

ROJ: STS 2200/2019

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 04/07/2019

Nº Recurso: 396/2019

Procedimiento: Apelación. Procedimiento abreviado

Ponente: Susana Polo García

TRIBUNAL

Excmos. Sres y Excmas Sras.

Andrés Martínez Arrieta

Andrés Palomo del Arco

Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet

Susana Polo García

Recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Recurso de apelación contra Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2018 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el Recurso de apelación nº 7/2018 por un delito continuado de abuso sexual respecto a los cinco condenados, e igualmente, a uno de los condenados como autor de un delito de hurto.

PARTES

PROCESADOS, representados y asistidos por PROCURADORA y LETRADO.

ACUSACIÓN PARTICULAR, representada y asistida por PROCURADORA y LETRADO.

ACUSACIÓN POPULAR, Comunidad Foral de Navarra, representada por PROCURADOR y LETRADA.

AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, representado por PROCURADORA y LETRADA.

MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los procesados se encontraban sobre las 02:50 horas del día 7 de julio de 2016 en Pamplona, donde se estaba celebrando un concierto con motivo de las fiestas de San Fermín.

Uno de ellos estaba sentado en un banco, entrando a la derecha de la plaza donde se encontraban, cuando se acercó la víctima quien tenía 18 años, había llegado a Pamplona en un vehículo particular, sobre las 18:30 horas del día 6 de julio, acompañada de un amigo.

Ambos estuvieron en la plaza en dos ocasiones, y a la segunda, conocieron a un grupo de personas procedentes de Palencia y Castellón, y el amigo de la víctima se fue sobre las 01:30 horas al lugar donde estaba estacionado el coche.

La víctima se mantuvo en la plaza con dichas personas, concretamente se intercambió el número de teléfono móvil con uno de los chicos que integraban el grupo procedente de Palencia. Permaneció con el grupo hasta que se fijó que había un chico que era el novio de una chica de su universidad, se acercó a él, entabló conversación, estuvieron bebiendo, bailando y cantando hasta que le perdió la vista. En ese momento trató de dar con el grupo de Palencia y Castellón, y como no los encontró se sentó en el banco junto a uno de los procesados.

Estando sentados en el banco, la víctima y el procesado iniciaron una conversación, acercándose posteriormente al banco los demás acusados.

La víctima a las 02:57 horas llamó a una de las chicas del grupo de Palencia y Castellón, para saber qué iban a hacer. Le dijo que iban a ir a por un bocadillo o algo así, pero no se escuchaba con claridad debido a la música, a lo que la víctima contestó que ya quedarían después para ver los encierros, pero no se concretó la cita.

Al poco tiempo, les dijo que iba a irse al coche para reencontrarse con su amigo y descansar, por lo que ellos se ofrecieron a acompañarla. Por el camino, y avanzándose el resto del grupo para que la víctima no lo oyera, dos de los agresores se dirigieron a un hotel para pedir, textualmente, una habitación por horas “para follar”. Después de que se les denegara, siguieron caminando, mientras uno de ellos intentaba coger a la víctima del hombro y de la cadera, hecho que la incomodó.

En cierto punto uno de ellos vio a alguien entrar en un edificio, fingió alojarse en el mismo y accedió al portal para, posteriormente, abrir la puerta al resto del grupo. En ese momento, uno de los agresores estaba besándose con la víctima al lado de la puerta. Aprovechando esa situación, al abrir el portal, el primero diciendo “vamos, vamos”. Entre dos pudieron coger sus manos y hacerla entrar en el recinto.

Es curioso como en este punto el relato de los hechos probados califica esa entrada como “de modo repentino, súbito y sin violencia”, obviando la hostilidad y nula capacidad de actuación de la víctima en encontrarse rodeada por cinco hombres y cogida por ambas manos.

Cuando la introdujeron en el portal, los procesados le dijeron “calla”, significándole que guardara silencio.

De esa forma la víctima y los agresores llegaron a la puerta ubicada en el interior del portal, accediendo a un habitáculo de forma irregular y de tamaño reducido.

Cuando la víctima accedió al primer rellano, la puerta de acceso estaba abierta, tenía delante de ella a uno de los procesados y detrás a los otros. Fue dirigida por los procesados al habitáculo y la rodearon.

Encontrándose en el habitáculo de una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades superiores y fuerte complexión, la víctima se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. Notó que le desabrochaban la riñonera, le quitaban el

sujetador y el jersey. Uno de los procesados acercó la mandíbula de la víctima para que le hiciera una felación, y notó como otro de los procesados la cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga.

La víctima sintió angustia y agobio, lo que provocó que adoptara una actitud de sometimiento y pasividad, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados.

Estos aprovecharon la situación de sometimiento, y la penetraron bucalmente, vaginalmente dos de ellos y uno de ellos dos en dos ocasiones, y otro de ellos la penetró por tercera vez vía anal, llegando a eyacular estos dos últimos sin que ninguno utilizara preservativo. Durante el desarrollo de los hechos, uno de ellos grabó con su teléfono móvil seis vídeos con una duración de 59 segundos y tomó dos fotos, junto con otro vídeo de 39 segundos.

Antes de abandonar el habitáculo, uno de ellos se apoderó del teléfono móvil que la denunciante llevaba, extrayéndole la tarjeta SIM, de memoria y micro SD, arrojándolas en el lugar de los hechos.

Cuando la víctima advirtió que se habían ido los procesados, se puso el sujetador, se subió los leggins y el tanga, cogió el jersey y buscó su móvil. Al comprobar que no estaba, se incrementó su inquietud y desasosiego, comenzó a llorar, y salió del habitáculo.

La víctima caminó durante las 03:30 horas sin cruzarse con nadie, hasta sentarse en un banco, llorando desconsoladamente, lo que llamó la atención de una pareja, la atendieron, llamaron al 112, personándose poco después una patrulla de la Policía Municipal.

Fue trasladada al servicio de urgencias del Complejo Hospitalario de Navarra, donde se le hizo una revisión ginecológica. Se le administró tratamiento anticonceptivo y profiláctico.

La víctima tuvo lesiones consistentes en lesión eritematosa en zona de horquilla posterior de la zona de la cinco horarias, que precisó para su curación una asistencia facultativa.

Se realizó una prueba de detención de alcohol que determinó un resultado positivo de 0,91 +/- 0,05 g/l de alcohol en sangre, y 1,46 +/- 0,06 de alcohol en orina.

Los procesados se fueron a un hotel donde no pudieron hospedarse. Más tarde entraron en el portal de una vivienda y accedieron al último piso, donde se quedaron a dormir.

Uno de ellos envió desde su móvil un Whats App a dos chats, en los que están los procesados además de otras personas. En estos Whats App escribió “follándonos a una los cinco” “todo lo que cuente es poco” “puta pasada de viaje” “hay vídeo” “vaya puto desfase”.

Sobre las 08:20 horas cuatro de ellos fueron identificados por la policía foral de Navarra en el callejón de la plaza de toros, dejándolos marchar.

Cuando salieron los cuatro procesados, uno de ellos tiró el móvil de la víctima, que fue recogido por una testigo.

La policía localizó el vehículo con el que los procesados se habían desplazado a una ciudad, que fueron detenidos a las 11:15 horas del 7 de julio de 2016.

La víctima no presentaba ningún trastorno de personalidad ni antecedentes de desestabilización psicológica. A partir de septiembre de 2017, está recibiendo de forma continuada tratamiento psicológico administrado por el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Agresión Sexual.

SEGUNDO.- Por estos hechos, la Audiencia Provincial de Navarra condenó en primera instancia a los cinco procesados por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, y a uno de ellos por delito de hurto, al no apreciar la concurrencia de violencia o intimidación necesarias para calificar los hechos como agresión sexual.

En el voto particular emitido por el magistrado Ricardo González, sin embargo, considera que los procesados debían haber sido absueltos de los delitos que se les imputaban, y que únicamente debían haber condenado al que sustrajo el teléfono de la víctima por hurto.

Cabe añadir que el Ministerio Fiscal pedía una pena correspondiente a un delito tipificado como agresión sexual, apreciando la concurrencia de intimidación, delito por el que fueron absueltos, calificándolo finalmente como abuso sexual con

prevalimiento y nueve años de prisión para cada uno, imputándole un delito leve de hurto a quien le sustrajo el móvil.

TERCERO.- Notificada la anterior resolución, se preparó recurso de casación por la representación del Ministerio Fiscal, las acusaciones populares y la acusación particular, junto con un recurso de apelación por la defensa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO.- La defensa alega la vulneración de la presunción de inocencia, vulneración del principio acusatorio (prohibición de la actuación sin necesidad de la actividad de la parte interesada cuando queda comprometida su imparcialidad).

QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO, NOVENO, DÉCIMO, DÉCIMOPRIMERO, DÉCIMOSEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, la Acusación Particular, las Acusaciones Populares, consideran que se ha infringido el artículo 849.1 de la LECr (hechos probados o error en la apreciación de la prueba), y aplicación indebida de los artículos 178, 179 (agresión sexual) y 74 CP (pluralidad de acciones para la pena señalada para la infracción más grave). También por calificar el robo con violencia o intimidación que ha sido probado como hurto leve.

El Tribunal consideró que la situación en la que se produjeron los hechos, calificada como “prevalimiento” por la Audiencia Provincial, se produjo en una situación intimidatoria.

A través del recurso de casación, el Tribunal Supremo (TS), después de negar que la repercusión mediática de las sentencias interfiriera en modo alguno en la calificación jurídica de los hechos y de afirmar que la prueba practicada había sido suficiente para enervar la presunción de inocencia, este entró a diferenciar el abuso sexual de la agresión y el prevalimiento de la intimidación, para así establecer en cuál de las definiciones se ajustaría a la calificación penal.

Para darse el supuesto de una conducta típica del delito de abuso sexual, el reo, es decir, la persona que comete el delito, o bien se aprovecha de la situación de incapacidad de la víctima para prestar consentimiento o bien obtiene de ella un

consentimiento viciado por los motivos preestablecidos en la ley; intoxicación, trastorno mental, pérdida de sentido o prevalimiento por encontrarse en una situación de superioridad manifiesta.

Para darse, en cambio, el supuesto de una conducta típica del delito de agresión sexual, no hay consentimiento alguno, dado que la libertad sexual de la víctima se encuentra anulada bajo violencia o intimidación. Por consiguiente, lo que nos interesa en el presente caso es la diferencia entre intimidación y prevalimiento.

El prevalimiento, como agravante genérica, debe entenderse como cualquier estado o situación que otorgue al reo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo de la que primero no solamente se aprovecha, sino que es consciente de que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por la situación.

La intimidación, como uno de los requisitos indispensables para considerar un delito de agresión sexual, la víctima no tiene libertad para negarse a la relación sexual, estando su capacidad decisoria anulada por el miedo que objetivamente provoca el contexto concreto de la agresión. A ello debemos ligar la definición que establece el Tribunal Supremo en cuanto a la intimidación ambiental, que se daría en situaciones en que hay indicios de que el número de agresores, su conducta, sus características, las de la víctima y el contexto espacial y temporal de los hechos concretos han sido suficientes para anular la voluntad de la decisión de la víctima, y por tanto, su capacidad de prestar consentimiento.

El TS dictamina que “no existió consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una intimidación que se desprende sin género de dudas del terrible relato de los hechos probados, del que deriva una obvia coerción de la voluntad de la víctima, que quedó totalmente anulada”. Intimidación que considera la causa de que

la víctima adoptara una actitud de sometimiento que no puede igualarse al concepto de consentimiento, por lo que estaríamos hablando de un delito de agresión sexual.

Por su gravedad, no podemos pasar por alto el imperdonable error observado por el TS en el relato de los hechos probados redactado por la Audiencia. Mientras que al analizar la prueba practicada la sentencia dice hasta en cinco ocasiones que los vídeos acreditan que en el momento de la agresión la víctima se encontraba “agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando”, en el relato de los hechos probados no se hace mención alguna de este extremo. En el *factum* se obvia también, pese a la calidad probatoria de los vídeos no fuera puesta en duda, que las imágenes se interrumpieran “abruptamente”, cuando la víctima se encontraba en la situación descrita, momento en que se escucha un choque de “metal contra cristal”, y se oye a uno de los agresores diciendo “illo esto no tiene guasa” y tres gemidos de dolor emitidos por la víctima. Estos extremos constituyen indicios muy útiles para calificar la situación como intimidatoria, y consiguientemente, como agresión sexual, pero desgraciadamente fueron excluidos del relato probatorio.

El TS estima también la concurrencia de las circunstancias agravantes de trato particularmente degradante o vejatorio y de actuación conjunta de dos o más personas, dada la indiscutible gravedad de la agresión y su comisión coordinada y de común acuerdo entre los cinco procesados.

Estima la petición de aumentar la cuantía de la indemnización de la víctima por daño moral causado, ya que durante el procedimiento se constató que la parte demandada había contratado detectives para espiar su vida privada. Se supo de la existencia de grabaciones de la agresión y de mensajes mandados a grupos de Whats App, junto con la repercusión mediática de su caso, hechos todos ellos que provocaron un grave atentado contra su intimidad.

Estima los motivos del Ministerio Fiscal, y parcialmente los motivos de la Acusación Particular y Popular.

FALLO

Ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y representación procesal del Ayuntamiento de Pamplona,

Ha lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de la Acusación Particular en nombre de la víctima y por el Asesor Jurídico de la Comunidad Foral de Navarra,

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de los acusados contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2018, por delitos de abuso sexual y hurto, que el TS casa y anula.

En consecuencia los hechos declarados probados deben ser calificados y penados:

Como un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP, con agravante del artículo 180.1, 1ª y 2ª CP.

Quince años de prisión para cada uno de los procesados.

Califica los hechos como muy graves y la actitud de los acusados posteriormente aumenta la culpabilidad del injusto, o la antijuricidad de su conducta, lo que justifica la imposición de una pena superior al mínimo legal previsto.

También procede las penas accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena, y la prohibición de acercamiento a la víctima, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros, así como la prohibición de comunicación, durante veinte años.

Procede a imponer a los acusados la medida de seguridad de libertad vigilada durante ocho años, cumplimiento posterior a la pena privativa impuesta.

Se amplía la indemnización por responsabilidad civil de 50.000€ a 100.000€ por el daño moral padecido en la víctima, cantidad conjunta y solidaria entre los cinco acusados.

Condenan a uno de ellos, además, como autor responsable de un delito de robo con intimidación, del art 237 y 242.1 CP, a la pena de dos años de prisión.