



Roj: **STS 1863/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1863**

Id Cendoj: **28079120012022100443**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2022**

Nº de Recurso: **10515/2021**

Nº de Resolución: **460/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CLM 1632/2021,**  
**STS 1863/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 460/2022**

Fecha de sentencia: 11/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10515/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10515/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 460/2022**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 11 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados **D. Eloy** y **D. Eulalio**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de fecha 7 de julio de 2021, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por indicados acusados contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección Primera, de fecha 10 de febrero de 2021, que los condenó por delito de agresión sexual. Han sido parte el Ministerio Fiscal y los recurrentes acusados representados, respectivamente, por el Procurador D. Luis Gómez López-Linares y bajo la dirección Letrada de D. Luis Carlos Párraga Sánchez y por el Procurador D. Virgilio J. Navarro Cerrillo y bajo la dirección Letrada de Dña. Paloma García Sánchez y la recurrida Acusación Particular D. Joaquín Esteban Camello Tarrío representante ex lege de la menor María Dolores representado por la Procuradora Dña. Pilar Ortiz Larriba y bajo la dirección Letrada de Dña. Nuria Sierra Muñoz, y D. Omogbolahan Akanji Jegede, representado por la Procuradora Dña. Rosa Ana Maroto Ayala y bajo la dirección Letrada de Dña. Carmen Raez Cuadros.

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 3 de Guadalajara instruyó sumario ordinario con el nº 39/18 contra Eloy y Eulalio, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección Primera, que con fecha 10 de febrero de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- Los acusados Eloy, mayor de edad, nacido en Marruecos el NUM000 de 2000, con NIE NUM001, en prisión provisional por esta causa desde el 21 de marzo de 2018, y Eulalio, mayor de edad, nacido en Marruecos en fecha NUM002 de 1999, sin antecedentes penales, se encontraron sobre las 13,30 horas del día 15 de marzo de 2018, con la menor María Dolores, nacida el NUM003 de 2005, en el PARQUE000 de la localidad de DIRECCION000, que estaba con varios amigos también menores de edad, obligándola entre Eloy y otra persona a entrar por la fuerza propinándola empujones a la residencia abandonada situada en el parque en la CALLE000, accediendo también a la misma Eulalio y al menos otras tres personas, abandonando el lugar los amigos de María Dolores y en el interior de la misma en unidad de acción y con propósito libidinoso la empujaron hasta un baño contiguo con escasa luz, tumbándola sobre su propia chaqueta en el suelo. La denunciante, ante la situación de desprotección absoluta, adoptó una actitud de sometimiento y pasividad, bajándole Eloy las mallas y braga siendo sujeta por los brazos por Eulalio, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados, penetrándola Eloy vaginalmente llegando a eyacular. A continuación salieron todos del edificio así como María Dolores que lloraba y llevaba la ropa mojada, dirigiéndose esta al instituto donde contó a sus compañeros que había sido forzada. La menor no presentaba lesiones físicas pero ha requerido tratamiento psicológico en el Programa de Prevención e Intervención en abuso sexual infantil de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Eulalio ha consignado antes del Juicio la suma de 850 euros. Eulalio padece una DIRECCION001 descartándose un brote el día de los hechos. No ha quedado acreditado que Olegario se encontrara en el inmueble el día de los hechos."

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

"Que debemos condenar y condenamos a Eloy como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años a la pena de catorce años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Así mismo debemos condenar a Eulalio como cooperador necesario a la pena de doce años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Procede asimismo imponer a ambos la prohibición de aproximarse a la menor María Dolores a su domicilio o cualquier lugar frecuentado por la misma a una distancia no inferior a 100 metros así como a comunicarse con la misma en un periodo de quince años. De conformidad con el artículo 192.1 procede imponer a los acusados la medida de libertad vigilada durante cinco años. Que debemos absolver y absolvemos al acusado Olegario, del delito de agresión sexual por el que venía siendo acusado. En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL los referidos acusados Eloy y Eulalio indemnizarán en forma conjunta y solidariamente a la menor, María Dolores, en la cantidad de cinco mil euros más los intereses legales, por el daño moral causado, teniendo en cuenta la cantidad ya consignada. Se imponen a Eloy y Eulalio las dos terceras partes de las costas procesales causadas a su instancia, incluyendo las relativas a la acusación particular, declarando el resto de oficio. Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, será de abono al acusado todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de de Apelación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el plazo de DIEZ DÍAS, a contar desde la última notificación. "



Contra indicada sentencia se formuló recurso de apelación por la representación procesal de los acusados Eloy y Eulalio, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que con fecha 7 de julio de 2021 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que desestimando los recursos de apelación formulados por la representación procesal de Eloy, y de Eulalio, contra la sentencia de fecha 10 de febrero de 2021, dictada por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara en PO 39/18 sobre un delito de agresión sexual, siendo partes apeladas Agustín, Olegario y el MINISTERIO FISCAL, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, declarando de oficio las costas de esta alzada. Notifíquese la presente a las partes, a través de su respectiva representación procesal, sin que sea necesario hacerlo personalmente (conforme con la doctrina contenida, entre otros muchos, en AATS 5/12/20 -Recurso: 2286/2019- y 1/12/29 -Recurso: 20109/2020- y todos los que en ellos se citan); haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 de la LECrim, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley".

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

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

Primero.- Por infracción de Ley al amparo del art. 852 de la LECrim, por vulneración del principio de presunción de inocencia.

Segundo.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849 nº 1 de la LECRIM, por indebida aplicación de los apartados 2, 3 y 4 b del art. 183 del C.P. y falta de aplicación del art. 183,1 del C.P.

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

Primero.- Infracción de Precepto Constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim, al vulnerarse derechos fundamentales como el de presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE, así como el de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida aplicación del artículo 183.2.3 y 4b) en relación con el 28 b) del Código Penal.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación de la recurrida Acusación Particular D. Agustín, quien impugnó el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 10 de mayo de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación los interpuestos por la representación de los acusados Eloy y Eulalio, contra la Sentencia nº 31/2021, de fecha 7 de julio de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla-La Mancha.

RECURSO DE Eloy

**SEGUNDO.-** 1.- Se interpone por infracción de ley, al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración del principio de presunción de inocencia.

Señala el recurrente que *la declaración de la presunta perjudicada María Dolores, como única prueba de cargo, no reúne los requisitos jurisprudenciales para ser tomada en cuenta para desvirtuar la presunción de inocencia y que no es el autor de la agresión sexual por la que ha sido condenado.*

Entiende el recurrente que no hay corroboración periférica de esta declaración de la menor y que no fue directamente a denunciar y que antes habían tenido relaciones sexuales, queriendo la víctima tener una relación con él y que ante el rechazo del recurrente es por lo que entiende que ella dijo que le había violado. Postula la aplicación del art. 183 quater CP por existir consentimiento y proximidad en la edad de ambos.



Señala que María Dolores tenía 12 años al momento de los hechos, pero que las psicólogas explicaron que era madura por encima de su edad biológica. El propio recurrente señala que cumplió 18 años el día 23 de Febrero de 2018 y no el día 23 de Julio de 2018 como erróneamente señala la sentencia.

Entiende que "El acusado, si bien no era menor de edad, solo había transcurrido 20 días desde que cumplió los 18 años hasta que sucedieron los hechos por los que fue juzgado. A esa edad, según la psicóloga forense ninguna persona normal se puede considerar madura y el acusado no lo era, por lo que podría haber una relación de simetría tal y como señala el art. 183 quater."

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

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

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

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

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

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

Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha valorado tanto la declaración exculpatoria del recurrente como de la víctima. Pero la circunstancia de que el Tribunal de instancia se decante en su proceso de valoración de prueba por la de la víctima no quiere decir en modo alguno que suponga una traba o un ataque o vulneración de la presunción de inocencia, sino que entra en el proceso de valoración del Tribunal, que presidido por la inmediación opta por las pruebas que le llevan a su convicción en su proceso valorativo. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse



en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba.

Hay que señalar que los hechos probados que se fijan por el tribunal de instancia son los siguientes:

*"Los acusados Eloy, mayor de edad, nacido en Marruecos el NUM000 de 2000, con NIE ....., en prisión provisional por esta causa desde el 21 de marzo de 2008, y Eulalio, mayor de edad, nacido en Marruecos en fecha NUM002 de 1999, sin antecedentes penales, se encontraron sobre las 13,30 horas del día 15 de marzo de 2018, con la menor María Dolores, nacida el NUM003 de 2005, en el PARQUE000 de la localidad de DIRECCION000, que estaba con varios amigos también menores de edad, obligándola entre Eloy y otra persona a entrar por la fuerza propinándola empujones a la residencia abandonada situada en el parque en la CALLE000, accediendo también a la misma Eulalio y al menos otras tres personas, abandonando el lugar los amigos de María Dolores y en el interior de la misma en unidad de acción y con propósito libidinoso la empujaron hasta un baño contiguo con escasa luz, tumbándola sobre su propia chaqueta en el suelo.*

*La denunciante, ante la situación de desprotección absoluta, adoptó una actitud de sometimiento y pasividad, bajándole Eloy las mallas y braga siendo sujeta por los brazos por Eulalio, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados, penetrándola Eloy vaginalmente llegando a eyacular.*

*A continuación salieron todos del edificio así como María Dolores que lloraba y llevaba la ropa mojada, dirigiéndose esta al instituto donde contó a sus compañeros que había sido forzada.*

*La menor no presentaba lesiones físicas pero ha requerido tratamiento psicológico en el Programa de Prevención e Intervención en abuso sexual infantil de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.*

Pues bien, dado que la sentencia recurrida es la del TSJ es preciso indicar lo que la misma refleja en cuanto al motivo también interpuesto en sede de apelación, y ante ello debemos sistematizar la respuesta dada a tal efecto por el TSJ para dar contenido y estructura a lo alegado por el recurrente, y evaluar cuál ha sido la respuesta dada por el Tribunal cuya sentencia es objeto de recurso de casación, a saber:

*a.- La declaración de la víctima es consistente y creíble sin apreciar móvil espurio en la misma ni animadversión al recurrente.*

Señala el TSJ que:

*"No consta patología alguna en la menor que pudiera cuestionar su versión de los hechos, así como tampoco concurren "circunstancias de resentimiento, venganza, enemistad, o cualquier otro motivo ético o moralmente inadmisibles, la víctima conocía con anterioridad a los acusados Eloy y Eulalio, incluso refiere Eloy que habían tenido relaciones sexuales con anterioridad", cuestión esta última a la que la resolución recurrida, con total corrección, no otorga mayor trascendencia, compartiendo esta Sala su criterio, porque más allá de la certeza de dicha afirmación -de la que no existe más prueba que la propia declaración de Eloy o lo que haya dicho a sus amigos-, lo cierto es que, en efecto, resulta irrelevante para el enjuiciamiento de la validez del testimonio de María Dolores, pues la libertad e indemnidad sexual no impide sino que acoge la negativa de la víctima a mantener relaciones sexuales en sucesivas ocasiones, por lo que debe rechazarse la insistencia con la que, sobre todo el recurrente Eulalio incide en ello... Además, es un hecho muy relevante de la ausencia de un móvil de resentimiento el que María Dolores no presentara denuncia, recuérdese que el procedimiento se inicia como consecuencia de la búsqueda de la menor llevada a cabo por la Guardia Civil a requerimiento de sus padres, al haberse escapado de casa el día anterior."*

En esencia, pues, el TSJ ha examinado las declaraciones de la víctima y se aprecia absoluta credibilidad, en tanto en cuanto no se detecta que exista resentimiento o razón alguna para contar algo que no hubiera ocurrido, y, en efecto, la circunstancia de que hubieran tenido antes relaciones, circunstancia solo afirmada por el recurrente, no por la víctima, no altera que en el relato de hechos en concreto la víctima cuente lo que ocurrió. Y los hechos fueron una violación por el uso de violencia o intimidación, ya que como hemos expuesto en otras ocasiones, incluso aunque una mujer haya tenido relaciones sexuales con un hombre en otro momento anterior a los hechos, podemos decir que ello no otorga al autor de la violación una especie de *patrimonio sexual* sobre la mujer para poder tener relaciones sexuales con ella cuando quiera y tantas veces como quiera.

La mujer tiene perfecto derecho a asentir una relación sexual y negarla en otros con la misma persona, no existiendo derecho a mantenerla el varón cuando él quiera, sino cuando ambos quieran, ya que la *unilateralidad decisoria* en la relación sexual, y empleando violencia o intimidación, como en este caso se declara probado, es una violación. Por ello, la existencia de relaciones previas no excluye la existencia de la violación, aunque ello no fue en modo alguno reconocido por la víctima, y al tribunal no le llegan dudas de que ella mintiera en su relato de hechos, ni que existiera sospecha alguna por despecho que le llevara a declarar lo que declaró.



Además, la declaración de la víctima no es la única prueba que tuvo en cuenta el tribunal de instancia, sino que hubo corroboración periférica.

El tribunal ha tenido en cuenta el denominado "triple test" de la valoración de la declaración de la víctima, en cuanto a que ha considerado que es creíble en su declaración, verosimilitud y persistencia en la incriminación y existencia de corroboraciones periféricas respecto a lo que ella declara.

El Tribunal ha entendido, y lo ha validado el TSJ, que se aprecia en la declaración de la perjudicada una coherencia interna en su declaración, siendo así que no se apreció ánimo espurio de venganza, o resentimiento, que pueda influir en la valoración de dicha declaración. Detalla claramente los hechos, y no se aprecia que haya faltado a la verdad, analizándose este proceso por el TSJ.

En este sentido, ya se fijaron, también, en la sentencia del Tribunal Supremo 119/2019 de 6 Mar. 2019, Rec. 779/2018 una serie de parámetros a tener en cuenta en estos casos que no operan en cuanto deban concurrir los once que se citan, sino que se trata de puntos a tener en cuenta por el juez o tribunal en cuanto a la forma y fondo de la declaración de la víctima a la hora de evaluar si expone la realidad de lo ocurrido o la altera. Y en este caso el examen del tribunal de instancia a la hora de escuchar el relato de la víctima es validado en sus conclusiones por el TSJ, al no detectar en modo alguno que la víctima mienta. Y ya lo expone el tribunal de instancia y el TSJ, ya que la víctima no se fue directamente a denunciar, sino que fue localizada cuando se había ido de casa y es entonces cuando lo cuenta todo. Pero ello no puede ir en un descrédito de que lo que explicó fuera falso en modo alguno. No tenía razón ni argumentos para ello, ni existía un ánimo espurio para vengarse de los autores, habiéndose rechazado el ánimo que señala el recurrente respecto a que lo hizo para vengarse "por ser rechazada", cuando la prueba existente demuestra lo contrario y que fue objeto de una agresión sexual.

*Ser víctima no comporta una especie de presunción de que va a declarar contra su agresor faltando a la verdad.*

Por otro lado, la circunstancia de que una persona haya sido víctima de un delito no lleva consigo que exista un resentimiento hacia el autor capaz de alterar la realidad de lo ocurrido agravando los hechos para que el reproche penal sea mayor. Resulta evidente y hasta humano el odio que puede existir en una víctima hacia el autor de un delito que lo ha cometido sobre su persona. Y más aún en casos de hechos graves y/o perpetrados con violencia o intimidación. Pero si eso fuera así ninguna víctima podría ser aceptada en su veracidad en sus declaraciones dudando de que lo que dice lo es por venganza o animadversión. Evidentemente que puede existir rechazo y hasta odio hacia el autor de un delito por su víctima, pero ello no hace crear una especie de "desconfianza natural" hacia ella por la circunstancia de haber sido víctima.

*Ser víctima no comporta una especie de presunción de que va a declarar contra su agresor faltando a la verdad.*

En este caso se ha explicado que existe una "verdad sostenida" en el tiempo respecto de que el recurrente la forzó sexualmente, aunque no hubo lesiones, porque no existió resistencia física, pero sí ausencia de consentimiento. Y esa ausencia de resistencia física, que no anula la existencia de violación, se debió al escenario en el que se encontraba con varias personas allí, le sujetaban de los brazos, el lugar era un baño cerrado mientras el recurrente tenía acceso carnal forzado con ella. La resistencia física era imposible ante la intimidación ambiental existente, tanto por la pluralidad de personas como por el lugar donde se desarrollaron los hechos.

No puede en un escenario como el que se describe exigir más a una víctima que ha sido introducida en el lugar a la fuerza y que se encuentra con varias personas sin posibilidad alguna de salir de allí, lo que evidencia que la resistencia física es un elemento imposible que no puede valorar, de lo que se desprende la inexistencia de lesiones, a lo que luego nos referimos, porque la intimidación ambiental y numérica le impedía actuar de una forma distinta a como lo hizo.

*b.- Momento de la denuncia y pericial psicológica.*

Señala también el TSJ que:

*"Además, es un hecho muy relevante de la ausencia de un móvil de resentimiento el que María Dolores no presentara denuncia, recuérdese que el procedimiento se inicia como consecuencia de la búsqueda de la menor llevada a cabo por la Guardia Civil a requerimiento de sus padres, al haberse escapado de casa el día anterior.*

*Y en fin, ante la alegación del apelante sobre la actitud de la menor tras haberse producido los hechos, y que según la prueba pericial psicológica no tuviera lesión alguna de esta naturaleza, ni remordimientos, que mostrase absoluta frialdad, todo lo cual -dice- carece de lógica cuando se ha sufrido una agresión sexual múltiple, esta Sala ratifica la fundada argumentación de la sentencia apelada sostenida sobre el informe psicológico forense en el que se recoge, en efecto, que María Dolores presenta un estado de ánimo normalizado sin signos de afectación emocional, no objetivándose sintomatología ansioso depresiva vinculada a los hechos denunciados,*



*no obstante afirma que María Dolores es vulnerable, y justifica que su testimonio sea indeterminado, según explicó la perito en el acto del juicio, porque debido a la situación familiar problemática (menor perteneciente a familia desestructurada tutelada por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha) se hace una coraza; es influenciable y manejable, su madurez es propia de la edad (en el momento de los hechos 12 años), y que pese a su conocimiento de temas sexuales, carece de madurez en ese terreno; lo que explica convincentemente aquellas conductas puestas de manifiesto por el apelante, como una forma de vivir, evitar enfrentarse a una situación, no tener figuras de referencia, por eso trata de contárselo a sus "iguales" en el instituto."*

El Tribunal dibuja el escenario de la situación en la que se encontraba la víctima en su esfera personal, ya que las reacciones de las víctimas ante este tipo de hechos no son las mismas y dependen de sus condiciones personales y familiares; de ahí que se describa la misma por el tribunal para explicar la respuesta ante la pericial psicológica para entender esta situación y su reacción ante los hechos, que no es la misma que otra víctima que lo estuviera en condiciones personales distintas. Ya lo explica a la perfección la sentencia al referir que *la víctima se hace una coraza*, en el sentido de que el grado de afectación ante hechos hostiles y negativos no era lo mismo en ella que en otra mujer sin las circunstancias personales de desestructuración, por lo que no puede fijarse un patrón medio general para todas las víctimas que pasen por una situación similar, ya que el grado de afectación y respuesta emocional es diferente según sean las condiciones personales y familiares de la víctima, lo que influye a la hora de que se practique la pericial psicológica en estos casos.

No puede atribuirse, por ello, a las víctimas de agresión sexual un comportamiento concreto y determinado al modo y manera que los autores de una violación consideren, o sean ellos, los que marquen cómo debe reaccionar una víctima de agresión sexual cuando lo ha sido, como si existiera una especie de "*protocolización de actuaciones de víctimas de violación tras ocurrir los hechos*", y que si no se siguieran esas pautas conductuales o reactivas, ello quisiera decir que las víctimas mienten.

Hay que tener en cuenta que la víctima de una violación se encuentra de repente en un escenario tras el que ha sido forzada sexualmente y puede que no sepa cómo actuar, o a dónde dirigirse, por lo que si en este caso, además, el día anterior se había marchado de su casa y fue localizada por la guardia civil no tiene nada de inconsistente que sea en ese momento cuando se decide a denunciarlo, ya que en muchas ocasiones no saben qué hacer, por lo que no existe una directriz o línea de actuación "homologada" que indique qué pasos deben darse ante estos supuestos.

Por ello, que ella denunciara cuando es localizada por los agentes no tiene nada de extraño, o que desvirtúe la prueba existente, o haga dudar al tribunal de la veracidad de lo que cuenta, ya que, incluso, en muchos casos de agresiones sexuales las víctimas hasta tardan en denunciar un tiempo hasta que toman la decisión de llevarlo a cabo por múltiples razones que existen ante un suceso de la gravedad como es el de una violación. Y más aún cuando se trata de una agresión sexual en las condiciones de "colectividad ejecutiva" como se ha desarrollado en este caso.

Así, en estos casos, el tiempo que se tarda en denunciar, o las circunstancias que rodean el momento de la denuncia en casos de agresiones sexuales no son datos a tener en cuenta para reducir o anular la credibilidad de lo que las víctimas cuentan considerando que debe haber un protocolo de uniformidad en cuanto a cuál debe ser la reacción de la víctima ante un caso como el vivido en este supuesto de violación del recurrente aprovechándose de la ejecución y ayuda grupal descrita en los hechos probados en la que el autor directo se auxilia de terceros en la ejecución del acto a modo de la cooperación necesaria por la que ha sido condenado el siguiente recurrente.

Además, que la víctima no tenga lesiones tampoco supone un sinónimo de que la violación no haya ocurrido como luego detallamos.

#### *c.-La corroboración periférica de testificales*

Señala sobre ello el TSJ que:

*"Testimonio de los testigos menores de edad por haber sido enjuiciados ante la jurisdicción de menores, recayendo sentencia de conformidad. Se trata del testimonio de coinvestigados..."*

*En este caso, los referidos testigos son los siguientes: Gaspar , que declara que empujaron a María Dolores y la obligaron a la fuerza a entrar a la residencia abandonada donde se desarrollaron los hechos y que cuando acabaron salió llorando; - Jon , que preguntó a María Dolores por qué lloraba y esta le dijo "déjame, déjame"; y - Octavio que afirmó que la chica no quería entrar a la habitación, que Eloy no la dejaba salir, la empujaba, que llegó a la habitación "empujándola con fuerza", que "no entró de forma voluntaria", que eran cinco personas ( Eloy , Eulalio , y los tres menores de edad - Octavio , Jon y Gaspar -); y todos ellos sitúan a Eulalio en el interior del inmueble, matizando Octavio que solo Eloy tuvo relaciones con María Dolores , y que la chica no quería tener relaciones sexuales porque "le daba vergüenza porque estaban cinco personas en la casa*



*...su comparecencia (la de los testigos menores) al acto del juicio oral permitió que fueran interrogados por la defensa, habiendo quedado de este modo garantizado el principio de contradicción; y mayor abundamiento, lo hicieron en condición de testigos, toda vez que ya fueron condenados en la jurisdicción de menores mediante sentencia firme por su participación en los mismos hechos que ahora se enjuician."*

La existencia de otros testigos que hayan sido juzgados ante la jurisdicción de menores y condenados en sentencia de conformidad no desnaturaliza su declaración como testigos en el proceso penal en el que se enjuicia al autor mayor de edad de esos hechos. No puede haber duda sobre esta declaración y el tribunal la valoró con el conjunto de la prueba practicada, sin que tenga que ser rechazada o puesta en duda.

Añade, también, el TSJ más testigos cuya declaración fue debidamente valorada, a saber:

- Luis Miguel declaró que de las personas que estaban dentro del inmueble conoce a Eloy, al " Picon " (apodo con el que se conoce a Eulalio ), y al " Tirantes "; que estuvieron dentro hasta que salió María Dolores corriendo; que escuchó gritos cuando María Dolores entró a la residencia, que él no intentó entrar porque fue amenazado con ser golpeado con un extintor si lo hacía, que se encontró luego con ella en el instituto, al que llegó llorando y la ropa con manchas blancas, concluyendo que "estaban las cinco personas en la casa"

- Leocadia , que acompañaba a María Dolores cuando se acercaron Eloy y sus amigos, manifestó que cogieron a María Dolores entre Eloy y Eulalio , que "se la llevaron", que María Dolores decía "que me dejéis en paz"; que ella ( Leocadia ) llegó a la puerta y no entró, se fue con Luis Miguel , tenía miedo, pensó que le podía pasar lo mismo, "pensó, la van a violar", detectando así -dice la sentencia- el clima de tensión contrario totalmente a un encuentro sexual consentido.

- Fermín , amiga de María Dolores , a cuya casa acudió tras los hechos para ducharse y lavar la ropa, a la que María Dolores le dijo que "la habían violado".

- Iván con espontaneidad y claridad apreciada por el Tribunal y verificada por esta Sala, declaró que en la puerta de la residencia al preguntar lo que hacían allí, Eulalio contestó "que nos estamos follando a una", siendo entonces cuando María Dolores salió llorando.

Los testimonios fueron contundentes al explicar lo ocurrido y unívocos. Con ello, podemos ver que la declaración de la víctima es corroborada en sus aspectos nucleares por lo que ella manifestó de que fue forzada sexualmente, ya que estos testigos arrojan luz sobre lo que la misma víctima dijo en cuanto que se la llevaron a la fuerza, que escucharon gritos, que le amenazaron para que no entraran, que ella llegó llorando luego y la ropa con manchas blancas, que ella les decía que le dejaran en paz y que existía un clima de tensión contrario a tratarse de un encuentro sexual voluntario, lo que corrobora la versión de la víctima, y que incluso uno de los testigos declaró que Eulalio le dijo lo que estaban haciendo y María Dolores salió llorando.

*d.- La valoración del cambio de declaración en la versión del recurrente.*

*"Respecto del cambio de declaración (en una primera declaración negó la existencia de relación alguna con María Dolores para en la siguiente reconocer la existencia de relaciones sexuales, pero voluntarias), alegando que no fue debida al hallazgo de restos biológicos de Eloy en las ropas y cuerpo de María Dolores , resultado de las pruebas biológicas realizadas por el Instituto Nacional de Toxicología, como dice la sentencia, sino a un cambio de estrategia por parte del nuevo letrado defensor; apuntando también la causa del cambio de versión a la edad del acusado (18 años recién cumplidos), a su falta de experiencia previa en situaciones judiciales, y a que se vio abrumado y sorprendido por la acusación de María Dolores con la que ya había mantenido relaciones sexuales.*

*Al respecto debe hacerse ver que no es cierto que el Tribunal sentenciador considerase un contraindicio los cambios en sucesivas declaraciones del imputado, sino, como tiene declarado la jurisprudencia citada en la sentencia apelada, a la que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias, la valoración de manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatorias del acusado no implica inversión de la carga de la prueba cuando existen otros indicios relevantes de cargo, como ocurre en el presente supuesto, sino que la incoherencia, contradicciones o inverosimilitud de las explicaciones del acusado "refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada".*

El recurrente tiene perfecto derecho a cambiar su versión de los hechos, ya que, incluso, puede hasta mentir en su condición de acusado, pero la categoría de contraindicio a su alegato de que antes habían tenido relaciones sexuales debe ser evaluado por el tribunal, que es quien, a la vista de la prueba en su conjunto le dará, o no, categoría de *contraindicio relevante* a esa alegación. Y en este caso resulta irrelevante, por cuanto ese dato es rechazado por el tribunal ante la credibilidad que otorgan a la declaración de la víctima y la forma en la que se desarrollan los hechos en cuanto fue forzada sexualmente, lo que casa mal con la versión del recurrente.

En efecto, el acusado tiene derecho a mentir y cambiar su declaración, pero el tribunal analiza el contenido del conjunto de la prueba practicada y extrae una conclusión, y en este caso frente al hallazgo de restos biológicos



de Eloy en las ropas y cuerpo de María Dolores , resultado de las pruebas biológicas realizadas por el Instituto Nacional de Toxicología el tribunal llega a su convicción de que existió la violación, pero no porque valore que esto lo dice el recurrente cuando es consciente de que las pruebas iban en su contra en cuanto al hallazgo de las pruebas biológicas, sino porque, como hemos expuesto, era irrelevante, ya que haber tenido relaciones no excluye una violación si en una vez posterior la víctima se niega, y, pese a ello, es forzada, porque ella puede negarse cuando quiera a tener contacto sexual. Por ello, el contraindicio de alegar posteriormente que había tenido relaciones con ella antes no altera el conjunto del material probatorio tenido en cuenta por el tribunal y validado por el TSJ.

e.- *Hallazgo de restos biológicos del recurrente.*

Señala el TSJ que:

*"Días antes, el 13 de marzo de 2019 se emite informe por el cual el instituto nacional de toxicología según el cual en el hisopo de introito vaginal y anal se obtienen resultados valorables en el análisis de marcadores STR del cromosoma Y detectándose en dichas muestras un mismo perfil genético (halotipo) que coincide con el halotipo de Eloy , así como ADN y semen en la malla, camiseta, abrigo y tanga cuyo perfil coincide con el del procesado Eloy ". Y en cuanto a la valoración del reconocimiento finalmente de la existencia de relaciones sexuales con María Dolores , pero que estas fueron siempre voluntarias, la Sala sentenciadora desecha la versión del acusado porque no concuerda con el resto de la prueba practicada; no hay más que atender a los testimonios de los testigos anteriormente reseñados para constar la inexistencia de consentimiento."*

Es por ello, por lo que lejos de la ausencia de corroboración periférica que sostiene el recurrente se adiciona otra más a la propia declaración de la víctima cual es la contundencia de que, además, se hallan restos biológicos del recurrente en la ropa de la víctima, por lo que pese a que el recurrente señale la existencia de relaciones previas con la víctima que ella niega tajantemente la valoración de la prueba por el tribunal lleva a la convicción de que el recurrente tuvo relaciones sexuales con la víctima y forzadas, como se desprende de la propia declaración de ella, creíble, sustentada con el resto de pruebas que se ha citado para construir el castillo probatorio que el tribunal de instancia ante el que se ha practicado la prueba ha reflejado en la sentencia y que el TSJ ha revisado en virtud del recurso de apelación interpuesto con este mismo motivo ya analizado con detalle en el proceso de análisis de la racionalidad de la valoración probatoria.

f.- *Participación de terceros en los hechos*

Señala el TSJ que:

*"Los menores ( Gaspar , Jon y Octavio ) reconocen que estaban en la casa ellos mismos, Eloy y Eulalio , además de María Dolores claro; por su parte Iván , aunque sitúa a Eulalio fuera en el momento que llegó al lugar y preguntó por lo que hacían por allí, la sentencia explica de forma absolutamente razonable y lógica que aun en el caso de que Eulalio contestase "que se la están follando" en vez de "nos la estamos follando", no deja de ser cierto que conocía lo ocurrido, no siendo incompatible su presencia fuera de la casa en ese momento con haber participado en los hechos enjuiciados, toda vez que estos ya se habían producido en tanto que cuando se produce este cambio de palabras entre Iván y Eulalio coincide con la salida de María Dolores llorando".*

Concurrieron a declarar como testigos menores que allí estaban y la presencia de Eulalio lo era cuando el suceso ya había acabado, porque al momento de decir lo que estaban haciendo salió llorando la víctima como declaró el testigo, de lo que se desprende que ambos estaban dentro antes y participando en los hechos.

g.- *El lugar donde se perpetraron los hechos.*

Señala al respecto el TSJ que:

*"Por lo que se refiere a la imposibilidad material de que en el baño donde se llevó a cabo la agresión pudieran estar todos (menores y Eulalio además de Eloy y María Dolores ) dadas las pequeñas dimensiones de este espacio, alegada por ambos apelantes, ha de hacerse ver que desde el punto de vista de la credibilidad de María Dolores , entendemos que si bien es cierto que se trata de un recinto pequeño como ha podido comprobar esta Sala mediante el visionado del reportaje fotográfico, y por ello pudiera ser difícil que cupiesen más de dos personas, como declaró en el juicio oral el agente de la Guardia Civil que realizó la inspección ocular, no puede afirmarse que fuera imposible, teniendo en cuenta que es lógico que la percepción de María Dolores , al encontrarse en un lugar casi sin luz, con los ojos cerrados la mayor parte del tiempo, no fuera tan clara como para poder discernir si estaban todos a la vez o solo dos al menos ( Eloy la violaba y Eulalio la sujetaba de los brazos), pudiendo estar el resto en la puerta; como irrelevante es que solo se encontraron restos de semen de Eloy , no del resto, supuesto que esto no es incompatible con la presencia y participación en la agresión sexual y en consecuencia con la circunstancia del apartado 4 b) del artículo 193 CP , ni con la cooperación necesaria del artículo 28 b) CP ."*



En este punto es evidente que fue el recurrente el que ejecutó el acto sexual forzado directo, de ahí que se hallara su semen, y la declaración del agente que lleva a cabo la inspección ocular es contundente en cuanto a la percepción de la víctima de un lugar oscuro y encontrarse con los ojos cerrados, ya que en estos casos no puede exigirse a las víctimas de violaciones actos heroicos, o que tengan alguna actitud concreta, ya que la negativa de ella a realizar el acto sexual estaba clara y así lo dijo, pese a lo cual fue llevada allí de forma forzada, por lo que la negativa y ausencia de consentimiento no exige actos paralelos de resistencia física, sino que en muchos casos que se han repetido en hechos de violaciones grupales la conducta de las víctimas está siendo idéntica en cuanto a cerrar los ojos y permanecer inmóviles ante la intimidación ambiental concurrente, la imposibilidad de salir de allí, y la posibilidad de que le agredan, o que puedan acabar con sus vidas, incluso, ya que en un escenario como el probado con varias personas, la víctima no sabe qué camino pueden seguir los autores si se niega u ofrece resistencia hasta con miedo de poder acabar con su vida, por lo que es claro su rechazo y que fue forzada como así declaró.

*h.- La ausencia de lesiones.*

Señala el TSJ que:

*"Tampoco la alegación de la ausencia de lesiones externas ni en el cuerpo ni en la zona anal ni vaginal está erróneamente interpretada por el Tribunal sentenciador. La Audiencia Provincial desecha que la inexistencia de lesión, según el informe médico forense, desvirtúe la veracidad del testimonio de María Dolores ; y lo hace mediante una explicación igualmente razonable, lógica y conforme a las reglas de la experiencia: la situación de desvalimiento que sufrió la menor la paralizaron en cierta forma y pese a que se movía y lloraba, esa resistencia era fácilmente vencida sin duda por la situación de pánico, no requiriendo por ello de una fuerza relevante para vencer su resistencia. Además la médico forense declara en el juicio que al poner el chaquetón de María Dolores en el suelo y tumbarla encima pudo evitar las lesiones en la espalda, sin que -añadimos- esta acción pueda considerarse un acto de "caballerosidad" como indebidamente parece deducirse por quien apela, por ser incompatible con la forma en la que se desarrollaron los hechos, y fundamentalmente, con la salida de María Dolores corriendo y llorando."*

Ya hemos expuesto que la ausencia de lesiones físicas en el cuerpo de la víctima no desnaturalizan una declaración inculpativa que pueda llevar a cabo la misma. Y ello, por cuanto la reacción de la víctima ante una violación puede ser de enfrentamiento con defensa personal física, en cuyo caso ante el acoso del autor de la violación las lesiones serán evidentes, o de pasividad, lo que no quiere decir que consienta la relación sexual, sino que, dado que no hay consentimiento a la misma, su ausencia, y por ello, violación, puede venir acompañada de una pasividad motivada por el deseo de que termine cuanto antes para no ejecutar actos físicos de oposición por si resulta agredida brutalmente. Es por ello, admisible, la reacción de miedo de las víctimas de violación que lleva como consecuencia que no existan lesiones. Y esta ausencia en el reconocimiento médico de las mismas no lleva consigo una especie de prueba de que la violación no ha existido porque no hay lesiones físicas.

Estas, como se ha expuesto de forma reiterada por esta Sala, podrán quedar integradas en la violación si forman parte del acto sexual en las zonas sexuales de la víctima, o añadirse en situación concursal si se trata de lesiones adicionales al propio acto sexual. Pero la circunstancia de que estas no existan no altera la credibilidad acerca del testimonio de la víctima cuando señala que la relación no fue consentida y que hubo violencia o intimidación.

Nótese que en estos casos esa violencia o intimidación en acto grupal lo es en grado suficiente como para vencer cualquier tipo de resistencia que la víctima pueda llevar a cabo, y que puede empezar con expresiones de negativa, pero que no le permiten una oposición mayor dadas las circunstancias en las que se encuentra, además de que el consentimiento entendido o presunto por el autor de que la víctima accede tampoco permite el acceso carnal, ya que la decisión de realizar el acto sexual debe ser mutua y no unilateral y forzada como en este caso ha ocurrido. Y los actos probados no evidencian en modo alguno el consentimiento exteriorizado de la mujer de que accedía al acto sexual, sino todo lo contrario.

*i.- No hay contradicciones en la declaración de la víctima.*

Señala el TSJ que:

*"Explica la Audiencia Provincial, invocando la jurisprudencia sobre la valoración de las contradicciones de la víctima sobre todo en caso de ataques a la libertad sexual ( Ss. TS 349/2019 ), que el relato de María Dolores ha sido el mismo en lo básico, que es en esencia coherente y uniforme; y explica las posibles vacilaciones en cuanto al número de penetraciones o si antes fueron por delante o por detrás, diciendo que no invalida la declaración inculpativa de María Dolores que, "por su actitud al declarar, admitiendo haber tenido con anterioridad relaciones sexuales, respondiendo con rotundidad cuando estaba segura de la respuesta y con*



*dudas cuando por las circunstancias no podía afirmar completamente aquello sobre lo que se le preguntaba, ofrece credibilidad a este Tribunal. Por otro lado, que le dieron la vuelta es compatible con la existencia de solo penetración vaginal que puede ser por detrás, de ahí la inexistencia de huellas o lesiones en la zona anal.", debiendo reiterar lo indicado más atrás sobre la fundamentación que ofrece la resolución de instancia sobre la valoración de la inexistencia de lesión; insistiendo en la razonabilidad de la explicación dada por la citada resolución a estas cuestiones.*

Por ello, analizado por el TSJ la valoración del Tribunal acerca de la declaración de la víctima no existen contradicciones, -a no confundir con matices-, que determinen poner en duda su contundente declaración. La víctima ha mantenido en lo esencial los hechos que han determinado la condena por violación. No hay contradicciones que hagan dudar al tribunal de su veracidad. Y que el recurrente haya expuesto otra versión distinta no destruye la validez de la declaración de la víctima. El Tribunal ha escuchado a ambos y ha considerado más creíble la de la víctima *auxiliada probatoriamente* por el resto de pruebas que se han explicitado.

Se incluye en este caso, por otro lado, la referencia al art. 183 quater CP que no puede hacerse en sede de presunción de inocencia, sino que tiene su encaje en infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM, ya que si así fuera se hurtaría tener en cuenta los hechos probados y estos no permiten en modo alguno entender que se admite que la relación fue consentida, ya que este precepto así exige que para la exoneración de responsabilidad penal por proximidad de edad o grado de madurez que la relación sexual sea consentida, lo que no es el caso, ya que los hechos probados determinan que hubo violación, no consentimiento, por lo que mal puede aplicarse este precepto.

Hay que recordar que este art. 183 quater CP tiene su razón de ser en la necesidad de encontrar "salvoconductos" en el CP para no castigar penalmente el sexo entre jóvenes, pero "cuando existe el consentimiento en los dos para hacer el acto sexual". Ello ha llevado a este Tribunal Supremo a admitirlo para absolver cuando existe consentimiento y una proximidad en la edad o grado de madurez en los intervinientes en el acto sexual.

Con respecto a este precepto, se recoge que: *El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.*

En este caso no cabría apreciarla, y sin tener que apelar a la diferencia de edad entre víctima y autor que se situaba en seis años, no obstante. Y ello, porque no hay consentimiento en ella, lo que impide dar cobertura al art. 183 quater CP.

El TSJ descarta esta alegación que ahora se introduce incorrectamente por presunción de inocencia para "huir" del respeto a los hechos probados, señalando que:

*"La pretendida aplicación del artículo 183 quater CP no puede prosperar porque, no habiendo alcanzado éxito el motivo destinado a mostrar el error en la valoración de la prueba, es de ver que en el relato de hechos probados no existe elemento fáctico alguno que permita considerar la existencia de consentimiento por parte de María Dolores, como elemento imprescindible que debe concurrir para analizar si existe el grado de proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez entre ambos, y así poder aplicar el referido precepto".*

Pero en cualquier caso no puede articularse el alegato del art. 183 quater por la vía de la presunción de inocencia, por cuanto es alegato referido a infracción ex lege referido a no aplicar el precepto citado, pero ya fue advertido por el TSJ que no podía prosperar en infracción de ley por no respetar los hechos probados, lo que no permite en esta sede llevarlo por presunción de inocencia.

En cualquier caso, podemos realizar, así, una referencia a supuestos que la doctrina de esta sala ha analizado este precepto:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 478/2019 de 14 Oct. 2019, Rec. 10205/2019

"No puede pretenderse nunca en ningún caso la aplicación de este precepto, ya que no concurre en este caso cuando se triplica la edad de agresor y víctima, pero tampoco desde el punto de vista médico, porque esta disminución de la conciencia y voluntad o de su capacidad de discernir, lo que podría acercarle a una edad psicológica menor que la que tiene, no se ha acreditado, por lo que es inaplicable el precepto, que afectaría al concepto del error.

2.- Sentencia Tribunal Supremo nº 782/2016, de 19 de octubre.



Se contempla un caso de relaciones consentidas entre personas de 29 años y 14, respectivamente. Esta Sala considera dicha diferencia "abultada". Ahora bien, en el caso concreto, el nacimiento de la relación es anterior a la reforma de la LO 1/2015 y se inicia en una fecha en que se situaba dentro del margen permitido por la legislación penal (mayor de 13). "Se produce así la paradoja de que una relación sentimental -la sentencia habla del "amor" que Encarnación sentía por el acusado y de su deseo de mantener una "relación de noviazgo"-, permitida por el derecho penal, se convierte en delictiva a raíz de la publicación de la reforma de 2015 en el Boletín Oficial del Estado. De este modo, una decisión de política criminal -cuya legitimidad formal no es objetable- condena a la clandestinidad una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que pueda contemplarse la diferencia de edad de sus protagonistas, ha nacido en un entorno social de tolerancia y, como tal, indiferente al derecho penal. Desde esta perspectiva, estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado sólo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad.

3.- Sentencia Tribunal Supremo nº 946/2016, de 15 de diciembre.

Se trata de un supuesto de relaciones consentidas entre persona de 11 años y otra mayor que ella en 8 años y 7 meses, en una relación de "seudonoviazgo o prenoviazgo", estimando que "la relativamente próxima edad entre los mismos" se encontraba "fuera de los límites señalados, para la exclusión de responsabilidad, por la novedosa figura introducida, por la LO 1/2015, en el art. 183 quater del CP.

4.- Sentencia nº 1001/2016, de 18 de enero.

Examina otro asunto en el que la relación consentida se establece con una diferencia de "más o menos, veinte años y medio del acusado y los, aproximadamente, once años y ocho o nueve meses de la menor".

"El nuevo art. 183 quater "no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre", pero, "sin embargo sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios". La resolución expresa que "se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso".

Así, como recuerda la Circular 1/2017, de 6 de junio de 2017, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, en los dos últimos casos "la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio" y que "a ello debe añadirse que se produce entre jóvenes de más de veinte años y niñas que no han alcanzado todavía los doce años cuando sucedieron los hechos, lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada".

Destaca la antes citada Circular sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal que: "El núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual. Consiguientemente, la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez.

La regla del art.183 quater CP, como complemento de la fijación de la edad mínima de consentimiento sexual en los 16 años, tendrá consecuencias en relación con la posibilidad de apreciar error de tipo respecto del elemento de la edad cuando las relaciones sean consentidas. En definitiva, si el adulto mantiene una relación sexual con un menor de 16 años en la creencia de que superaba dicha edad y se dan simetría de edad y madurez o desarrollo, el error no tendrá incidencia y resultará de aplicación la exención de responsabilidad del art. 183 quater. Si, por el contrario, se mantienen relaciones sexuales con error sobre la edad (siempre que obviamente concurren elementos que permitan dar verosimilitud al error) y se produce una asimetría de edad o del grado de madurez o desarrollo podría apreciarse el error vencible de tipo."

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 949/2021 de 2 Dic. 2021, Rec. 10292/2021

"La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con el alcance del art. 183 quater.



En la STS 478/2019, 14 de octubre, nos referíamos al deseo legislativo de "...destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos. El propio artículo 183 quater atiende tanto a la edad como al grado de desarrollo o madurez. Y se justificó la adición señalando (...) en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal, al ser aplicable el artículo 183 a conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir 'la asimetría de edades' cuando los actos sexuales son realizados por menores". Con cita de este mismo precedente, la STS 699/2020, 16 de diciembre, recordaba que "...la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez".

La eficacia del consentimiento del menor de edad que acepta la práctica de actos de significación sexual, fue subrayada por la STS 294/2021, 8 de abril: "...partiéndose de que el consentimiento de la menor (de 13 o 16 años) resulta a todos los efectos inválido para justificar la conducta del adulto con quien mantiene relaciones de naturaleza sexual, por vía de excepción se recobra la virtualidad de ese consentimiento para aquellos supuestos en los cuales, por tratarse el autor de una persona próxima en edad y grado de desarrollo o madurez a su víctima, el contexto relacional en el que las conductas se producen aconseja excluirlas de la represión penal".

Pese a que no existía una previsión específica en tal sentido, como acontece ahora a raíz de la nueva redacción del art. 183 quater por la LO 8/2021, 4 de junio, la jurisprudencia ya había descartado su aplicación "... cuando entre el acusado y la menor ha habido violencia (...) lo que ya de por sí es suficiente para no aplicar dicho precepto" ( STS 694/2021, 15 de septiembre y ATS 419/2021, 13 de mayo).

La STS 700/2020, 16 de diciembre, ha etiquetado el art. 183 quater como "... una causa de exención de la responsabilidad, cuya naturaleza se aproxima a una causa de exclusión de la tipicidad (...). En todo caso, se trata de una cláusula para cuya aplicación en la relación sexual de un mayor de edad con un menor de 16 años precisa que la edad del mayor sea próxima a la del menor, y que, también, ambos sean próximos en madurez; son, pues, dos requisitos cumulativos, que, de no concurrir ambos, descartan de raíz la aplicación de dicha cláusula de exención de responsabilidad penal.

No ha optado nuestro legislador por un criterio cronológico puro, sino que lo ha combinado con la relación de proximidad entre la edad del mayor y el menor, y en la simetría de madurez entre ambos, y ello porque estos son factores no sujetos a reglas fijas, lo que no significa que no podamos encontrarnos casos claros en que ni uno ni otro, o bien que uno u otro, se presenten sin duda, porque, si esto es así, cae por su base la aplicación de la referida cláusula de exoneración.

En este sentido la referida Circular de la Fiscalía 1/2017, en el apartado que dedica al grado de desarrollo o madurez, dice lo siguiente: 'como se ha expuesto, nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima".

Se han ocupado también de interpretar los límites del art. 183 quater, entre otras, las SSTS 659/2020, 3 de diciembre y 1001/2016, 18 de enero de 2017."

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 699/2020 de 16 Dic. 2020, Rec. 794/2019

"De la lectura de los pasajes transcritos, resultan dos circunstancias: una, que asume que esa diferencia de cinco años de edad entre el acusado y la menor la considera de la suficiente proximidad como para no descartar la aplicación de la atenuante...El relato fáctico narra que los hechos tienen lugar en el contexto de una relación sentimental, lo que precisa de una cierta sintonía en términos de afectividad; es cierto que se da por probado que la menor no tenía capacidad para consentir relaciones sexuales y que la que nos ocupa fue su primera, pero también se dice que no se ha objetivado daño psíquico en ella, ni se han derivado secuelas de estos hechos, y esto no se debe aislar de ese contexto de afectividad en que tienen lugar la relación.

Estas circunstancias nos permiten pensar que, si no tan cercana a la simetría en cuanto al grado de madurez como para apreciar la exención de responsabilidad penal, desde luego no era tan lejana como para no considerarla muy próxima, o, al menos, no contamos con elementos que nos hagan descartar tal alternativa que, por ser favorable al acusado".

En cualquier caso, la clave para no admitir este alegato ex art. 183 quater es por la ausencia del consentimiento en la víctima. Y no puede ponerse en contacto la pretendida relación de edades, -aunque no son tan próximas-



o del grado de madurez, si no concurre un dato esencial, cual es el consentimiento de ambos en la relación sexual y se ha declarado probado que el de la víctima no existió, sino todo lo contrario.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** 2.- Se Interpone por infracción de ley, al amparo del artículo 849-1 LECrim, por indebida aplicación de los apartados 2,3 y 4 b) y falta de aplicación del artículo 183.1 CP.

Considera el recurrente indebidamente aplicados los artículos referidos por entender que en la relación sexual hubo ausencia de violencia o la participación de terceras personas, por lo que estaríamos ante un delito de abuso sexual y no agresión sexual.

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia ( SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Nos remitimos a los hechos probados que se han citado anteriormente, donde se indica la menor edad de la víctima y la existencia de la fuerza empleada para someterla sexualmente y con la presencia de más personas en los hechos que coadyuvaron a la ejecución. Así, se recogió que:

*"...Obligándola entre Eloy y otra persona a entrar por la fuerza propinándola empujones a la residencia abandonada situada en el parque en la CALLE000 , accediendo también a la misma Eulalio y al menos otras tres personas, abandonando el lugar los amigos de María Dolores y en el interior de la misma en unidad de acción y con propósito libidinoso la empujaron hasta un baño contiguo con escasa luz, tumbándola sobre su propia chaqueta en el suelo.*

*La denunciante, ante la situación de desprotección absoluta, adoptó una actitud de sometimiento y pasividad, bajándole Eloy las mallas y braga siendo sujeta por los brazos por Eulalio , manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados, penetrándola Eloy vaginalmente llegando a eyacular".*

Mantiene el recurrente que no existieron ni la violencia, ni la intimidación ni la participación de terceros a título de cooperadores necesarios que determinen la aplicación de los subtipos agravados que han exasperado tan gravemente la pena, y la ausencia de intimidación ambiental, por la falta de prueba de la participación de terceros.

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

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

Señala el recurrente que "aunque no se pueda entender que mediere consentimiento para mantener relaciones sexuales de la menor y no fuere aplicable el art. 183 quater del C.P. como causa de exclusión de la responsabilidad criminal, consideramos que no ha quedado acreditado ninguno de los subtipos agravados que contiene el art. 183, 2, 3 y 4 b) del C.P. a la vista de la prueba practicada, debiéndose penar los hechos acaso como si fuera un delito de abuso sexual del art. 183,1 del C.P".

Solicita que, en su caso, existiría un delito de abuso sexual del art. 183.1 CP, pero el tribunal lo que aplica es el apartado 2º y 3º del citado precepto en tanto en cuanto se considera acertadamente que existió violencia



o intimidación y el acceso carnal probado. Y, además, el apartado 4 b) en cuanto a la actuación conjunta de dos o más personas.

Pues bien, en el presente caso ha quedado acreditado que:

- 1.- El recurrente llevó a cabo el acceso carnal empleado violencia e intimidación.
- 2.- La víctima estaba en situación de desprotección absoluta.
- 3.- Adoptó ella una actitud de sometimiento y pasividad.
- 4.- El recurrente le bajó las mallas y bragas siendo sujeta por los brazos sucesivamente por distintas personas, en último lugar por Eulalio, siguiente recurrente que participa directamente en los hechos como cooperador necesario.
- 5.- La víctima mantuvo la mayor parte del tiempo los cerrados, penetrándola el recurrente vaginalmente llegando a eyacular.
- 6.- Fue llevada al lugar donde se perpetraron los hechos de forma forzada. La obligaron entre el recurrente y otra persona a entrar por la fuerza propinándole empujones a la residencia abandonada situada en el parque en la CALLE000, accediendo también a la misma Eulalio y al menos otras tres personas, abandonando el lugar los amigos de María Dolores y en el interior de la misma en unidad de acción y con propósito libidinoso la empujaron hasta un baño contiguo con escasa luz, tumbándola sobre su propia chaqueta en el suelo.

La gravedad de este caso es que no se trata solo de atentar contra la indemnidad sexual del menor de 16 años, sino que, además, existe violencia o intimidación, dada la forma en la que se desarrollan los hechos, y junto a ello existe acceso carnal que es lo que eleva las penas de ambos recurrentes a las fijadas de 14 años al presente recurrente y de 12 años al siguiente.

*Existió la violencia e intimidación suficiente para incardinar los hechos en el art. 183.2 CP*

Como se recogió por esta Sala en la sentencia 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019:

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

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

En este caso esa fuerza ejercida como vis compulsiva quedó acreditada.

*Hubo violencia, pero, sobre todo, intimidación*

La descripción del lugar en el relato de hechos probados así lo evidencia en cuanto al recóndito lugar en el que se desarrollan los hechos que le provocó a la víctima esa intimidación, auxiliado ello porque fue forzada a llegar allí siendo empujada hasta el lugar.

Esta Sala tiene declarado sobre la concurrencia de la intimidación entre otras resoluciones que:

- 1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 22 May. 1996, Rec. 2487/1995.

*"En la "intimidación", vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado (Cfr. SS 10 May. 1988, 28 Abr. 1989 y 6 Abr. 1992, entre otras). La gravedad de la infracción se ha de valorar siempre en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales, pero lo que deviene insoslayable es que pueda colegirse de los actos,*



*gestos, actitudes y palabras que el agente se haya decidido a la provocación de inmediato de un mal o daño de suficiente entidad, caso de no accederse a sus lascivas proposiciones".*

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 11 Oct. 1999, Rec. 1799/1998.

*"La intimidación que precisa el delito de agresión sexual, apreciada por el Tribunal de instancia y cuestionada en el presente motivo, entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona".*

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 136/2006 de 8 Feb. 2007, Rec. 1108/2006.

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

*Tal como recordaba la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre, "hemos dicho en la STS núm. 73/2004, de 26 de enero, que "el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima ( SSTS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril, 21 de mayo de 1998, y 1145/1998, de 7 de octubre ).*

Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado ( STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y, por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas".

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 32/2015 de 3 Feb. 2015, Rec. 1382/2014.

*"En los hechos consta la existencia de la intimidación, y ya se ha visto que esta fue hábil, hábilmente utilizada y suficiente para producir el efecto buscado. Consta asimismo que es de ese modo y por el uso de ese medio, como se produjeron luego diversos contactos sexuales con penetración vaginal y bucal. Y, en fin, está fuera de duda que... usó a ...fuertemente atemorizada, como simple objeto para obtener una gratificación sexual contra su voluntad.*

*Al respecto, la naturaleza de esos contactos está mutuamente aceptada y fuera de discusión, por tanto. Y el dato de que Paulina se avino a ellos, luego del primero, simplemente por temor y no como efecto de una decisión libre, resulta suficientemente acreditado, incluso con llamativa plasticidad, en vista de la crudeza de las expresiones con las que... manifestó sus exigencias mediante los mensajes de texto transmitidos a través del teléfono.*

*Concurrió por tanto el supuesto previsto en el art. 178 C penal, del modo que ha sido interpretado en multitud de sentencias de esta sala (por todas, la de n.º 307/2009, de 29 de enero)".*

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 754/2012 de 11 Oct. 2012, Rec. 10041/2012.

*El delito de agresión sexual requiere violencia (o intimidación), pero en modo alguno que se ocasionen lesiones. La ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, según tiene declarado esta Sala, no empece para la existencia del delito "la agresión sexual ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales algunas veces no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones ( STS. 686/2005 de 2.6, 28.9.96).*

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 609/2013 de 10 Jul. 2013, Rec. 1917/2012.





*"Para apreciar la intimidación este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente.*

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

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

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

7.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 480/2016 de 2 Jun. 2016, Rec. 10975/2015.

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

8.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 667/2008 de 5 Nov. 2008, Rec. 11102/2007

*"Al respecto y en relación a la intimidación hemos señalado, STS. 1689/2003, que el art. 178 CP. que describe el tipo básico de las agresiones sexuales vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecte al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual.*

*La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo ( S.S.T.S. de 05/04/00, 04 y 22/09/00, 09/11/00 o 25/01/02 y 01/07/02, 23/12/02 ).*

*Es cierto que 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. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla.*

*El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. La S.T.S. 1259/04 expone que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado ( STS núm. 1583/2002, de 3 octubre ). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción".*



*Analizada la doctrina al respecto de la Sala hay que precisar que en este caso, concurre una intimidación que podemos denominar "intimidación ambiental en el hogar en delitos contra la indemnidad sexual de los menores", debido a que el autor de los hechos se ampara en amenazas evidentes contra los menores que giran en varios extremos o giros, tales como: si no haces esto, pegaré o mataré a tu madre o a ti, o a tus hermanos. El agresor sexual se convierte en un amenazador permanente que con su conducta y ascendencia persigue y consigue vencer la inicial, y en muchos casos mínima oposición de los menores a llevar a cabo estos actos.*

*Pero en estos casos, el vencimiento psicológico de los menores para dejarse hacer esos execrables actos sexuales a los mismos, o psychological intimidation del derecho anglosajón, resulta más sencillo que en otros escenarios donde otras víctimas pueden tener alguna vía de escapatoria que resulta muy complicada en la intimidad del hogar, y en los momentos en los que la madre está ausente del hogar, que es donde el autor de estos delitos los comete de forma depravada y convirtiéndose en un acosador psicológico en lo atinente al vencimiento de sus deseos sexuales por la presión ejercida que no requiere que sea física, sino tan solo psicológica al influirles temor a los menores de las consecuencias de su negativa a sus deseos.*

*Nos encontramos con situaciones de actos sexuales causados, como en este caso, por personas de su entorno intrafamiliar y dentro del hogar, quienes no ejercen una violencia física sobre los menores para llevar a cabo el acto sexual con ellos, sino una intimidación psicológica para vencer su evidente resistencia a hacer lo que les piden los autores, o dejar que ellos hagan lo que pretenden con ánimo libidinoso. Es lo que en el derecho anglosajón, que ha tratado con frecuencia este problema de la delincuencia sexual en el hogar, se denomina Sexual violence by intimate partners usually accompanied by physical and emotional violence que aquí también se evidencia como la violencia emocional que constituye la intimidación.*

*De esta manera, la emotional violence anglosajona, o "violencia emocional", es la intimidación que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea "evidente" ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa "violencia emocional" de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocurrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.*

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

*A tenor de los hechos probados y la prueba analizada, así como la argumentación jurídica de la sentencia confirmada por el TSJ hay que señalar que consta claramente que se ha utilizado por los condenados la fuerza física, pero, a la vez, la intimidación para doblegar la voluntad de la víctima. Se emplea fuerza, pero también se colman las exigencias típicas de la intimidación para doblegar a la víctima menor de edad (utilizando un clima de temor que anula su capacidad de resistencia).*

*En el presente caso las sentencias impugnadas aplican la agravante del apartado 4 b) del artículo 183 CP (actuación conjunta de dos o más personas), sólo al recurrente y no al siguiente recurrente.*

*Se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019 con respecto al subtipo agravado del art. 180.1.2º CP (y en este caso del art. 183.4 b) CP) de la actuación conjunta de dos o más personas que:*

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

*De lo anterior se desprende que la circunstancia no encuentra su razón de ser en el acuerdo previo, sino en la contribución eficaz para lograr el objetivo antijurídico. Y también la realización conjunta supone un incremento del desvalor de la acción, pues, de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o, al menos, el aseguramiento del designio criminal para los autores, y de otro, una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de su capacidad de*



respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación. También podemos entender agravado el resultado por la búsqueda de impunidad de los autores que conlleva el riesgo potencial, sociológicamente menos relevante y más improbable si el autor es único, de lesionar otros bienes jurídicos del sujeto pasivo, como su propia vida, con la finalidad de encubrir y silenciar el delito cometido.

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

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

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

En similares términos nos hemos pronunciado en la más reciente sentencia 194/2012, de 20 de marzo, al afirmar que: "El artículo 180.1.2ª del Código Penal prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, no solo por la mayor gravedad que supone la existencia de un acuerdo, anterior o simultáneo, para la ejecución de hechos de esta clase, sino por la mayor indefensión en que se encuentra la víctima ante un ataque desarrollado por varias personas. No exige el tipo, literalmente, una autoría conjunta, sino una actuación conjunta. Y en los casos de aportaciones de terceros a la ejecución, que deberían ser considerados cooperadores necesarios o cómplices, no se aprecian razones para excluir la agravación, al concurrir todas las que las 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. Decíamos en la STS nº 1667/2002, con cita de la STS nº 486/2002, que "...esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio "non bis in idem" cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado".

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

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



El criterio analizado también es mantenido por la STS 246/2017, de 5 de abril, con cita de las SSTs 1142/2009, 421/2010 y 235/2012

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

En el presente caso la sentencia respeta el criterio antes citado, ya que al tratarse de dos responsables, una en concepto de autor y otra como cooperador necesario, la agravación sólo se aplicará al autor, pues en el caso de aplicarse también al cooperador necesario nos encontraríamos ante una doble valoración de una misma conducta, de un lado para apreciar la cooperación y, de otra parte, para aplicar la agravante.

Los hechos son de una tremenda gravedad, al tratarse de una violación grupal en la que, según el relato de hechos probados, se considera a la mujer como un objeto sexual llevándose a efecto la cosificación de la misma mediante la agrupación de personas para llevar a efecto el acto de violación, ya sea por un ejecutor y el resto de coadyuvantes y cooperadores necesarios, o sean varios los que lo ejecuten.

En cualquier caso, la existencia del acto grupal y participación de terceros es evidente y supone una ejecución del mismo facilitando el aseguramiento, así como reduce y rebaja las posibilidades de que la víctima pueda considerar alguna posibilidad de escape del lugar, lo que lleva a una especie de actitud pasiva, como en este caso ocurrió, al no vislumbrar forma de escapatoria del lugar, esperando a que todo el drama termine cuanto antes.

No concurre, por lo antes expuesto la circunstancia de aplicación del art. 183 quater CP ya explicado en tanto no hubo consentimiento por la víctima. Lo que hubo fue una violación y este precepto solo se aplica en casos de sexo consentido entre ambos cuando concurren las circunstancias antes indicadas, lejos de lo cual fue el presente caso en el que se describe un supuesto de violación ayudada por el grupo y en el contexto de la "intimidación ambiental".

Esta Sala ha tratado hechos de violación grupal ya en diferentes casos en los que se destaca, como aquí ha ocurrido, la especial situación de las víctimas de ataques grupales de contenido sexual con características similares en los hechos y forma de proceder en la actuación y en la reacción de las víctimas ante la indefensión que les causa el ataque grupal con creación de un escenario de "intimidación ambiental". Veamos.

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020, Rec. 10613/2019

Se trató de un caso de violación grupal de tres hombres a una mujer en un lugar escondido en el interior del portal con ejercicio de violencia e intimidación y aprovechamiento de la situación de embriaguez de la víctima.

Señala esta Sala que:

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



1.- Las amenazas proferidas que llevan consigo una carga que integra la intimidación ambiental propia del lugar descrito en el hecho probado donde tienen lugar los actos de violación grupal. No olvidemos que los actos se cometen por tres personas y que los tres, de una u otra manera, participan.

2.- No puede haber abuso sexual donde consta probada la violencia ejercida y que deja prueba médica, pese a que los recurrentes apunten que ello puede ser provocado por la misma secuencia consentida.

3.- El consentimiento no consta en modo alguno, y no hay una anulación de la voluntad y la conciencia que lleve a entender que no habría agresión si está privada de ello, ya que no lo estaba, sino que había ingerido alcohol, pero sin perder la total conciencia de lo que estaba pasando y de lo que ocurrió.

4.- Queda acreditada la existencia de violencia con base en la declaración de la víctima refrendada por el parte de lesiones, que narra una serie de lesiones que, según declaró el médico forense, resultan compatibles con las que se pueden producir en el desarrollo de una agresión sexual.

5.- Hay violencia + intimidación en el caso declarado probado. Se le agrede y se le intimida por medio de la amenaza consistente en decirle a la víctima que se callara o la llevarían a la frontera con Francia a ejercer la prostitución, amenaza que el tribunal considera probada. Nunca puede haber abuso en este caso. Hay violación.

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

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

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

... la corresponsabilidad atañe a todos y cada uno de los intervinientes en la comisión de la violación grupal por la presencia de los mismos en el ataque a la libertad sexual, porque quien actúa en la fase de ejecución del delito de violación es coautor, no cooperador necesario, y el tercer recurrente también intervino y coadyuvó a la comisión del delito, que lo es grupal, aunque con responsabilidades individuales. No se actuó por los tres solo en una fase previa, sino que consta probado que estaban allí los tres, y esto es hecho probado y en la fase ejecutiva de la agresión sexual la autoría se integra en esa participación individual en los actos de cada uno, y, al mismo tiempo, grupal.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 20/2022 de 13 Ene. 2022, Rec. 10499/2021

Se trató de un caso de acceso carnal con empleo de violencia e intimidación para vencer la resistencia de la mujer con continuidad. Los dos acusados son condenados como autores por la agresión sexual ejecutada por sí mismos, y como cooperadores de la agresión sexual del otro partícipe, llegando en algunos momentos a mantener las relaciones con la víctima al mismo tiempo. La sola presencia coadyuva al ambiente intimidatorio.

"...en el hecho probado se recogen las circunstancias que llevan a la cooperación necesaria de este recurrente en la agresión sexual del otro, en la medida que se describe una actuación conjunta de ambos, para la consumación de su propia violación y de contribución eficaz a la perpetrada por el otro, en tanto en cuanto, además de ser protagonista principal en la que cada uno materializó, su presencia se constituyó en un factor de intimidación coadyuvante para la ejecutada por el otro."

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 369/2020 de 3 Jul. 2020, Rec. 10661/2019



Se trató de un caso de acceso carnal por varios sujetos con mujer privada de sentido por consumo de alcohol.

Señala el TS que: "El reproche penal que lleva consigo este tipo penal, y que se ajusta a los hechos probados, se basa en ese aprovechamiento de mujeres que han podido consumir alcohol en exceso, lo que les lleva a un estado de absoluta merma y anulación de facultad para decidir y de lo que se aprovecha el sujeto activo para cometer el acto sexual, lo que es más grave cuando la conducta se lleva a cabo por varios sujetos, como aquí ocurrió, lo que permite que la actuación grupal tienda a asegurar, aún más, la ejecución de los instintos sexuales de los autores y haga absolutamente ineficaz cualquier signo o intento de oposición de la víctima, que estando con sus facultades decisorias anuladas casi por completo, añade que el delito sexual se perpetra por varios sujetos, lo que determina la gravedad y vileza de este tipo de actos cometidos por varios hombres sobre una mujer al aprovecharse de su estado de ingestión de alcohol o drogas para realizar actos sexuales que deben integrar el mayor reproche penal por el ataque a la libertad sexual de una mujer cuando ésta se encuentra privada de sentido, lo que viene a constituir una sustitución de la violencia que se necesitaría para vencer la resistencia de la mujer por el aprovecharse de su estado de casi inconsciencia para realizar el acto sexual por no necesitar la violencia para conseguirlo. En uno u otro caso, la similitud existe, porque lo que se lleva a cabo es un "vencimiento" de la voluntad de la víctima, bien con la violencia o intimidación, o bien con el aprovechamiento de su estado por la ingesta de alcohol o drogas.

Así, con el ejercicio de la violencia o intimidación se vence la oposición de la víctima a llevar a cabo el acto sexual y con el aprovechamiento del estado de la víctima por la ingesta el consentimiento ya se obtiene por ese "aprovechamiento", con la perversidad del autor se manifiesta de igual modo por llevar a cabo un acto sexual en ambos casos "no consentido" en cualquier caso.

... El juicio de voluntades es mutuo en el acceso carnal, no unilateral por el propio agresor, ya que esta unilateralidad del acto sexual unido al empleo de aprovechamiento del estado de la víctima que no tiene capacidad de decidir es lo que convierte en delictiva la conducta de los recurrentes por más que quieran negar la evidencia de los hechos probados. Existe un vencimiento de su posible oposición por su estado provocado por la ingesta de alcohol o drogas, mientras que en la agresión sexual el vencimiento lo es por el acto físico, o el vencimiento psicológico del empleo de la intimidación. En los tres escenarios existe el "aprovechamiento" y la "unilateralidad", que es lo que hace típica, punible y, en esencia, reprochable este tipo de conductas que conllevan un absoluto desprecio a la mujer por su condición de persona y un uso de la mujer con objetivo sexual y sin ningún reparo en lo que pueda sentir y sufrir una mujer cuando es agredida sexualmente, o cuando en los casos, como el presente, cuando recupera su consciencia, se da cuenta de que ha sido atacada en su libertad sexual ante el estado en el que se encontraba, lo que produce el mismo daño psicológico que la agresión sexual consciente la víctima al momento de su perpetración, mientras que en los casos del art. 181 CP el sufrimiento es ex post al cerciorarse de lo que ha sido víctima."

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 462/2019 de 14 Oct. 2019, Rec. 1379/2019

En este caso concurre acceso carnal mediante intimidación y exteriorizada la oposición de la víctima en varias ocasiones, se somete a los deseos de los acusados como consecuencia de su situación de clara inferioridad, y por hacerle ver aquellos que no tenía más opción que someterse a sus deseos, de no querer afrontar otras consecuencias perjudiciales para ella. Se aplicó el subtipo agravado de actuación conjunta de dos o más personas. Lo relevante no es el acuerdo previo, sino la confluencia de voluntades en la que todos los presentes contribuyen de manera eficaz al resultado.

"La sentencia de instancia proclama el sometimiento de la víctima mediante una intimidación coactiva desplegada y mantenida por los tres acusados durante el tiempo que fueron rotando para la consumación de sendas penetraciones. Pese a que cada uno de ellos llevó a término la agresión de manera aislada, describe que todo operó bajo una única actuación intimidatoria, pues la agresión se inició por los tres acusados y mostraron a Aida que tenía que satisfacer sexualmente a todos si quería salir de la casa. Se describe incluso que mientras cada uno consumó la penetración en el baño, los otros dos resguardaban la intimidación custodiando desde el dormitorio que la agredida no pudiera salir y abandonar la casa. Se muestra así una coautoría material en los tres hechos típicos que excluye que la aplicación de la agravación específica del artículo 180.1.2.ª a todos ellos pueda entenderse infractora del bis in idem que el recurrente arguye.

En todo caso, aun cuando se considere cooperación necesaria su participación en las agresiones sexuales de otros, tampoco puede asumirse que la aplicación de la cualificación del artículo 180.1.2.ª haya supuesto el quebranto del principio expresado, por dos razones :

a. Los hechos atribuidos a cada uno de los acusados han sido calificados como un delito continuado de agresión sexual de los artículos 178, 179 y 180.1.2.ª del CP, en relación con el artículo 74 del mismo texto. Conforme a lo anteriormente expuesto, tal juicio de subsunción resulta erróneo, siendo su mantenimiento obligado en atención a la ausencia de impugnación sobre este extremo y por presentar un contenido favorable



a los recurrentes. En todo caso, la consideración unitaria del delito continuado comporta la integración de la penetración bucal que ejecutó en el tipo penal que se le atribuye, de modo que la agravación específica no entraña la doble punición que se ha visto y

b. La sentencia de instancia proclama que la intimidación se ejerció por los tres copartícipes. De este modo, la participación como cooperador necesario al hecho típico perpetrado por otro vendría siempre acompañada de la intervención en los hechos de un tercer acusado (también cooperador necesario), esto es, de un acompañamiento no tenido en cuenta a la hora de definir su participación accesoria".

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 987/2021 de 15 Dic. 2021, Rec. 10038/2021

Se trató de un caso de acceso carnal por agresión en grupo con trato especialmente vejatorio y humillante con dolo sobre la edad de 14 años de la víctima de los dos acusados mayores de edad que se enjuiciaron en este proceso junto a otros menores partícipes y a otros más de 10 que presenciaron los hechos. Existió cooperación necesaria del partícipe que sujeta a la menor y alienta a los demás a consumir los accesos, con un claro dominio funcional.

Señala el TS en esta sentencia que:

"A su vez, y en el ámbito de fiscalización que le corresponde en relación con los razonamientos contenidos en la sentencia dictada por el Tribunal Provincial, la sentencia que aquí se recurre, añade: "los acusados aprovecharon esta situación para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con el ánimo de obtener su satisfacción sexual, pronunciando frases claramente vejatorias y humillantes hacia ella. No hubo decisión voluntaria, ni se mostró proactiva, con independencia de que lo hubiera estado con otros menores la misma tarde. La llevaron a un sitio distinto, lejano y, a iniciativa de los acusados, que a diferencia de ella son mayores de edad y cuatro años mayores que ella, actuaron en grupo y con intimidación con un evidente desequilibrio". Finalmente, se razona también en la sentencia ahora impugnada: "Dicho material gráfico corrobora las manifestaciones de la menor, ya que se la puede observar a cuatro patas al lado de una pared, siendo penetrada por uno de los individuos, realizando felaciones a varios de los jóvenes, rodeada por los acusados y otros chicos menores. Como se afirma por el Ministerio Fiscal en su informe sobre los recursos, en las grabaciones se puede observar que quienes decidían los actos a realizar eran los acusados y los dos menores mencionados, Gracia tenía una actitud pasiva se limitaba hacer lo que éstos decían, si en algún momento, como se alega en el recurso, se puede vislumbrar un amago de risa por parte de la menor, se trata de un rictus que denota tensión y nerviosismo. Asimismo, en las grabaciones, en dos ocasiones puede oírse a Gracia que dice "parar, parar ya".

En definitiva, el órgano jurisdiccional de la primera instancia procedió a valorar la prueba practicada a su presencia de forma plenamente razonable, habiéndose procedido por el Tribunal Superior, también con expresión justificada de su razones, a supervisar la existencia cierta de prueba de cargo válida, regular y suficiente para enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia de los acusados, también por lo que respecta a la existencia cierta de una conducta intimidatoria creada y aprovechada por éstos para imponer a la menor cuantas conductas sexuales apetecían.

... Se inserta en este contexto la denominada "intimidación ambiental", que surge allí donde, aun en ausencia de una admonición concreta inmediatamente anterior a la realización del acto sexual impuesto, el sujeto activo aprovecha con este fin, el temor, el sojuzgamiento de su víctima, resultante de actos previos concluyentes y del conjunto de circunstancias que en el caso concurren, de modo tal que, conociendo que la misma no se halla en condiciones de prestar consentimiento libre, prevaleciendo de que se encuentra seriamente intimidada, le impone la realización de conductas de contenido sexual."

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019

En esta sentencia, en el caso denominado "La manada" se trató de un caso en el que la Sala aplicó la condena por agresión sexual, aunque la condena previa recurrida por la acusación lo era por abuso sexual. Se trató, también, de una violación grupal con la gravedad de la intimidación hacia la víctima, eficaz para paralizar su voluntad de resistencia y anular su libertad por medio de la superioridad física y numérica de los acusados. Se hace constar que la intimidación hizo que la mujer adoptara una actitud de sometimiento pero no de consentimiento. El relato de hechos probados permite su calificación como agresión sexual, sin llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, con respeto a los escritos de calificación, y sin que implique indefensión, porque en todo momento han sido acusados de un delito de agresión sexual y no de abuso.

Se aplicaron los subtipos agravados, por el carácter vejatorio y degradante de la intimidación y por la actuación conjunta de varias personas y una situación de desamparo en que dejaron a la víctima, sola y desnuda en el portal donde ocurrieron los hechos. Intensificación de la intimidación que sufrió con efectiva disminución de su capacidad de respuesta, que agravó la situación.



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

...

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

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

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

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

7.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 786/2017 de 30 Nov. 2017, Rec. 10394/2017

Se trató de un caso de acceso carnal con empleo de violencia e intimidación para vencer la resistencia de la mujer con condena del acusado como autor material de un delito agravado por actuación conjunta de dos personas y como cooperador necesario de otra violación básica, al cometerse los hechos con otro partícipe no identificado.

Señala la sentencia que:

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

Al respecto debemos recordar la consolidada doctrina de esta Sala que en relación a estos delitos contra la libertad sexual en caso de pluralidad de partícipes viene atribuyendo a cada uno de ellos no solo la acción ejecutada por ellos mismos, sino además la del resto de los participantes, vía cooperación necesaria -excepcionalmente podría ser complicidad- de acuerdo con el concepto amplio de autor vigente en nuestro sistema penal y recogido en el art. 28 que se cita en el motivo, coautoría que estaría fundada no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que





se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación".

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

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

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

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

Con ello, vemos un perfil semejante en los hechos aquí referenciados y una imposibilidad de las víctimas de adoptar posiciones de resistencia eficaz ante actos de violación grupal en el que las capacidades de reacción se anulan por completo.

En consecuencia, la víctima fue utilizada en este caso como un objeto sexual por los recurrentes, y por tal motivo son merecedores del reproche penal máximo. El acto fue humillante para una mujer.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Eulalio

**CUARTO.-** 1.- Se interpone por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim, al vulnerarse derechos fundamentales como el de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, así como el de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 5.4 LOPJ.

Al igual que en el primer motivo del anterior recurrente el presente afirma que la prueba practicada en el juicio no tiene virtualidad suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

Hemos hecho referencia con respecto al primer motivo del anterior recurrente que ha sido analizado en el fundamento de derecho nº 2 que, en efecto, consta prueba suficiente y bastante para enervar la presunción de inocencia y que ha sido circunscrita a la propia declaración de la víctima con respecto a la presencia de ambos recurrentes en los hechos tal cual se ha relatado y que ha dado lugar a la descripción de los hechos probados, insistiendo, también, en la presencia del actual recurrente en los hechos, y, así, constan las declaraciones testificales como la corroboración periférica de testigos menores de edad que ya habían sido juzgados ante la jurisdicción de menores, y relatando el tribunal la presencia también del actual recurrente en los hechos declarados probados. Del mismo modo, también el TSJ hace referencia a la presencia de más testigos como la mención de Luis Miguel, la de Leocadia y la de Iván que reconoce la presencia de Eulalio allí cuando ya estaban concluyendo los hechos y fue cuando María Dolores salió llorando.

Se reconoce también en la sentencia del TSJ que los menores admiten que estaba también el anterior recurrente y el presente, además de María Dolores y que Iván sitúa a Eulalio en el lugar de los hechos cuando estos ya habían terminado, no que se quedó fuera mientras los hechos ocurrían. Por ello, se entiende que la declaración de la víctima está perfectamente corroborada por prueba que acredita los hechos y la participación del recurrente en los mismos, conforme ha declarado el tribunal y ha validado el TSJ en su acertado análisis de la racionalidad de la valoración probatoria. La prueba antes citada en el FD nº 2 resuelve los puntos y extremos alegados por el recurrente en cuanto a la falta de corroboración periférica, lejos de lo cual se ha desglosado la



prueba existente y la validación llevada a cabo por el TSJ de todos los extremos que reseña el recurrente y que están secuenciados con detalle en el precedente FD nº 2 de la resolución presente, y que avalan la presencia en los hechos del recurrente y la cooperación necesaria que prestó en la ejecución de un hecho tan grave como el cometido que conlleva el reproche penal aplicado.

Eulalio fue condenado como cooperador necesario ( art. 28 b) del Código Penal) para declarar dicha responsabilidad, ya sea por los actos de fuerza o por la intimidación a la que Eulalio cooperó con su presencia favoreciendo la conducta del autor principal y para ello la prueba ha sido debidamente reflejada por el tribunal de instancia y validada por el TSJ.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** 2.- Se interpone por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim, por indebida aplicación del artículo 183.2.3 y 4 b) CP.

Señala el recurrente que no ha quedado acreditada ni la violencia física, ni la intimidación -exigidas para la comisión del delito de agresión sexual- ni la participación de terceros a título de cooperador necesario, tras la práctica de la prueba en el plenario (testifical y pericial) y por tanto tampoco, la llamada intimidación. Postula que, en su caso, se le castigue en su caso por un delito de abuso y no de agresión sexual.

Nos remitimos a lo expuesto en cuanto al mismo motivo expuesto por el anterior recurrente y dada respuesta en el FD nº 3 de la presente resolución.

En este sentido, reiteramos cuáles fueron los hechos probados reflejados en la sentencia que conllevan la participación del recurrente en los hechos como cooperador necesario al ayudar de forma relevante al autor directo en la ejecución de los hechos.

Consta, así, que los acusados Eloy y Eulalio .... "se encontraron con la menor María Dolores ..... que estaba con varios amigos también menores de edad, obligándola entre Eloy y otra persona a entrar por la fuerza propinándole empujones a la residencia abandonada situada en el parque en la CALLE000 , accediendo también a la misma Eulalio y al menos otras tres personas, abandonando el lugar los amigos de María Dolores y en el interior de la misma en unidad de acción y con propósito libidinoso la empujaron hasta un baño contiguo con escasa luz, tumbándola sobre su propia chaqueta en el suelo.

*La denunciante ante la situación de desprotección absoluta, adoptó una actitud de sometimiento y pasividad, bajándole Eloy las mallas y braga siendo sujeta por los brazos sucesivamente por distintas personas, en último lugar por Eulalio , manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados, penetrándola Eloy vaginalmente llegando a eyacular (...).*

Por ello, al igual que ya reflejamos en el FD nº 3 planteado este motivo por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM se deben respetar los hechos probados y estos especifican que el recurrente intervino en los hechos. Y lo hizo en un grado de participación que le lleva a la categoría de cooperador necesario, ya que colaboró en introducir en el lugar a la víctima con golpes y empujones y llevándola hasta el baño y tumbándola en el suelo, para, acto seguido, ayudar al primer recurrente sujetándole por los brazos mientras aquél tenía acceso carnal con la víctima con la violencia e intimidación que determina la aplicación del art. 183.2 y 3 CP.

Al recurrente no se le ha aplicado el apartado 4 b) del artículo 183 CP, (actuación conjunta de dos o más personas), sino sólo al autor principal Eloy pues tal como se explica en la Sentencia del tribunal de instancia, de aplicársela al actual recurrente se incurriría en una vulneración del principio "non bis in ídem", dado que la cooperación necesaria supone una participación en el hecho de otro e incorpora necesariamente la actuación de las dos personas que la cualificación contempla. Recoge, así, la sentencia del tribunal de instancia a este respecto que se condena a *Eulalio como cooperador necesario del artículo 10 28b del CP a la pena de doce años de prisión entendiéndose que no cabe aplicar al mismo la agravante del apartado del artículo 183 CP , pues se incurriría de aplicarlo en vulneración del principio non bis in ídem.*

El motivo se desestima.

**SEXTO.-** Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes ( art. 901 LECrim).

## FALLO

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

**DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de los acusados **Eloy y Eulalio** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de fecha 7 de julio de 2021, que desestimó los recursos de apelación



interpuestos por indicados acusados contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección Primera, de fecha 10 de febrero de 2021, que los condenó por delito de agresión sexual. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ