

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064374

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 462/2019, de 14 de octubre de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1379/2019

SUMARIO:**Derecho a la intimidad y a la autodeterminación informática. Agresión sexual con intimidación. Intimidación ambiental. Violación múltiple. Delito continuado.**

En primer lugar, respecto a las pruebas obtenidas con los Smartphone de los acusados, se señala que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos. La autorización judicial previa solo se aplica cuando el derecho afectado sea la intimidad domiciliaria (art. 18.2 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3), sin que tal monopolio se aprecia respecto del resto de derechos que en el mismo artículo se contienen, para los que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de ser limitados en situación de prevalencia de otros intereses públicos en conflicto, pero sin estar sometida la intromisión a un pronunciamiento judicial como sucede en los cacheos personales realizados por agentes policiales en determinados supuestos y circunstancias, además de registros en maleteros de vehículos o los que pueden desarrollarse en establecimiento públicos. El acceso a los contenidos de cualquier ordenador (o un Smartphone) por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial acorde a los principios de proporcionalidad y razonabilidad del acceso a tal información.

Pese a que los acusados no exteriorizaran que la víctima fuera a pasar por un mal físico o vital si no satisfacía sus deseos sexuales, la situación era intimidatoria para que ella les practicara felaciones (pese a su insistente negativa) y no la dejaron ir hasta que terminó. En numerosas situaciones la intimidación no se verbaliza de un modo directo, ni siquiera se exterioriza físicamente de una manera determinada y explícita. Siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha es materialmente adecuada para modificar la que sería la libre opción del destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecerse integra el concepto legal de intimidación. Es a este tipo de intimidación al que podemos denominar *intimidación ambiental*.

Respecto a la agravación específica consistente en «cometer el hecho por la actuación conjunta de dos o más personas» es aplicable la agravación por la agresión sexual en grupo aunque cada uno estuviera a solas con la víctima en el baño, pues se mantenían en la habitación impidiendo que esta huyera y disminuyendo toda capacidad de respuesta de la víctima.

La jurisprudencia ha entendido en la mayoría de los casos y salvo supuestos muy excepcionales, que cuando se trata de agresiones sexuales, y muy especialmente cuando se trata del delito de violación, no es posible apreciar la continuidad delictiva. Señalándose que en los supuestos de agresiones sexuales múltiples en los que cada uno de los coautores consuma una penetración y, con intercambio de roles coopera a que sus acompañantes consumen una actuación semejante, el partícipe no solo es autor de aquella, sino coautor material de cada una de estas otras. De este modo, no existe ningún inconveniente para la apreciación de la agravante específica del artículo 180.1.2.ª del Código Penal respecto de toda una serie de delitos en los que se constituye como su autor en un sentido estricto.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 14.3, 66, 74, 178, 179, 180 y 181.3 y 4.

Constitución Española, arts. 18, 24 y 120.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 579.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.

Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.1.

PONENTE:

Don Pablo Llarena Conde.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 462/2019

Fecha de sentencia: 14/10/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1379/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección n.º 29

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

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1379/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

En Madrid, a 14 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1379/2019 interpuesto por Marcos , representado por el procurador don José Antonio Pérez Casado bajo la dirección letrada de doña Lorena Nieto Serrado; por Matías , representado por la procuradora doña Isabel Rufo Chocano bajo la dirección letrada de doña María del Carmen Gortázar Totaeché; y por Millán , representado por la procuradora doña María Teresa Ruiz Ordovás bajo la dirección letrada de don Luis Miguel Fernández Fernández, contra la sentencia dictada el 1 de febrero de 2019 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección n.º 29 , en el procedimiento sumario ordinario 1454/2017, en el que se condenó a los recurrentes como autores penalmente responsables de un delito continuado de agresión sexual, de los artículos 178 , 179 , 180 y 74 del Código Penal . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y doña Salome (acusación particular), representada por el procurador don Esteban Muñoz Nieto bajo la dirección letrada de doña María Belén Martín María.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción n.º 3 de los de DIRECCION002 incoó sumario ordinario n.º 1175/2015 por delitos de agresión sexual, contra los recurrentes Marcos , Matías y Millán , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29. Incoado el sumario ordinario 1454/2017, con fecha 1 de febrero de 2019 dictó sentencia n.º 60/2019 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"De la apreciación en conciencia de la prueba practicada resulta probado y así lo declaramos que Salome , nacida el NUM000 de 1996 y con domicilio en la localidad de DIRECCION001 , mantenía una relación de amistad con Saturnino , al coincidir en alguna de las asignaturas que cursaban en el Instituto IES DIRECCION000 de DIRECCION002 .

En una de las ocasiones en que estaban juntos, en el verano de 2014, se encontraron con el procesado Matías , mayor de edad y sin antecedentes penales, nacido el NUM001 de 2018, primo carnal de Saturnino y a quien presentó como "su hermano". A partir de dicho día se entabló una relación entre Salome y Matías consistente en encuentros de carácter sexual, siendo el último el 6 de enero de 2015.

A través de Saturnino , Salome conoció también a los procesados Marcos , mayor de edad, sin antecedentes penales, nacido el NUM002 de 1985 y Millán mayor de edad y sin antecedentes penales, nacido el NUM003 de 1985. Saturnino le presentó a ambos como sus "hermanos". Salome coincidió con ellos en dos ocasiones con anterioridad a los hechos y no mantuvo con ellos ningún tipo de relación.

Marcos y Millán conocían la relación de Salome y Matías y los encuentros sexuales que habían mantenido.

El día 13 de marzo de 2015 Salome quedó por la tarde con Saturnino , con quien pasó varias horas en el centro comercial hasta las 8 o 9 de la noche cuando la acompañó a DIRECCION002 .

Sobre las 23:00 horas de ese mismo día, como los tres acusados querían tener sexo con Salome , Saturnino contactó con ella proponiéndole verse esa noche en compañía de sus hermanos para tomar algo. Ante la negativa de Salome , Saturnino perseveró, hablando el resto de los procesados con Salome , insistiendo en verse esa misma noche para "tomar algo", accediendo finalmente Salome a verse con los cuatro.

Saturnino no fue a la cita, so pretexto de tener un plan mejor, lo que no comunicó a Salome . Los procesados en el vehículo de Matías , conducido por Millán , se personaron en el domicilio de Salome quien se extrañó que no estuviera Saturnino , sentándose en la parte de atrás del vehículo junto a Matías , reclamando a Saturnino su presencia vía WhapsApp, contestando aquél que "ahora iba". Ante el extraño itinerario que Salome advirtió, les preguntó a dónde iban, respondiendo que tenían que pasar por casa de la hermana de Matías para dejar unas bolsas que llevaba Marcos porque iba a dormir en esa casa. Al llegar a dicho domicilio, ubicado en la CALLE000 nº NUM004 , NUM003 NUM005 de DIRECCION002 , Salome y Matías fueron a uno de los dormitorios, donde comenzaron a besarse y a tener un contacto más íntimo. Matías se desnudó completamente y Salome de cintura para arriba.

De forma inesperada entraron en la habitación Marcos y Millán preguntando algo sobre la conexión de la playstation, saliendo a requerimiento de Salome . Pero de inmediato volvieron a entrar en la habitación, haciendo

caso omiso a la petición de Salome de que salieran de allí, cubriéndose con las manos sus pechos. En ese momento los acusados comenzaron a solicitar los favores sexuales de Salome a lo que ella insistentemente dijo que no quería mantener actos sexuales con ninguno de ellos salvo con Matías , subiendo de tono en la negativa. Los acusados insistieron en que todos tenían que mantener relaciones sexuales con Salome , Matías le decía que confiara en él y los otros dos que compartiera un poco respondiendo en todo momento Salome con negativas. Salome estaba sentada en el borde de la cama, cruzando los brazos sobre su torso desnudo. A un lado se tumbó Matías desnudo. Por detrás de Salome se colocó Millán , que comenzó a tocarle el pecho, removiéndose Salome para que le dejase de tocar, al tiempo que la cogió por la cabeza y le acercó la cara al pene de Marcos para que le realizara una felación, ante lo cual Salome se levantó, indicándoles que tenía la regla, ellos dijeron que no era problema y empezaron a quitar las sábanas de la cama y alguno fue a por toallas, mientras insistían y ella del mismo modo les decía que no, que no quería y que además tenía un tampón puesto, entonces Millán la cogió del brazo y la metió en el baño, cerró la puerta y le dijo que se quitara el tampón.

Ante la angustiada situación, Salome pidió auxilio a Matías , reiterándole que no quería tener sexo con sus hermanos, respondiendo Matías que no les podía dejar así y que tenían que probarla para dar el visto bueno a su relación. Salome repitió que no quería acceder a las peticiones de los acusados y bajo la falsa promesa de Matías de ayudarla a salir del domicilio, ante la situación de grave temor accedió a realizarle una felación con eyaculación dentro de la boca de Salome . Pero cuando concluyó dicho acto sexual y salieron del baño, los otros dos procesados, que estaban en la puerta, le reclamaron su turno, pidiendo auxilio Salome a Matías , quien no le hizo caso, no le contestó, no le miró ni le auxilió, entrando a continuación en el baño Millán que comenzó a tocarla por todo su cuerpo, empujándola contra el armario del lavabo, de cara al espejo, consiguiendo darse la vuelta Salome , momento en el que Millán metió su mano entre las piernas de Salome tratando de quitarle el tampón, apartándole Salome , empujándola en ese momento Millán de los hombros hacia abajo, quedando Salome de rodillas en el suelo, acercándole el pene que le introdujo en su boca, sujetándole la cabeza, agarrándola del pelo con fuerza, obligando a Salome a practicarle una felación. Al finalizar y como cayó parte del semen al suelo, Millán de forma despreciativa ordenó a Salome que lo limpiara.

A continuación y tras salir Millán del baño, entró Marcos no sin antes insistir Salome que quería irse a su casa, respondiéndole Matías que Marcos no se podía quedar sin su felación, por lo que finalmente, ante la situación en la que se encontraba, se la practicó Salome . A continuación Salome , llorando, vomitó todo en el inodoro.

Durante todo el tiempo en que Salome , en el baño, realizaba las felaciones a cada uno de los procesados, los otros dos permanecieron en la habitación, impidiéndola así los tres salir de la misma y de la casa.

Tras terminar Marcos , salió del baño Salome , llorando y angustiada buscó su ropa y su teléfono móvil, encendiendo en ese momento la luz de la habitación, que hasta ese momento había permanecido apagada, localizando su ropa y móvil escondidos bajo una almohada, se vistió y la llevaron a su casa en el vehículo de Matías , conduciendo éste el vehículo y ocupando Salome el asiento del copiloto.

Los tres acusados a partir del momento en el que Millán y Marcos comenzaron a pretender tener sexo con Salome , eran conscientes de que ésta se negaba a ello y que le practicó una felación a cada uno de los tres acusados por el temor que los mismos le infundieron intencionadamente con la actitud descrita anteriormente.

Salome como consecuencia de estos hechos vio alterada su vida cotidiana, cambió sus hábitos y procuraba no ir a DIRECCION002 ante el temor a encontrarse con alguno de ellos. Presentaba lloros, baja autoestima, sentimientos de desesperanza, no conciliación del sueño, miedo a encontrarse con ellos, a que fueran a su casa a buscarla. Y ha presentado una sintomatología ansiosa y depresiva por la situación vivida y denunciada, así como un sentimiento de fuerte traición por Saturnino y de desprotección por Matías , requiriendo intervención médica y psicofarmacológica.

Salome presenta sintomatología reactiva de ansiedad, compatible con un cuadro de estrés postraumático en remisión parcial y compatible con haber sido víctima de una agresión sexual.

Los tres procesados han estado privados de libertad por esta causa, el día de la detención en que fueron puestos en libertad, Matías y Marcos el día 15 de septiembre de 2015 y Millán el día 16 de septiembre de 2015."

Segundo.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS :

Al procesado Matías como autor de un delito continuado de agresión sexual ya definido sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de QUINCE AÑOS DE PRISION inhabilitación absoluta durante el periodo de condena;

Se impone la prohibición de aproximarse a Salome , a su domicilio, lugar de trabajo o lugares que frecuente a menos de 500 metros, así como comunicar con la misma a través de cualquier medio por un periodo de VEINTICINCO AÑOS.

Y la medida de libertad vigilada durante un plazo de SIETE AÑOS a cumplir tras la pena privativa de libertad. Así como al pago de una tercera parte de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular.

Al procesado Marcos como autor de un delito continuado de agresión sexual ya definido sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de CATORCE AÑOS DE PRISION inhabilitación absoluta durante el periodo de condena;

Se impone la prohibición de aproximarse a Salome , a su domicilio, lugar de trabajo o lugares que frecuente a menos de 500 metros, así como comunicar con la misma a través de cualquier medio por un periodo de VEINTICUATRO AÑOS.

Y la medida de libertad vigilada durante un plazo de SIETE AÑOS a cumplir tras la pena privativa de libertad. Así como al pago de una tercera parte de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular.

Al procesado Millán como autor de un delito continuado de agresión sexual ya definido sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de QUINCE AÑOS DE PRISION inhabilitación absoluta durante el periodo de condena;

Se impone la prohibición de aproximarse a Salome , a su domicilio, lugar de trabajo o lugares que frecuente a menos de 500 metros, así como comunicar con la misma a través de cualquier medio por un periodo de VEINTICINCO AÑOS.

Y la medida de libertad vigilada durante un plazo de SIETE AÑOS a cumplir tras la pena privativa de libertad. Así como al pago de una tercera parte de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular.

Por vía de responsabilidad civil los procesados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Salome en la suma de TREINTA MIL EUROS (30.000 €) por los daños morales sufridos. Suma a la que se aplicaran los intereses legales del art. 576 LEC .

Se les abonará a los procesados, para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa. Las penas de prisión y las prohibiciones de aproximación y comunicación se cumplirán necesariamente de forma simultánea.

Póngase en conocimiento de la Dirección General de la Guardia Civil que en el presente Procedimiento Ordinario ha recaído sentencia condenatoria para Millán .

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación."

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de los tres procesados anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso formalizado por Marcos , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Por infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado los artículos de la Constitución 18.3 relativo al derecho al secreto de las comunicaciones, el artículo 18.1 relativo al derecho a la intimidad y el artículo

18.4 relativo al derecho a la limitación por ley del uso de la informática, en relación a los derechos a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante CE), al derecho a la defensa, un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia del 24.2 de la CE en conexión con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , con los efectos determinados en el artículo 11. 1 de la LOPJ .

- Primer submotivo: relativo a la expulsión de los contenidos de los dispositivos de almacenamiento masivo anteriores a la fecha de los hechos.

- Segundo submotivo: relativo a la falta de habilitación legal al momento de solicitarse y autorizarse el volcado y clonado de los dispositivos de almacenamiento masivo

Segundo.

Por vulneración de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado el art. 24.1 CE relativo a la tutela judicial efectiva y el artículo 24.2 CE en lo relativo a la presunción de inocencia por falta de valoración de la prueba de descargo al no valorarse los whatsapp que la denunciante escribió al recurrente la misma mañana de los hechos y al día siguiente.

Tercero.

Por vulneración de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado el art. 24.1 CE relativo a la tutela judicial efectiva y el artículo 24.2 CE en lo relativo a la presunción de inocencia por falta de valoración de la prueba de descargo consistente en que de las horas que constan en el procedimiento se deduce que no hubo un plan preconcebido.

Cuarto.

Por vulneración de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado el art. 24.1 CE relativo a la tutela judicial efectiva en relación al artículo 120.3 y 9.3 CE por falta de valoración de la prueba de descargo relativa a que no se le quitó el móvil a la denunciante.

Quinto.

Por vulneración de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado el artículo 24.2 CE en lo relativo a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

Sexto.

Por infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que consagra al artículo 24.1 y el derecho a la igualdad del artículo 14 CE por no poder recurrir en apelación en una segunda instancia.

Séptimo.

Por infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim ., al haberse vulnerado el derecho constitucional del recurrente a valerse de los medios de prueba necesarios para su defensa y al derecho a la defensa, artículo 24.2 CE , derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE , así como del artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

Octavo.

Por infracción de Ley del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo al error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, en concreto los WhatsApp que la denunciante escribió al recurrente el día de los hechos y al día siguiente, en los que se puede apreciar que la denunciante prestó el voluntariamente el consentimiento a los hechos que posteriormente denunció.

Noveno.

Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con la indebida aplicación de los artículos 178 , 179 y 180.1.2.ª del Código Penal , en relación a la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución .

Décimo.

Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida aplicación de los artículos 178 , 179 y 180.1.2.ª del Código Penal , en relación con la debida aplicación del artículo 181.3 y 4 del Código Penal .

El recurso formalizado por Matías , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Por infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado los artículos de la Constitución 18.3 relativo al derecho al secreto de las comunicaciones, el artículo 18.1 relativo al derecho a la intimidad y el artículo 18.4 relativo al derecho a la limitación por ley del uso de la informática, en relación a los derechos a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante CE), al derecho a la defensa, un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia del 24.2 de la CE en conexión con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , con los efectos determinados en el artículo 11. 1 de la LOPJ .

- Primer submotivo: relativo a la expulsión de los contenidos de los dispositivos de almacenamiento masivo anteriores a la fecha de los hechos.

- Segundo submotivo: relativo a la falta de habilitación legal al momento de solicitarse y autorizarse el volcado y clonado de los dispositivos de almacenamiento masivo

Segundo.

Por vulneración de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado el art. 24.1 CE relativo a la tutela judicial efectiva y el artículo 24.2 CE en lo relativo a la presunción de inocencia por falta de valoración de la prueba de descargo al no valorarse los whatsapp que la denunciante escribió al recurrente la misma mañana de los hechos.

Tercero.

Por vulneración de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado el art. 24.1 CE relativo a la tutela judicial efectiva y el artículo 24.2 CE en lo relativo a la presunción de inocencia por falta de valoración de la prueba de descargo consistente en que de las horas que constan en el procedimiento se deduce que no hubo un plan preconcebido.

Cuarto.

Por vulneración de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado el art. 24.1 CE relativo a la tutela judicial efectiva en relación al

artículo 120.3 y 9.3 CE por falta de valoración de la prueba de descargo relativa a que no se le quitó el móvil a la denunciante.

Quinto.

Por vulneración de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado el artículo 24.2 CE en lo relativo a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

Sexto.

Por infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que consagra al artículo 24.1 y el derecho a la igualdad del artículo 14 CE por no poder recurrir en apelación en una segunda instancia.

Séptimo.

Por infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim ., al haberse vulnerado el derecho constitucional del recurrente a valerse de los medios de prueba necesarios para su defensa y al derecho a la defensa, artículo 24.2 CE , derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE , así como del artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

Octavo.

Por infracción de Ley del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo al error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, en concreto los WhatsApp que la denunciante escribió al recurrente el día de los hechos y al día siguiente, en los que se puede apreciar que la denunciante prestó el voluntariamente el consentimiento a los hechos que posteriormente denunció.

Noveno.

Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con la indebida aplicación de los artículos 178 , 179 y 180.1.2.ª del Código Penal , en relación a la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución .

Décimo.

Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida aplicación de los artículos 178 , 179 y 180.1.2.ª del Código Penal , en relación con la debida aplicación del artículo 181.3 y 4 del Código Penal .

Y el recurso formalizado por Millán , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Al amparo del Art. 5.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por cuanto la sentencia ha infringido los arts. 18.1 (derecho a la intimidad), 18.3 (derecho al secreto de las comunicaciones) y 18.4 (derecho a la limitación por ley del uso de la informática), en relación al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española y al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia del artículo 24.2 del mismo texto legal .

Segundo.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución (tutela judicial efectiva), y en consecuencia del artículo 24.2 del mismo texto legal al no valorarse ni motivarse suficientemente la prueba de descargo aportada por la defensa con la consiguiente merma del principio de presunción de inocencia, consistente en:

- Submotivo primero.- Los WhastApps que la denunciante escribió a Matías la misma mañana de los hechos y al día siguiente.
- Submotivo segundo.- Que de la prueba obrante en las actuaciones se constata que por las horas, documental y testificalmente probadas, no existe un plan preconcebido por parte de los acusados.
- Submotivo tercero.- Que no se le quitó por parte de los acusados el teléfono móvil a la denunciante.
- Submotivo cuarto.- Que la denunciante ni siquiera ha mantenido los mismos hechos que denunció en el momento del acto del plenario oral respecto a mi representado, omitiendo elementos nucleares de su primigenia denuncia.

Subsidiariamente a la anterior petición: Por vulneración del principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE en relación con el principio "in dubio pro reo" ; y, subsidiariamente, también por vulneración de la tutela judicial efectiva (24.2 CE) en relación a la falta de motivación de la prueba de descargo precitada con la consiguiente vulneración de los artículos 120.3 y del 9.3 de la Constitución .

Tercero.

Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 24.1 (tutela judicial efectiva) y 24.2 (presunción de inocencia y derecho a un proceso con todas las garantías).

Cuarto.

Por vulneración del derecho constitucional a valerse de los medios de prueba necesarios para su defensa y al derecho a la defensa (artículo 24.2 de la Constitución) ,derecho a la tutela judicial efectiva, (artículo 24.1 de la Constitución), así como del artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

Quinto.

Al amparo del art. 5.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por cuanto la sentencia ha infringido el art. 24.2 de la Constitución Española en cuanto regula el constitucional derecho a la presunción de inocencia por cuanto se condena al recurrente en base a prueba de cargo que carece de virtualidad suficiente para enervar su constitucional derecho a la presunción de inocencia; y por cuanto, se condena al Sr. Millán por un delito de agresión sexual no estando acreditada en la causa, ni a nivel indiciario la existencia de uno de los elementos esenciales del tipo penal de agresión sexual, como es la existencia de violencia y/o intimidación. Subsidiariamente a la anterior petición, también al amparo del artículo 5.4.º LOPJ por vulneración del principio "in dubio pro reo" en cuanto elemento reforzador del principio de presunción de inocencia.

- Submotivo uno.- Por vulneración del artículo 24.2 en cuanto regula el principio de presunción de inocencia por cuanto se condena al recurrente en base a prueba de cargo que carece de virtualidad suficiente para enervar su constitucional derecho a la presunción de inocencia.

- Submotivo segundo.- Por vulneración del principio de presunción de inocencia al condenar al recurrente por un delito de agresión sexual estando acreditado en la causa la ausencia de violencia y/o intimidación en los hechos enjuiciados.

Sexto.

Por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos (infracción de ley) acogido en el n.º 2 del Artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Séptimo.

Por infracción de ley acogido en el n.º 1 del Artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con la indebida aplicación de los artículos 178 , 179 y 180.2 del Código Penal en cuanto se condena al recurrente por un delito continuado de agresión sexual; y subsidiariamente, por indebida aplicación por omisión del artículo 181 del Código Penal .

Octavo.

No aparece este motivo en el escrito de recurso.

Noveno.

Por infracción de ley acogido en el n.º 1 del Artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con la indebida aplicación de la circunstancia agravante del artículo 180.1 , 2.ª, en relación con el tipo cualificado de violación del artículo 179 del Código Penal .

Décimo.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE en relación con los artículos 120.3 CE y 72, y 178, 179 y 180.1.º del Código Penal, en relación con el deber de motivación de la pena.

Undécimo.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del principio de tutela judicial efectiva que consagra al artículo 24.1 (tutela judicial efectiva) y 14 de la Constitución (igualdad) al privar al recurrente de la posibilidad de recurrir en apelación a una segunda instancia en la que se pueda revisar y valorar la prueba practicada.

Quinto.

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la acusación particular en escrito con entrada el 3 de mayo de 2019 y el Ministerio Fiscal en el de entrada el 21 de junio de 2019, solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo los motivos de los recursos e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 25 de septiembre de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.

La Sección 29.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Procedimiento Ordinario n.º 1454/2017, procedente del Procedimiento de esta misma clase 1175/2015 de los del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION002 , dictó sentencia el 1 de febrero de 2019 , en la que condenó a Matías y Millán , como autores responsables de un delito continuado de agresión sexual con penetración, de los artículos 178 , 179 , 180 y 74 del Código Penal , a las penas de prisión por tiempo de 15 años; inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena; libertad vigilada por tiempo de 7 años; así como alejamiento a más de 500 metros y prohibición de comunicación con Salome por tiempo de 25 años. Igualmente condenaba a Marcos como responsable en concepto de autor del mismo delito, imponiéndole las penas de 14 años; inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena; libertad vigilada por tiempo de 7 años; así como alejamiento a más de 500 metros y prohibición de comunicación con Salome por tiempo de 25 años.

Recursos interpuestos por Marcos y Matías .

Primero.

Los dos recurrentes interponen sendos recursos con una contenido impugnativo y argumentativo semejante, por lo que procede la resolución conjunta de ambos, sin perjuicio de abordar individualizadamente las especificidades que afecten a cada uno de ellos en aquellos extremos en los que fuera preciso.

Su primer motivo lo formulan por infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 de la LECRIM , al entender vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18,3 CE); el derecho a la intimidad (18.1 CE) y el derecho a la limitación por ley del uso de la informática (art. 18.4 CE); así como el derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE); el derecho a la defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2).

Los recurrentes desarrollan su alegato a partir de dos submotivos. En el primero de ellos los dos recurrentes expresan la injustificada extensión con la que se abordó la actuación injerente de prospeccionar el contenido de sus respectivos teléfonos móviles, los cuales contenían una amplia información de muy distinta procedencia en atención a que se trataba de terminales de las denominadas smartphones , dotados por ello de la capacidad de interactuar en numerosas facetas diferentes de la mera comunicación telefónica, así como pertrechados de amplios dispositivos de memoria que permitían conservar el reflejo de periodos extensos de su vida y de su intimidad. De este modo, el motivo expresamente indica que en el procedimiento constan los contenidos resultantes del clonado de los dispositivos de almacenamiento masivo y de las tarjetas de almacenamiento de Marcos y de Matías , que incluyen WhatsApp, vídeos, e imágenes de un periodo de tiempo referido a los ocho meses anteriores a los hechos, cuando éstos ocurrieron la noche del 13 al 14 de marzo de 2015. Considera que dichos contenidos se refieren a un periodo de tiempo muy amplio y que nada tiene que ver con los hechos, denunciando que no existía un fin que justificara dicha medida en relación a esa duración, con la consiguiente afectación de los derechos a la intimidad, secreto de las comunicaciones y a la limitación del uso de la informática (artículos 18.1 , 18.3 y 18.4 de la CE); razón por la que considera que la prueba debió ser declarada nula y excluida del procedimiento, habiendo vulnera la omisión de esta declaración su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa y al derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE).

El segundo submotivo se formula sosteniendo la nulidad de la actuación de investigación por falta de una previsión legal que prestara soporte a la injerencia, al entender que desborda el espacio de investigación que facultaba el artículo 579 de la LECRIM en su redacción vigente a la fecha en la que el juez de instrucción adoptó su decisión. El recurso concreta que tanto en el momento de enviarse por parte de la Policía Judicial de la Guardia Civil el oficio solicitando la autorización para el clonado de los mencionados terminales, como al tiempo de dictarse el auto de 18 de septiembre de 2015 por el que se autorizó el clonado de los mismos, no existía habilitación legal alguna para dichas actuaciones, pues el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no era suficiente para proporcionar esa cobertura legal, derivándose de ello -de conformidad con la STC 145/2014, de 22 de septiembre - la nulidad de la resolución y de la prueba resultante, con la consiguiente necesidad de expulsión de la misma por haberse vulnerado el derecho fundamental a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la limitación del uso de la informática (artículos 18.1 , 18.3 y 18.4 de la CE), además de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), a un proceso con todas las garantías, y al derecho a la defensa (artículo 24.2 de la CE), todo ello en relación con los artículos 53.1 y 81.1 de la CE , así como el derecho a la presunción de inocencia y (artículo 24.2 de la CE).

1. Siendo este último submotivo el que suscita la legitimidad de la prueba, de la que depende su validez para el proceso, procede abordar su resolución en primer término; concretamente si la actuación del clonado de la memoria completa de los teléfonos móviles de los recurrentes supuso un quebranto de sus respectivos derechos a la intimidad (art. 18.1 CE), al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE), o el derecho a la autodeterminación informativa o protección de sus datos informáticos (art. 18.4 CE), puesto que el resto de derechos que se refieren afectados por los recurrentes, no es sino como consecuencia de no haberse excluido el material probatorio obtenido, esto es, por haberse considerado válida la prueba de cargo derivada de la medida de investigación que se cuestiona.

2. La STC 145/2014, de 22 de septiembre , que el recurrente esgrime como de soporte para su pretensión, recordaba su doctrina constante (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril , FJ 3) en la que proclama que aunque la literalidad del artículo 18.3 de la CE (" se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial ") puede inducir a pensar que la única garantía que establece inmediatamente la Constitución es la exigencia de autorización judicial, un análisis más detenido de la cuestión pone de manifiesto lo contrario, ya que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que incida directamente sobre su desarrollo (art.

81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa, además, una habilitación legal. La reserva de ley constituye " el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas ", lo que " implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate ", pero que en todo caso determinan que " el legislador ha de hacer el 'máximo esfuerzo posible' para garantizar la seguridad jurídica ", esto es, " la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho " (STC 49/1999 , FJ 4).

Recordaba además que en la STC 169/2001, 16 de julio , FJ 6, el TC sostuvo, con abundante cita de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, que " la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad ".

A partir de ello, el TC destacaba que el art. 579.2 LECRIM no es que careciera de los requerimientos de certeza requeridos en orden a la intervención de las comunicaciones presenciales o personales, con la posibilidad de que en algunos supuestos las insuficiencias apreciadas en el precepto legal puedan ser suplidas por el órgano jurisdiccional, sino que este tipo de comunicaciones era absolutamente extraño al ámbito de aplicación de dicha norma pues, abierta e inequívocamente, la norma invocada no regulaba una intervención secreta de las comunicaciones directas en dependencias policiales entre detenidos (que era el supuesto que el TC analizaba). Detallaba que no se trataba por tanto de un defecto por insuficiencia de la ley, sino de una ausencia total y completa de ley habilitante, esto es, que el art. 579.2 LECRIM se refería, de manera incontrovertible, a intervenciones telefónicas y no a escuchas de otra naturaleza, por lo que la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la insuficiencia de la regulación legal (en materia de comunicaciones telefónicas) y la posibilidad de suplir los defectos de la Ley, no podía ser trasladada a un escenario de injerencia en el secreto de las comunicaciones en el que no existía previsión legal alguna, determinando con ello la nulidad de la prueba obtenida de este modo.

3. Tal situación de ausencia absoluta de previsión legal de soporte no es apreciable en el que caso que contemplamos. Aun cuando a la fecha en que se adoptó la medida de investigación injerente cuyo análisis suscita el recurso (el registro de un dispositivo de almacenamiento masivo de información como es un smartphone), no existía la regulación legal específica que el legislador introdujo en nuestra ley procesal con ocasión de su reforma por LO 13/2015, de 5 de octubre (art. 588 sexies), la legislación entonces vigente recogía, en el artículo 326 LECRIM , la obligación del juez instructor de recoger los vestigios o pruebas materiales que pudiera haber dejado el delito; una obligación que no solo entraña conservar lo que materialmente muestra una conexión con los hechos o con las personas responsables, sino que obliga a prospeccionar que no se desperdicien evidencias no aparentes que puedan esconderse detrás de instrumentos idóneos para albergar la información, siempre que estos efectos presenten una relación concreta con el delito que sugiera la conveniencia de agotar la vía de investigación. Y en desarrollo de tal previsión, la ley procesal establecía la obligación del juez (art. 574) de recoger los instrumentos y efectos del delito, así como " los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario ", con la paralela obligación general de " exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa " (art. 575). La referencia a los objetos, y con más precisión la que se hacía a los papeles desde su consideración documental, establece una equiparación plena e incontrovertida con el documento electrónico, surgiendo ordinariamente las dificultades de su incorporación al proceso, no por concretos problemas materiales, sino cuando la información está alcanzada por el manto de protección de la intimidad. A diferencia del supuesto contemplado en la STC 145/2014, de 22 de septiembre , existía en este supuesto una previsión legal de soporte que establecía la posibilidad de recoger información de esta naturaleza y que, si bien solo describía cómo había de procederse en supuestos en los que la actuación investigativa venía afectada por la intimidad domiciliaria, no reducía la posibilidad de autorización judicial a estos supuestos, existiendo una amplia doctrina jurisprudencial que suplía la insuficiente regulación legal en aquellos otros supuestos en los que podían entrar en conflicto el derecho a la intimidad y la incorporación al proceso de los modernos documentos digitales.

Las especiales características del instrumento técnico sobre el que se asentó la investigación judicial (smartphone) que, por un lado, permite la comunicación telemática en sus distintas modalidades de conversación oral o escrita y, aun en esta, por distintos instrumentos como son los mensajes electrónicos por emails, o la mensajería instantánea sms (short message service, por sus siglas en inglés) , o a través de plataformas de comunicación específicas como WhatsApp o telegram, y que por otro lado realiza un registro de todos los datos referidos a estas conversaciones, además de otras circunstancias que dependen de la configuración personal del

usuario, tales como fotografías, vídeos, historial de geolocalización, navegación por internet, o el rastro de las distintas iniciativas que haya impulsado el usuario durante la utilización de las distintas utilidades o aplicaciones informáticas que tenga instaladas, justifica principiarse por la aclaración, ya reiterada en numerosas sentencias de esta Sala, que distingue entre las comunicaciones en marcha, de aquellos otros procesos de correspondencia o de relación que ya están cerrados. Solo las primeras se encuentran afectadas por el derecho al secreto de las comunicaciones, mientras que aquellas que terminaron y cuya existencia presente deriva de un proceso técnico o electrónico de conservación o documentación, a lo que conciernen es al derecho a la intimidad y/o, en su caso, a la autodeterminación informativa mediante el control de datos personales. Así lo recoge reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 1235/2002, de 27 de junio ; 1647/2002, de 1 de octubre ; 528/2014 ; 864/2015, de 10 de diciembre o 849/2018, de 23 de octubre), y lo plasma una estable doctrina constitucional que, entre otras en su sentencia 70/2002, de 3 de abril , expresaba que: "... La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos".

La distinción resulta de particular transcendencia si se considera que nuestra norma constitucional atribuye a la función jurisdiccional la garantía de la afectación del derecho únicamente respecto de la intimidad domiciliaria (art. 18.2 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3), sin que tal monopolio se aprecia respecto del resto de derechos que en el mismo artículo se contienen, para los que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de ser limitados en situación de prevalencia de otros intereses públicos en conflicto, pero sin estar sometida la intromisión a un pronunciamiento judicial, siendo los ejemplos más frecuentes y habituales los cacheos personales realizados por agentes policiales en determinados supuestos y circunstancias, además de registros en maleteros de vehículos o los que pueden desarrollarse en establecimiento públicos.

En nuestra reciente sentencia 489/2018, de 23 de octubre , dejábamos perfecta constancia de la consideración de esta Sala respecto de la cuestión que el recurso suscita, por lo que debemos necesariamente remitirnos a lo allí expuesto. Decíamos en aquella sentencia que, partiendo de la plurifuncionalidad de los datos que se almacenan en cualquier ordenador y otros dispositivos asimilables por su capacidad de acumular información vinculada a una persona (smartphone), se conviene en la necesidad de un tratamiento unitario a partir de la proclamación de un derecho del individuo al entorno digital. Sería un derecho de nueva generación que serviría para alumbrar y justificar distintos escalones de protección jurisdiccional (SSTS 342/2013, de 17 de abril ; 587/2014, de 24 de febrero , y 587/2014, de 18 de julio).

La sentencia destaca que en consideración a esta nueva necesidad, nuestra renovada legislación procesal ha contemplado el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (arts. 588 sexies) como una diligencia específica que reclama garantías singulares y diferentes al registro de otros muebles o inmuebles. Destacábamos que en este caso hay un plus que viene determinado no solo porque puede suponer desnudar virtualmente a una persona, sino porque incide también en otro derecho de nueva generación como es la autodeterminación informativa.

En todo caso, la consideración de la intensidad sustancial con la que la intromisión puede afectar al derecho a la intimidad en estos supuestos, estaba presente en la actuación jurisdiccional previa a la reforma de la LECRIM, hasta el punto de que esta nueva regulación normativa surgió a remolque de estables axiomas del Tribunal Constitucional y de importantes elaboraciones jurisprudenciales de esta Sala.

Nuestro legislador ha establecido que, salvo autorización de su titular, el acceso a la información y al contenido existente en estos instrumentos de comunicación telefónica o telemática, además de a los dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, no solo precisa de una específica decisión judicial habilitante, sino que requiere de una justificación específica que pondere el singular riesgo de afectación del derecho a la intimidad, incluso en aquellos supuestos en los que la incautación haya venido precedida de otra decisión judicial que limitara el derecho a la intimidad y autorizara el acceso al lugar en el que estos dispositivos pudieran encontrarse (art. 588 sexies a y b). Indicábamos en la sentencia anteriormente citada y que nos sirve de guía; "La necesidad de esta autorización judicial (subsidiaria del consentimiento: si el afectado accede de forma libre, no hay cuestión) obedece a la consideración de estos instrumentos como esferas de almacenamiento de una serie compleja y densa de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones tuteladas por el art 18 3º CE ; contactos, fotografías, archivos personales, tuteladas por el art 18 1º CE ; datos personales y de geolocalización, que pueden cobijarse en el derecho a la protección de datos, art 18 4º CE). La contemplación disgregada de cada una de esas realidades con regímenes de protección diferenciados resultaría ineficaz. Permitido, por ejemplo, el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (v.gr., los contactos incluidos en la agenda), no se

podría acceder o consultar también otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. El Legislador con buen criterio ha optado por otorgar un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando ese derecho constitucional de nueva generación, el derecho a la protección del propio entorno virtual".

En lo que el recurso aquí suscita, y como ya hemos adelantado, debe recordarse que la posibilidad constitucional de acceder al contenido de estos grandes depósitos de información personal, como los propios criterios rectores de la eventual autorización, estaban presentes en la doctrina jurisprudencial desarrollada para suplir los defectos de la legislación anterior a la reforma operada por L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

La STS 342/2013, de 17 de abril, expresaba los siguientes criterios:

a. En lo que hace referencia a la autorización judicial, plasmaba que: "El acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado, no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará- información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal."

b. Y en lo que atañe a que la heterogeneidad de los derechos afectados por el acceso a la información existente en estos dispositivos justificaba un trato unitario, decía la misma sentencia: "La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos."

c. Por último, respecto a la necesidad de que la ponderación judicial sobre el sacrificio de los derechos comprometidos en tales bases de datos contemplara el sustancial e ilimitado alcance de la autorización de su descubrimiento, la misma sentencia decía "Sea como fuere, lo cierto es que tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante. Y esa autorización no está incluida en la resolución

judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. De ahí que, ya sea en la misma resolución, ya en otra formalmente diferenciada, el órgano jurisdiccional ha de exteriorizar en su razonamiento que ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías".

En el mismo sentido se había posicionado la doctrina constitucional. La STC 173/2011, de 7 de noviembre, recordaba la importancia de otorgar protección constitucional al cúmulo de información personal derivada del uso de los instrumentos tecnológicos de nueva generación, proclamando que una intromisión en ella quebranta el derecho a la intimidad de su titular. En todo caso, el Tribunal recordaba que el ámbito de protección de este derecho puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información (FJ 1), y aun admitiendo la posibilidad coyuntural de que en determinados supuestos justificados fuera factible una intervención policial inmediata, concluía que, sin perjuicio de que el legislador regulara esa materia con más precisión (lo que reclama en el FJ 7), el criterio general para llevar a cabo injerencias en el ámbito del derecho a la intimidad correspondía a la autoridad judicial (FJ 2), mediante la preceptiva resolución judicial motivada que se adecuara al principio de proporcionalidad.

Por todo ello debe rechazarse la declaración de nulidad que suscita el recurso. El derecho a la intimidad es constitucionalmente susceptible de limitación o sacrificio, aun cuando se proyecte en los instrumentos tecnológicos que contemplamos, siempre que la resolución judicial habilitante de la injerencia en el derecho sea conforme con unas exigencias de legalidad constitucional que se entienden claramente satisfechas en el presente caso. En el caso de autos, la solicitud de volcado y clonado del contenido de la información existente en los teléfonos móviles de los recurrentes se concretó en el oficio de la Guardia Civil, acordándose su práctica por Auto del Juez de Instrucción de 18 de septiembre de 2015. La resolución no solo contiene una exteriorización de los motivos que conducen al juez a autorizar la injerencia en el derecho a la intimidad, sino que refleja una acertada satisfacción de los principios de proporcionalidad y razonabilidad del acceso a tal información.

4. En lo que respecta a la excesiva o desproporcionada extensión de la injerencia, por entender que la intromisión alcanzó a datos de la intimidad que resultaron innecesarios para la prospección de los hechos, más aún cuando la incautación de la información afectó a un periodo de hasta 8 meses antes de la perpetración del delito, procede recordar la doctrina de esta Sala (SSTS. 974/2012, de 5 de julio ; 83/2013, de 12 de febrero ; 844/2013, de 12 de noviembre ; o 533/2017, de 11 de julio) que establece que en los autos que restringen derechos fundamentales, el tipo de juicio requerido cuando aparece cuestionada por vía de recurso la existencia de los presupuestos habilitantes de la medida limitativa y la corrección jurídica de su autorización, ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva ex ante, o lo que es lo mismo, prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido como consecuencia de la actuación de investigación en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada.

Y desde tal perspectiva, la realidad investigada conducía lógicamente a la intervención completa de los datos contenidos en los dos terminales que pudieron incautarse. Los hechos que se habían denunciado eran, de confirmarse el relato de la denunciante, constitutivos de un delito de violación perpetrada en la clandestinidad de una vivienda particular y sin otra presencia que las personas a quienes se atribuía el hecho punible. Se daba la circunstancia de que la morfología del ataque que se denunciaba carecía de elementos que permitieran evaluar vestigios físicos objetivos, tanto porque la agresión se decía consistente en varias penetraciones bucales impulsadas por un amedrentamiento intimidatorio, como por haber transcurrido más de tres meses desde la fecha de su perpetración. Por estas circunstancias, el registro de la información contenida en los teléfonos de los investigados se ofrecía como el mecanismo más idóneo, si no el único, para confirmar de una manera objetiva la tesis acusatoria o, en su caso, reforzar el descargo sostenido por la defensa; y, precisamente por la multifuncionalidad de los aparatos intervenidos, la prospección completa de sus datos se imponía como el instrumento plenamente idóneo y ajustado a las pretensiones procesales de ambas partes. Desde una consideración funcional, porque la totalidad de las conversaciones registradas por las distintas aplicaciones de comunicación de las que está dotado el teléfono, así como la geolocalización del usuario, o las fotografías existentes, permitían descubrir trazas sobre la realidad, así como sobre el carácter consentido o in consentido, de la relación sexual. Desde una consideración temporal, porque el escenario en el que los involucrados desarrollaron sus relaciones personales en el pasado, así como lo acaecido en el momento inmediatamente anterior a la supuesta agresión, podían también ofrecer huellas de lo acontecido, como lo harían también los datos recogidos en los tres meses que mediaron hasta la presentación de la denuncia.

El motivo se desestima.

Segundo.

1. Los motivos segundo, tercero, cuarto y quinto, formulados por cauce de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, denuncian el quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a la presunción de inocencia los tres primeros, y del derecho a la presunción de inocencia y al principio del in dubio pro reo el último.

Los recursos sostienen que la sentencia de instancia no ha contemplado ni evaluado parte del material probatorio presentado por las defensas, denunciando por ello que se ha quebrantado sus derechos a la tutela judicial efectiva. En todo caso, todos los motivos entremezclan una alegación de los recurrentes argumentando por qué esas pruebas, junto al resto del material probatorio, mostrarían la inexistencia de la agresión sexual o, lo que es lo mismo, que la relación sexual que mantuvieron los tres acusados con la denunciante respondió a la libre opción de todos los que participaron en ella. Expresan (en su motivo segundo) que los mensajes de WhatsApp que se cruzaron Salome y el recurrente Matías en los dos días siguientes a la supuesta agresión, muestran unas conversaciones anodinas en las que no se cruzaron reproche ninguno, lo que evidencia la irrealidad de una agresión sexual como la denunciada. Añaden (motivo 3) que los mensajes que Salome se cruzó con Saturnino en la misma de la agresión, en los que acordaron darse encuentro ellos dos y los tres acusados, ponen en evidencia que no existió el plan premeditado que dice sostener la sentencia de instancia. En su motivo 4, ofrecen el análisis de que la denunciante utilizó su teléfono móvil para enviar un mensaje a su amigo Jose Daniel en la franja horaria en la que estaba supuestamente retenida en el inmueble donde acaecieron los hechos, pese a haber sostenido que los agresores le habían quitado el teléfono durante la agresión. Y, en su motivo 5, terminan por enfrentar estos tres elementos probatorios con los argumentos en los que la sentencia hace descansar la asunción de la tesis acusatoria, los que reevalúan a partir de su propio análisis crítico. Concluyen que sí concurren en la denunciante razones espurias que le habrían impulsado a sostener falsamente la agresión sexual, concretamente sugieren que el haber recibido unas malas calificaciones académicas en los días previos a la denuncia mostraría que lo que buscaba la denunciante era evitar unas fuertes amonestaciones parentales, añadiendo que la denuncia pudo venir impulsada por un resentimiento a Matías, al no haberle proporcionado la relación de noviazgo a la que ella aspiraba. Los recursos tratan también de desvirtuar las corroboraciones periféricas que el Tribunal contempla en su sentencia: a) Respecto de los testigos que refirieron haber sabido de la agresión por sus conversaciones de amistad con la denunciante, los recursos analizan la prueba documental que demuestra que Salome creó con ellos un grupo de WhatsApp, y que en este grupo les facilitó, inmediatamente antes de su declaración como testigos, la información que debían suministrar al juez instructor; b) Añaden que estos testigos pudieron comunicarse con ocasión de un juicio oral que duró varias sesiones y en los que no se adoptaron las precauciones que las defensas reclamaban; c) Afirman existir una conversación en la que la denunciante se lamenta con una amiga por haber tenido en una ocasión relaciones sexuales sin preservativo, especulando los recursos con que la denunciante presenta un perfil de consentir conductas sexuales de las que se arrepiente posteriormente y d) Aducen que la situación psíquica apreciada por los peritos designados por el juzgado, puede derivar de razones ajenas a una agresión sexual, como así expresó la prueba pericial propuesta por la defensa. Por último, sostienen que no existe la persistencia en la incriminación que la sentencia proclama, destacando que en su denuncia habló de que Millán quiso, en dos momentos distintos, penetrarle analmente, habiendo cambiado su versión en el acto del juicio oral.

2. Antes de adentrarse en el resto del razonamiento, conviene despejar el argumento de los recurrentes de que el principio "in dubio pro reo" deba conducir al reconocimiento de haberse quebrantado su derecho a la presunción de inocencia. Pese al estrecho parentesco entre ambos, el principio "in dubio pro reo" solo es invocable en casación en su faz normativa, es decir, si hubiese condena pese a que el tribunal expresara o mostrara sus dudas respecto a tal pertinencia, pues lo que el principio integra es una regla de valoración probatoria que conduce a adoptar la alternativa más favorable al acusado, cuando el tribunal de enjuiciamiento no ha alcanzado una certeza exenta de dudas razonables; dicho de otro modo, el principio no obliga a dudar como el recurso pretende, sino a absolver cuando valorada toda la prueba, persistan dudas en el tribunal respecto de la culpabilidad del acusado, lo que aquí no acontece (SSTS 677/2006, de 22 de junio, 999/2007, de 12 de julio y 666/2010, de 14 de julio).

Continuando ya con la objeción principal de los motivos plantean, debe recordarse una vez más que una reiterada doctrina de esta Sala fija que la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia

permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en una prueba de cargo referida a todos los elementos esenciales del delito y que haya sido constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada, lo que implica evaluar si de la prueba practicada puede inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado. De tal manera que, salvo en supuestos en los que se constate una irracionalidad o una arbitrariedad en la valoración que de la prueba haya podido realizar el tribunal de instancia, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración hecha por el tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, realizando un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada, para sustituir la valoración de aquel tribunal por la del recurrente o por la de esta Sala.

Respecto a la declaración de la víctima, la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional, entienden que puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aun cuando fuera la única prueba disponible, como es frecuente que acaezca en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente con absoluta clandestinidad, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada (SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre ; 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre , así como SSTS 339/2007, de 30 de abril ; 187/2012, de 20 de marzo ; 688/2012, de 27 de septiembre ; 788/2012, de 24 de octubre ; 469/2013, de 5 de junio ; 553/2014, de 30 de junio o 355/2015, de 28 de mayo , entre muchas otras).

Lógicamente, conforme con lo expuesto anteriormente, y salvada la constitucionalidad y legalidad de la prueba practicada en los términos que han sido expuestos en el anterior fundamento jurídico, la credibilidad del testimonio de la víctima corresponde evaluarla al órgano de enjuiciamiento, mientras que al tribunal de casación le compete el control de la valoración realizada por el tribunal de instancia en lo que concierne a su racionalidad, y ello en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo tiene establecidos unos parámetros que, sin ser cada uno de ellos una exigencia axiomática para la validez del testimonio como prueba de cargo, sí facilitan que la verosimilitud que se les otorgue responda a criterios lógicos y racionales, con elusión de posicionamientos internos o intuitivos del juez o tribunal.

Estos parámetros, que no vamos a detallar por ser suficientemente conocidos y por estar plasmados tanto en el discurso argumentativo del Tribunal de instancia, como en la estructura de alegación de los recursos interpuestos, consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva, y de la persistencia en la incriminación como elemento que se proyecta sobre los dos primeros, aun cuando -como decíamos en nuestra Sentencia 355/2015, de 28 de mayo - " La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatória pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia" .

Por último, hemos indicado en diversas ocasiones que al introducirse el juicio de racionalidad dentro del margen de fiscalización que impone la presunción de inocencia, se crean puntos de confluencia con el derecho a la tutela judicial efectiva. La suficiencia de la prueba, evidenciada por la motivación coherente y sin fisuras del tribunal, conforma un espacio de conmixión que afecta a la presunción de inocencia y, por más que la palabra de un solo testigo pueda ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva del tribunal, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia, impide apoyar una condena en la mera sensación intuitiva de considerar veraz un testimonio. El tribunal tiene obligación de explicar por qué el testigo es objetiva y racionalmente creíble y por qué ese testimonio puede permitir desechar otros medios de prueba contradictorios que hayan sido presentados por las partes, lo que no supone la obligación del órgano jurisdiccional de emitir un juicio analítico sobre todos los elementos probatorios o criterios de análisis que hayan propuesto cada una de las partes, bastando que la sentencia contemple las tesis de descargo y ofrezca razones que dan una sólida y completa respuesta a su planteamiento.

3. La sentencia de instancia acepta un relato de la denunciante que conduce a la declaración de hechos probados anteriormente expuesta, expresando las razones por las que otorga credibilidad a su testimonio, fundamentalmente en la parte que resulta controvertida, esto es, que las tres penetraciones bucales no derivaron de su voluntad de dar satisfacción sexual a cada uno de los acusados, tal y como estos afirman, sino que fueron ellos quienes le obligaron a practicarles sendas felaciones, desarrollando para ello un comportamiento intimidatorio que determinó su sometimiento a una actividad sexual que explícitamente manifestó a los acusados que no quería y que, inicial e inútilmente, trató de evitar.

No existiendo más prueba de cargo que el relato aportado por la denunciante, el Tribunal de instancia, precisamente por el riesgo que tal situación introduce respecto del derecho a la presunción de inocencia que a los acusados corresponde, realiza un profundo y detallado análisis de los elementos racionales que permiten prospeccionar la verosimilitud de un testimonio.

Analizando si el relato de la denunciante podía venir impulsado por motivaciones espurias, rechaza el planteamiento de las defensas de que la denuncia responda a un intento de desviar la atención parental sobre un fracaso académico. No solo porque la motivación que arguyen las defensas carece de cualquier apoyatura externa y racional, sino porque ni el resultado académico era imprevisto, ni puede eludirse que la denunciante, mucho tiempo antes, había informado a algunas amistades de la agresión que sufrió aquella noche. Como también rechaza que una falsa denuncia pudiera residenciarse en un despecho hacia el acusado Matías, por quien la denunciante sentía atracción y con quien había tenido encuentros sexuales en alguna ocasión. La defensa sostiene que no haber logrado mantener una relación de noviazgo con Matías pudiera haber propiciado la denuncia presentada, lo que no deja de ser un argumento que gravita en la injustificación. Si el relato hubiera sido inventado por ese motivo, no se justifica que una libre invención haya de comprometer a otras personas. Por otro lado, el propio relato del acusado, que afirma haber mantenido relaciones consentidas en esa noche, excluye que la animosidad personal existiera entonces; sin que la investigación del teléfono del recurrente haya mostrado que en los tres meses que mediaron desde la agresión a la denuncia, la denunciante mostrara el reproche y la decepción que hubieran precedido a la falsa imputación. El análisis de la ausencia de motivaciones espurias no se resquebraja, como la defensa parece pretender, con cualquier construcción hipotética que pueda sugerir una mala fe en el denunciante, sino por realidades contrastadas que permitan sospechar, desde parámetros estables y firmes, que el testimonio de cargo puede efectivamente estar pervertido.

Respecto de corroboración testifical, como es lo habitual respecto de agresiones que no dejan vestigios, es evidente que solo ofrece una tenue confirmación. Remigio declaró que Salome le describió los hechos en el mismo mes de marzo que acaecieron y que él le recomendó que lo hablara con un familiar o alguien cercano, añadiendo -como consideración personal de que no fue a su vez engañado- que Salome estaba nerviosa, intranquila o sobrepasada. Angelina, amiga de la denunciante, confirmó que se sinceró con ella y que le contó el mismo relato que luego denunció, explicando además la razón de cómo se fraguó la presentación tardía de la denuncia. Si bien Salome no denunció los hechos inicialmente, Angelina relató que la madre de Salome fue a hablar con ella al percibir que su hija no estaba bien, desvelando que fue ella quien sugirió a la madre que hablara con su hija, lo que le llevó a conocer lo acontecido y a impulsar a Salome a presentar la denuncia. Y Jose Daniel confirmó la versión del resto de testigos afirmando haber tenido también conocimiento anticipado de los hechos.

De este modo, la versión de la denunciante se refuerza con el testimonio de tres testigos. Y si bien es cierto que la defensa pone en duda su credibilidad, esgrimando para ello un conjunto de mensajes en los que Salome traslada a los testigos información de los agresores en los días previos a que los testigos acudieran al llamamiento judicial en sede de instrucción, la sentencia rechaza su descrédito en consideración a que los mensajes no describen los hechos, sin que el Tribunal de instancia apreciara que los testigos faltaran a la verdad en la narración de ningún extremo. Y el posicionamiento de la Sala de instancia tampoco muestra un error lógico si consideramos que el conocimiento cercano a los hechos que relatan los testigos: a) Es acorde con que se registrara una llamada telefónica -en intempestiva hora de la noche de los hechos- de Salome a Jose Daniel y b) Es también coherente con un conjunto de mensajes en los que la denunciante (antes de presentar la denuncia y de que nadie fuera llamado como testigo), dado que la policía le había pedido que serenara su recuerdo realizando un escrito con los hechos vividos, escribe a su amigo diciéndole que le enviará ese escrito para que lo recuerde, lo que evidencia la intención de confirmar su escrito con el relato más inmediato que a él había de haberle trasladado.

Respecto de la prueba pericial, el Tribunal de instancia destaca un informe de asistencia emitido inmediatamente después de la denuncia (informe Cimascán obrante al f. 203), en el que se identifica una sintomatología propia de víctimas de violencia sexual. Plasma también el dictamen de las psicólogas adscritas al Tribunal Superior de Justicia de Madrid (f. 1086 a 1097), que confirmaron en el plenario que Salome presentaba síntomas de corte ansioso, compatibles con haber sido víctima de agresión sexual y sin motivaciones psicopatológicas para interponer denuncias como la que le afecta.

Por último, considerando el elemento de evaluación racional del testimonio de la víctima de que los hechos son unos y su relato debe ser estable en las sucesivas ocasiones en los que se emita, la Sala apreció una ausencia de modificaciones esenciales entre la denuncia, su declaración en instrucción y el acto del plenario, además de carecer de contradicciones y venir dotado de la concreción de una real rememoración de lo vivido;

conclusión que -a juicio de esta Sala- es conforme con el relato obrante en cada una de las declaraciones documentadas obrantes en las actuaciones.

De este modo, el juicio de ponderación de la sentencia de instancia responde a las reglas racionales y objetivas que deben presidir la valoración de la prueba, sin que los alegatos de la defensa, más orientados a que esta Sala sustituya el convencimiento del Tribunal de instancia por el nuevo que los recursos sugieren, ofrezca ninguna quiebra lógica que justifique su anulación, ni presente elementos probatorios que impacten contra las conclusiones. De un lado, porque los mensajes que se remitieron Saturnino y Salome la noche de los hechos, solo evidencian que Salome terminó aceptando salir con Saturnino y sus amigos, pese al rechazo inicial. De otro, porque la conversación entre Matías y Salome en los dos días siguientes a los hechos, si bien no ofrece el reproche explosivo que la defensa entiende coherente con la agresión sexual denunciada, tampoco refleja la complicidad y cercanía inherente a la versión de los acusados, siendo una conversación anodina, fría y distante, que tan inexpresiva es de que haya precedido una violación, como de que exista un esfuerzo por incorporar lo sucedido a una mala experiencia vital.

Tampoco el mensaje enviado por Salome a su amigo Jose Daniel a la 1:53 horas de la madrugada (45 minutos después de que fuera conducida a la casa donde acaecieron los hechos) y en el que le preguntaba si estaba despierto, es demostrativo de que no existiera la agresión intimidatoria que se denuncia. La defensa afirma que el mensaje hubo de enviarse desde la propia vivienda, lo que acreditaría que a la denunciante no le quitaron el teléfono como afirma, sino que lo detentaba libremente. No obstante, el Tribunal de instancia no sostiene que la denunciante estuviera privada de sus efectos permanentemente, sino que afirma que después de consumada la agresión sexual, los acusados permitieron retornar a Salome a la normalidad, concretamente lo describe en los siguientes términos: " Tras terminar Marcos , salió del baño Salome , llorando y angustiada buscó su ropa y su teléfono móvil, encendiendo en ese momento la luz de la habitación, que hasta ese momento había permanecido apagada, localizando su ropa y móvil escondidos bajo una almohada, se vistió y la llevaron a su casa en el vehículo de Matías , conduciendo éste el vehículo y ocupando Salome el asiento del copiloto".

Por último, puesto que la prueba pericial contemplada por el Tribunal solo es un elemento de evaluación y refuerzo del resto de prueba practicada, tampoco muestra una equivocación valorativa la pericial de descargo indicando que la situación anímica de Salome puede responder a otras razones diferentes a haber padecido una agresión sexual. Ni lo es la alegación de haber cambiado Salome su relato en el plenario. La denunciante fue preguntada por la agresión sufrida aquella noche y describió su recuerdo con expresión de las agresiones sexuales que contra ella se consumaron. Narró que le tocaron los pechos, que hicieron un primer intento de forzarle a realizar una felación a Marcos , que querían penetrarle vaginalmente pero no pudieron dado que estaba con la menstruación y llevaba un tampón puesto y que después, ya en el baño, fueron obligándole sucesivamente a hacer una felación completa a cada uno de sus agresores, además de describir algún acto de agresión por haberle estampado contra el lavabo y alguna vejación como haberle hecho limpiar el semen de Millán que cayó al suelo. Su relato ha sido estable con relación a los emitidos con anterioridad y sin modificación alguna. La defensa bautiza como modificación del relato lo que en realidad no es sino la omisión de un episodio, y si bien es cierto que no es nimia la cuestión de que Millán hiciera dos intentos de penetrarle analmente (uno cuando se encontraban en el dormitorio y otro cuando la estampó contra el lavabo y no logró quitarle el tampón), lo cierto es que no se le preguntó en el plenario por esa omisión. El mero silencio en un punto de la descripción de los hechos, ni es sustantivamente igual a la modificación del relato, ni puede contemplarse como tal sin antes acudir al instrumento procesalmente previsto en el artículo 714 de la LECRIM para que el testigo aporte su explicación de la diferencia y el Tribunal pueda evaluar si tal aclaración o apostilla resulta satisfactoria o convincente.

Por todo ello, la Sala aprecia que la valoración que de la prueba realizó el Tribunal de instancia se asienta en parámetros válidos, por su legalidad, por estar razonada, y por resultar razonable en su construcción y en estar dotada de elementos incriminatorios bastantes para que el órgano de enjuiciamiento pudiera alcanzar la convicción que obtuvo.

El motivo se desestima.

Tercero.

El sexto motivo lo formulan por la vía del artículo 852 LECRIM , denunciando la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 y el derecho a la igualdad del 14 de la CE , por haberse privado del derecho a la segunda instancia.

Aducen los recurrentes que la legislación española vigente en el momento del enjuiciamiento veda a las partes el acceso, en apelación, a una segunda instancia contra las sentencias dictadas en única instancia por las

Audiencias Provinciales, aduciendo que esa función no es suplida por el recurso de casación; añadiendo que supone un trato desigual con respecto a quienes ven regidos sus recursos por la LECRIM, en su redacción dada por la Ley 41/2015.

Para apreciar la existencia de vulneración del art. 14 C.E se precisa que la diferencia de tratamiento respecto de situaciones similares sea arbitraria, lo que no acontece cuando la divergencia resulta justificada por un cambio legislativo que responde a una reflexión del legislador y busca precisamente dar satisfacción a compromisos internacionales de una manera diferente a la que resultaba de la norma de aplicación que se deroga, más aún cuando la norma anterior prestaba garantía a los mismos intereses que impulsan el nuevo redactado.

Y en lo que hace referencia a la alegación de que no se les ha otorgado la posibilidad de una segunda instancia real y efectiva, tal y como el Comité para el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas ha apreciado en el su dictamen 20 de julio de 2000 y así lo contempla el artículo 73.3.º c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , la jurisprudencia de esta Sala es estable en mantener:

A) El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se refiere textualmente a una segunda instancia, sino exactamente al derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Esta última precisión permite una cierta flexibilidad en la aplicación de la citada previsión en los distintos sistemas jurídicos, tal como ha sido reconocido por el TEDH en la resolución de 30 de mayo de 2000, al señalar que los Estados parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir su extensión.

La cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala que en el Pleno no jurisdiccional celebrado el 13 de setiembre de 2000 entendió que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto. Acuerdo que se ha visto reflejado en varias resoluciones de la Sala. En este sentido, recuerda la STS n.º 1305/2002, de 13 de julio , reiterando lo ya dicho en el auto de 14 de diciembre de 2001, que "el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/1985 que el recurso de casación cumple con la exigencia del art. 14.5 del Pacto y desde la STC 42/1982 ha establecido que esta norma del Pacto no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación (ver también STC 37/1988). Esta jurisprudencia constitucional ha indicado, asimismo, que, de todos modos, el derecho a un recurso de casación se debe entender de la manera más favorable al acusado. Consecuencia de esta exigencia de admitir la interpretación más favorable al justiciable ha sido la transformación de nuestra jurisprudencia a partir de esas decisiones, ampliando extraordinariamente, respecto de las limitaciones tradicionales de la casación que reconocía el Tribunal Supremo antes de la entrada en vigor de la Constitución, el concepto de las cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso de casación. Correlativamente, nuestra jurisprudencia ha reducido las cuestiones de hecho, que quedan fuera del recurso de casación, exclusivamente a aquellas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma. De esta manera, el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos. Todo ello sin perjuicio de que la aparición de nuevas pruebas, que el acusado no pudo ofrecer en el proceso, pueden, en su caso, dar lugar a un recurso de revisión (art. 954 LECrim .), que indudablemente completa el conjunto de garantías del debido proceso" (por todas, STS de 6 de mayo de 2002 y de 21 de marzo de 2003).

El Tribunal Supremo como tribunal superior al que se refiere el artículo 17 del Pacto citado, cumple la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior, cuando revisa el juicio de inferencia sobre la prueba realizado por el tribunal de instancia. El Tribunal Supremo, en sus sentencias, para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional tantas veces citado y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene extendiendo su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el tribunal de instancia.

Así en la sentencia de esta Sala de 25 abril de 2000 se dice que al invocarse el derecho de presunción de inocencia, se insta al Tribunal Supremo a examinar, entre otras cuestiones, si las pruebas se obtuvieron lícitamente y si las conclusiones del tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia y de las ciencias.

El cumplimiento por este Tribunal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se mantiene, con el alcance del recurso de casación que se ha dejado expresado, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, sin que este Dictamen, que resuelve un caso concreto y

no si el recurso de casación español en su generalidad se ajusta o no al artículo 14.5 del Pacto , exija, en modo alguno, un cambio de criterio, siendo cuestión bien distinta la conveniencia de que se instaure la segunda instancia en todo tipo de procesos y se residencie en el Tribunal Supremo, como única función, la esencial de unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en la reunión no jurisdiccional celebrada el 13 setiembre de 2000, en la que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

Como más reciente la sentencia de 3 abril de 2002, del Tribunal Constitucional , fundamento de derecho séptimo, aborda de nuevo el tema, llegando a la misma conclusión, y así afirma, que en definitiva, conforme a nuestra doctrina, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 del PIDCP , siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permitan considerar un hecho como probado. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el TEDH, en relación con los artículos 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio - STEDH de 13 febrero de 2001, caso Krombach v. Francia, que declara conforme al artículo 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa solo la aplicación del Derecho-.

Por último, el TEDH, declaró la inadmisión del recurso n.º 65892/01, respecto a la misma cuestión (STS 6 de mayo de 2002).

El motivo se desestima.

Cuarto.

Por la vía del artículo 5.4 LOPJ , el séptimo motivo denuncia infringido el art. 24.1 y 2 de la CE , en tanto vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, así como el art. 6 del CEDH .

Se pretende la existencia de un vicio casacional sustentado en el hecho de haberse recibido declaración a la víctima ante la policía y en el juzgado de instrucción antes de que las defensas se personaran, sin que se haya reconocido después la petición de la defensa de que se tomara nueva declaración a la denunciante en sede de instrucción y a su presencia.

Como ha destacado reiteradamente la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el principio de contradicción en el proceso penal, hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el juez o tribunal de los propios (SSTC 162/1997, de 3 de octubre, F. 4 ; 56/1999, de 12 de abril, F. 4 ; 79/2000, de 27 de marzo , F. 3). Se muestra así como una exigencia ineludible del derecho de defensa y del derecho a un proceso público con todas las garantías, siendo obligación de los órganos judiciales posibilitarlo, y solo la incomparecencia en el proceso o en el recurso, debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, podría justificar una resolución sin haber oído sus alegaciones y examinado sus pruebas. Se añade además la consideración de que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE , produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo (SSTC 176/1988, de 4 de octubre, F. 2 ; 162/1997, de 3 de octubre, F. 4 ; 102/1998, de 18 de mayo, F. 2 ; 79/2000, de 27 de marzo, F. 3 ; 154/2000, de 12 de junio , F. 2).

Respecto del principio de igualdad de armas, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 178/2001, de 17 de abril , indicaba que "del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia

naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia (SSTC 66/1989, de 17 de abril, F. 12 ; 186/1990, de 15 de noviembre , F. 5).

En esta línea hemos concluido que la regla de la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se de la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 102/1998, de 18 de mayo, F. 2 ; 114/2000 [RTC 2000, 114], de 5 de mayo, F. 2; 154/2000, de 12 de junio , F. 2)".

Es evidente además que los principios de contradicción e igualdad de armas en el proceso son de particular vigencia en dos trámites concretos de la fase de instrucción o de investigación, que es a la que el recurso viene referido:

a) En la fase de proposición de diligencias de investigación o de incorporación de los medios de prueba, en la que el investigado debe contar con las mismas opciones de propuesta que las acusaciones, sin perjuicio de la facultad rectora del juez de instrucción a la hora de admitir y rechazar tales instrumentos en función de su pertinencia y utilidad para el esclarecimiento de los hechos o para la determinación de los eventuales responsables y

b) En el momento de la práctica de tales diligencias. Tanto cuando las diligencias que vayan a ser practicadas hayan sido propuestas por la propia defensa, como cuando se practiquen de oficio o hayan sido impetradas por la acusación, la representación del investigado debe contar con las mismas posibilidades que el resto de las partes para interrogar a los testigos o para intervenir activamente en su práctica, si bien, más allá de una presencia material que puede ser modulable en función de la naturaleza de la diligencia o por el conflicto de la presencia de la parte con otros derechos que puedan resultar afectados, la defensa debe contar con una posibilidad, real y operativa, de interrogar o hacer interrogar a los que declaran en contra del acusado, así como de actuar de manera que pueda poner de relieve todos aquellos aspectos que entienda que anulan, alteran, debilitan o matizan la fuerza incriminatoria de cualquier actuación investigativa que pueda llevarse a término; y cualquier limitación de esta regla, no solo precisa de un deber extraordinario de motivación, sino que puede encontrar límites infranqueables derivados del derecho defensa.

En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 14 de diciembre de 1999, Caso A.M. contra Italia) ha entendido que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que "por regla general, los apartados 1 y 3.d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (sentencias Van Mechelen y otros, citada, pg. 711, ap. 51, y Lüdi contra Suiza de 15 de junio de 1992, serie A, núm. 238, pg. 21, ap. 49). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que, ni en la fase de la instrucción ni durante los debates, el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las sentencias Van Mechelen y otros citada, pg. 712, ap. 55; Saidi contra Francia de 20 septiembre 1993, serie A, núm. 261-C, pgs. 56-57, aps. 43-44; Unterpertinger contra Austria de 24 noviembre 1986, serie A, núm. 110, pgs. 14-15, aps. 31 -33)". Y más recientemente, ha señalado (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lwcd , § 40), que "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario".

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en el mismo sentido, atribuyendo al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso (STC 155/2002, de 22 de julio), reconociendo la necesaria vigencia del derecho del acusado a su efectividad, si bien ha precisado que, conforme a las exigencias dimanantes del art. 24.2 CE , interpretado conforme al art. 6.3.d) TEDH, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c. Austria, § 31 ; de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovsky c. Holanda, § 41 ; de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 26 ; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 34 ; de 20 de septiembre de 1993, caso Saidi c. Francia, § 43 ; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso Lúea c. Italia ,

§ 40). (STC n.º 57/2002, de 11 de marzo). Encontrándose además en la jurisprudencia del TC, algunas precisiones recogidas, entre otras, en la STC 1/2006 , en la que se identifica que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpativa, "pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que conforme a las provisionales legales haya podido observarse en la fase sumarial" (STC 155/2002, de 22-7 ; 206/2003, de 1 de diciembre). Se sostiene así, en definitiva, que no existe vulneración del principio de contradicción cuando "aun existiendo una falta de contradicción inicial, esta tiene lugar, con posterioridad, de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa" (STC 187/2003, de 17 de octubre).

Proyectada la anterior doctrina en el caso enjuiciado, debe observarse que no se ha producido ningún quebranto del derecho de contradicción, ni del derecho a la igualdad de armas procesales, ni -en último extremo- del derecho de defensa que corresponde al recurrente. De un lado, el pronunciamiento de condena que recoge la sentencia de instancia deriva de la prueba practicada en el acto del plenario, con plena sujeción a los principios de inmediación y de contradicción que deben conducir el enjuiciamiento. Contrariamente a lo que podría sugerir que el reproche consista en que los recurrentes (su asistencia letrada) no tuvieron intervención en la declaración que prestó la denunciante durante el sumario, la prueba en la que descansa la sentencia condenatoria no es una declaración prestada por una víctima menor en los términos expresados para el sumario en el artículo 433 de la LECRIM y que fuera después introducida en el plenario mediante su reproducción. La testigo-víctima emitió su testimonio de forma directa e inmediata en el acto del juicio oral. Su declaración se prestó a presencia del Tribunal y de las partes, habiendo participado la representación de los encausados sin restricción ninguna, lo que permitió - como se aprecia en el acta videográfica entonces realizada- que formularan a la testigo cuantas preguntas entendieron de interés, reclamando las aclaraciones o puntualizaciones que consideraron preciso abordar.

De este modo, el concreto desarrollo de la actividad probatoria priva de alcance al alegato, y por más que en la fase de instrucción se recibiera declaración a la perjudicada sin posibilidad material de asistencia a los letrados defensores, se ha dispensado un perfecto reconocimiento de su espacio de defensa a lo largo de todo el proceso de investigación posterior y, fundamentalmente, durante el acto del plenario.

El motivo se desestima.

Quinto.

El octavo motivo de estos recurrentes, a tenor del artículo 849.2 de la LECRIM , denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

Alegan los recurrentes la existencia de un error en la apreciación de la prueba basado en un documento que obra en autos, en concreto los WhatsApp que la denunciante escribió a Matías el día de los hechos y al día siguiente, en los que se puede apreciar que la denunciante prestó voluntariamente el consentimiento a los hechos que posteriormente denunció.

El artículo 849.2 de la LECRIM entiende infringida la ley, para la interposición del recurso de casación, " Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios ". La estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011) indica que la previsión del art. 849.2.º LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados, para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia de esta Sala que el error fáctico o material se muestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; así como que el dato que el documento acredite, no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite, una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30 de septiembre).

Lo expuesto muestra la necesaria desestimación del motivo, al descansar el alegato en unos mensajes escritos que carecen en sí mismos de un contenido demostrativo del consentimiento a la relación sexual por parte de la denunciante, extrayéndose ese contenido por los recurrentes sobre la base de su particular interpretación de los mensajes y el resto de las pruebas presentadas, eludiendo el sentido que el Tribunal de instancia atribuye a la prueba no documental.

El motivo se desestima.

Sexto.

Su noveno motivo se formula por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM , en relación con la indebida aplicación de los artículos 178 , 179 y 180.1.2.^a del Código Penal y en relación a la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución .

Expresa el alegato que la sentencia de la Sección 29 de la Audiencia Provincial de Madrid ha vulnerado el principio de presunción de inocencia, por indebida aplicación de los artículos 178 , 179 y 180.2 del Código Penal , al existir un error en la apreciación de la prueba basado en un documento literosuficiente que obra en autos, en concreto los WhatsApp que la denunciante escribió a Matías la misma mañana tras los hechos denunciados y al día siguiente, en los que se puede apreciar que la denunciante prestó voluntariamente el consentimiento a los hechos que posteriormente denunció. Aduce que en la sentencia existe una motivación aparente en relación a dichos WhatsApp , carente de racionalidad que se contenta con una referencia breve y sin contenido alguno, y ello es así porque en realidad estamos ante un supuesto de inmotivabilidad y esa imposibilidad de motivar hace renacer la presunción de inocencia.

El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que solo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal (STS 589/2010, de 24 de junio), pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

El motivo que aquí resolvemos descansa en la particular consideración fáctica de los recurrentes y atacando precisamente el relato histórico sustentado por el Tribunal, por lo que debe ser desestimado.

Séptimo.

1 . Su décimo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM , por indebida inaplicación del artículo 181.3 y 4 del Código Penal .

Entienden los recurrentes que los hechos serían en su caso subsumibles en el delito de abuso sexual con prevalimiento de los artículos 178 , 179 y 180.2 del Código Penal , y no en el delito de agresión sexual por el que vienen condenados. Pese a que la sentencia de instancia asienta su posicionamiento en la existencia de una intimidación ambiental, destaca que el relato fáctico de la sentencia lo que describe es que la denunciante se dio cita con todos ellos y acudió con ellos a la vivienda en la que acaecieron los hechos, además de haber entrado también libremente a la habitación en la que comenzó a besarse y mantener una relación con Matías . Añade que la sentencia (pg. 28) proclama que la víctima " se negó de forma reiterada ante la insistencia de los tres procesados ", añadiendo que " concurrió intimidación, pues Salome se vio acorralada ante la presencia de tres individuos, en un sitio cerrado...". Destaca también que, en la misma página de la resolución, la sentencia proclama que "concorre intimidación desde el momento en que los tres acusados llevan a la víctima a un piso, de manera premeditada la sitúan en uno de los dormitorios con el único propósito de satisfacer sus deseos sexuales, fuera con el consentimiento o sin él. La sola presencia de tres hombres de mayor edad y corpulencia basta para infundir temor e intimidar a la víctima". A partir de ello, destaca que la jurisprudencia de esta Sala exige para la existencia de la intimidación de la concurrencia de cualquier forma de coacción, amenaza o amedrentamiento que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva; añadiendo que esta coacción debe ser previa, inmediata, grave y

determinante del consentimiento forzado. Considera que tales condiciones no se han producido, puesto que la sentencia solo hace referencia a la existencia de un temor en la víctima, sin que se indique a qué, añadiendo que el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidación una acción que por sí misma no tiene ese alcance objetivamente o que carece objetivamente del componente normativo de la intimidación.

2. Es de percepción generalizada en una sociedad democrática que los delitos contra la libertad sexual tienen por bien jurídico protegido la libertad sexual de los individuos o su libre opción en el desarrollo de su actividad sexual, sin más limitación que el respeto de la libertad de elección, formada y capaz, de otras personas, así como el sometimiento a un imperturbable desarrollo emocional y sexual de quienes, por su edad, están en proceso de formación de su personalidad.

En lo que hace referencia a las relaciones sexuales entre adultos, nuestro Código Penal distingue en el Título VIII del Libro II, en los capítulos primero y segundo, entre los delitos de agresiones sexuales (art. 178 a 180) y los delitos de abusos sexuales (art. 181 y 182). Ambas figuras consisten en imponer a otro determinadas actividades sexuales sin su consentimiento, estableciéndose como diferencia entre ellas que la agresión sexual acontece cuando la actividad sexual conculca el libre rechazo de la víctima, a quien se le hace pasar por la relación empleando violencia o intimidación para ello, mientras que el abuso comporta abordar una actividad sexual sin obtener previamente el libre y válido consentimiento de quien se ve afectado por ella.

Esa falta de consentimiento, además de en supuestos de tocamientos episódicos, fugaces o furtivos, la presupone la ley penal cuando el consentimiento falta en un contexto en el que nunca hubiera podido prestarse, junto a aquellos casos en los que se emite en condiciones que lo hacen sustantivamente inválido. Sintetizábamos en nuestra reciente sentencia 344/2019, de 4 de julio : "Por eso el Código Penal señala que, a los efectos de tipificar este delito, " se consideran abusos sexuales no consentidos " aquellos a los que se refiere el precepto, porque en tales casos el consentimiento se ha obtenido inválida o viciadamente; y así: a) los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido; b) sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare; c) los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto; d) cuando se obtenga un consentimiento viciado por prevalerse el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima". Supuestos a los que el artículo 182 del Código Penal añade, fuera de las relaciones sexuales entre adultos a las que nos veníamos refiriendo, los actos de contenido sexual que se proyectan sobre menores de dieciséis años que los hayan aceptado, dada la falta de madurez para otorgar una anuencia libre y formada.

Y si ya hemos indicado que la agresión sexual acontece cuando se imponen actos de contenido sexual empleando violencia o intimidación para ello, es pacífica la jurisprudencia de esta Sala en señalar que por violencia debemos entender el empleo de la fuerza física, concebida como equivalente a acometimiento, coacción o imposición material, lo que implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones o desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS 1145/1998, de 7 de octubre ; 1546/2002, de 23 de septiembre o 373/2008, de 24 de junio , entre muchas otras). A diferencia de la intimidación que -como indica el recurso- 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) y debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado (SSTS. 130/2004 de 9 de febrero y 1164/2004 de 15 de octubre).

Es este elemento coactivo en la materialización de los actos de contenido sexual el que diferencia la agresión sexual intimidatoria del abuso sexual con prevalimiento, en el que existe un verdadero consentimiento, si bien está viciado por una causa externa que opera a modo de coacción psicológica (una relación de superioridad determinada por las causas legales). Nuestra STS 305/2013, de 12 de abril , expresaba: "Se distingue de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, en que en este el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual, de manera 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. En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal , es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual".

En todo caso, por lo hasta aquí expuesto, violencia e intimidación han de operar en un contexto fáctico en el que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa en modo que sea percibida por aquel, de manera que sea precisamente la fuerza física o intimidante la que se emplee y termine por doblegar la voluntad de la persona agredida a partir de un comportamiento del sujeto activo adecuado para la consecución del resultado (exigencia objetiva) y suficiente para determinar a quien es objeto del ataque (exigencia subjetiva). Si bien, hemos declarado también que la satisfacción de esta idoneidad objetiva y subjetiva no pasa por un contenido irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, bastando con una aptitud relativa o ajustada a las circunstancias del caso.

En numerosas situaciones la intimidación no se verbaliza de un modo directo, ni siquiera se exterioriza físicamente de una manera determinada y explícita. Son numerosos los supuestos en los que el amedrentamiento, incluso preordenado a la consecución de un fin concreto y específico, puede proyectarse de modo consciente, y de manera paralelamente comprensible para el destinatario, sin necesidad de un lenguaje verbal o de un lenguaje gestual manifiesto e incontestable. En el conjunto de las relaciones humanas, en ocasiones, el contexto aporta un significativo o un componente material con un contenido comunicacional esencial y determinante, de modo que resultaría absurdo evaluar el comportamiento y la intencionalidad del emisor del mensaje desde una interpretación aislada de la conducta. El contexto, y la forma en que se encadena con la actuación humana, son elementos que - considerando las convenciones humanas y la realidad social en el que se desarrollan- pueden interactuar de una forma tan inseparable y sugerente, que ningún observador ecuaníme dudaría sobre su significado o sentido. Se trata de supuestos en los que todos los sujetos que se interrelacionan interpretarían lo que acontece de un modo semejante, permitiendo con ello una perfecta comunicación de mensajes, esto es, que el destinatario o cualquier observador externo descifren el comportamiento con un sentido equivalente al que motivó su emisión. Si en una hora profunda de la noche y en un parque solitario, cinco desconocidos se acercan a un hombre, mujer o niño que esté en palmaria situación física de inferioridad y, tras rodearle, uno de ellos pide que le entregue las joyas, el reloj o el dinero que pueda llevar, cualquier persona entiende que no se reclama un préstamo, sino que nos enfrentamos a una exigencia de entrega con la conminación de evitar males mayores. Y quien realiza la acción es consciente de que el traspaso responde a esos parámetros y que, en clara relación causa-efecto, es fruto del temor que indiscutiblemente ha impulsado. La falta de anuncio de daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación, como tampoco desaparece el amedrentamiento cuando no exista una real intención de causar el mal sugerido. Siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha es materialmente adecuada para modificar la que sería la libre opción del destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecerse integra el concepto legal de intimidación. Es a este tipo de intimidación al que podemos denominar intimidación ambiental.

En todo caso, el tribunal debe describir el soporte desde el que se extrae el soporte fáctico intimidante, de modo que pueda apreciarse la satisfacción del componente objetivo y subjetivo al que ya se ha hecho referencia. La doctrina está recogida en la STS núm. 73/2004, de 26 de enero, que recordaba: "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".

3. Proyectada la doctrina expuesta al caso enjuiciado, debe rechazarse la pretensión de los recurrentes. En un relato fáctico que resulta inmutable, no solo en atención al cauce casacional empleado, sino por haberse desestimado los motivos que se han sustanciado pretendiendo una defectuosa valoración de la prueba, el Tribunal de instancia proclama que Salome " insistentemente dijo que no quería mantener actos sexuales con ninguno de ellos salvo con Matías , subiendo de tono en la negativa. Los acusados insistieron en que todos tenían que mantener relaciones sexuales con Salome , Matías le decía que confiara en él y los otros dos que compartiera un poco, respondiendo en todo momento Salome con negativas ".

A partir de esas negativas, y con la conminación de que todos tenían que mantener relaciones sexuales con ella, la sentencia describe un conjunto de elementos que permitieron superar la oposición de Salome . La relación sexual que se desarrolló fue la realización de sendas felaciones a los acusados, lo que explícitamente impuso un comportamiento activo de la víctima objetivamente incompatible con un mero aprovechamiento de su ausencia de consentimiento o a partir de un consentimiento viciado. Se describe una oposición de Salome a la relación y, si finalmente pasó por la dura experiencia que se relata en los hechos probados, fue como consecuencia de su situación de clara inferioridad y por hacerle ver los acusados que no tenía más opción que someterse a sus deseos, de no querer afrontar otras consecuencias ineludiblemente perjudiciales para ella.

Efectivamente los acusados no exteriorizaron ni verbal ni gestualmente, que Salome fuera a pasar por un mal físico o vital si no satisfacía sus deseos sexuales, pero este riesgo es necesariamente percibido por alguien a quien se le imponga la situación que la sentencia describe. Con independencia de que Salome acudiera voluntariamente a la vivienda, la sentencia describe que los tres acusados eran hombres adultos cercanos a la treintena de edad, frente a una joven de 18 años escolarizada. Relata que, en un momento concreto, dos de los acusados se introdujeron en la habitación en la que ella estaba con Matías e interrumpieron su relación con él, pretendiendo los tres que ampliara la relación sexual a todos los integrantes del grupo. Pese a la negación de Salome , los tres individuos ejercieron su voluntad desde el primer momento. Mientras Salome cubría su torso desnudo cruzando los brazos, Matías se tumbó desnudo a su lado, y Millán le tocaba los pechos además de empujar la cabeza de Salome y acercarla al pene de Marcos para que le realizara una felación. Salome tuvo la determinación de levantarse y seguía rechazando la relación, momento en el que Millán la cogió del brazo y la metió obligadamente en el baño, donde cerró la puerta y le exigió quitarse el tampón. Afirma la sentencia que Salome terminó por pedir ayuda a Matías , quien relevó la presencia de Millán en el baño, implorando Salome - ante el grave temor que tenía y sabiendo que era aspiración de Matías - realizarle una felación con eyaculación dentro de la boca si le ayuda a salir de la casa por el grave temor que tenía, si bien, una vez mantenida esa relación sexual Matías favoreció que la agresión continuara hasta que los otros dos acusados consumaran la satisfacción sexual que buscaban. De este modo, Matías se instaló en el dormitorio mientras Millán llevaba a Salome de nuevo al baño. Describe la sentencia que Millán la empotró contra el armario del lavabo y que, cuando Salome consiguió darse la vuelta, metió su mano entre las piernas de Salome para quitarle el tampón, pero que ella se las apartó. En ese momento, Millán empujó a Salome de los hombros, forzándola a ponerse de rodillas en el suelo, introduciéndole el pene en la boca mientras la sujetaba la cabeza y le agarraba el pelo con fuerza. Precisa la sentencia que Millán obligó a Salome a practicarle una felación hasta que eyaculó, obligándole incluso a limpiar el semen que había caído al suelo. Fue después cuando Matías relevó a Millán en el baño. Tras insistirle Salome en que quería irse a casa, Matías le respondió que él no se podía quedar sin felación y Salome se vio obligada a practicársela.

De este modo, el relato de hechos refleja la reiterada negativa de la adolescente y cómo la relación sexual se impuso en un contexto de total desvalimiento ante tres adultos que impusieron concertadamente su voluntad, sin que los sucesos estén siquiera despojados de algún acometimiento físico que objetivamente exteriorizaba que los agresores podían estar determinados a un uso más contundente de la fuerza; descripción de una instrumentalización coactiva del miedo que se robustece por la indicación del Tribunal de que, cada vez que Salome se veía obligada a practicar una felación a alguno de los acusados, los otros dos acusados permanecían en el dormitorio por el que tendría que cruzar Salome si saliera del baño con pretensión de abandonar la casa, y allí permanecían de manera coercitiva y vigilante hasta que la pareja salía del baño y otro de ellos tomaba a Salome a la fuerza para encerrarse con ella de nuevo en el baño. De este modo, todos los acusados propiciaron que Salome no pudiera marcharse hasta la consumación de las tres penetraciones bucales, de lo que es patente expresión que -al inicio de la agresión y cuando Salome se encontraba a solas con Matías en el interior del baño- le pidiera su ayuda para abandonar la casa y protección frente a los dos amigos que se encontraban en el exterior.

Solo cuando Salome había practicado una felación a cada uno de los acusados pudo, después de vomitar, salir del baño y vestirse, acompañándole los acusados a casa.

El relato de la sentencia define así que las relaciones sexuales no solo fueron contrarias a la explícita oposición de Salome , sino que la joven se vio forzada a practicarlas por el lógico e ineludible temor de sufrir males mayores, en el contexto de acorralamiento y sumisión que los acusados directamente impulsaron y le impusieron para poder consumir sus deseos sexuales.

El motivo se desestima.

Recurso formulado por Millán .

Octavo.

El primer motivo se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM , al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los artículos 18.1 y 18.3 de la CE .

Por igual cauce, los motivos segundo, tercero y quinto denuncian el quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, entendiéndose que la consideración plena y correcta de las pruebas de descargo sustentadas por la defensa, y un análisis más pormenorizado de la argumentación del Tribunal de instancia, deberían conducir a la absolución del acusado.

El motivo cuarto denuncia también el quebranto al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa por no haber podido interrogar a la denunciante en fase de instrucción.

Los motivos reiteran, con argumentos semejantes, las denuncias que en el mismo sentido formularon los otros dos recurrentes y que han quedado resultas en los fundamentos primero, segundo y cuarto de esta resolución.

Los motivos se desestiman.

Noveno.

El sexto motivo del recurso, formulado por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM , argumenta error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador.

Al ser coincidente el planteamiento y su resolución con lo ya analizado al anterior fundamento quinto, nos remitimos a lo allí expuesto.

Los mismo puede decirse respecto de su motivo séptimo que, por infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM , entiende indebidamente inaplicada la tipificación del abuso sexual del artículo 181 del Código Penal , remitiéndonos a este respecto a lo declarado en el fundamento séptimo.

Los motivos sexto y séptimo se desestiman.

Décimo.

No utilizando el numeral octavo para ninguno de los motivos del recurso, el motivo noveno se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM , al entenderse indebidamente aplicada la agravante del artículo 181.1.2.ª del Código Penal .

Entiende el recurrente que, conforme al relato de hechos probados, la penetración bucal por él ejecutada se produjo cuando se encontró a solas con la denunciante en el cuarto de baño y no antes. Entiende así que el tipo descrito en el artículo 179 del Código Penal se consumó ante la sola presencia del recurrente Millán , por lo que fenece cualquier posibilidad de agravar adicionalmente el castigo impuesto mediante la aplicación de la circunstancia específica del art. 180.1.2.ª (concurrencia de dos o más personas).

1. La naturaleza jurídica de la agravación específica consistente en " cometer el hecho por la actuación conjunta de dos o más personas ", ha sido evaluada por la doctrina del Tribunal Supremo, explicando, como recoge la STS de 24 de noviembre de 2009 , 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".

La jurisprudencia consolidada de esta Sala, de la que la sentencia indicada es expresión, refleja así que lo relevante para la aplicación de la agravación específica que contemplamos no es el acuerdo previo, que puede no ser concurrente, sino la existencia constante la comisión de los hechos de una comunidad de decisión o una confluencia de voluntades de que todos los que están presentes van a contribuir de manera eficaz al acontecimiento causal descrito en el tipo penal. Es esta comunión la que incrementa el desvalor de la acción, pues introduce una acusada superioridad que asegura el designio criminal, al intensificar la intimidación y disminuir la capacidad de respuesta de la víctima; además de observarse un mayor desvalor del resultado ante la pluralidad de personas que presencian la conducta sexual, atentando de manera objetiva contra el pudor de la víctima, como valor moral y espiritual reconocido en el art. 10.1 CE .

2. Son delitos de propia mano aquellos en los que las propias características del acontecimiento externo que se describe en el tipo penal, limitan el círculo de individuos que están en situación de ejecutar materialmente la acción prohibida. El resto de los individuos que puedan intervenir en la ejecución de los hechos (extraños), podrán ser partícipes de este como cooperadores necesarios o cómplices, pero no podrán ser ni coautores, ni autores mediatos. Un ejemplo característico de delito de propia mano es el delito de falso testimonio, en el que solo quien actúa ante el órgano jurisdiccional en virtud de un llamamiento de colaboración con la justicia puede realizar la acción descrita en los correspondientes tipos penales. Delitos de propia mano que se diferencian de los delitos especiales en que, en estos, es la Ley la que delimita el círculo de posibles autores exigiéndoles que estén en posesión de determinadas cualidades personales, como la de ser funcionario o autoridad.

La punición del delito de violación en el código penal de 1973 venía descrita en su artículo 429 , en el que se indicaba que "Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los siguientes casos:", e identificaba el uso de la fuerza o la intimidación como uno de los supuestos en los que el yacimiento integraba el delito. La concreción de que solo pudiera ser sujeto activo de la infracción penal quien yaciera con mujer, llevó a importantes sectores doctrinales a proclamar el delito de violación como un delito de propia mano, y que quienes simplemente favorecían su perpetración participando directamente en el acto violento o intimidatorio desplegado para imponer una relación sexual no deseada, tenían la consideración de cooperadores necesarios del artículo 14.3 del Código Penal entonces vigente, que equiparaba con los autores a quienes cooperaban a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

Son numerosas las sentencias de esta Sala que, sin especial análisis de la diferenciación entre ambos conceptos, proclamaban que esta participación auxiliar determinaba una responsabilidad como autor por cooperación necesaria, aun cuando alguna sentencia más específica (al evaluar la comisión de estos delitos en grado de tentativa) negó expresamente que el tipo penal tuviera la condición de delito de propia mano y consideró que el reproche era alcanzable en plenitud a los coautores y a los autores mediatos. Según la STS de 5 de marzo de 1985 : "no se deriva en modo alguno que se deba excluir la coautoría dado que la estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampoco la imposibilidad de la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia"; añadiendo, por otro lado, que no se percibía razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se lo realiza a través de otro que opera como mero instrumento.

La entrada en vigor del actual Código Penal favorece la consideración de aquellos sectores doctrinales que destacan que el actual artículo 178 sanciona: " El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación", estableciéndose un subtipo agravado en el artículo 179 " Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías". La descripción del hecho típico, por exigir solo la transgresión de la libertad sexual de la víctima mediante violencia o intimidación, sería susceptible de comisión por cualquier persona (art. 178), lo que tampoco se modifica en los supuestos en los que el ataque consista en el acceso carnal, o en la introducción de miembros corporales u otros objetos (art. 179), al no describirse ninguno de estos hechos como algo necesariamente propio.

De este modo, se excluye claramente la consideración del delito de agresión sexual como de propia mano, de manera que serían autores -coautores materiales- todos aquellos que, actuando concertadamente en la

ejecución del hecho e interviniendo directamente en su ejecución más inmediata, ostentan el dominio funcional de su desarrollo y realizan aportaciones esenciales para su consumación.

3. La sentencia de instancia ha condenado a los recurrentes como autores de un delito continuado de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal , y si bien la calificación no es objeto de impugnación, razón por la que debe ser mantenida por este Tribunal, sí presenta interés para la resolución final de la cuestión que plantea el presente motivo.

La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que para que pueda apreciarse el delito continuado es preciso que concurren una serie de requisitos. Desde la consideración de la conducta objetiva, se exige la concurrencia de: a) Una pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; b) La realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicadoras de su falta de autonomía; c) La unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado sea el mismo en todas ellas; d) La unidad de sujeto activo y e) La homogeneidad en el modus operandi por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines (SSTS de 1 marzo y 6 noviembre de 1995 ; de 2 octubre 1998 ; 1103/2001, de 11 de junio ; 749/2002, de 21 de octubre o 1216/2006, de 11 de diciembre). Desde la consideración de su elemento subjetivo, el delito continuado precisa de la concurrencia de un dolo unitario que transparente una unidad de resolución y propósito. Es este dolo unitario el que da unión a la pluralidad de acciones comisivas y permite que pierdan su sustancialidad, posibilitando con ello que cada comportamiento aparezca como la ejecución parcial de un designio final único (SSTS 2018/01, de 3 de abril de 2002 ; 657/2012, de 19 de julio o 890/2013, 4 de diciembre).

No obstante ello, en atención a la naturaleza del hecho y de conformidad por lo contemplado por el legislador en el artículo 74.3 del Código Penal , la jurisprudencia ha sustentado una aplicación restrictiva del delito continuado respecto de delitos contra la libertad e indemnidad sexual cuando los hechos sean claramente discernibles. En lo que aquí nos ocupa, respecto de la reiteración de los hechos típicos, la jurisprudencia ha rechazado la continuidad delictiva en aquellos casos en que el sujeto activo hubiera empleado violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima en cada ocasión en que haya atacado a su libertad sexual, de modo que sea posible una mínima individualización de cada una de las conductas constitutivas de agresión sexual (SSTS 127/98, de 2 de febrero ; 140/2004, de 9 de febrero). Además, en lo que hace referencia a supuestos en los que sean varios los acusados y cada uno de ellos haya consumado una penetración y, con intercambio de roles, haya participado en actos de violencia o intimidación tendentes a lograr que el resto de acusados pudieran consumir sendas penetraciones que por sí mismas integren un delito de violación, la Sala ha proclamado que no pueden considerarse integrantes de un delito continuado, tanto porque su naturaleza permite apreciar la individualidad de cada una de las agresiones, como porque se trata de acciones ejecutadas por distintos sujetos activos. La jurisprudencia sostiene la imposibilidad de construir la continuidad delictiva cuando los sujetos activos se van turnando en la penetración sexual de una misma víctima en los términos contemplados en el artículo 179 del Código Penal .

Así lo expresa la STS 998/2007, de 28 de noviembre , que precisaba: "Los ataques violentos a la libertad e indemnidad sexuales presentan características que los hacen ordinariamente identificables e individualizables respecto de otros similares, aun cuando se hayan cometido contra la misma persona. La intensidad de cada agresión como acción que lesiona un bien jurídico eminentemente personal y de gran valía para el ser humano, se refleja en la gravedad de las penas previstas por el Código Penal. Congruentemente, la jurisprudencia ha entendido en la mayoría de los casos y salvo supuestos muy excepcionales, que cuando se trata de agresiones sexuales, y muy especialmente cuando se trata del delito de violación, no es posible apreciar la continuidad delictiva".

Aclara además la indicada sentencia que, "con mayor razón se exceptúan los casos en los que son distintos los sujetos activos, pues el delito continuado se concibe como un supuesto de concurso real basado en la reiteración de la conducta por parte del mismo sujeto, y no en la agrupación de acciones u omisiones ejecutadas por distintos sujetos activos. En el caso, cada uno de los otros dos recurrentes ejecuta actos que por sí mismos integran un delito de violación. Como tales, no pueden considerarse integrantes de un delito continuado, no solo por su naturaleza que permite apreciar su individualidad, según antes se expuso, sino también porque se trata de acciones ejecutadas por distintos sujetos activos".

4. Conforme a lo expuesto, si por un lado se considera autor material de un delito de violación a cada uno de los partícipes que ostenta el dominio funcional del hecho, siempre que durante la ejecución realice aportaciones esenciales para la consumación, incluyendo en ellas la violencia o intimidación desplegadas para imponer a la víctima la actividad sexual que rechaza (art. 28 párrafo 1 CP); y si, por otro lado, las penetraciones alcanzadas por distintos sujetos activos son integrantes de sendos delitos independientes de agresión sexual;

puede concluirse que en los supuestos de agresiones sexuales múltiples en los que cada uno de los coautores consuma una penetración y, con intercambio de roles coopera a que sus acompañantes consumen una actuación semejante, el partícipe no solo es autor de aquella, sino coautor material de cada una de estas otras. De este modo, no existe ningún inconveniente para la apreciación de la agravante específica del artículo 180.1.2.^a del Código Penal respecto de toda una serie de delitos en los que se constituye como su autor en un sentido estricto.

5. La jurisprudencia de esta Sala -ordinariamente- ha seguido la tradicional consideración de entender cooperador necesario a quienes participan en los actos de violencia o intimidación dirigidos a quebrar la libertad sexual de una persona, cuando no han sido los ejecutores materiales de la penetración contemplada en el artículo 179 del Código Penal y su intervención buscaba facilitar la consumación por alguno de los acompañantes.

Las SSTS 638/2005 de 2 de junio ; 938/2005 de 12 de julio ; 1291/2005, de 8 de noviembre o 1142/2009, de 24 de noviembre , entre muchas otras, proclaman que en casos de coparticipación de intervinientes que actúan en el doble concepto de autor material de sus propios actos y partícipe por cooperación en los actos de los otros, la aplicación del subtipo agravado de actuación en grupo incidiría directamente en la calificación del hecho. Contempla que en tales casos se aprecia la comisión de dos delitos de agresión sexual, uno como autor natural y otro como autor por cooperación, por lo que la cualificación por el subtipo agravado de actuación conjunta de dos o más personas (180.1.2.^a CP), vulneraría el principio non bis in idem respecto del delito derivado de su autoría por cooperación, 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. La indicada jurisprudencia entiende que, en los casos en los que existe una cooperación necesaria a agresiones sexuales en grupo, cada persona debe responder de su propia agresión sexual cualificada, así como de la de aquel con el que hubiese cooperado, si bien esta sin la concurrencia del subtipo previsto en el n.º 2 del art. 180 por la incompatibilidad expuesta.

La doctrina se ha visto muy matizada por otras resoluciones de esta Sala. Así la STS de 23 de mayo de 2008 , frente a quienes, condenados por varias violaciones en tentativa, rechazaban su condición de coautores de aquellas en las que el acceso fue ajeno, se manifestó que: "no cabe duda de que la mujer estuvo prácticamente en poder de los tres partícipes y de que realizaron actos típicos de agresiones sexuales sobre ella, sin perjuicio de otros actos, aprovechando la situación de superioridad que el número les permitía. Por lo tanto, todos son autores de las acciones de agresiones sexuales a las que los demás cooperaron. De esta manera se comprueba que el hecho probado, en la medida en la que describe los comportamientos de los partícipes es claro. La subsunción de los hechos a los efectos de la participación criminal es correcta, aunque la sentencia no sea todo lo clara que es deseable en cuanto a su argumentación jurídica. La jurisprudencia viene insistiendo en numerosos precedentes en que el delito de agresiones sexuales con acceso carnal no es un delito de propia mano y que admite, por lo tanto, tanto la coautoría como la autoría mediata".

En el mismo sentido, la STS 975/2005, de 13 de julio , reflejó que teniendo la consideración de autor cada uno de los partícipes en una agresión sexual múltiple y con rotación de roles por ostentar el dominio funcional del hecho cada uno de los agresores, "nada impide la aplicación de la figura agravada a todos ellos por todos los hechos cometidos, pues en todos ellos se aprovecharon recíprocamente de las facilidades que supone la actuación conjunta, lo que a su vez denota una mayor antijuricidad del hecho, justificando la exacerbación de la pena". Añadiendo incluso una equiparación penológica entre el autor material y el cooperador necesario, al indicar que "Lo mismo ocurre cuando el autor se apoya para la ejecución en un cooperador que está presente en la escena de los hechos, pues entonces subsisten las razones de la agravación", por lo que reservaba la consideración del quebranto al bis in ídem a aquellos supuestos en los que la cooperación necesaria reside en una participación diferente al despliegue conjunto de la violencia o la intimidación.

En este mismo sentido se expresó la STS 452/2012, de 18 de junio , en la que destacaba que el acceso carnal que llevó a cabo el acusado fue realizado en acción coordinada con otras dos personas que cooperaron directa y eficazmente agarrando y sujetando a la víctima e intimidándola con su actuación para que el acusado lograra su propósito de que aquella le practicara una felación, como sucedió. En ese contexto, la sentencia proclama que "cada uno de los dos menores que realizaron los actos de violencia física sobre la joven (no enjuiciados en este procedimiento), inmovilizándola e impidiendo oponerse al acceso carnal, también hubieran debido ser considerados autores -no cooperadores necesarios- del hecho. En cualquier caso, y sobre la concreta reclamación casacional, aunque fueran tenidos por cooperadores, el resultado sería el mismo porque como ha sido constantemente reiterado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, de entre las más recientes, la STS de 20 de marzo de 2012 , cuando varias personas intervienen al mismo tiempo en la ejecución de un hecho, es claro que puede apreciarse una actuación conjunta, con independencia de que su participación sea a título de autor en sentido estricto, de cooperador necesario o de cómplice".

También la sentencia 99/2007, de 16 de febrero, expresa esa idea al recoger: "la Audiencia atribuye a cada acusado no la cooperación necesaria en la conducta delictiva del otro sino la autoría conjunta de ambos en las dos agresiones, al compartir el ejercicio de la intimidación necesaria para la consumación de los ataques a la libertad sexual de la víctima.... Y como ese planteamiento de la autoría conjunta, en el caso que nos ocupa, atendiendo al relato de hechos y a la mecánica comisiva en ellos descrita, ha de considerarse como correcta, la conclusión acerca de que nos hallamos frente a un delito continuado de agresión sexual agravado por la pluralidad de sujetos que, como autores ambos, lo cometieron, no puede ser considerada como un supuesto de "bis in idem", o indebida doble imputación por un solo hecho, debiendo, en consecuencia, desestimar el motivo". El posicionamiento es asumido por la STS 849/2009, de 27 de julio.

6. Los diferentes matices de ambas posturas no dificultan la resolución del recurso. 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 Salome 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, cumpliendo con ello las razones que justifican la agravación en el artículo 180.1.2.^a

El motivo se desestima.

Undécimo.

El décimo motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en relación con los artículos 120.3 CE, en relación con el deber de motivación de la pena.

Denuncia el recurso la arbitrariedad en la individualización de la pena, al entender que la sentencia de instancia no aporta motivos que presten sustento a su exacerbación hasta su máxima extensión legal. Considera que solo el empleo de la intimidación ha impulsado la concreta pena que se ha impuesto, lo que supondría un nuevo quebranto de la proscripción del non bis in idem al haber servido la intimidación para la subsunción de los hechos en el tipo penal del artículo 178 y concordantes del Código Penal, destacando que la extensión se enfrenta también al hecho de que la víctima no resulta lesionada.

El principio de legalidad conduce a que el tribunal deba partir de la consecuencia penológica prevista para el delito objeto de condena, respetando el marco penal abstracto fijado por el legislador, y que deban observarse además las reglas dosimétricas que, en orden a la individualización de la pena, vienen establecidas en el artículo 66 del Código Penal para los supuestos de concurrencia de una o varias circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En todo caso, existe un tercer espacio de individualización judicial de la pena, función exclusiva del juez por cuanto responde a extremos que el legislador no puede prever.

Desde la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, el arbitrio judicial en esta materia permite y obliga a expresar un criterio razonado y, como sostiene el recurso, razonable, sobre la pena que se entiende adecuada imponer entre los límites fijados por el legislador. La razonabilidad de la individualización de la pena, observada desde las circunstancias personales del delincuente, entraña contemplar los motivos que han llevado a delinquir al acusado, así como aquellos rasgos diferenciales de su personalidad que deben corregirse para evitar una reiteración delictiva.

Por lo que hace referencia a la gravedad del hecho, esta Sala tiene declarado que la ponderación no se concreta en una evaluación de la gravedad del delito, pues el legislador ya considera la naturaleza del bien jurídico afectado por el delito y la forma básica del ataque a este, cuando fija el marco penológico abstracto en cada uno de los tipos penales descritos en el Código. La gravedad de los hechos que se sancionan hace referencia a aquellas circunstancias fácticas concomitantes en el supuesto concreto que se está juzgando, es decir, la dimensión lesiva de lo realmente acontecido, desde la antijuricidad de la acción, el grado de culpabilidad del autor y la mayor o menor reprochabilidad que merezca su comportamiento. Ambos parámetros muestran la extensión adecuada de una pena que debe contemplar la resocialización del autor, atendiendo a la prevención especial y al juicio de reproche que su conducta merece, debiendo el tribunal expresar su criterio para evitar cualquier reparo de arbitrariedad y para poder satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que le afecta. De este modo, el Tribunal Constitucional establece en su sentencia 21/2008, de 31 de enero, que el deber de motivación incluye no solo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (SSTC 108/2001, 20/2003 o 148/2005); en los mismos términos que se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 198/2012, de 8 de marzo o 116/13, de 21 de febrero, entre muchas otras).

Lejos de lo que sostiene el recurso, la sentencia de instancia no hace descansar la extensión de la pena exclusivamente en la intimidación empleada. El Tribunal contempla el contenido antijurídico de la acción desplegada por el recurrente. Destaca así el mayor impacto que su comportamiento tuvo respecto de la libertad sexual de la adolescente, en la medida en que le realizó tocamientos en los pechos y que fue quien primeramente intentó obligarle a que practicara una felación a Marcos. Añade la degradación moral que comportó su intervención en los hechos, pues fue el recurrente quien intentó retirar un tapón que Salome llevaba puesto y poder consumir así una penetración vaginal, habiéndole obligado además a recoger el semen que se cayó al suelo después de que Salome tuviera que practicarle una felación. De este modo se justifica la imposición de una pena privativa de libertad que supera en un año de duración a la impuesta a Marcos; sin que la pena impuesta se muestre tampoco desproporcionado en términos absolutos, pues los acusados no vienen condenados por un delito de agresión sexual que podría justificar por sí mismo la pena que se les ha impuesto, sino que han sido condenados por un delito continuado de agresión sexual que abarca la violación por tres individuos distintos; máxime si se considera que una correcta calificación de los hechos hubiera determinado la condena por otros tantos delitos independientes de agresión sexual.

El motivo se desestima.

Duodécimo.

El último motivo de impugnación se formula al amparo de los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ, por pretendida infracción del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al no permitirse recurrir en apelación en pronunciamiento de la sentencia dictada en la instancia.

El motivo ha sido abordado, desde el plano de infracción de los derechos constitucionales, en el fundamento sexto de esta resolución.

El motivo se desestima.

Décimotercero.

La desestimación de los recursos conlleva la condena en costas a los recurrentes, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Marcos , Matías y Millán , contra la sentencia dictada el 1 de febrero de 2019, por la Sección 29 de la Audiencia Provincial de Madrid , en el sumario ordinario 1454/2017, con imposición a los recurrentes del pago de las costas causadas en la tramitación de sus recursos.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Antonio del Moral García
Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.