dicho Cuerpo Legal.

b).- Del delito de robo

El acusado Antonio Manuel Guerrero Escudero, sería responsable, además, en concepto de autor, por el mismo título, de un delito de robo con intimidación, previsto y penado en el artículo 237, en relación con el artículo 242.1 del Código Penal.

Nos hallamos conformes con la declaración de la sentencia mayoritaria en cuanto se considera que no existen pruebas del apoderamiento del móvil más que por este acusado.

No concurren otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los procesados.

B).- Individualización de las penas

El Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que la obligación constitucional de motivar las sentencias, expresada en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta. Asimismo ha señalado que la imposición del mínimo no precisa de una especial motivación en cuanto que se trata de una ineludible consecuencia de la calificación jurídica de los hechos, previamente establecida.

Los Magistrados discrepantes del voto mayoritario, en consonancia con la tesis mantenida, consideramos que la individualización de la pena correspondiente a cada uno de los acusados sería la que a continuación se expone.

a).- Del delito de agresión sexual.-

En cuanto al delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178 y 179, concurriendo las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 180.1 del Código Penal, en relación con los artículos 192 y 74 de dicho Cuerpo Legal, el marco penológico se configura de la siguiente forma:

La pena tipo del delito de agresión sexual regulado en el artículo 179, con una circunstancia de las recogidas en el artículo 180, abarca de 12 a 15 años de prisión, que se aplicará en su mitad superior cuando sean dos las circunstancias del artículo 180 concurrentes, como sucede en el presente caso, es decir, entre 13 años, 6 meses y 1 día y 15 años (artículo 180.2 del Código Penal). Asimismo, existiendo en el presente caso una continuidad delictiva, debe aplicarse el artículo 74 del Código Penal, que establece que la pena correspondiente al delito cometido se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Esta última posibilidad de exasperación punitiva, la elevación a la pena superior en grado, no se considera procedente en el presente caso. Teniendo en cuenta lo anterior, la mitad superior de la pena en último lugar citada, aplicable en base a la continuidad delictiva concurrente, oscilaría entre 14 años, 3 meses y 1 día y 15 años. Por ello, los Magistrados autores del voto particular consideramos que a cada uno de los cinco acusados, por el delito de agresión sexual que cada uno de ellos habría cometido, se les debería haber impuesto la pena de 14 AÑOS, 3 MESES Y 1 DÍA DE PRISIÓN, siendo esta el mínimo legalmente previsto para el mencionado delito con las circunstancias aquí concurrentes.

Asimismo de conformidad con lo dispuesto en el art. 57.1 del Código Penal, en relación con el art. 48.2 y 3 del citado Cuerpo Legal; procedería imponer a cada uno de los condenados por el delito de agresión sexual, la prohibición de acercamiento a la denunciante de su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros, así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 17 años.

Igualmente por aplicación del artículo 192 del Código Penal, encontrándonos ante la comisión de un delito grave, procedería la imposición a cada uno de los cinco condenados de la medida de ocho años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal.

b).- Del delito de robo

La pena tipo del delito de robo con intimidación regulado en el artículo 237, en relación con el 242.1 del Código Penal abarca de 2 a 5 años de prisión, siendo responsable de este delito, como ya se ha señalado, el acusado Antonio Manuel Guerrero Escudero, al que entendemos se le debería haber impuesto por el mismo, además, la pena de 2 AÑOS DE PRISIÓN siendo también el mínimo para este delito previsto.

En atención a lo expuesto, los Magistrados discrepantes del voto mayoritario consideran que la parte dispositiva de la sentencia, por lo que a la parte de esta que mostramos nuestra disconformidad se refiere, debería haber sido del siguiente tenor literal:

FALLO

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

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

Tercero.- Que debemos estimar y estimamos parcialmente los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, la representación procesal de la víctima y las del Gobierno de Navarra y, con revocación de la sentencia impugnada, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 20 de marzo de 2.018, en cuanto absolvió a los acusados del delito continuado de agresión sexual de que venían siendo acusados y los condenó como autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, accesorias e indemnizaciones; así como en tanto condenó al acusado Antonio Manuel Guerrero Escudero como autor de un delito leve de hurto y, en su lugar, entendemos se debió declarar:

a).- Que debemos condenar y condenamos a José Ángel Prenda Martínez, Ángel Boza Florido, Jesús Escudero Domínguez, Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena y Antonio Manuel Guerrero Escudero como responsables, cada uno de ellos, en concepto de autor, de un delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178 y 179, concurriendo las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 180.1 del Código Penal, en relación con los artículos 192 y 74 de dicho Cuerpo Legal, sin que concurren otras circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 14 AÑOS, 3 MESES Y 1 DÍA DE PRISIÓN a cada uno de ellos, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea.

Asimismo, imponemos a cada uno de los cinco condenados, la prohibición de acercamiento a la denunciante de su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros, así como la prohibición de comunicación, por

Fecha y hora: 04/12/2018 12:09

Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 17 años.

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

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

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

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

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

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

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

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

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 04/12/2018 12:09
	Firmado por: SAGRARIO SANCHEZ

Y firman el presente Voto Particular el Presidente de la Sala y Magistrado suscribientes del mismo.

En Pamplona, a 30 de noviembre del 2018.

Lo anteriormente relacionado concuerda exacta y fielmente con el original al que me remito y para que conste y unir al Rollo del Recurso de Apelación Penal nº: 7/18 de los de esta Sala, expido la presente en Pamplona a 30 de Noviembre del 2018.

Juzgado de Guardia