

S E N T E N C I A N º 98/2020

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

En Córdoba a catorce de abril de dos mil veinte.

Habiendo visto, en Juicio Oral y Público, el Sr. Magistrado-Juez D. Luis Javier Santos Díaz, el procedimiento seguido en este Juzgado como Juicio Oral nº 103/19 por presuntos delitos contra la intimidad y de abuso sexual, contra ALFONSO JESUS C. E., nacido en Sevilla el día 20 de noviembre de 1988, hijo de XXX y de XXX, con documento de identidad nº XXX, con antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa, contra JOSE ANGEL P. M., nacido en Sevilla el día 25 de diciembre de 1989, hijo de XXX y de XXX, provisto de documento de identidad nº XXX, con antecedentes penales, del que no consta solvencia y en situación de libertad provisional por esta causa, contra JESUS E. D., nacido en Sevilla el día 26 de junio de 1990, hijo de XXX y de XXX, con documento de identidad nº XXX, del que no consta solvencia y con antecedentes penales y contra ANTONIO MANUEL G. E., nacido en Sevilla el día 2 de enero de 1989, hijo de XXX y de XXX, con documento de identidad nº XXX, con antecedentes penales, del que no consta solvencia y en situación de libertad provisional por esta causa. Los cuatro acusados comparecen con la representación de la procuradora Sra. Torres Gallardo y con la defensa del letrado Sr. Martínez Becerra.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal en la representación que la Ley le confiere ejercitando la acción pública. En calidad de acusación particular interviene XXX con la defensa del letrado Sr. Arévalo Bejarano y la representación de la procuradora Sra. Madrid Soriano. Como acusación particular interviene la Asociación “Clara Campoamor” quien actúa con la representación de la procuradora Sra. Bermúdez Iglesias y la defensa de la letrada Sra. Catalina López.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Las presentes actuaciones se inician por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Pozoblanco (Córdoba) como Diligencias Previas 588/16 a consecuencia del testimonio de particulares remitido por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona acordado en el Sumario Ordinario 1670/2016.

Segundo.- Turnada la causa a este Juzgado se señaló la celebración del acto de juicio para los días 18 al 21 de noviembre de 2019.

Tercero. En las conclusiones que se elevaron a definitivas las partes en el procedimiento realizaron las siguientes:

a) El Ministerio Fiscal en sus calificaciones definitivas consideró que los hechos imputados a cada uno de los acusados eran constitutivos de las siguientes infracciones

- A ALFONSO JESUS C. E. se le imputa la comisión de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 y 2 del Código Penal; de un delito de maltrato de obra del art. 147.3 del mismo texto legal y de un delito contra la intimidad previsto y penado por el art. 197.1 y 3 del mencionado texto punitivo.

- A JESUS E. D. se le imputa la comisión de un delito de abusos sexuales y de un delito contra la intimidad anteriormente definidos.

- A JOSE ANGEL P. M. se le imputa igualmente la comisión de un delito de abusos sexuales y de un delito contra la intimidad ya definidos.

- A ANTONIO MANUEL G. E. igualmente la comisión de un delito de abusos sexuales y de un delito contra la intimidad en los mismos términos que los anteriores.

Se considera que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en ninguno de los acusados.

Se solicita por la representación del Ministerio Público la imposición de las siguientes penas:

1.- Por el delito de abusos sexuales a cada uno de los acusados la pena de DOS AÑOS DE PRISION con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la de PROHIBICION DE APROXIMARSE A XXX DONDE SE ENCUENTRE, SU DOMICILIO O CUALQUIER OTRO LUGAR FRECUENTADO POR LA MISMA A DISTANCIA INFERIOR A 100 METROS ASI COMO DE COMUNICAR CON ELLA POR PLAZO DE OCHO AÑOS.

2.- Por el delito contra la intimidad, igualmente para cada uno de los acusados, la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION con la misma accesoria y la PROHIBICION DE APROXIMARSE A XXX DONDE SE ENCUENTRE, SU DOMICILIO O CUALQUIER OTRO LUGAR FRECUENTADO POR LA MISMA A DISTANCIA INFERIOR A 100 METROS ASI COMO DE COMUNICAR CON ELLA POR PLAZO DE NUEVE AÑOS

3.- Al acusado ANTONIO JESUS C. E. por el delito de maltrato del art. 147.3 del Código Penal la pena de DOS MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE DOCE EUROS con aplicación de lo dispuesto por el art. 53 del Código Penal para el caso de impago.

En concepto de responsabilidad civil solicitó la condena de los acusados a indemnizar a la Sra. XXX en la cantidad de 4.500 euros por la sanidad y en la de 6.000 euros por los daños morales causados.

b) La acusación particular, calificando los hechos atribuidos a cada uno de los acusados como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual del art. 181.1, 2 y 5 del Código Penal, de un delito contra la intimidad del art. 197.1, 3 y 5 del mismo texto punitivo, y de un delito leve de maltrato de obra del apartado 3 del art. 147 del mencionado texto legal solicitando las siguientes penas:

1.- Por el delito de abusos sexuales a cada uno de los acusados la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la de PROHIBICION DE APROXIMARSE A XXX DONDE SE ENCUENTRE, SU DOMICILIO O CUALQUIER OTRO LUGAR FRECUENTADO POR LA MISMA A DISTANCIA INFERIOR A 500 METROS ASI COMO DE COMUNICAR CON ELLA POR PLAZO DE CINCO AÑOS

ASI COMO UN AÑO DE LIBERTAD VIGILADA que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad conforme a lo establecido en el art. 106.2 del Código Penal.

2.- Por el delito contra la intimidad, igualmente para cada uno de los acusados, la pena de CUATRO AÑOS Y TRES MESES DE PRISION con la misma accesoria y MULTA DE VEINTE MESES CON CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago.

3.- Al acusado ANTONIO JESUS C. E. por el delito de maltrato del art. 147.3 del Código Penal la pena de UN MES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS con aplicación de lo dispuesto por el art. 53 del Código Penal para el caso de impago.

Se solicita igualmente la condena de los acusados a indemnizar, conjunta y solidariamente, a la perjudicada Sr. XXX, en la suma de 3600 euros por las lesiones sufridas y en la de 80.000 euros por el daño moral ocasionado.

Se solicita la condena de los acusados al pago de las costas.

c) La acusación popular calificó los hechos como constitutivos de tres delitos continuados de abuso sexual del art. 181.1, 2 y 5 del Código Penal de los que se considera autores a JESUS E. D., JOSE ANGEL P. M. y a ANTONIO MANUEL G. E. y de un delito de agresión sexual del art. 178 del Código Penal del que considera responsable a ALFONSO JESUS C. E. así como de un delito contra la intimidad del art. 197.1, 3 y 5 del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando las siguientes penas:

- Para JESUS E. D., JOSE ANGEL P. M. y a ANTONIO MANUEL G. E. la pena de TRES AÑOS DE PRISION con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y PROHIBICION DE APROXIMARSE A LA VICTIMA, SU DOMICILIO O LUGAR DE TRABAJO A UNA DISTANCIA NO INFERIOR A 500 METROS POR PLAZO DE DIEZ AÑOS así como UN AÑO DE LIBERTAD VIGILADA que habrá de ejecutarse con posterioridad a la pena privativa de libertad conforme a lo establecido por el art. 106.2 del Código Penal, por el delito continuado de abusos sexuales y la de CUATRO AÑOS Y TRES MESES DE PRISION con la misma accesoria y VEINTE MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS con aplicación de lo dispuesto por el art. 53 del Código Penal para el caso

de impago, por el delito contra la intimidad.

- A ALFONSO JESUS C. E. las penas de CINCO AÑOS DE PRISION y PROHIBICION DE APROXIMARSE A LA VICTIMA, SU DOMICILIO O LUGAR DE TRABAJO A UNA DISTANCIA NO INFERIOR A 500 METROS POR PLAZO DE DIEZ AÑOS así como UN AÑO DE LIBERTAD VIGILADA que habrá de ejecutarse con posterioridad a la pena privativa de libertad conforme a lo establecido por el art. 106.2 del Código Penal, por el delito de agresión sexual y la de CUATRO AÑOS Y TRES MESES DE PRISION con la misma accesoria y VEINTE MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE DIEZ EURO con aplicación de lo dispuesto por el art. 53 del Código Penal para el caso de impago, por el delito contra la intimidad.

En concepto de responsabilidad civil solicitó la condena de los cuatro acusados a indemnizar, conjunta y solidariamente a la víctima, en la cantidad de 80.000 euros por los perjuicios causados a la vista de la gravedad de las lesiones psíquicas y morales sufridas.

Finalmente manifestó que la Asociación “Clara Campoamor” como entidad sin ánimo de lucro, no solicitaba la inclusión en la condena al pago de las costas, las causadas por su intervención, pero en todo caso solicitando las correspondientes a la acusación particular o los costes de las periciales realizadas.

La defensa del acusado solicitó su libre absolución. Alternativamente, y para el caso de considerarse procedente la condena de los acusados, solicita la condena de los acusados en los siguientes términos:

- A JOSE ANGEL P. M. por la comisión de un delito leve de maltrato de obra del art. 147.3 del Código Penal en concurso medial con el delito contra la intimidad del art. 197.1 y 3 del mismo texto legal la pena de DOS AÑOS DE PRISION y accesorias legales.

- Para JESUS E. D. por la comisión de un delito leve de maltrato de obra la pena de UN MES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS.

- En el caso de ALFONSO JESUS C. E. y ANTONIO MANUEL G. E. se interesa la pena de SEIS MESES DE PRISION como autores de un delito contra la integridad moral.

Se han observado todas las garantías y prescripciones constitucionales y legales con

excepción del plazo para dictar sentencia.

Cuarto.- Valorada en conciencia, y según las reglas de la sana crítica, las pruebas practicadas, este Órgano Jurisdiccional declara como,

HECHOS PROBADOS

Único.- *Los acusados ALFONSO JESUS C. E., JOSE ANGEL P. M., ANTONIO MANUEL G. E. y JESUS E. D., todos ellos mayores de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, acudieron en la madrugada del día 1 de mayo de 2016 a la feria de la localidad de Torrecampo (Córdoba). Encontrándose en la disco-caseta “XXX” coincidieron con XXX quien en compañía de otros amigos también se había desplazado a dicho lugar.*

En el transcurso de la noche los acusados, o siquiera alguno de ellos, y la Sra. XXX entablaron conversación, llegando esta a tomar alguna copa con Alfonso Jesús C.. Llegada la hora de cierre de la caseta sobre las 07:15 h, encontrándose todos en la puerta de la disco caseta, la Sra. XXX decidió volver a su domicilio en Pozoblanco en compañía de los acusados de manera que se montó con ellos en el vehículo.

De ese modo se subieron Antonio Manuel G. E. que conducía el vehículo, José Antonio P. que ocupó el asiento del copiloto y los otros dos acusados en el asiento trasero del coche, uno a cada lado de XXX que se situó en el centro del asiento, el Sr. C. E. a la izquierda de ella y el Sr. E. D. a su derecha. En un momento determinado sin que se haya acreditado la causa de ello, la Sra. XXX cayó en un estado de inconsciencia.

Durante el trayecto, y aprovechando dicha situación de inconsciencia todos los acusados, con ánimo libidinoso, comenzaron a realizarle diversos tocamientos de carácter sexual tocándole el pecho tanto por dentro como por fuera de la ropa, incluido el conductor que se giró para realizar el tocamiento e incluso el acusado José Antonio C. llega a darle varios besos en la boca.

Mientras llevaban a cabo los tocamientos el acusado José Antonio P. realizó la grabación de dichos actos, con la aceptación y concierto previo de todos los demás,

realizando la grabación con el teléfono móvil propiedad del Sr. G. E., n° XXX, generándose los archivos de video IMG 5486.MOV e IMG 5847.MOV. Dicha grabación se realizó, como se ha apuntado, durante el tiempo en el que la Sra. XXX se encontraba inconsciente de modo que no estaba siquiera capacitada para otorgar consentimiento alguno para ello.

Haciendo “alarde” de la acción realizada y con evidente ánimo de vejar y vulnerar la intimidad de la perjudicada, sobre las 07:45 h del mismo día y desde el mismo terminal telefónico del acusado Sr. G. E., el Sr. P. M. envió el archivo IMG 5847.MOV al grupo de chat “LA MANADA” integrado por los cuatro acusados y tres personas más.

Unos minutos después, sobre las 07:52 h y en este caso desde su propio teléfono n° XXX, José Angel P. M. envía el mismo archivo de video IMG 5847.MOV al grupo de chat “EL PELIGRO” del que formaba parte dicho acusado y unas veinte personas más.

No se considera suficientemente acreditado que el resto de acusados, Alfonso Jesús C. E., Antonio Manuel G. E. y Jesús E. D. participasen de la decisión de enviar el vídeo para que fuera visto por terceras personas.

Una vez llegaron a la localidad de Pozoblanco los acusados José Antonio P. M., Antonio Manuel G. E. y Jesús E. D. bajaron del vehículo en el que siguió el acusado Alfonso Jesús C. E. quien junto con la Sra. XXX continuó la marcha hasta llegar a la altura del cine XXX, sito en la calle XXX n° XXX, lugar este en el que detuvo el vehículo. Dado que la perjudicada ya se había despertado el Sr. C. E. le solicitó a la misma que le realizara una felación a lo que esta se negó. Ante tal negativa el acusado, con la intención de menoscabar su integridad física la golpeó en la cara, le dio un puñetazo en el brazo y la empujó para que saliera del coche al tiempo que le decía “puta”. Como consecuencia de la conducta acabada de describir no consta que la Sra. XXX sufriera lesión alguna.

No obstante lo anterior, cuando la Sra. XXX tuvo conocimiento de la existencia de aquellos videos y como quiera que lo sucedido tuvo una notable repercusión mediática y social en tanto apareció en los medios de comunicación social y se convirtió en un hecho conocido, la misma sufrió de estrés postraumático que necesitó para su sanidad de 90 días de perjuicio personal básico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo a la valoración de la tipicidad o ausencia de ella de las conductas objeto de enjuiciamiento ha de comenzarse con el estudio de la cuestión a las partes dedicaron la práctica totalidad del trámite de cuestiones previas, comenzando por la defensa del acusado que en el mismo la planteó, y una parte muy notable de los informes finales, la de la regularidad del modo de obtenerse la prueba de las grabaciones de video que son halladas en uno de los terminales telefónicos de los acusados a los que en el relato de hechos probados se ha hecho referencia y que, sin ningún género de duda, constituyen el principal fundamento de prueba de cargo en el que se sustentan las acusaciones, punto este que se llega a calificar como un *juicio al juicio* en cuanto al valor de la prueba.

A partir de ese momento ha de comenzarse con la referencia a las alegaciones que por cada una de las partes se efectúan con relación a este punto:

a) Defensa de los acusados.

Considera la defensa de los acusados que se ha producido, en la obtención de dicha prueba una vulneración de lo dispuesto por los arts. 24 de la Constitución Española en su vertiente del derecho a un procedimiento con todas las garantías y del art. 9 de la misma Carta Magna en relación al principio de legalidad entendiendo que en este caso se ha llevado a cabo una *investigación prospectiva*. Entiende que la investigación policial realizada estaba exclusivamente autorizada por los autos dictados por el Juzgado de Instrucción de Pamplona, pero tan solo en lo referido a los hechos cometidos en aquella Ciudad sin que tuviera razón de ser en absoluto que los agentes policiales comenzaran una búsqueda de otro material diferente como es el caso de hechos sucedidos más de dos meses antes de los allí investigados. Del mismo modo la autorización prestada por los acusados había de entenderse, a juicio de la defensa, limitada a la averiguación de los hechos de los días 6 y 7 de julio en tanto que la entrega de los teléfonos y la autorización para comprobar su contenido lo fue única y exclusivamente para acreditar lo que realmente había sucedido en esas fechas como, entiende la parte, de manera expresa consta en el informe emitido por la propia Policía Foral de Navarra en fecha 08/07/2016 (folio 871 apartado 3º). Del mismo modo se considera que tampoco concurren en ningún caso la necesaria necesidad y proporcionalidad para llevar a cabo una investigación como la realizada.

De ese modo se entiende que se ha pretendido seguir una *causa general* con respecto a los acusados proscrita por el ordenamiento jurídico.

Se considera que la situación producida es análoga a la interceptación de comunicaciones de manera que ha de acordarse exclusivamente por la autoridad judicial y la finalidad de la misma ha de ser siempre la búsqueda de un concreto hecho ilícito.

Señala posteriormente, viniendo a definir lo que ha de entenderse por investigación prospectiva o causa general, que se intenta forzosamente encausar a alguna persona por motivos políticos, económicos o, incluso, sociales. Aplicando al hecho enjuiciado lo anterior se entiende que en la investigación seguida en Pamplona por los hechos allí acaecidos surge la *sospecha* de que los acusados han podido realizar otros hechos de manera “*se abre otra investigación y a ver hasta donde llego*” de modo que, aun reconociendo que se seguía en aquella Ciudad una investigación respecto de hechos concretos, lo que se pretende es la búsqueda de cualesquiera otros diferentes que pudieren haberse realizado por las mismas personas. Cita en apoyo de sus argumentos el Auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 01/07/2014 (ponente Excmo. Sr. Monterde Ferrer) por el que se acuerda inadmitir a trámite la querrela interpuesta en aquel caso contra el Presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid en base a que “... *no puede pretenderse el inicio por este Tribunal, como destaca igualmente el Ministerio Fiscal en el escrito mencionado, de una investigación meramente prospectiva para tratar de averiguar si la persona querrelada ha cometido, en algún momento, algún delito, en relación con la multitud de hechos y acontecimientos que se describen en las querellas presentadas.*”.

Tampoco considera que se den circunstancias excepcionales que determinen la posibilidad de admitir dicha investigación.

En cuanto a la posible habilitación por los autos dictados por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona entiende que los mismos establecen una limitación temporal para la investigación que impide que la misma se retrotraiga del modo que se verifica en este caso.

Se considera igualmente por la defensa de los acusados que lo que no es admisible es la apertura de un procedimiento con distintas ramificaciones sí para ello no se cuenta, previamente, con indicios, no meras sospechas, de la comisión de delitos y, que en este caso, no existía el menor elemento que llevara a pensar que se podía haber cometido un delito en la localidad de Pozoblanco.

Sea como fuere se sostiene que en este caso no ha existido ninguna clase de control judicial sobre la investigación llevada a cabo.

Del mismo modo, y en relación al secreto de las comunicaciones que indica se mantiene incólume aun a pesar de la entrega voluntaria de los terminales en las dependencias policiales por parte de los acusados, se invoca la doctrina recogida en la STS de 10/12/2015 (ponente Excmo. Sr. Del Moral García) en la que se expresa que para que sea constitucionalmente legítima la inferencia en tal derecho el juez ha de verificar la existencia de unos indicios constatables por un tercero no bastando las meras afirmaciones apodícticas de sospecha así como que el órgano judicial habrá de valorar no solo la gravedad y la naturaleza de los delitos que se pretende indagar sino la necesidad de invadir un derecho fundamental para ello, debiendo de realizarse un juicio ponderativo sobre el nivel justificativo de los indicios que respaldan las sospechas si bien insistiendo en que en este caso ni tan siquiera existe la autorización judicial de manera que es la Policía Foral la que lleva a cabo la valoración de la necesidad de la actuación.

También se alude a la necesidad de control judicial en todas las fases cuando de medidas que afectan a derechos fundamentales como la intimidad y dignidad se trata, en tanto que son medidas que han de ser siempre de carácter excepcional de manera que las notas de necesidad y proporcionalidad han de marcar cualquier actuación. Nuevamente se concluye sosteniendo que no se produce así en este caso en el que no existe dicho control.

Cita igualmente la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017 en cuanto a que en la misma alude también a la necesidad de que el Ministerio Fiscal acote y limite los hechos a investigar por presentar indicios de delito debiendo de ser estos, y no las simples especulaciones o conjeturas más o menos aventuradas, los que han de generar las diligencias de investigación.

Considera que la investigación realizada por la Policía Foral no solo es prospectiva, con la consecuente nulidad de la prueba obtenida, sino que se intenta posteriormente subsanar de una manera tórpida y malintencionada.

Sea como fuere se manifiesta que sí el Juzgado de Instrucción de Pamplona conoce de hechos ajenos debe, inmediatamente después de ello, ponerlo en conocimiento del Organismo al que corresponda la oportuna competencia funcional y territorial a los efectos de que sea el

mismo el que inicie la correspondiente investigación. En este caso en el preciso instante en el que, a través de los metadatos obtenidos en los terminales telefónicos que ponen de manifiesto el lugar en el que se produce el hecho, entiende que debía de haberse enviado la parte correspondiente de la causa para que se llevara a cabo la investigación por el Organo competente territorialmente. A este respecto señala que es el advertir que esa actuación no llegaba a ninguna parte lo que determina lo que califica como *hábil* maniobra del Juez de Instrucción nº 4 de Pamplona que sitúa Pozoblanco *entre Tafalla y Estella*, esto es, dentro de su jurisdicción, enviando a dos agentes de la Policía Foral para localizar a la víctima en Pozoblanco y obtener una denuncia, denuncia esta cuya razón de ser sería el justificar la investigación realizada, extremo este que consiguen los agentes desplazados a dicha localidad quienes no solo obtienen la denuncia sino que incluso llegan a extraerle dos cabellos a la misma para averiguar si había sido drogada con “burundanga”.

Se cita en apoyo de sus argumentos el oficio emitido por la Letrada de la Administración de Justicia de la Secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Pamplona en el que se alude a que las autorizaciones de los acusados para acceder al contenido íntegro de los teléfonos móviles fue objeto de expresa impugnación por parte de las defensas quedando la misma imprejujada al no haberse admitido el contenido de los teléfonos como prueba para el acto del juicio oral.

De ese modo considera el defensor que no puede plantearse una causa para realizar las averiguaciones que se llevan a cabo por la Policía Foral de Navarra del contenido de los teléfonos móviles más que el intentar buscar argumentos que reforzasen lo acaecido en Pamplona.

b) Ministerio Fiscal.

De manera frontal a lo anterior se opone el Ilustre representante del Ministerio Fiscal que comienza su alegación, no menos brillante que la de la defensa e igualmente como aquella con un muy elevado nivel técnico-jurídico, afirmando algo que este juzgador hace suyo cuál es que las afirmaciones *generales* realizadas por el letrado defensor serían compartidas por cualquier jurista en un Estado Democrático y de Derecho.

Se entiende por el Ministerio Público que el alegato de la defensa se centra en solicitar la expulsión del procedimiento de la prueba documental consistente en los videos unidos a la causa, expulsión que amplía en los términos de su informe, aun no habiendo sido expresamente mencionados por la defensa, a los mensajes de WhatsApp por el efecto reflejo

(metástasis procesal llega a calificarlo la defensa en su informe) que en su caso tendría la nulidad en el modo de obtención de los videos conforme con lo dispuesto por el art. 11 de la LOPJ, y que dicha solicitud pivota sobre la supuesta vulneración de tres derechos fundamentales: el derecho del art. 24 de la Constitución Española de 1978 en cuanto a la proscripción de la investigación prospectiva que pudiere derivar en una causa general, el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la Carta Magna y por último el derecho al secreto de las comunicaciones contenido en el apartado 3 del mismo precepto.

Comienza la acusación pública entendiendo que la que califica como *brillante* exposición del Letrado defensor contiene una pequeña trampa en tanto que el mismo prácticamente obvia un dato que se considera fundamental, cual es el de que se cuenta con el consentimiento expreso de los acusados para “la inspección de sus teléfonos móviles” prestado ante la Policía Municipal de Pamplona (f. 810 a 814 de la causa) que se considera reforzado por lo que se califica de un consentimiento presunto como es el facilitar las claves de acceso a los terminales telefónicos, actuación que se lleva a cabo por todos los acusados una vez han sido todos ellos informados de sus derechos legales y constitucionales, en particular de los contenidos en el art. 520 de la LECr, así como debidamente asistidos de letrado, lo que considera determinante en el momento de prestar el consentimiento por una aplicación analógica de lo establecido por doctrina jurisprudencial para el caso de la entrada y registro. A mayor abundamiento de lo anterior dos días después de la prestación de dicho consentimiento, el día 9 de julio de 2016, nuevamente los cuatro acusados reiteran la autorización, esta vez en presencia judicial (f. 815 a 823) en tanto que a preguntas del instructor afirman haber dado el consentimiento a la Policía para que se realizara el análisis de los teléfonos ante lo que el magistrado instructor da voz a cada unos de los letrados que asisten a los aquí acusados sin que por ninguno de ellos se realice manifestación alguna. De ese modo se destaca que ninguno de los acusados ni los letrados que les asisten *matizan, condicionan, limitan o restringen* el consentimiento prestado para el análisis de los teléfonos, consentimientos estos aún no revocados. Alude igualmente a las resoluciones judiciales habilitantes, hasta tres, dictadas por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona para realizar la injerencia en el derecho a la intimidad de los acusados.

Dicho lo anterior se parte de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula la eficacia y el valor del consentimiento a la hora de posibilitar o de legitimar la injerencia en los derechos fundamentales de los investigados pero sí ha sido dicho consentimiento objeto de estudio por parte de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con relación a ello se considera como *de*

referencia la sentencia del Tribunal Constitucional nº 173/2011 que proclama “Corresponde a cada persona acotar el ámbito de su libertad personal que reserva al conocimiento ajeno por lo que el consentimiento del titular del derecho fundamental legitimará la injerencia en el ámbito de la intimidad e impedirá por tanto considerarlo vulnerado”.

Se expresa que, en relación a lo que ha dado en llamarse como *entorno virtual*, entendiéndose por tal el derivado de la existencia de los *smartphone* y de los ordenadores en tanto que se trata de dispositivos que no solo sirven para almacenar datos sino que tienen otras utilidades, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional vienen considerándolo como un derecho fundamental de última generación y precisan el modo de legitimar la intromisión en dicho entorno en cuanto que o bien se cuenta con el consentimiento del titular del derecho o, en su defecto y solo de manera subsidiaria, ha de contarse con resolución judicial habilitante (STS 462/2019 de 14 de octubre). De ese modo entiende que contándose en este caso con el expreso consentimiento no existe vulneración alguna del derecho al entorno virtual o, si se prefiere, de los derechos a la intimidad ni al secreto de las comunicaciones.

También se alude a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante STEDH) tales como *Barbulescu contra Rumanía* (de 08/02/2018) o *Stepanov contra Bulgaria*. También se plantea la eficacia y validez del consentimiento a la hora de legitimar la injerencia en los derechos fundamentales en las que se admite dicha validez en dos supuestos diferentes, el primero se trata de delitos cometidos en el seno y descubiertos en el ordenador de uno de sus trabajadores y en el segundo de los casos en un despacho de abogados.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional se citan las SSTC nº 24/2012, 170/2013 y la ya mencionada nº 173/2011 en la que se habla de la validez y eficacia del consentimiento prestado por el titular del derecho. Se trata en aquel caso, como acaba de mencionarse, del responsable de un establecimiento de reparación de ordenadores que recibe de un cliente el encargo de reparar la grabadora del mismo, una vez reparada el técnico para comprobar si funcionaba adecuadamente pone en funcionamiento el ordenador y abre una de las carpetas para realizar su copia en el CD o DVD apareciendo al hacerlo una serie de archivos de contenido pedófilo por lo que el mismo denuncia inmediatamente los hechos a funcionarios policiales momento en el que la Policía comienza una investigación, sin contar con autorización judicial, investigación que termina en condena. Pues bien, el TC no considera tampoco que se haya producido una ilegítima intromisión, tampoco por los funcionarios

policiales que realizan la investigación del contenido (si bien como se dirá posteriormente esta última afirmación no es compartida por el TEDH).

En resumen entiende el Ministerio Fiscal que la existencia de ese consentimiento, tanto expreso como tácito, no revocado, realizado con todas las garantías constitucionales y procesales, otorgado con pleno uso de sus facultades determina que no pueda considerarse producida la invocada intromisión ilícita en el derecho a la intimidad o, si se prefiere, en el entorno virtual.

En cuanto a la invocada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones se hace, al igual que la defensa, referencia a la STS de 10/12/2015 si bien la consideración es que la misma, tras realizar un estudio de los requisitos y presupuestos constitucionales para que la resolución judicial habilitante cumpla con la legalidad constitucional y sea legítima la injerencia al secreto de las comunicaciones, lo que determina es que una vez descargados del servidor y almacenados en alguna bandeja del programa de gestión deja de integrarse en el ámbito propio de la inviolabilidad de las comunicaciones en tanto que la comunicación ha visto culminado su ciclo de manera que la información contenida en el mensaje es, desde ese momento susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado del derecho a la intimidad, doctrina esta que viene a mantenerse en la ya citada STS de 14/10/2019 y que se dice que es pacífica desde la STC nº 70/2002 de 03 de abril.

Se citan los términos empleados por la **STC nº 489/2018** en cuanto a que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, de manera que una vez finalizado la protección de lo recibido se realiza a través del derecho a la intimidad.

Finalmente y en cuanto a la violación de los derechos por el hecho de que la obtención de los videos sea resultado de una investigación prospectiva, en relación a lo que el propio representante del Ministerio Fiscal admite que es propia de un Estado policial y no de un Estado de Derecho, se entiende que la actuación de la Policía Foral de Navarra viene amparada no solo por el consentimiento al que anteriormente alude, sino por las diversas resoluciones que al respecto se dictan por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Navarra que instruye la causa seguida contra los aquí acusados y otra persona más por los hechos cometidos en Pamplona los días 6 y 7 de julio, resoluciones en las que se acuerda el estudio de los videos referentes a aquellos hechos y a su cotejo con el resto del material videográfico y fotográfico obtenido en la investigación.

Se insiste en todo caso en el valor del consentimiento poniendo como ejemplo el supuesto de que agentes policiales se personen en un domicilio por tener sospechas de la comisión de un delito de tráfico de drogas, soliciten autorización del morador para entrar a lo que este accede. Señala que si al entrar al inmueble en dirección al patio donde se sospecha que podía existir la ilícita plantación se ve en una de las habitaciones por las que se pasa una serie de armas cuya tenencia está prohibida no puede ignorarse ese hecho, ¿se puede mirar pero no ver?, ¿oír pero no escuchar? se pregunta el representante del Ministerio Público en relación a la posibilidad de percepción casual de hechos de carácter delictivo, ofreciendo en ambos casos una respuesta negativa. Entiende que no se trata de haber seguido ninguna causa general sino de que los funcionarios de la Policía Judicial en Navarra actúan tras haber tenido la *notitia criminis* que puede, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, valorada como una flagrancia delictiva. Los agentes ante el conocimiento de un hecho aparentemente delictivo no solo deben sino que están obligados a perseguir esos hechos siendo eso lo que hacen tras poner de manera inmediato dicho hallazgo en conocimiento del juez instructor momento a partir del cual actúan bajo el mandato de las resoluciones judiciales.

Entiende que no resulta aplicable la doctrina del hallazgo casual por cuanto la misma parte de una premisa que no es la de este caso, la de que el hallazgo se produce como consecuencia de la previa existencia de una autorización judicial habilitante y en este caso lo habilitante es el consentimiento de los acusados.

En este punto se detiene especialmente en la ya citada STS de 14/10/2019 en la que resolviendo el recurso de casación interpuesto en un caso de agresión sexual múltiple en el que la prueba fundamental para la condena venía determinado por los documentos videográficos obtenidos de la investigación de los terminales telefónicos se dice que se considera el registro de la información contenida en los teléfonos móviles el mecanismo más *idóneo* si no el único para confirmar de un modo objetivo la tesis acusatoria y avala la *prospección completa de sus datos se imponía como el instrumento plenamente idóneo y ajustado a las pretensiones procesales de ambas partes* llegando dicha investigación, como se expresa avalada por el Alto Tribunal, a extenderse no tres como en este caso sino hasta ocho meses. También se mencionan en defensa de los argumentos expresados las SSTS de **23/10/05** y **24/10/03** así como la de 22/03/2013 (nº 228/2013, ponente el Excmo. **Sr. Del Moral García**). En esta última sentencia se trata la *notitia criminis* como fundamento válido de la iniciación de una investigación criminal que considera que en este caso deviene del

visionado del video y que en este caso se obtiene de forma legítima calificando de inevitable el hallazgo de los vídeos que se impugnan por la defensa.

En último término cita la STC nº 41/98 en la que se dice que no hay *inquisito generalis* allí donde el proceso descansa sobre una sospecha inicial seria, basada en unos hechos concretos constitutivos de delito.

Por ello considera que en todo caso la obtención de la prueba se realizó legítimamente, que la injerencia en los derechos fundamentales de los cuatro acusados se realizó con absoluto respeto a los mismos y por consiguiente la prueba debe ser admitida y valorada por este juzgador a los efectos de poder fundamentar una sentencia condenatoria sobre la base del visionado de los videos y la lectura de los WhatsApp.

c) Acusación particular.

La acusación particular, tras hacer suyos los argumentos expuestos por el representante del Ministerio Fiscal a los que se acaba de hacer referencia, destaca la existencia de resoluciones que avalan la actuación de los funcionarios policiales y legitiman el presente procedimiento. En esos términos alude a varias, dictadas todas ellas por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona como el auto de fecha 08/08/2016 anteriormente mencionado (f. 432) en el que se alude al “resto del material videográfico y fotográfico obtenido en la investigación”; al auto de 16/08/2016 en el que igualmente se permite el registro de los dispositivos en cuestión y en el que expresamente se hace referencia en su fundamentación jurídica a los arts. 588 bis a) a 588 bis k) de la LECr; al auto de fecha 01/09/2016 en el que también se autoriza el registro de los dispositivos haciendo referencia a los mismos preceptos, resoluciones todas estas que no fueron en su momento impugnadas y, finalmente, al auto de 20/09/2016.

De otro lado se alude al auto de 04/10/2016 del mismo Juzgado en el que se acuerda la inhibición por estos hechos junto con copia de los videos y contenido de los teléfonos junto con el testimonio de lo actuado en favor del Juzgado de Instrucción de Pozoblanco insistiendo en que tampoco esta resolución fue recurrida. Se menciona también la providencia de fecha 04/10/2016 acuerda unir a la causa el atestado e informes de la Brigada de Delitos contra las Personas de la Policía Foral de Navarra en el que constan los videos del que se entrega copia a las partes sin que tampoco esta resolución fuera recurrida.

Menciona también el auto de fecha 06/10/2016, este del Juzgado de 1 Instancia e Instrucción n° 1 de Pozoblanco en el que se ordena librar oficio al Juzgo de Instrucción n° 4 de Pamplona a fin de que le fueran remitidos los videos y contenidos de los teléfonos móviles en los que fueron creados y compartidos los videos que son objeto de la presente causa (f. 64) sin que tampoco contra esta resolución se interpusiera recurso alguno. Cita en apoyo de sus tesis la providencia de fecha 08/01/2018 del Juzgado acabado de citar (f. 636) en la que se reitera la solicitud al Juzgado de Pamplona de la remisión de todo lo actuado. Como el Ministerio Público, también alude la representación de la perjudicada al contenido de los folios 810 y siguientes de la causa en los que constan las diligencias de asistencia de abogados a los acusados en cuya presencia se informa a los mismos de los derechos que les corresponden en su calidad de detenidos conforme a lo dispuesto por el art. 520 de la LECr momento este en el que todos ellos autorizan a la inspección de sus respectivos teléfonos móviles para lo cual incluso aporta, cada uno de ellos, el correspondiente número secreto que permite el acceso al terminal, diligencias estas firmadas por acusados, letrados, instructor y secretario y en las que no se hace constar limitación alguna al acceso a los terminales. Incide en los mismos términos a la reiteración del consentimiento por parte de los aquí acusados al declarar en el Juzgado de Instrucción (f. 815 a 824). Incluso en la comparecencia del art. 505 de la LECr realizada el defensor de los acusados emplea como argumento para solicitar la no adopción de medidas cautelares contra los mismos el hecho de haber autorizado los inculpados el registro de sus teléfonos móviles.

En base a todos los argumentos expuestos entiende que han de considerarse lícitas las actuaciones y, consecuentemente con ello, válida la prueba videográfica obtenida.

Por lo que al sustento jurisprudencial de sus tesis se refiere, además de la remisión a la extensa cita realizada por el Ministerio Fiscal, menciona la STS n° 786/2015 de 4 de diciembre (ponente Excmo. Sr. Marchena Gómez) en la que se alude tanto a la capacidad del consentimiento o autorización del titular del derecho para validar la actuación policial en la investigación de los elementos como al hecho de no afectar al secreto de las comunicaciones la averiguación del contenido de los programas de mensajería instantánea en tanto que no se trata de una inmiscusión en un proceso comunicativo en marcha y a la propia existencia de un fin constitucionalmente legítimo como la investigación y descubrimiento de delitos de incuestionable gravedad. En la misma resolución, y en cuanto al argumento de la defensa de la allí condenada de que la misma no había autorizado sino que simplemente había facilitado en el momento de la detención la cuentas y claves de acceso, no existiendo autorización expresa, manifiesta el Alto Tribunal que la autorización puede ser otorgada mediante actos

concluyentes considerando como tales la identificación de las cuentas y la entrega de claves. Menciona del mismo modo la STS de 17/04/2013 en la que se sostiene que el consentimiento inequívoco del interesado legitima el acceso inicial de prospección de los contenidos. Finalmente alude a la STS de 23/12/2010 en la que se dice que la Constitución no exige en modo alguno que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentan a su vista aunque los hallazgos casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en la investigación oficial siempre que esta no sea utilizada fraudulentamente para vulnerar garantías constitucionales de manera que el hecho de que se persigan en una causa unos concretos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquel pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente de los que tuvieran conocimiento.

d) Acusación popular.

La acusación popular ejercitada en esta causa, como consta en el encabezamiento de la presente resolución, por la asociación “Clara Campoamor” tras adherirse a las exposiciones realizadas por las acusaciones que hacen uso de la palabra con anterioridad a su turno de intervención en cuanto al consentimiento de los acusados a la hora de presentar el móvil en el que estaban los videos. Disiente del Ministerio Fiscal en cuanto entiende que si se puede estar ante lo que califica como una analogía respecto de los hallazgos casuales que el Tribunal Supremo equipara a los delitos flagrantes. Parte de que en este caso se descubren unos hechos delictivos diferentes de aquellos que resultan objeto de la investigación que, en ese concreto instante, se está desarrollando en Pamplona. En ese momento no existe mandamiento judicial pero los acusados prestan su consentimiento para la realización de investigaciones sobre los teléfonos móviles. De ese modo, a criterio de esta acusación, caben dos posibilidades, bien que se trate de un delito conexo en el que pudieren aparecer implicadas otras personas o no tratarse del mismo delito caso en el que sería preciso un auto y, en su caso, una ampliación de dicho auto, bien que se trate de un delito autónomo que es lo que la parte considera que sucede en este caso de modo que lo procedente es deducir testimonio para la incoación de una nueva causa. En línea con ello dice que en los hallazgos casuales lo que ocurre es que se encuentran hechos delictivos diferentes de los que están siendo investigados y con cita de la STS 1110/2010, de 23 de diciembre en la que se cita la STC 49/1996 y en la que no se exige que un funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva previamente *cierre los ojos* ante los

indicios de un delito nuevo que se encuentran a su vista aunque los hechos sean casualmente distintos a los comprendidos en la investigación inicial siempre que ello no sea utilizado de forma fraudulenta para vulnerar derechos fundamentales. De ese modo entiende que la investigación inicial de Pamplona no impide que se siga la correspondiente respecto de la víctima de Pozoblanco. Alude a la urgencia en la aparición de los nuevos hechos delictivos y a la aplicación la doctrina del TC que lo asimila a los hallazgos casuales.

Señala que la LO 13/2013 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que viene a fortalecer las garantías procesales en la regulación de las medidas de la investigación tecnológica regula por primera vez en los arts. 588 bis y 579 la utilización en otro procedimiento penal de la información obtenida en una intervención de comunicaciones y diligencias tecnológicas. A partir de ahí indica que el Capítulo IV del Título VIII del Libro II dedicado a las disposiciones comunes de interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas se encarga de regular este tipo de incidentes.

Disiente también de la defensa en entender que, respecto del hallazgo casual, sí existía una investigación en marcha, la llevada a cabo en Pamplona en la que aparece un dato nuevo diferente de las diligencias de investigación que se están llevando a cabo.

Considera que no se trata en ningún caso de un *exceso policial* ni de *a ver que encontramos* sino de unos hechos delictivos que requieren de una instrucción, de un proceso penal con todas las garantías negando que nos encontremos ante el *árbol envenenado* en tanto que considera que no se ha producido ninguna vulneración de derechos fundamentales de los acusados sino que la investigación se derivó desde Pamplona a otro Juzgado en tanto que era a este al que le correspondía la competencia territorial ya que la víctima se encontraba en Pozoblanco. Alaba la labor de los agentes de la Policía Foral de Navarra considerando que los mismos realizan magníficamente su labor en tanto que están obligados a atender a una víctima y protegerla manifestado que la llaman para ofrecerle las herramientas procesales para que la misma pueda denunciar. Afirma que la perjudicada no denuncia antes al desconocer a quien podía denunciar, no podía demostrar lo sucedido, tenía muchísimo miedo de manera que la razón por la cual los agentes de la Policía Foral le piden que denuncie es para que pueda tener las acciones penales que merece, tiene derecho a ser protegida y a que se abran diligencias para proteger su intimidad o la vulneración de cuantos derechos se hayan vulnerado.

Finalmente, y con relación al análisis toxicológico llevado a cabo por la Policía

cuando busca a la víctima afirma que no es para ver si encuentran “burundanga” sino que lo que buscan es el motivo por el que esta chica se queda inconsciente dentro del coche y no recuerda nada de lo ocurrido dentro del coche en los minutos transcurridos en ese desplazamiento entre localidades.

Expuestos los argumentos de las partes corresponde a este juzgador, siquiera en primera instancia, determinar si se ha producido en este caso la vulneración de derechos fundamentales a la que se alude por la defensa o sí, por el contrario, la actuación de los funcionarios policiales y de la Administración de Justicia ha sido adecuada y respetuosa con esos derechos que a los acusados corresponden no solo en cualquier procedimiento penal sino, como a cualquier otra persona, en el desarrollo de su vida.

Antes de entrar en el análisis jurídico de la cuestión, y como quiera que el mismo ha de apoyarse sobre unos hechos, ha de hacerse referencia al desarrollo básico de los acaecidos, sin perjuicio de las precisiones que se irán realizando en el desarrollo del estudio de la cuestión planteada, tanto en las dependencias de la Policía Local de Pamplona con ocasión de la detención de los aquí acusados, junto con otra persona respecto de la que no se sigue la presente causa, por unos hechos cometidos en aquella Ciudad, en la instrucción de la causa seguida ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona, y posteriormente ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Pozoblanco:

- En primer término los cuatro acusados en el presente procedimiento, en dependencias de la Policía Local de Pamplona y encontrándose detenidos, y debidamente asistidos de letrado, prestan su expreso consentimiento a que sus teléfonos móviles sean inspeccionados (f. 810 y ss) facilitando igualmente los números secretos para permitir el desbloqueo de los mismos.

- Dicha autorización es posteriormente reiterada, igualmente contando todos ellos de asistencia letrada y previamente instruidos de sus derechos, en el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona (f. 815 y ss) que tramitó el procedimiento seguido inicialmente como Diligencias Previas nº 1670/2016 por unos hechos acaecidos en dicha Ciudad entre los días 6 y 7 de julio de 2016.

- En fechas 8 y 16 de agosto de 2016 (f. 858 y 858 vto y 860 a 863 vto, respectivamente) y 1 de septiembre del mismo año se dictan autos acordando la práctica de prueba pericial por dos agentes adscritos a la Brigada Provincial de Policía Judicial de la

Policía Foral de Navarra para que realicen un estudio de los videos obrantes en aquella causa (y correspondientes a los hechos enjuiciados en la causa mencionada en el párrafo anterior) mediante el cotejo con el resto del material probatorio obrante en autos o en dependencias policiales, singularmente *el resto* del material videográfico y fotográfico obtenido en la investigación.

- Como consecuencia del estudio de dichos terminales los agentes de la Policía Foral de Navarra hallan dos vídeos, los referidos en el relato de hechos probados (f. 8), en el terminal del acusado Antonio Manuel G. E. apreciando la comisión de los hechos por los que se sigue la presente causa.

- Tras dicho hallazgo los agentes de la Policía Foral realizan gestiones tendentes a localizar a la mujer que aparece en las imágenes y resulta, a su entender, presunta víctima de abusos sexuales. Para ello se acude a los metadatos ya obtenidos del terminal telefónico y de los que se consigue la geolocalización del mismo en el momento de realizar las grabaciones. Se consigue finalmente contactar con la Sra. XXX. Una vez personados en Córdoba y tras comunicarle a la misma el hallazgo producido por ésta se formula denuncia que es recogida por los mismos funcionarios policiales que se trasladan a esta Ciudad.

- Unida dicha denuncia a las ya citadas diligencias seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona, ya transformadas en Sumario Ordinario 1670/2016, se dicta por dicho Juzgado Auto de fecha 04/10/2016 por el que se acuerda la inhibición en favor del Juzgado de Instrucción de Pozoblanco al haberse producido los hechos en la demarcación de dicho Organo jurisdiccional siendo ese testimonio el origen de la presente causa.

Dicho lo anterior son varias las cuestiones a dilucidar tales como sí lo que se ha seguido es o no una “causa general”, el alcance y eficacia del titular del consentimiento a la hora de considerar válida una actuación que implica una injerencia en los derechos fundamentales del presunto responsable de una infracción penal, sí como consecuencia de ello se ha producido o no una vulneración de los derechos a la intimidad y/o al secreto de las comunicaciones que a cualquier ciudadano corresponde o cual haya de ser el valor habilitante o legitimador de las distintas resoluciones dictadas por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona. Aunque el análisis separado de dichas cuestiones, y cuantas vengan indisolublemente unidas a las mismas, puede ser artificioso ya que las mismas aparecen estrechamente vinculadas o, si se prefiere, entrelazadas no cabe sino aludir separadamente a los derechos que se dicen vulnerados sin perjuicio de las referencias que al resto puedan irse

efectuando.

1.- “Inquisitio generalis” vs “inquisitio specialis”.

Como se ha expresado, se entiende por la defensa que lo que se sigue en el presente procedimiento es, sin dudas para dicha parte, una investigación prospectiva, una “causa general” o como se la ha dado en llamar por la doctrina y la jurisprudencia una “*inquisitio generalis*” de modo que lejos de seguirse una investigación para la averiguación de unos hechos en concreto, esto es, que tras contar con la “*notitia criminis*” se siga la averiguación de la posible infracción, lo que en este caso se lleva a cabo es un estudio de todas las circunstancias que rodean a los acusados para buscar la posible existencia de cualesquiera infracciones que los mismos hubieren podido, en cualquier momento o ámbito, llevar a cabo.

En primer término, y como apunta el Ilustre representante del Ministerio Público, cualquier jurista de un Estado Democrático y de Derecho, además de Social, haría suyas la mayor parte de las afirmaciones realizadas por el letrado de la defensa, eso sí, las realizadas con carácter general porque no ocurre así con la aplicación al caso que se enjuicia que el Letrado, evidentemente en el ejercicio del legítimo derecho a la defensa que le corresponde, propone. Y comenzando por si el procedimiento seguido es o no una “causa general”, también es irrefutable que ese tipo de causa está proscrita en el ordenamiento jurídico español.

Como dice BACIGALUPO ZAPATER (La noción de un proceso penal con todas las garantías): “*Se requiere ante todo que la apertura de diligencias se base en una sospecha inicial seria. El comienzo de una investigación sobre circunstancias que pueden afectar a una persona importa ya una reducción de presunción de inocencia y por ella está sujeta ante todo a exigencias que impidan transformar la investigación en la búsqueda en la vida de una persona de los posibles hechos punibles que pueda haber cometido. La inquisitio generalis del procedimiento inquisitorial se refería a la comprobación del hecho, por oposición a la inquisitio specialis, relacionada con la imputación del mismo autor. Para evitar la búsqueda del hecho como objeto de las investigaciones previas y abrir con ello una indagación genérica en la vida de una persona, con la consiguiente reducción de su presunción de inocencia, los arts. 269 y 313 de la LECrim establecen que el Juez de Instrucción verificará que los hechos en los que se funden la denuncia o la querrela sean*

constitutivos de delito y, en caso de no serlo, ordenará el archivo o la desestimarán respectivamente.”.

Del mismo modo la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 228/2013, de 22 de marzo (ponente el Excmo. Sr. Berdugo Gómez de la Torre) determina, tras exponer como la finalidad de toda instrucción criminal es la de averiguar y hacer constar delitos así como que el proceso penal debe de comenzar cuando llega a conocimiento del juez una conducta con apariencia delictiva siendo por ello la *notitia criminis* un presupuesto o procedibilidad del proceso penal afirma que:

“Interpretado contrario sensu, esto mismo permite sostener que sin notitia criminis no cabe iniciar un proceso penal, a menos que se defienda lo indefendible; la posible existencia de un proceso que no se proyecte sobre hechos aparentemente delictivos, o lo que viene a ser lo mismo, de un proceso sin objeto.

Esta posibilidad comporta -como ya hemos apuntado- además el riesgo evidente de que el proceso se instrumentalice al servicio de una investigación generalizada. En este punto la doctrina matiza que se trata de un riesgo, no de una consecuencia inexorable. Por ello, incoar un proceso faltando notitia criminis no siempre conduce a una causa general, pues tras esa ausencia puede no esconderse el propósito de llevar a cabo una investigación de la que, tal vez, surjan hechos punibles: El matiz, empero, no se da a la inversa, es decir, así como la iniciación del proceso faltando notitia criminis, no aboca necesariamente en una causa general, tras toda causa general late siempre constante la falta de notitia criminis.

El riesgo a que nos referimos es algo que ha sido destacado por el Tribunal Constitucional. Así en la STC nº 41/1998, de 24 de febrero, se señalaba que: “...acotar el campo de la instrucción, esencial para evitar el riesgo de una investigación generalizada sobre la totalidad de la vida de una persona”, y también que el ámbito de la investigación judicial no puede alcanzar genéricamente a todas las actividades del imputado, sino que ha de precisarse “qué concretos actos quedan sujetos a la instrucción judicial”.

De manera no menos clara la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Secc. 1ª) de 06/10/2017 manifiesta:

“La investigación no puede ser prospectiva, ha de dirigirse a la investigación de un hecho concreto en el que aparezcan indiciariamente involucradas personas concretas. El valor constitucional que se invoca frente a los derechos de la personalidad es el interés

público propio de la investigación de uno de los delitos a los que la ley se refiere y más concretamente la determinación de hechos relevantes para la investigación penal de los mismos. No es suficiente con constatar que la petición y la autorización (en relación a las medidas de injerencia en los derechos del investigado a los que la resolución alude con anterioridad a ese punto) se apoyan en la pretendida consecución de un fin legítimo para afirmar su conformidad con la Constitución y la ley: la medida ha de ser necesaria para la consecución de ese fin y para hacer esta evaluación es preciso justificar la conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el concreto delito investigado”.

Finalmente, y aun sin ánimo de ser exhaustivo se ha de citar por la claridad expositiva el voto particular que el Excmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera formula a la STC nº 63/1996, de 16 de abril en el que dice:

“Este Tribunal ha establecido la doctrina, aplicable al presente caso, de que las instrucciones judiciales no pueden ser “causas generales” sobre la totalidad de la vida y hacienda de una persona al estilo de las viejas inquisiciones. Bajo el imperio de la Constitución (y mucho antes según quedó expuesto de forma expresa y brillante en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882), es necesario que la instrucción del Juzgado se oriente a la finalidad con la que aparece prevista legalmente y que no es otra que la que establece el art. 789.3 de la LECr; a saber, “determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado” (STC nº 186/1990), por lo que no se trata de llevar a cabo una inquisición global sobre la actividad de una persona para, posteriormente, en virtud de lo averiguado, imputar a la misma unos hechos concretos. Lo procedente y constitucionalmente admisible, es que el Juzgado investigue los hechos inicialmente delimitados con el fin de conocer su naturaleza y la participación de una determinada persona en los mismos”.

Esto es, ninguna duda cabe de que la investigación ha de dirigirse, para ser constitucionalmente legítima, a la averiguación de unos concretos hechos. Pero lo cierto es que en este caso, el punto de partida no admite duda alguna. Así si se acude a la copia de las actuaciones seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona (remitidas en formato digital y que constan en el CD unido al folio 479 de la causa) puede observarse como el procedimiento seguido como Diligencias Previas nº 1670/2016 se incoa a raíz del Atestado nº 3243-2016/D de la Policía Municipal de Pamplona (folio que aparece como “0” del asunto acabado de mencionar, a partir de ahora causa de Navarra, CN) atestado este que, a su vez, tiene su razón de ser en la llamada realizada a las 03:45 h del día 7 de julio de ese

mismo año por dos ciudadanos que manifiestan haber encontrado en dicha Ciudad a una joven que afirma haber sido objeto de una agresión sexual. Esto es, el inicio de la investigación policial, que se comunica a la autoridad judicial apenas 24 horas después de iniciada la misma, tiene su causa en la noticia de haberse producido un delito perseguible de oficio, en particular una agresión sexual (f. 4 y 6 CN) contándose incluso con la denuncia de la víctima (f. 18 CN) momento a partir del cual se inician las primeras pesquisas (la localización de los presuntos responsables del hecho conforme a la descripción dada por la víctima, los que se termina produciendo pocas horas después conforme consta al folio 15 CN).

Se señala lo anterior aun siendo consciente este juzgador de que la referencia que realiza la defensa de los acusados no lo es, por razones evidentes, a la existencia de *notitia criminis* que justificara la investigación referida a los hechos acaecidos los días 6 y 7 de julio en Pamplona por los que los acusados en esta causa junto con otra persona ajena a este procedimiento, ya han sido enjuiciados por el Organo competente. Se expresa para poner de manifiesto que el inicio de la investigación no es *prospectivo*, ninguna autoridad policial o judicial toma de manera inopinada los datos de los aquí acusados para realizar una averiguación global de su conducta antes de tener conocimiento de la posible vinculación con un acto ilícito sino que es a consecuencia de la realización de dicho acto contrario a derecho (y aun cuando no ha de resultar relevante a los efectos del presente enjuiciamiento no procede expresar que lo sea *presuntamente* al resultar un hecho conocido el de que finalmente fueron condenados en sentencia firme por el mismo) por lo que se inicia la investigación.

Lo argumentado por la defensa es que los Cuerpos Policiales y, de algún modo, la autoridad judicial, en vez de cumplir con las exigencias apuntadas, esto es, limitarse a investigar los hechos relevantes para la averiguación de los cometidos en Pamplona, una vez que tienen sospechas de su responsabilidad o encuentran indicios de la misma deciden comprobar si los mismos, además de esos hechos hubieren podido cometer en cualquier momento y lugar otro u otros hechos ilícitos por los que poder igualmente inculparles o para emplearlos como reforzamiento de la causa seguida en aquella Ciudad. Pues bien, continuando con la sucesión de acontecimientos que lleva finalmente a la localización de los videos referidos a ésta causa conforme a la copia remitida del procedimiento instruido en Pamplona, se aprecia como tras la presentación de los aquí acusados como detenidos en las dependencias de la Policía Local de Pamplona se entregan los efectos intervenidos a los mismos entre los cuales se encuentran (f. 35 CN) sus teléfonos móviles en particular el

“Teléfono móvil marca IPHONE modelo 5 color gris y plata” que se señala como “Evidencia nº 1” (aquel en el que finalmente resultan hallados los videos de los hechos que aquí se enjuician). Ya en ese mismo oficio los agentes manifiesta que “Se solicita el análisis de la información que puedan contener los mismos y su posterior estudio *todo ello relacionado con el hecho investigado*” así como que “*Una vez obtenida la preceptiva autorización que habilita a los Policías actuantes para ello, se procede a la obtención de una imagen del contenido de cada uno de ellos con el software con el que cuenta este Grupo para a continuación analizar dicha imagen, dando cuenta de la información obtenida en el siguiente apartado*” (todo ello en el mencionado f. 35).

Pues bien, como consta en el folio 36 CN la información que los agentes policiales obtienen una vez realizado el clonado del contenido de los teléfonos y analizado con el software del que el Grupo disponía (que según el informe se refiere a la totalidad de la información que presenta cada teléfono) en el terminal del Sr. G. E. en el que finalmente son hallados unos videos (ha de suponerse que relacionados con los hechos sucedidos en Pamplona) en particular los IMG_7407, IMG_7408, IMG_7409, IMG_7410, IMG_7411 e IMG_7412 diferentes de los que dan lugar a esta causa que son, como se expresa en el relato de hechos probados los denominados IMG 5486.MOV e IMG 5847.MOV. Este informe es posteriormente ampliado (f. 204 CN) por otro del mismo Cuerpo de fecha 11 de julio de 2016 en el que en relación a los mismos videos señalados en el primer informe se realiza una descripción algo más detallada de la actuación de cada uno de los intervinientes en la agresión sexual (del citado f. 204 al 210 CN).

De manera más precisa en el informe ampliatorio aportado a la causa por la Policía Local de Pamplona se hace constar expresamente (f. 556 CN) en relación al estudio de los terminales móviles de los acusados, en particular del propiedad del Sr. G. en el que aparecen los archivos aquí impugnados, que “*Dado el volumen de la información almacenada, que asciende a un total de 2479 páginas, se procede a realizar un primer estudio de la misma, desechando aquella que principalmente por la fecha carece de interés para la investigación. Por ese motivo se focaliza el análisis en la información obtenida en cada una de las carpetas que contenga como fecha de creación, manipulación o último acceso los días 6 y 7 de julio de 2016.*”. Por si la anterior mención no fuere suficiente aparecen los concretos archivos de imagen y video localizados y a los que la Policía Local de Pamplona dedica su estudio (f. 588 a 602 y 610 a 613 CN). Consta en todo caso el estudio detallado que se realiza por los funcionarios de la Policía Local de Pamplona a los folios 554 CN y, más en particular, la información técnica obtenida a los folios 561 y ss CN.

La Diligencia de Exposición de la Ampliatoria nº 5 del atestado de 15/08/2016 (f. 520 y ss CN) incide en el mismo punto diciendo que: *“Los Agentes hicieron con carácter de urgencia una búsqueda de grabaciones realizadas por los indicados el día de los hechos, localizándose en el teléfono señalado como Evidencia 1, perteneciente al detenido Antonio Manuel G. E., varios archivos de video en formato MOV que fueron aportados en el informe 298-2016 del Grupo de Investigación. En un segundo examen más exhaustivo se han localizado otras imágenes que también se aportan en formato digital e impresas.”*

Lo anterior se realiza, como destacan las acusaciones y de manera repetida se expresará, tras la autorización prestada por todos y cada uno de los acusados y que constan en el mismo atestado (f. 56 CN en lo que se refiere al terminal del Sr. G. E., f. 80 en el del Sr. P. M., f. 91 en el del Sr. C. E. y f. 102 en el caso del Sr. E. D. además de en los ya expuestos anteriormente 810 y ss de esta causa) y en las que cada uno de ellos, como se resalta por el representante del Ministerio Fiscal, no solo se autoriza *para que sea inspeccionado su teléfono* sin expresar limitación alguna a dicha tarea ni temporal, ni en relación a la carpeta o carpetas a comprobar, a cual de las aplicaciones, etc, sino que además se da el número secreto que da acceso al terminal. Estas autorizaciones son posteriormente *confirmadas* a presencia judicial como ha quedado expuesto.

Dicho de otro modo, aun cuando existía el consentimiento habilitante de la totalidad de los acusados para acceder al contenido íntegro de los teléfonos, la investigación que inicialmente se lleva a cabo por la Policía Local de Pamplona no se extiende más que a los documentos gráficos realizados en aquella Ciudad y en las fechas en que suceden los hechos allí investigados, no a ningún otro hecho diferente. De algún modo se viene a admitir lo anterior, aun de modo tácito, por la defensa de los acusados en cuanto que la actuación irregular se imputa a la Policía Foral, no a la Policía Local, siendo que aquel Cuerpo no comienza su actuación hasta el dictado del auto de fecha 08/08/2016 ya mencionado.

De otro lado ha de destacarse que no solo no se establece limitación alguna para el estudio de los terminales telefónicos incautados en el momento de prestarse las autorizaciones sino que además constan en el procedimiento seguido en aquella otra Ciudad diversas actuaciones relacionadas con los teléfonos móviles y su contenido tales como la propia intervención, la obtención del clonado e incluso en el acta de entrega del atestado (f. 113 CN) la aportación de un CD conteniendo archivos de imágenes, hasta el punto de que ya en fecha 12/07/2016 se realiza solicitud por el procurador de los Sres. G. E. y C. E. de que se

le facilite copia de “todo soporte audiovisual existente en autos” o subsidiariamente que se permita su visualización en la oficina judicial (f. 200 CN) a lo que se accede por providencia de 13/07/2016 (f. 215 CN) imágenes de las que dos de los letrados obtienen copia conforme consta en la Diligencia de Constancia de fecha 15/07/2016 (f. 232 CN) e incluso se interpone recurso por una de las defensas al considerar que vulneraba en aquella causa su derecho a la defensa la entrega de copia de las grabaciones obtenidas, recursos en los que no solo se limitan a solicitar copia de las grabaciones obrantes en la causa sino incluso la *devolución* de los propios terminales para la realización de una pericial de parte lo que se rechaza por el Juzgado de Instrucción en tanto se trata de piezas de convicción. Consta incluso la entrega de copia del clonado en el Juzgado de Instrucción en fecha 08/07/2016 o finalmente los propios terminales telefónicos (f. 518 CN). Posteriormente, y una vez ya constan entregados los propios terminales en el Juzgado de Instrucción se solicita por la representación del Sr. G. E. la entrega de copia de los archivos de video a los que se alude por la Policía Local en su informe ampliatorio y se permita el acceso a *todo el soporte audiovisual* al perito que se designa (escrito de fecha 12/08/2016 obrante al f. 662 CN), acceso que se autoriza en el auto de fecha 16/08/2016 (f. 663 a 666 vto). Pues bien, constando lo anterior en la causa seguida en Pamplona en ningún momento *anterior al hallazgo de los videos y a la remisión de lo actuado al Juzgado de Instrucción de Pozoblanco* se realiza por ninguno de los acusados ni por sus defensas ninguna clase de manifestación tendente a precisar, limitar, puntualizar o revocar el consentimiento prestado o a expresar su disconformidad por que dicho contenido *íntegro* formase parte de la causa.

Se alude a lo anterior en tanto que uno de los argumentos del letrado de los acusados, como ha quedado dicho, es el de que las defensas en aquella otra causa impugnaron el acceso del contenido íntegro de los terminales. Lo determinante, para poder considerar exigibles unas u otras formalidades para la actuación de los funcionarios policiales, hubiera sido la impugnación, revocación, etc (por no reiterar la sucesión de verbos) con anterioridad a la actuación policial o judicial no a posteriori cuando ya se sabe del hallazgo del material que se ha producido con la cobertura de la previa autorización y/o de los autos habilitantes. Esto es, acudiendo al ejemplo repetidamente empleado de la autorización para acceder al domicilio lo que no resultaría sostenible es que tras consentir a dicho acceso y cuando los funcionarios policiales ya han realizado el hallazgo de elementos incriminadores de la participación en un hecho delictivo, pretender que el decir que el consentimiento lo era solo para entrar lo era por un determinado delito y no por otro y que esa postura *ex post* tenga efectos de afectar a la validez del hallazgo previamente realizado.

Pues bien, en ese estado de cosas puede comprobarse como entre los días 7 de julio y 8 de agosto de 2016 el único estudio que se realiza sobre los terminales telefónicos de los acusados es el preciso y correspondiente a los hechos acaecidos en aquella Ciudad sin que hasta ese momento conste que se tuviera el menor conocimiento de la existencia de los que dan finalmente lugar a esta causa de manera que difícilmente puede considerarse que existiera ninguna clase de investigación general contra los acusados en tanto que aparte del mencionado estudio de los móviles limitado en los términos expuestos, lo que se realizan son otra serie de diligencias referidas de manera exclusiva a la averiguación de los hechos objeto de aquella causa.

Se marca concretamente como límite el día 08/08/2016 en tanto que es en esa fecha cuando por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona se dicta en aquella causa (f. 449 y 450 CN y cuyo testimonio consta unido a los f. 432 y 433) auto, a continuación del auto de incoación de sumario (f. 444 CN) y de procesamiento de los acusados (f. 445 y ss CN), acordando que por dos agentes de la Policía Foral de Navarra adscritos a la Brigada de Policía Judicial “se realice un estudio de los videos obrantes en autos, archivos IMG_7407.MOV, IMG_7408.MOV, IMG_7409.MOV, IMG_7410.MOV, IMG_7411.MOV y IMG_7412.MOV, *mediante el cotejo con el resto de material probatorio obrante en autos o en dependencias policiales, singularmente el resto del material videográfico o fotográfico obtenido en la investigación, informando de la coincidencia que pudiera existir entre las personas grabadas en tales videos y los investigados con detalle de las acciones concretas sobre la víctima que pudieran individualizarse mediante los referidos videos.*” (fundamento de derecho primero del mencionado auto obrante al folio 449 CN que se transcribe en la parte dispositiva de la resolución) que se amplía por autos de 16/08/2016 (obra unido testimonio del mismo al f. 437 a 441) y de 01/09/2016 al archivo 20160707_031531 (f. 811 a 814 CN y f. 434 a 436 de la presente).

Se destaca el contenido del auto acabado de citar no solo porque incluso aun en el caso de que se considerase, afirmación que se realiza a meros efectos de hipótesis, que el consentimiento de los acusados no valida la actuación policial, vendría dicho auto a constituir la autorización que legitimaría la injerencia en los derechos fundamentales sino porque además en el mismo se extiende el estudio (aun a efectos instrumentales para identificar detalladamente la actuación de cada uno de los acusados en los hechos objeto de aquella causa) a la totalidad del material fotografico y videográfico obrante en dicho procedimiento sin establecer la menor limitación temporal para ello. Lo anterior tiene relevancia en tanto que la defensa de los acusados pone en duda, e incluso llega por ello a

producirse un punto de tensión durante los interrogatorios a los agentes de la Policía Foral de Navarra que deponen en el plenario de este procedimiento, la necesidad de realizar cotejo alguno con otros videos o fotografías diferentes en tanto que se considera que los videos de Pamplona son suficientemente expresivos por sí solos. Pues bien, lo cierto es que el auto autoriza expresamente al cotejo con la totalidad del material existente, y respecto al término *resto del material* pocas dudas caben.

Y ese auto, perdón, esos autos en tanto que son tres (los de 08/08/2016, 16/08/2016 y 01/09/2016, estos dos últimos ampliando de algún modo la autorización inicial) devienen firmes en tanto que dichas autorizaciones no son impugnadas en parte alguna en un procedimiento en el que puede observarse como la actitud de las defensas de los acusados dista mucho de ser pasiva en tanto que se interponen numerosos recursos contra aquellas resoluciones que consideran contrarias a derecho. Pues bien, precisamente ese pronunciamiento en el que se autoriza al cotejo con todo el material es uno de los que en aquel caso se consideran, tácitamente, por las defensas como conformes a derecho.

Sostiene en este punto la defensa de los acusados que ha de entenderse que esos autos estaban limitados temporalmente a los hechos objeto de enjuiciamiento en aquella causa llegando a manifestarse que si el Juzgado de Instrucción de Pamplona hubiera querido que se analizara el teléfono en su integridad lo hubiera expresado de ese modo. No se comparte dicho argumento. Sí, como dicen los autos a los que se viene haciendo referencia, lo relevante es el cotejar imágenes para precisar la conducta de cada uno de los cuatro acusados en el hecho objeto de investigación en Pamplona, o como explican los funcionarios de la Policía Foral en el plenario, si lo que se busca es la determinación de a quien pertenece la mano que se coloca en tal o cual parte del cuerpo de la víctima, de quien el órgano sexual que aparece en uno u otro momento del video o cualquier otra parte diferente del rostro para ser capaces de individualizar no ya una participación general de todos en el hecho sino de precisar al detalle lo que cada uno de ellos hizo, no cabe sino buscar elementos de comparación tanto en el propio video como fuera del mismo y, en esos términos, la limitación temporal no es sino la precisa para que el aspecto de los acusados no haya podido experimentar variaciones notables hasta el punto de no ser válida la comparación entre diferentes imágenes. Por ello esa limitación temporal a la que se alude por la defensa no solo supone pretender una precisión o limitación que la resolución no contiene sino que se entiende que carece de sostenibilidad. Llama la atención que ninguna de las defensas en el momento de dictarse las mencionadas resoluciones formularan no ya recurso contra las mismas, como acaba de indicarse, sino que siquiera solicitaran esa precisión en la que ahora

pretende sustentarse la oposición a que sean consideradas como resoluciones habilitadoras. Y no se trata de que el auto hubiere de precisar límite temporal o determinar si el estudio había de referirse a la *totalidad* en tanto que ya la resolución se refiere al *resto* del material de manera que ¿cómo entender ese límite temporal que se pretende cuando la palabra empleada se refiere a la “parte que queda de un todo” (según la primera de las acepciones recogidas en la 23ª Edición del Diccionario de la RAE)?. Ciertamente una buena parte de los juristas, entre los que sin ninguna duda se incluye este juzgador, pecamos frecuentemente de un incorrecto empleo del español de manera que la mayor parte de nuestros textos no solo resultan mejorables sino que en ocasiones incurren en errores en el uso del lenguaje, ahora bien no se considera que exista diferencia apreciable entre decir que se lleve a cabo el cotejo con “el resto” del material videográfico o con “la totalidad” del mismo por cuanto una y otra expresión vienen a referirse a *todo* aquel material gráfico o videográfico diferente de los videos en los que constaban las grabaciones de los hechos objeto de enjuiciamiento en aquella causa. Y ¿cómo llevar a cabo un cotejo sin visualizar ese resto de imágenes?. Ha de ser ésta la respuesta a lo que la defensa de los acusados califica en su informe como el “nudo gordiano” de la causa, cual es el de no encontrar razón para que si se investigan unos hechos producidos los días 6 y 7 de julio en Pamplona se visualicen unos videos obtenidos el día 30 de abril entre las localidades de Torrecampo y Pozoblanco, se visualizan para dar cumplimiento a lo ordenado por la autoridad judicial. Discute la defensa esa posible interpretación sosteniendo que si el Juez Instructor de Pamplona hubiera pretendido que se investigara la totalidad del teléfono hubiera hecho “algo muy sencillo, ¡lo hubiera dicho!” pero lo cierto es que se entiende que la expresión utilizada indica precisamente eso, la necesidad de tomar como elemento de cotejo el resto de las imágenes existentes. Plantea una “redacción alternativa” que entiende que sí contemplaría dicha posibilidad indicando que en ese caso se hubiera recurrido ese auto. Evidentemente escapa a este juzgador cual pudiese ser la interpretación que la parte dio a los autos a los que se viene haciendo referencia de 1 y 8 de agosto y 1 de septiembre de 2016, pero sea cual fuere esta se repite que para el que suscribe es clara y comprende esa *totalidad* que la parte rechaza. Para alcanzar su conclusión la defensa interpreta que cuando el auto alude al *resto* del material gráfico y videográfico ha de entenderse que se refiere exclusivamente a las fotografías obtenidas en las fechas en las que se producen los hechos, pero si la totalidad del contenido de los terminales telefónicos se encuentra unida a la causa y el auto no limita en modo alguno a que material se alude cuando se menciona dicho *resto*, no cabe entender sino que es a la totalidad.

En consonancia con ello tampoco se comparten las afirmaciones de la defensa en torno a que es la Policía Foral la que valora la necesidad de actuar, que nunca pretende

cotejar nada sino que simplemente a la vista de la existencia de la posible comisión de otros delitos, en un intento de reforzar la causa seguida en Pamplona, lleva a cabo un “volcado” y realiza una investigación prospectiva que califica *de manual*, sino que entiende que se limita a dar cumplimiento al mandato recibido así como tampoco puede considerarse correcta la calificación de la investigación, igualmente llevada a cabo por la defensa de los acusados, como *tórpida* o *malintencionada*.

Es verdad que hay menciones en alguna de las diligencias ampliatorias al atestado AT00468269/16, la de fecha 14/10/2016 que puede llevar a la duda en cuanto al modo de operar los agentes. Así al folio 62 de dichas diligencias (f. 135 vto) se dice que *“Como ya se informó en la diligencia de análisis de la evidencia nº 1, a partir de la aparición de distintos mensajes enviados el día de los hechos una vez que aparecen en los medios de comunicación (aportan datos que les hace llegar a la conclusión de que los detenidos por la agresión sexual pueden tratarse de sus cuatro amigos) a través de la aplicación Whatsapp por parte de amigos directos y cercanos de los cuatro investigados, comienzan a observarse mensajes en los que se manifiesta de forma explícita que dentro de los terminales de los detenidos podrían encontrarse archivos que podrían contener algún tipo de información sobre los detenidos que pudiera ser constitutiva presuntamente de ilícitos penales.*

Incluso uno de los interlocutores llega a indicar al resto de los componentes del grupo que borran las imágenes en las que aparezcan los detenidos aludiendo a un episodio dentro de un parque acuático donde una mujer podría a ver sido víctima de algún tipo de abuso sexual o tocamiento”. En el mismo documento, al folio 147 de dicho informe (f. 178 de la causa) se dice que “Una vez examinados los cinco terminales de los detenidos y al detectar en el terminal propiedad del detenido D. José Ángel P. M. que existen mensajes en los que los propios amigos más cercanos de los detenidos afirman claramente que puede haber registrado en los dispositivos de los detenidos hechos similares a los acontecidos en San Fermín, llegando incluso a manifestar uno de los integrantes del grupo “peligro” que deberían borrar documentos, haciendo mención a un posible abuso a una chica dentro de un parque acuático, se pone especial atención en la requisa de todos los documentos almacenados en los dispositivos móviles, detectando entre todos ellos, en este terminal (lo que resulta llamativo en tanto que los videos a los que se viene haciendo referencia se localizan en el teléfono propiedad del Sr. G. E. y no del Sr. P. M.), un presunto abuso a una mujer en el que tomarían parte cuatro de los cinco detenidos”. A la vista de lo anterior podría considerarse que asiste la razón a la defensa en tanto que se habría producido una violación del derecho al secreto de las comunicaciones por cuanto se trata de mensajes enviados después de la detención de los acusados, o lo que es lo mismo, aun cuando se

encontrasen almacenados en su teléfono no podían haber sido leídos por los mismos lo que, como se expondrá posteriormente, determina que no se considere concluido el proceso comunicativo de modo que el derecho afectado es el derecho al secreto de las comunicaciones y no el derecho a la intimidad, necesitando de aquel de manera imperativa de mandamiento judicial que no existe hasta el día 8 de agosto de 2016. Del mismo modo el párrafo transcrito pareciera apuntar a que sí se hubiera realizado la investigación *prospectiva* que se pretende o que, en todo caso, la información que sirve de base a las averiguaciones habría sido ilícitamente obtenida de modo que habría de entrarse el posible vicio de los datos obtenidos conforme a la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

En relación a este último aspecto ha de señalarse que el Tribunal Constitucional, desde su primer pronunciamiento relevante en relación al valor de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales (la STC 114/1984, de 29 de noviembre, aun referida a un procedimiento de origen laboral y no penal) y siguiendo por otros muchos posteriores (107/1985, de 7 de octubre, 64/1986, de 21 de mayo, 303/1993, de 25 de octubre y 85/1994, de 14 de marzo), ha experimentado una evolución en la materia. Las primeras sentencias vienen estableciendo los criterios a seguir en este tipo de supuestos con una referencia implícita (no se cita expresamente hasta el auto del TC 155/1999) a la doctrina de los frutos del árbol envenenado si bien había sido calificada en alguna ocasión como doctrina de “efecto dominó”. Ahora bien la mera aplicación de dicha doctrina sin limitación alguna se consideró que producía efectos perversos de manera que se establecieron diversos límites a la misma (la excepción de prueba jurídicamente independiente recogida por la STC 86/1995, de 6 de junio; la excepción del descubrimiento inevitable expuesta por el TS en sentencia de 4 de julio de 1997 o la excepción del hallazgo casual a la que se refieren la STS de 21 de julio de 2000 o el auto del mismo Tribunal de 12 de junio de 2003).

Sea como fuere se llegó a la restricción derivada de la excepción de conexión de antijuridicidad (recogida por primera vez en la STC 81/1998, de 2 de abril). Conforme a esta excepción la prueba “refleja” esto es, prueba posterior a la obtenida con vulneración de derechos fundamentales y con la que mantiene conexidad natural con la misma (toda vez que en caso de no existir dicha conexidad no sería necesario acudir a esta excepción) cuando a la vista de los elementos en juego puede estimarse independiente la prueba posterior lícitamente obtenida y aportada al proceso. Los elementos a considerar serían los siguientes: 1.- La índole o importancia de la vulneración constitucional producida en la obtención de la prueba primera; 2.- la

relevancia del dato o datos conocidos a través de la prueba ilícita en la práctica de la posterior lícita; 3.- si existían otros elementos a través de los cuales cabe razonablemente pensarse que se hubiera llegado igualmente al conocimiento de aquello que llegó a saberse mediante la prueba ilícita; 4.- la actitud anímica de los causantes de la vulneración por cuanto el efecto disuasorio es uno de los fundamentos de la prohibición de la valoración de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

Pero no puede ignorarse que las manifestaciones reseñadas se contienen en un informe emitido por la Policía Foral, no la Policía Local de Pamplona y que esta no investiga más allá de los archivos realizados los días 6 y 7 de julio de 2016 y aquella no interviene hasta después de los autos judiciales habilitantes en los términos que se vienen indicando. Esto es, no se trata de valorar cuales pudieren ser las intenciones de los agentes policiales sino si la actuación de los mismos se sujetó a los límites fijados por la resolución judicial lo que, por lo que se viene indicando, se produce en este caso.

De ese modo se pronuncia desde un primer momento la propia Policía Foral de Navarra en el informe de fecha 03/10/2016 (f. 7 vto de esta causa y anterior a la antes transcrita) cuando dice, en alusión a los mencionados autos de 8 y 16 de agosto y 1 de septiembre de 2016 que *“La pericial interesada consiste en la realización de un estudio de los videos e imágenes, mediante el cotejo con el resto del material probatorio obrante en Autos o en dependencias policiales, singularmente el resto del material videográfico y fotográfico obtenido en la investigación, informando sobre la coincidencia que pudiera existir entre las personas grabadas en tales videos y los investigados D..... con detalle de las actuaciones concretas sobre la víctima Dña. que pudieren individualizarse mediante los referidos videos.”*. En esa misma diligencia y a continuación (f. 8 de la causa) dice que *“A la vista de los informes elaborados por la Policía Local de Pamplona citados en los apartados anteriores, se determinó necesario por parte de este equipo instructor realizar una exhaustiva y pormenorizada revisión del restante contenido de las extracciones telefónicas, por si hubiera más elementos de interés para la confección del estudio pericial”*, pero de dicha redacción, referida a informes centrados exclusivamente a lo acaecido los días 6 y 7 de julio en Pamplona, no puede sino considerarse como una expresión (ciertamente un tanto ambigua) de lo ya ordenado por los autos dictados por el Juzgado de Instrucción nº 4 de aquella Ciudad.

Del mismo modo otra de las ampliaciones del mencionado atestado de fecha

05/10/2016 (f. 211 y ss) en la que tras aludir al mandato contenido en los mencionados autos se dice que (f. 212) *“En cumplimiento de los AUTOS acordado por S.S^a. se realizó por parte de esta Unidad una recopilación y revisión de todo el material obrante en la causa, incluidas las extracciones previas de datos del terminal telefónico (Evidencia 1) marca IPHONE modelo 5, incautado al investigado D. Antonio Manuel G. E., efectuadas por la Policía Municipal de Pamplona. En esa misma ampliación del atestado se alude posteriormente (f. 212 vto) a que “Tras la exploración inicial, centrada en los archivos gráficos extraídos del terminal (Evidencia 1) incautado al investigado D. Antonio Manuel G. E., se localizaron dos archivos de video con números de referencia IMG 5846.MOV e IMG 5847.MOV...”*. En todo caso la posible contradicción entre una y otra redacción no puede sino solventarse atendiendo a la explicación dada por el responsable de la Unidad de Policía Judicial de la Policía Foral de Navarra y responsable máximo del equipo que lleva a cabo las averiguaciones quien, como se ha señalado, manifiesta que no realizan una búsqueda indiscriminada de cualesquiera actividades delictivas, similares o no a las llevadas a cabo en Pamplona, cometidas por los acusados sino que dan cumplimiento a lo acordado por el Juez Instructor en los autos tantas veces citados.

Alega igualmente la defensa de los acusados que los videos de los hechos acaecidos en Pamplona, con mención de las explicaciones dadas sobre su contenido por los funcionarios de la Policía Local de Pamplona que realizan el primer estudio de los mismos, son lo suficientemente claros, que no dejan espacio alguno a la duda de manera que ese estudio al que se hace referencia por los funcionarios de la Policía foral de Navarra era sencillamente innecesario. Hace en su informe referencia a la ya aludida tensión en el desarrollo de los interrogatorios y acusa a los agentes de la Policía Foral de Navarra de haber faltado de manera consciente a la verdad así como de abusar, por así decirlo, de la buena voluntad de las partes y de este juzgador. No se comparte dicha consideración, que evidentemente se toma como un legítimo ejercicio del derecho de defensa pero que se entiende, con los elementos de los que se dispone en esta causa, errónea y sin fundamento. No corresponde a este juzgador determinar si aquellos videos eran o no suficientemente claros por sí mismos o la necesidad de dicho estudio (más allá de la exigencia de que en el procedimiento sumario se lleve a cabo cualquier pericial por dos peritos) en tanto que la valoración allí realizada solo puede estudiarse de manera meramente indirecta por lo que afecta a los hechos objeto de enjuiciamiento en esta causa, así como difícilmente puede valorarse *lo suficientemente expresivo* de unos videos que no forman parte de esta causa. Pero nuevamente sorprende, aun desde esa interpretación no compartida del texto de las resoluciones, que sí hasta tres autos acuerdan la práctica de una diligencia cuya necesidad no

se comparte ninguna de las defensas formule la menor objeción en relación a dicho extremo. En todo caso, si como se dice los videos eran plenamente expresivos y suficientes por si mismos como, según la parte, había concluido la Policía Local ¿cuál fue la razón de solicitar el estudio en los términos planteados?.

También se pone en duda la necesidad de la precisión que los agentes de la Policía Foral indican de cual fuere, en relación a los hechos cometidos los días 6 y 7 de julio de 2016 en Pamplona en cuanto a que era el juez quien de manera directa podía apreciar dicha participación con el visionado de las imágenes. Desconoce este juzgador, más allá del texto de las resoluciones dictadas e insistiendo en el desconocimiento del contenido de aquel video, su calidad, la perspectiva, etc, cuales pudieran ser las causas por las que se acuerda la práctica de la pericial señalada, pero en todo caso ase insiste en la claridad, a criterio de quien suscribe, de dicho texto.

Se hace igualmente referencia por la defensa al hecho de que no puede creerse que el Juzgado de Instrucción de Pamplona dictase auto de manera verbal mandando seguir las investigaciones sin para ello siquiera dar traslado a las partes. Es incuestionable que el hecho de que pueda existir un canal de comunicación rápido y fluido entre el instructor y los agentes de Policía Judicial no suprime la necesidad de documentar las decisiones judiciales. Ahora bien, dicha posible irregularidad, incluso la inexistencia de dicha resolución por la ausencia de su dictado o la invalidez de la orden meramente verbal, no se considera que afecte a la validez de los videos como prueba desde el punto y hora que se está hablando de actuaciones posteriores a su hallazgo, no anteriores al mismo y que en ningún caso ha generado indefensión alguna.

Pues bien, a la vista de lo expuesto se considera que no se ha tratado de un procedimiento inquisitivo sino plenamente justificado en la existencia de una previa *notitia criminis* referida al hecho acaecido en Pamplona y es solo como consecuencia de diligencias precisas para seguir la averiguación de dicho hecho por lo que finalmente resultan encontrados los videos que dan lugar a esta causa.

2.- Del secreto de las comunicaciones.

Como se ha expresado el secreto de las comunicaciones es uno de los derechos a los que

se hace referencia por parte de la defensa del acusado en cuanto se sostiene que se ha vulnerado el mismo para la obtención de lo que ahora constituye la prueba de cargo contra sus defendidos.

Antes de entrar en el análisis de los posibles derechos que se dicen afectados, su alcance o los mecanismos legitimadores de cualquier clase de injerencia en los mismos debe de partirse de la incuestionabilidad de otra de las afirmaciones realizadas por la defensa de los acusados y que, como no puede ser de otro modo, es compartida no solo por las mismas acusaciones sino también por este juzgador, la de que el derecho penal, o mejor, el derecho procesal penal español, ampliamente superado el *“male captus, bene detentus”*, no busca simplemente la verdad material sino la verdad material *formalizada*. Aun acudiendo al derecho comparado ya en 1928 O.W. Holmes II expresó en el voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo Federal de EEUU al caso OLMSTEAD (citado por Rives Seva) que *“Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquellos y paguen por otros delitos, ni que sean delictivos los medios empleados para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la Justicia antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno.”*

En palabras de la STS nº 298/2015, de 8 de mayo, aun en relación al principio de legalidad *“El fin nunca justifica los medios”* o, como de manera más extensa determina el ATS de 11/06/1992 (ponente Excmo. Sr. Ruiz Vadillo):

“Una de las ideas fundamentales que es procedente destacar en la cabecera de las reflexiones jurídicas de esta resolución es que la verdad material o verdad histórica que, en principio, se pretende obtener en el proceso penal, frente a otro tipo de procesos que aceptan la verdad formal o aparental, sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidos en el Ordenamiento jurídico. Ello puede constituir una expresión tan elemental como innecesaria pero, acaso, resulte de importancia ponerla de relieve en este momento por lo que más adelante se dirá. No se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales, así la dignidad, la intimidad, etc, dentro de los parámetros fijados en la Ley.”

En la misma línea la STS nº 116/2017, de 23 de febrero (sentencia referida a la

utilización de datos de la conocida como “Lista Falciani”) expresa que:

“El poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de hechos ilícitos no puede valerse de atajos. El ejercicio de la función jurisdiccional sólo se ajusta al modelo constitucional cuando se asienta sobre los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías. Estos principios, a los que no falta una verdadera dimensión ética, actúan como una fuente de limitación de la actividad estatal. La vulneración de derechos del acusado, ya sea mediante un acto de carácter delictivo, ya mediante la vulneración de sus derechos y libertades fundamentales, abre una grieta en la estructura misma del proceso penal. Sus efectos contaminantes alcanzan a otros actos procesales conectados a la antijuridicidad originaria y que pueden resultar afectados en su aparente validez.”

Dicho lo anterior, por supuesto ninguna duda cabe en cuanto al carácter de derecho fundamental del derecho al secreto de las comunicaciones contenido en el art. 18 de la Constitución Española.

Tampoco existe debate en torno a que igualmente las aplicaciones de “mensajería instantánea” han de incluirse en el anterior derecho. Así la STEDH citada por el representante del Ministerio Fiscal, “Barbulescu contra Rumanía” de 5 de septiembre de 2017, aun cuando la defensa sostiene que nada tiene que ver con los hechos aquí enjuiciados, determina que *“Aplicando estos principios al presente asunto, el Tribunal señala, en primer lugar, que el tipo de mensajería instantánea en internet no es otra cosa que una forma de comunicación que forma parte del ejercicio de la intimidad social. Además la noción de correspondencia se aplica al envío y recepción de mensajes incluso desde el ordenador de la empresa (en aquel caso se trataba de un hecho producido en el desarrollo del trabajo). Discute la defensa la relación de esta sentencia, como igualmente lo hace con la STC 173/2011 y la STS de 14/10/2019, con los hechos producidos en esta causa pero no se trata en ninguno de los casos sólo de comparar supuestos de hecho sino de valorar los argumentos jurídicos que interpretan un precepto, en este caso el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

Ahora bien, aun partiendo de que el secreto de las comunicaciones abarca tanto al proceso comunicativo propiamente dicho como a otros datos como los intervinientes en dicho proceso, no puede ignorarse que viene siendo doctrina jurisprudencial uniforme actualmente la de considerar que cuando se trata de acceder al contenido de procesos comunicativos ya finalizados, esto es, al contenido que permanece como datos almacenados

en dispositivos informáticos o en los actuales Smartphone, una vez que estos ya han sido leídos por su destinatario, la jurisprudencia entiende que ya no puede hablarse propiamente de afectación del derecho al secreto de las comunicaciones sino del derecho a la intimidad. Y este dato es especialmente relevante en cuanto uno de los argumentos empleados por la defensa es la irrenunciabilidad del derecho al secreto de las comunicaciones a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la intimidad.

A este respecto se debe de transcribir, por su interés, lo que establece la ya citada sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 462/2019, de fecha 14/10/2019 (ponente Excmo. Sr. Llarena Conde) igualmente citada por el Ministerio Fiscal en sus argumentos, en la que se dice:

“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 principiar por la aclaración, ya reiterada en numerosas sentencia 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.

De manera similar la STC 170/2013, de 7 de octubre señala, tras aludir al derecho a la intimidad que: “Respecto a si la cobertura de este derecho fundamental se extiende al contenido de los mensajes electrónicos, en nuestra STC 173/2011, de 7 de noviembre, hemos puesto de manifiesto que el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal -entre otros datos sobre su vida y profesional- forma parte del ámbito de su intimidad constitucionalmente protegido; también el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado el derecho a

la intimidad personal en la medida que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado”.

Y en este caso, y aparte lo ya expuesto con anterioridad respecto de los mensajes recibidos por los acusados con posterioridad a su detención que se insiste no son el fundamento de la investigación y que no se emplean como argumento en contra de los acusados en esta resolución, ningún proceso comunicativo activo se intercepta. Siquiera en relación a los mensajes que a través de la aplicación WatshApp se dirigen los acusados en diversos grupos de los que forman parte remitidos en la fecha en la que se producen los hechos objeto de esta causa y que se consideran relevantes a los efectos que más adelante se indica, lo que se hace es acceder al contenido de los datos almacenados en los terminales telefónicos intervenidos a los acusados después de haber sido leídos, esto es, el derecho al que ha de hacerse referencia es el derecho a la intimidad. Todos esos mensajes son, evidentemente, muy anteriores no solo a la fecha en la que se realiza el estudio sino al momento en el que se incautan los terminales telefónicos, como la defensa pone de manera repetida de manifiesto en sus alegaciones, de modo que se cumplen los elementos para que considerar que la tutela del derecho de los acusados a mantener en el ámbito reservado el contenido de esos mensajes o de los videos grabados por los mismos habría de serlo, en todo caso, a través del derecho a la intimidad y no al secreto de las comunicaciones.

Es por ello por lo que se disiente de lo expresado por la defensa en su informe cuando pone en duda la validez de los ejemplos ofrecidos por el Ministerio Público. Así se entiende que no es comparable la situación de quien consiente la entrada en el domicilio, admitiendo que al otorgar el mismo pierde el derecho a la inviolabilidad del mismo con la entrega del teléfono móvil en tanto que no se pierde el secreto de las comunicaciones, pero lo cierto es que el derecho que podría verse afectado es el derecho a la intimidad respecto del que, como se indicará a continuación, la autotutela es un elemento determinante para entender que la injerencia vulnera o no dicho derecho.

3.- Del derecho a la intimidad.-

Como en el caso anterior y como punto de partida, ninguna duda cabe en torno al derecho a la intimidad que a cualquier ciudadano, y evidentemente también a los acusados en el presente procedimiento, corresponde conforme al ya citado art. 18 de la Constitución

Española. Este derecho implica la necesidad de respetar a cada persona un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC nº 170/2013, de 7 de octubre citada en el apartado anterior). Dicha sentencia sigue expresando que *“A fin de preservar ese espacio reservado, este derecho confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda información en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”*.

Dice la STC nº 173/2011, de 7 de noviembre, a la que se hace referencia en numerosas ocasiones en el plenario, que:

“Según hemos venido manifestando el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4; y 159/2009, de 29 de junio, FJ 3). De forma que lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido en ese espacio (SSTC 123/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5). Del precepto constitucional citado se deduce que el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2)”.

Por su parte el TEDH en la ya citada sentencia *“Barbulescu contra Rumanía”* de fecha 5 de septiembre de 2017 determina que *“En esta fase de su examen, el Tribunal considera útil recordar que la noción de vida privada es un concepto amplio que no se presta a una definición exhaustiva (Sidabras y Dziautas contra Lituania). El artículo 8 del Convenio protege el enriquecimiento personal (KA y AD contra Bélgica, de 17 de febrero de 2005), ya sea en forma de desarrollo personal (Christine Goodwin contra Reino Unido) o de autonomía personal, que refleja un importante principio subyacente en la interpretación de las garantías del artículo 8 (Pretty contra Reino Unido). El Tribunal reconoce que toda*

persona tiene derecho a un vida privada, lejos de la injerencia no deseada de otros (Smirnova contra Rusia). También considera que sería demasiado restrictivo limitar la noción de vida privada a un círculo íntimo en el que cada uno pueda vivir su vida personal como quiera y excluir completamente al mundo exterior de ese círculo (Niemiets contra Alemania).”.

Cobra en relación a este derecho especial relevancia el deber de autotutela en tanto que es el propio titular del derecho quien puede o no establecer límites al acceso a la información. No quiere con ello decirse que el régimen general sea el de que puede accederse a la información perteneciente al individuo salvo limitación por su parte, por cuanto ha de ser justamente al revés, el derecho a la no intromisión es la base (la expectativa razonable de cualquier persona a no ser observado o escuchado por terceras personas como sostiene la STC 12/2012, de 30 de enero) y la posibilidad de acceso consentido la excepción, pero en todo caso cabe la autorización.

Así por ejemplo cualquier persona tiene derecho a desarrollar su vida en el propio domicilio y en el mismo, ámbito de la intimidad por excelencia (aun no el único), hacerlo como considere oportuno, apartando del conocimiento de personas ajenas esa vida íntima. Ahora bien, si cualquiera de nosotros decide abrir las puertas de su casa a un tercero podrá, hasta el grado que considere adecuado, *renunciar* a ese derecho a preservar la propia intimidad pero, lo que no resultaría válido es posteriormente cuando quien haya accedido con nuestra autorización y a las estancias a las que se le ha permitido, el tercero pueda haber conocido algún concreto dato visible en las mismas, plantear que dicho conocimiento vulnera su derecho a la intimidad y resulta por tanto irregular.

En todo caso, como se pone de relieve por la representación del Ministerio Público y como ya ha quedado apuntado en la citada STS 462/2019, de 14 de octubre, realmente nos encontramos ante un nuevo derecho fundamental de última generación, el derecho al *entorno virtual*. Ya se ha expresado con anterioridad que los diversos de los posibles usos y contenidos de un ordenador o dispositivo Smartphone, que al fin y a la postre vienen a ser mecanismos similares en cuanto a usos potencialmente posibles y capacidad de almacenamiento de datos. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Secc. 2ª) de 15/01/2019, en relación al acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado, con referencia al contenido del art. 588 sexies b de la LECr, afirma, en relación a la autorización judicial a la que se refiere el precepto, que: *“La razón de ser de la necesidad de esta autorización con carácter generalizado es la*

consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de un modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones a través de sistemas de mensajería, por ejemplo, tuteladas por el art. 18.3 de la CE, contactos o fotografías, por ejemplo tuteladas por el art. 18.1 CE que garantiza el derecho a la intimidad, datos personales y de geolocalización, que pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos, art. 18.4 CE). La consideración de cada uno de estos datos de forma separada y con un régimen de protección diferenciado es insuficiente para garantizar una protección eficaz, pues resulta muy difícil asegurar que una vez permitido, por ejemplo, el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (por ejemplo los contactos incluidos en la agenda), no se pueda acceder o consultar también otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. Es por ello por lo que el legislador otorga un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación que es el derecho a la protección del entorno virtual”.

En línea con este *nuevo ámbito* en el que se pueden desarrollar los derechos individuales y la necesidad de su protección, como se encarga de resaltar la citada STC nº 173/2011, de 7 de noviembre, se pueden encontrar normas a nivel europeo, por supuesto y en primer término el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y otras como el Convenio 108 del Consejo de Europa sobre protección de los datos informatizados de carácter personal (1981), vinculante para nuestro país, las recomendaciones del Comité de Ministros que lo desarrollan, en particular, la recomendación sobre datos personales utilizados en el sector policial (1987) y la recomendación sobre privacidad en internet (1999), la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas o las resoluciones del Parlamento Europeo de 17 de septiembre de 1996 y de 17 de diciembre de 1998, ambas sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea. También la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea determina en su art. 7 que *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”*. Las normas citadas vienen, cada una en su correspondiente ámbito funcional correspondiente, a resaltar la necesidad de garantizar el respeto respetar determinados derechos fundamentales (intimidad, secreto de las comunicaciones...) en un mundo tecnológicamente en permanente evolución y en el que a las posibilidades que ofrecen los nuevos mecanismos de comunicarse o de almacenar

información, han de sumarse los riesgos derivados de los mismos factores.

Pues bien, cualquier intromisión o injerencia en el derecho ha de contar necesariamente bien con la autorización y consentimiento del titular del derecho que, como se viene señalando, es quien dentro de unos márgenes viene a delimitar el alcance en cada caso del mismo, bien de autorización judicial o, finalmente y aun de manera meramente residual al limitarse a supuestos de necesidad urgente, por actuación de los cuerpos policiales en la realización de sus tareas de persecución y prevención de los delitos.

Como quiera que en este caso, partiendo de que ninguna duda cabe de que el acceso al contenido de los terminales telefónicos de los que los acusados son titulares afecta al derecho a la intimidad o, si se prefiere, al derecho a un entorno virtual, y que la base de los argumentos de las acusaciones es de la de que la intromisión es lícita por haber sido consentida, es del consentimiento del titular del derecho de lo que debe de comenzarse hablando. A este respecto la tantas veces citada STC nº 173/2011, de 7 de noviembre ya indica que *“De lo expuesto, parece desprenderse que cualquier injerencia en el contenido de un ordenador personal (y consecuentemente ha de entenderse que también en un Smartphone) – ya sea por vía de acceso remoto a través de medios técnicos, ya, como en el presente caso, por vía manual- deberá venir legitimada en principio por el consentimiento de su titular, o bien por la concurrencia de los presupuestos habilitantes antes citados”*.

Continúa más adelante la misma resolución diciendo *“...corresponde a cada persona acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, por lo que el consentimiento del titular del derecho fundamental legitimará la intromisión en el ámbito de la intimidad e impedirá, por tanto, considerarse vulnerado. En lo relativo a la forma de este consentimiento hemos puesto de relieve que puede manifestarse de forma expresa, prestándose entonces verbalmente, o bien tácita.”*.

Es cierto que esta sentencia, que acuerda desestimar la demanda de amparo, viene seguida por otra del TEDH, la sentencia “Trabajo Rueda contra España” de 30 de mayo de 2017 derivada del recurso interpuesto contra la anterior, en la que el garante del Convenio Europeo de Derechos Humanos declara que ha existido una violación del art. 8.1 del mismo pero lo cierto es que la sentencia acabada de citar no ofrece una diferente interpretación en cuanto a la validez del consentimiento del titular del derecho como instrumento legitimador de la injerencia sino que se sustenta en el entendimiento de que la actuación policial no vino adecuadamente justificada por razones de urgencia por lo que al no existir consentimiento

para la actuación de los agentes de la autoridad (exclusivamente se había autorizado a un particular para reparar un elemento del ordenador) había de acudir al régimen de la autorización judicial habilitante. En relación a esta sentencia acabada de citar, y aun disintiendo del núcleo del fundamento que lleva al juez Dedov a formular un voto particular discrepante a dicha resolución, no puede sino llamar la atención el riesgo al que por el mismo se alude con la expresión con la que finaliza dicho voto particular, “*Fiat justitia et pereat mundus*”.

También, como se ha dicho anteriormente al mencionar la sentencia del TEDH Barbulescu contra Rumanía, se pone en duda la relación que dicha resolución puede tener con lo sucedido en el presente caso. Y no se trata solo como se dice en el caso anterior de la aplicabilidad de los criterios jurídicos que en la misma se contienen sino de que ya el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”.

Del mismo modo la STS nº 97/2015, de 24 de febrero tras delimitar el contenido del derecho a la intimidad afirma que “*No obstante lo anterior, hemos afirmado que el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 y 196/2006, de 3 de julio, FJ 5), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3). Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la perpetración en el ámbito propio y reservado del sujeto, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).*

En cuanto a los *requisitos* del consentimiento del titular del derecho la STC nº 54/2015, de 16 de marzo tras insistir en la capacidad legitimadora del mismo en relación a la actuación injerente en los derechos fundamentales e incidiendo nuevamente en la posibilidad de que sea otorgado de manera expresa o tácita (p. ej. La mera falta de oposición en el acceso al domicilio) determina, como presupuesto necesario para su eficacia “...*el de la*

garantía formal de la información expresa y previa, que debe de incluir los términos y alcance de la actuación para la que se recaba la actuación injerente. Así, en el ámbito del derecho a la intimidad, hemos apreciado la vulneración de la garantía en los casos en que la actuación no se ajusta a los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la actuación que se realiza y el objetivo tolerado para el que fue recabado el consentimiento (en este sentido SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 8 y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

En el mismo sentido que la resolución acabada de mencionar la STC 135/2014, de 8 de septiembre dispone que *“Este consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, aunque debe tenerse en cuenta que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito de lo propio y reservado del sujeto aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).* Incide igualmente esta resolución, con cita de la STC nº 37/2011, de 27 de marzo, en la necesidad de que se trate de un consentimiento informado.

Por lo que al alcance del consentimiento se refiere, la STS nº 786/2015, de 4 de diciembre que después de transcribir parte de lo argumentado en la citada STC 173/2011, de 7 de noviembre en cuanto a la delimitación del ámbito de la intimidad por parte de su titular, a la eficacia del consentimiento y a la posibilidad de revocar el mismo en cualquier momento, determina que *“En suma, la concurrencia del consentimiento del titular del ordenador excluyó la vulneración de alcance constitucional que reivindica la defensa del recurrente.”*. Esta sentencia, tras aludir a la diversidad y diferente rango constitucional de los derechos a los que pudiere afectar el acceso a los datos contenidos en un ordenador (y consecuentemente a un smartphone) se reitera la consideración de que una vez concluido el ciclo de comunicación el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito de la intimidad.

No puede pasarse por alto el hecho de que el consentimiento prestado lo es contando todos los acusados de la pertinente asistencia de letrado e informados de los derechos que como detenidos e investigados en un procedimiento les correspondían, hasta el punto de que, por ejemplo, hacen todos ellos uso del derecho a no declarar. Cobra igualmente relevancia el hecho de que los mismos tuvieron la oportunidad si así lo quisieron incluso de entrevistarse

privadamente con sus defensas. De ese modo el consentimiento prestado no solo fue incondicionado sino previamente informados de cuantos extremos pudieron plantearse de cara a dicha prestación por quienes en aquel preciso instante tenían la función de defender sus intereses.

Lamenta el letrado de la acusación particular en su informe el hecho de que los acusados se acogieran a su derecho a no declarar ya que le hubiera gustado interrogar a los mismos en relación al consentimiento prestado para acceder a sus teléfonos e invoca (con cita de la STS 745/2008, de 25 de noviembre), aun sin nombrarla expresamente, a la llamada "Doctrina Murray" si expresamente mencionada por la defensa en referencia a esta alegación. A este respecto la STS de 25 de julio de 2013 manifiesta:

"... la posibilidad de tomar en consideración, el silencio, o las falsas declaraciones de los acusados, es admitida en la Sentencia del TEDH de 8 de febrero de 1996 (caso Murray contra el Reino Unido) que establece que si bien el silencio no puede ser considerado en sí mismo como un indicio de culpabilidad, cuando los cargos de la acusación- corroborados por una sólida base probatoria- estén suficientemente acreditados, el Tribunal puede valorar la actitud silenciosa del acusado, señalando que " El Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste opte por guardar silencio. Es solamente cuando las pruebas de cargo requieren una explicación, que el acusado debería ser capaz de dar, cuando la ausencia de explicación puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable".

En el mismo sentido cabe citar la STS de 12 de febrero de 2010 o de 10 de diciembre de 2008 y la STC 155/2002, de 22 de julio que igualmente acoge la mencionada doctrina como conforme con la Constitución Española. Pues bien, se comparten en este punto en parte los argumentos esgrimidos en su informe por la defensa, por cuanto aun entendiendo de que el silencio del acusado sí puede ser valorado en su contra, tenido como indicio de su culpabilidad en determinadas circunstancias (más allá del intenso debate sobre si eso supone anudar consecuencias negativas a lo que no pasa de ser el ejercicio de un derecho) , se entiende que en este caso ese silencio frente a las posibles cuestiones referidas al alcance de su consentimiento no pueden ser valorados como indicio de culpabilidad, en tanto que no se trata de cuestiones relacionadas con la culpabilidad sino

con el establecimiento de límites en la injerencia en su derecho a la intimidad a lo que ya se ha hecho referencia.

Se plantea por la defensa el hecho de que cuando sus defendidos se encuentran tanto en las dependencias de la Policía Local de Pamplona como en el Juzgado de Instrucción de dicha Ciudad y, en ambos lugares, prestan su consentimiento tanto expreso como tácito al facilitar las claves para acceder al contenido de los mismos, lo hacen con la exclusiva intención de que se pueda comprobar lo acaecido en aquella Capital pero en ningún caso con la voluntad o intención de que los agentes utilizaran dicha autorización para revisar la totalidad del contenido de dichos terminales. Ciertamente cuando los acusados realizan tal acción es *inmediatamente después* de haber sido informados de los hechos que en *aquel* procedimiento se les imputaban, a saber, una agresión sexual cometida en la Ciudad de Pamplona pero lo cierto es que de cara a la comprobación o revisión del contenido de sus teléfonos ni realizan ninguna precisión (por ejemplo si lo que ellos pretendían inicialmente es que los funcionarios policiales o la autoridad judicial accedieran a las grabaciones de esa concreta noche hubiera bastado con expresar que se autorizaba en esos estrictos términos) en cuanto a la fecha, a la carpeta o carpetas a las que se autoriza a acceder, las aplicaciones cuyo contenido se consiente sea consultado, etc, esto es, la autorización no expresa la menor limitación de ninguna clase. Es más, como se ha ido indicando se van realizando menciones de que el contenido de los terminales, total o parcialmente o lo que es lo mismo, en referencia al clonado de la totalidad de los teléfonos o de los videos inicialmente encontrados por los funcionarios de la Policía Local, quedan unidos a la causa sin que ni los acusados ni sus defensas formulen la menor objeción en cuanto a que puedan existir datos ajenos a los hechos objeto de enjuiciamiento y que, por eso mismo, hayan de ser sacados de la causa por su ausencia de relación con la misma.

En relación a este aspecto la ya citada STS nº 864/2015, de 10 de diciembre (ponente Excmo. Sr. Del Moral García) en relación a un supuesto en el que el titular del derecho con la debida asistencia letrada no solo autoriza a la entrada en el domicilio sino a la recogida del material informático, recogiendo lo expresado en la sentencia recurrida (dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona) razonamientos que el Alto Tribunal hace suyos, manifiesta *“Todo ello nos lleva a considerar que efectivamente por parte del acusado Gonzalo, se ha consentido el acceso a la información almacenada en los diversos elementos informáticos, entendiéndose tanto los propios ordenadores, como por otra parte el teléfono móvil Sony Xperia puesto que el mismo no tan solo tiene la utilidad de realizar y recibir llamadas telefónicas sino también el recibir o enviar mensajería telemática, y tras ser leída*

poder almacenarla en el mismo, así pues, cuando da su consentimiento a la recogida de los que hemos referido, elementos informáticos, está autorizando a que se acceda a toda la información que en los mismos se encuentra y por lo tanto no consideramos que se produzca vulneración alguna a su derecho a la intimidad.

Ciertamente la jurisprudencia constitucional considera que se supera el límite de lo permisible cuando la injerencia *subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida* (SSTC ya citadas 54/2015 y 135/2014) pero lo cierto es que no se considera que suceda así en este caso. En primer término como se ha indicado, y tras otorgarse el consentimiento los funcionarios de la Policía Local de Pamplona llevan a cabo un estudio en los términos antes expresados y que se limita a archivos creados, manipulados o a los que se hubiere accedido en las fechas a que se refiere la conducta ilícita realizada en aquella Ciudad, o lo que es lo mismo, no se apartaron ni un ápice de los límites a los que, según la defensa de los acusados, se refería la autorización. Con posterioridad al 8 de agosto como igualmente se indica, no solo se mantiene en tanto que no se había revocado el consentimiento inicial sino que se cuenta con la autorización judicial que, aun en referencia a diversos archivos de video se van dando por autos del Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona de 8 y 16 de agosto de 2016 y 1 de septiembre del mismo año.

Como se ha destacado dichos autos, en los que expresamente se hace referencia a la necesidad de cotejo con todo el resto del material existente, no es expresamente impugnado ni produce ninguna clase de reacción en los acusados en el sentido de revocar, limitar, modificar o precisar el tan reiterado consentimiento.

Volviendo puntualmente al valor de dichos autos se considera que aun en el caso de que se quisiera entender que el consentimiento prestado no justifica la actuación policial, se insiste en lo ya dicho en torno a que de no entender válido más allá de esas primeras averiguaciones realizadas por la Policía Local el mencionado consentimiento la actuación vendría legitimada por los autos de 08/08/2016, 16/08/2016 y 01/08/2016. Ya se ha hecho referencia al contenido de la parte dispositiva de los mismos y a las razones por las que se considera que validan una actuación consistente en revisar documentos de video y fotografías realizadas en momento anterior a los hechos que dan lugar a la investigación en la que se acuerdan de modo que ha de estarse a lo allí expresado. En este punto, y en cuanto a que la validez como instrumento legitimador de la injerencia así lo exige, ha de ser el

valorar si las aludidas resoluciones son correctas o si, como pretende la defensa, no se cumplen los criterios de necesidad y proporcionalidad, así como si, como igualmente se argumenta, si no se cumple en necesario control judicial de la medida injerente.

No es preciso, por pacífico, el mencionar las innumerables resoluciones de nuestro Tribunal Supremo y Constitucional en el sentido de exigir que las resoluciones judiciales que acuerden la adopción de cualesquiera medidas o la realización de diligencias que pudieren afectar a derechos fundamentales sean necesarias, idóneas, proporcionales y, finalmente, la autorización judicial conlleve alguna clase de control respecto del adecuado cumplimiento de lo acordado. En este caso se entiende que concurren la totalidad de los elementos. En primer término, en cuanto a la necesidad, sin perjuicio de la posible responsabilidad de uno de los autores por los hechos cometidos por el resto cuando los mismos se encuentran dentro del plan aceptado expresa o tácitamente, parece razonable que se pretenda individualizar al detalle la actuación de cada uno de los mismos en tanto que pudiere no tener la misma entidad la actuación de unos u otros en los hechos lo cual pudiere tener relevancia desde la misma subsunción de la conducta hasta la penalidad de la misma. En esos términos la necesidad parece incuestionable en tanto que no se plantea medida menos invasiva para averiguar, como anteriormente se dijo, a quien corresponda una determinada parte del cuerpo que pudiere aparecer en primer plano y por eso mismo a quien atribuirle una u otra concreta acción. De ese modo se considera que lo acordado perseguía un fin constitucionalmente legítimo como fue la averiguación de las circunstancias un delito grave, y se valoraron adecuadamente los criterios de necesidad (STS nº 599/2019, de 3 de diciembre, ponente Excmo. Sr. Magro Servet).

En cuanto a la proporcionalidad no puede ignorarse que se acuerda en un procedimiento seguido por un delito de agresión sexual que incluso terminó con la imposición de penas muy elevadas de modo que no cabe duda que se ha de entender adecuado en relación a dicho principio el estudio acordado en los citados autos.

Por último, y en lo que se refiere a la ausencia de control judicial no alcanza a entenderse la razón de ser del argumento. Lo que se encomienda a los agentes es un informe técnico que, en principio, supone la necesidad de requerir a los agentes encargados del mismo para que estos, una vez finalizado lo entreguen. En esos términos no cabe sino el establecimiento de los términos de realización de lo solicitado y el control a posteriori una vez finalizado o, como se expresa por los funcionarios policiales, que los agentes ante una eventualidad no esperada como es la localización de estos otros videos, dieran cuenta al instructor de dicho

hallazgo. Esto es, no se trata, como en otras medidas que suponen una injerencia en derechos fundamentales (p. ej. una intervención telefónica) el desarrollo de una actividad que se prolonga en el tiempo de manera que ha de supervisarse la necesidad de la medida no solo en el momento de su adopción sino que ha de mantenerse un control periódico de los resultados, ha de comprobarse que la injerencia se lleva a cabo conforme a los límites o fines impuestos y que resulta útil en los términos que inicialmente se planteaban, se trata de una actuación sobre un material al que, se insiste aun riesgo de resultar reiterativos, sus titulares habían autorizado el acceso y como mayor garantía de la necesidad de realización de las tareas que se encomiendan (realizándolo a través de auto, con referencia a los preceptos de la LECr que regulan el acceso y tratamiento a los datos contenidos en esta clase de dispositivos y con las valoraciones que el instructor consideró procedentes) y que es fácil de observar que se realiza en los términos marcados en los autos dictados en los que, como ha quedado apuntado, no se establece la limitación temporal que se pretende.

Es incuestionable que los videos cuya validez se pone en tela de juicio no guardan relación con los hechos que resultan objeto de la causa abierta en Pamplona. Pero partiendo de que es el auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona el que exige de los funcionarios que se comprueben el resto de fotos y videos (a los efectos del tan reiterado cotejo con las correspondientes a los hechos de aquella causa), no cabe sino la visualización de todo el contenido para dar cumplimiento a lo anterior y con ocasión de ese cumplimiento de lo ordenado cuando los funcionarios de la Policía Foral de Navarra encuentran estos otros videos. Aun compartiendo lo expresado por el representante del Ministerio Fiscal en torno a que la validez y eficacia del consentimiento de los acusados determina la innecesariedad de acudir a la doctrina elaborada en torno a los llamados hallazgos casuales que se refiere a supuestos de una previa autorización judicial validante, debe de hacerse referencia a ello en tanto se pueda plantear alguna clase de límite a la autorización prestada. Dicha doctrina, elaborada en su mayor parte en torno a hechos en los que acordada la entrada y registro en un domicilio con el fin de encontrar indicios respecto de un concreto hecho delictivo que se investiga, en el desarrollo de la diligencia los funcionarios se encuentran con elementos referidos a otro delito diferente de aquel que la determina, viene a poner de relieve el hecho de que no puede pretenderse que los agentes *cierren los ojos* ante esos descubrimientos no buscados. Ya la citada STC 41/1998, de 24 de febrero manifestó que “...la instrucción en cuyo seno fue adoptado el auto judicial de entrada y registro nacido de una notitia criminis procedente de un sumario distinto, y a raíz de una conversación telefónica interceptada al indagar otro delito, como era el de tráfico de drogas, no conlleva su invalidez. Que se están investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros hechos

delictivos distintos, que sean descubiertos por casualidad al investigar aquellos. Los funcionarios de policía tienen siempre el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuvieren conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueren necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 de la LECr y ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 07/06/1993, 15/07/1993, 28/04/1995 y 04/10/1996).

Del mismo modo la STS nº 158/2019, de 26 de marzo (ponente Excmo. Sr. Colmenero Menéndez de Luarca) recogiendo la doctrina de la resolución acabada de citar así como de la STC 104/2006, de 3 de abril y de las SSTS 747/2017, 400/2017, de 1 de junio, nº 71/2016, 717/2016, 991/2016, 499/2014, 425/2014, 157/2014, 468/2012 o 777/2012 en cuanto a la validez de la utilización de los datos obtenidos casualmente sobre un nuevo delito en el curso de una investigación sobre otros hechos se incide en la posibilidad de dicha utilización siempre que el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclarecimiento de ese nuevo delito.

De manera clara la STS nº 126/2019, de 10 de enero (ponente el Excmo. Sr. Sánchez Melgar), con cita de la del mismo Tribunal nº 423/2016, de 18 de mayo, afirma que: *“La Constitución no exige en modo alguno que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que esta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (SSTC 41/1998, de 24 de febrero). Del mismo modo, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquellos, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los artículos 259 y 284 LECrim .”*

En este caso señala el agente responsable del equipo investigador de la Policía Foral que tras el hallazgo de los videos se pone el hecho inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial y que el instructor de aquella causa les indica que procedan a realizar las diligencias necesarias para la averiguación de la identidad de la víctima. Es incuestionable que al hallazgo y comunicación no sigue ninguna clase de auto habilitante para la realización de cualesquiera otras actuaciones que, ya con conocimiento de esos hechos y atendido el

principio de especialidad, pudieren suponer nuevas injerencias en el derecho a la intimidad o cualquier otro derecho fundamental, pero lo cierto es que ninguna otra actuación de esa naturaleza se realiza desde el hallazgo de los videos que requiera de expresa autorización judicial por afectar a derechos fundamentales. No puede obviarse que se trata de dos videos de apenas unos segundos (no llegan siquiera al minuto) de manera que el *hallazgo* agota lo que es la investigación necesaria en cuanto a la necesidad de injerencia en dichos derechos. Evidentemente no es precisa autorización judicial para realizar gestiones tendentes a la localización de la víctima del delito que aquí se enjuicia en tanto que ningún derecho fundamental de los acusados se afecta con dicha tarea como tampoco lo hace el hecho de acudir a Córdoba para recabar la denuncia de la misma. Podrá plantearse que cualquier actuación que se realice, de la índole que sea, encaminada a la imputación de un hecho presuntamente delictivo a una o varias personas puede afectar a su legítimo derecho a la defensa que evidentemente goza de relevancia constitucional, pero no se pone de manifiesto cual sería la concreta indefensión que se hubiere podido producir por no tener en aquel preciso instante las defensas de los acusados pleno conocimiento de que funcionarios de la Policía Foral de Navarra realizaban dichas tareas.

También la jurisprudencia del TEDH se ha mostrado favorable a la admisibilidad de la utilización de pruebas obtenidas de modo casual (sentencia Teixeira de Castro contra Portugal, de 9 de junio de 1998).

Considera la defensa de los acusados que en cualquier caso no existe ninguna relación entre los hechos investigados en Pamplona y los que resultan objeto de esta causa poniendo como ejemplo que sí permitiría la valoración del hallazgo el caso en el que al intervenir un vehículo apareciese una importante cantidad de droga. Ahora bien, no se trata de que en este caso se *busque* con el argumento de investigar unos hechos elementos absolutamente ajenos y extraños sino que, como se viene diciendo, lo que se hace es acudir a la totalidad del material gráfico con el que se cuenta para poder determinar con precisión las conductas del hecho objeto de enjuiciamiento en aquella causa.

Finalmente cabría incluso invocar lo que se ha dado en llamar la buena fe de los agentes intervinientes. A este respecto, el detallado voto particular que el Excmo. Sr. Fernández Urzainqui emite en relación a la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Secc. 1ª) de fecha 02/07/2019 manifiesta, con cita también de la STC 22/2003, de 10 de febrero que: “*Siguiendo cierta corriente jurisprudencial norteamericana se ha sostenido, como pone de relieve la STS 489/2018, de*

23 de octubre, que no sería ilícita a estos efectos la acción, ni por tanto la prueba, cuando se ha actuado de buena fe, con la convicción de que la conducta se ajustaba al ordenamiento y sin indiligencia, indiferencia o desidia reprobables.”. En este caso como se ha dicho, aunque quisiera limitarse el valor del consentimiento de los acusados del modo propuesto por su defensa, lo que por lo ya expuesto no se comparte, o se entendiera que los autos judiciales a los que se viene haciendo mención no habilitan el hallazgo resultaría en todo caso incuestionable la buena fe de quienes se limitan a realizar la tarea para la que les ha requerido por la autoridad judicial y en los estrictos términos del mandato recibido.

Ya se mencionó a la hora de referir las alegaciones de las partes en cuanto a la validez de los videos que la defensa de los acusados llega a señalar de manera muy expresiva que el hecho de que después del hallazgo de las grabaciones de Pozoblanco, las primeras investigaciones se ordenaran por el Titular del Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona de viene a ser el fruto situar esta localidad en algún punto entre “Estella y Tafalla”. Más allá de la ironía de la expresión, es evidente que Pozoblanco se encuentra donde se encuentra, a varios cientos de kilómetros del partido judicial de Pamplona y que el último párrafo del art. 15 de la LECr determina que *“Tan luego como conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, el Juez o Tribunal que estuviere conociendo de la causa acordará la inhibición en favor del competente, poniendo en su caso los detenidos a disposición del mismo y acordando remitir, en la misma resolución las diligencias y efectos ocupados”.* En este caso aparece al folio 14 de la causa, en el informe pericial de la Policía Foral de Navarra que las grabaciones se realizan entre los puntos kilométricos 22 y 23 de la carretera A435 de Espiel a Torrecampo (Córdoba) en el caso del video IMG 5846.MOV y un punto próximo al kilómetro 22 de dicha carretera el IMG 5847.MOV de manera que pocas dudas existen en torno al lugar en el que el hecho se produce por cuanto además de ello aparece como (f. 15 vto) el lugar en el que se realiza la grabación es de paso necesario para ir desde Torrecampo hasta Pozoblanco. Ahora bien, de una parte ha de tenerse en consideración que hasta tanto no constase la denuncia de la víctima o querrela del Ministerio Fiscal, para la posible tramitación de la causa faltaba un requisito de perseguibilidad conforme a lo dispuesto por el art. 191 del Código Penal y por lo que se expondrá posteriormente de no haberse dado noticia del hallazgo a la misma por parte de los funcionarios de la Policía Foral de Navarra esta denuncia no hubiera sido siquiera posible. En todo caso, aun cuando se quisiera entender que la actuación consistente en la localización de la víctima (acordada en fecha 26/09/2016 como se expresa al folio 8 vto) y la puesta de manifiesto del hallazgo e información de su derecho a denunciar por parte del Juzgado de Instrucción de Pamplona supone una violación del mencionado art. 15 de la LECr ha de señalarse que el Tribunal

Constitucional ha tenido la ocasión de expresar que no toda posible infracción de normas procesales determinan una vulneración de derechos generadores de la nulidad que se pretende. De ese modo la STC 87/2001, de 2 de abril, manifiesta que *“Ninguna de estas específicas alegaciones conduce a la estimación de la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, pues, desde la perspectiva constitucional no se observa ninguna irregularidad procesal con relevancia constitucional, ya que, como tiene declarado este Tribunal (entre otras muchas SSTC 161/1985, de 29 de noviembre, FJ 5; 48/19896, de 23 de abril, FJ 1; 32/1994, de 31 de enero, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 27; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 97/2000, de 18 de mayo, FJ 3; 228/2000, de 2 de octubre, FJ 1) las infracciones de las normas o reglas procesales solo constituyen una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías sin con ellas se ocasiona una merma relevante de las posibilidades de defensa”*.

En resumen, ni se considera que se halla llevado a cabo una investigación general sobre la totalidad de los aspectos de la vida de los acusados sino una investigación de un hecho concreto y preciso en el seno de la cual han aparecido elementos referidos a otro hecho diferente cometido por cuatro de los cinco que en aquel procedimiento aparecían como encausados, ni se entiende que se hayan vulnerado los derechos al secreto de las comunicaciones ni a la intimidad razón por la que se considera que la prueba videográfica, así como los mensajes de WatshApp igualmente aportados, es plenamente lícita no procediendo la declaración de nulidad pretendida.

SEGUNDO.- Dicho lo anterior ha de hacerse referencia a los tipos delictivos por los que se solicita la condena de los acusados, esto es, de una parte y por lo que se refiere a la conducta desarrollada por los mismos en el interior del vehículo en cuanto a los tocamientos de la Sra. XXX, el posible delito de agresión sexual conforme a la calificación propuesta por la acusación popular o el de abuso sexual planteado por las otras dos acusaciones, así como un delito contra la intimidad por la obtención y difusión de los videos a los que se ha hecho referencia y en los que pueden observarse tocamientos de los acusados hacia la víctima así como un delito de maltrato de obra.

Debe de adelantarse que se considera que los hechos que se declaran probados son constitutivos de delitos de abuso sexual, no agresión sexual como se solicita por la acusación popular, siquiera en relación a uno de los acusados, ni de vejaciones como argumenta la defensa, contra la intimidad y de maltrato de obra.

1.- Del atentado contra la libertad sexual de la víctima.

En primer término señalar que sin perjuicio del intenso debate político y social que pueda existir respecto del modo más adecuado de regular conforme a la realidad social actual los delitos que castigan conductas que atenten contra la libertad o la indemnidad sexual de las personas en general y de las mujeres en particular, el análisis que corresponde realizar a este juzgador es estrictamente jurídico, no político, y dentro de ese campo es un análisis de *lege data* y no de *lege ferenda*. En esos términos ha de estarse a la redacción de los tipos en el momento de producirse los hechos (que se mantiene vigente a la fecha de dictarse la presente resolución) y conforme a la interpretación que la doctrina jurisprudencial viene haciendo de los mismos.

Se realizan por el letrado defensor al inicio de su informe una serie de alegaciones en torno a la presión social de unos u otros colectivos o al hecho de que lo ocurrido en la Sala de Vistas está o no apartado de la sociedad. En relación a esa circunstancia indicar que la presente resolución no se dicta ni *a favor* ni *en contra* de nada ni de nadie sino que se limita a dar cumplimiento a un deber jurídico que a este juzgador corresponde. Evidentemente los jueces son personas que desarrollan su vida en el seno de la sociedad a la que sirven pero con exclusivo sometimiento al imperio de la Ley como determina el art. 117.1 de la Constitución Española y el art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Siguiendo con la calificación jurídica del delito contra la libertad sexual, se trata en el abuso de un delito contra la libertad sexual realizado sin mediar violencia ni intimidación pero, evidentemente, sin contar con el consentimiento de la víctima. Como señalan Morales Prats y García Alberó en relación a la libertad sexual, es un objeto jurídico de protección que se inserta en la esfera de la libertad personal, cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual, como valor de una sociedad pluralista y tolerante.

A este respecto, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Alava (Secc. 2ª) de 18 de noviembre de 2014 "*El Derecho Penal trata de asegurar que las personas ejerzan su actividad sexual en libertad. Por ello, adquieren relevancia típica los comportamientos que involucran a una persona en un contexto sexual no voluntario, en la medida que*

menoscaban la libertad sexual -identificada con la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual - o la indemnidad sexual -ceñida a la tutela de la potencialidad de desarrollo de una actividad sexual en libertad.

El delito que se considera cometido, por los argumentos que se irán exponiendo, es el de abuso sexual contenido en el art. 181 del Código Penal que determina:

“El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

A los efectos del apartado anterior se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como 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”.

Como establece la STS de 18 de junio de 2010 los requisitos para tipificar una conducta en el delito de abuso sexual son los siguientes:

a) La realización de actos contra la libertad de la víctima en el ámbito de su autodeterminación sexual, o que atenten a su indemnidad en lo sexual. Como dice CARMONA SALGADO con cita del “Informe sobre el Anteproyecto de Nuevo Código de 1994” emitido por el Consejo General del Poder Judicial se trata de una redacción que dificulta la concreción de las conductas incardinadas que habrá de deducirse por *exclusión* del resto de figuras.

A este respecto basta cualquier “contacto corporal in consentido”. Como sostiene la STS 623/2019, de 18 de diciembre (ponente Excmo. Sr. Martínez Arrieta):

“En efecto, esta Sala en reiterada jurisprudencia ha declarado, por todas sentencias 396/2018, de 17 de julio, interpretación del artículo 183 que "según el tenor literal del precepto, un solo tocamiento, si es in consentido, puede ser suficiente para la consumación del tipo delictivo; resultando que en el supuesto de autos se trata de un tocamiento en el pecho y en la cintura.... De conformidad con la Jurisprudencia de esta Sala -STS 345/2018, de 11 de julio, con cita de otras- el tipo penal del abuso sexual se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de

contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo, de contacto corporal, puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto.”.

b) La ausencia de violencia o intimidación, que darían a esos actos la relevancia típica del artículo 178 y siguientes.

Aun a efectos de excluir dichas actuaciones, en el concepto de violencia ha de incluirse no solo la *vis absoluta* que impide completamente a la víctima ofrecer cualquier respuesta de oposición sino también aquellos otros en los que se emplea una cierta fuerza física acompañada del aviso de que dicha fuerza será mayor cuanto más importante sea la resistencia u oposición al ilícito fin pretendido por el sujeto activo por cuanto no es exigible una resistencia *heroica* para impedir la conducta ilícita. Sea como fuere dicha fuerza ha de proyectarse sobre el cuerpo de la víctima.

Por intimidación ha de entenderse el aviso o advertencia de causar un mal, como señala la doctrina ha de tratarse de una “*amenaza seria, grave e inmediata de un mal injusto*” (Alvarez Alvarez). En todo caso el mal con el que se amenace ha de tener una cierta gravedad objetivamente si bien ha de valorarse su impacto en relación a la situación y contexto concreto de que se realiza, esto es, ha de ser objetivamente grave y racionalmente eficaz.

c) Que la víctima no haya autorizado al que abusa para la realización de tales actos prestando el consentimiento respecto de los concretos actos del autor. En cuanto al consentimiento, e insistiendo en la distinción entre las consideraciones que en torno a ello puedan realizarse *de lege ferenda* a la fecha de dictarse la presente resolución se ha de admitir tanto la concurrencia de consentimiento expreso como, en caso de que el mismo se deduzca de actuaciones concluyentes, el prestado de manera tácita.

A este respecto la STS nº 462/2019, de 14 de octubre, ya citada, señala que “*Esta falta de consentimiento, además de en supuestos de tocamientos esporádicos, 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; a) así: los que se ejecuten sobre personas que se hallan 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 el consentimiento viciado por prevalerse el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.”.

d) Por lo que al elemento subjetivo se refiere, el tipo requiere que el dolo del autor abarque ese elemento del tipo, es decir que al autor le conste que su víctima no consiente sus actos o concurra circunstancias tales que permitan imputar al autor su comportamiento no consentido a título de dolo eventual.

Pone, la defensa de los acusados, en tela de juicio la concurrencia de ánimo lúbrico en la conducta enjuiciada, proponiendo la calificación alternativa de vejaciones. Se sostiene que no existe la intención en los acusados de obtener una satisfacción sexual sino que exclusivamente puede hablarse de un ánimo de *humillar* o incluso un *animus iocandi* lo que entiendo se aprecia a la vista de las risas o del estado en el que los mismos se encontraban. Ahora bien, más allá de que realmente en el video se observa como los acusados parecen encontrarse *alegres* o que la actuación fuera objeto de diversión por su parte, las concretas actuaciones se considera que tienen un carácter inequívocamente sexual. No duda este juzgador de que el ánimo lúbrico no fuera el único que moviera a los acusados por cuanto ese ánimo no está reñido con el deseo de divertirse y menos aún, lamentablemente, con el deseo de humillar a la víctima y ello porque se entiende que cualquier atentado contra la libertad o indemnidad sexual de una persona lleva implícito un desprecio por la dignidad de la misma a la que se *cosifica*. ¿Por qué razón si no es la de obtener una satisfacción en el plano sexual se toca a la víctima en los pechos y no en otra parte del cuerpo?, si como se dice lo que se pretendía era el reírse de la misma existían muchas otras posibilidades que no implicaban el tocar dicha parte del cuerpo de la perjudicada. También hay besos en la boca a lo que el letrado defensor lo justifica diciendo que la Sra. XXX quería irse en el coche de los acusados porque quería estar con uno de ellos. Partiendo de la veracidad de dicha afirmación ha de indicarse que el hecho de que una persona quiera acompañar a otra, e incluso que pudiese sentirse atraída por alguno de los acusados no implica que dicha persona pierda en momento alguno la facultad de decidir hasta dónde quiere llegar y en qué momento, y el llevar a cabo acciones como las que son objeto de enjuiciamiento cuando la persona se

encuentra inconsciente suponen, por principio, un desprecio de esa libertad, o lo que es lo mismo, constituyen la conducta típica del delito de abuso sexual.

Sea como fuere la STS de 12 de marzo de 2019, nº 130/2019, que a su vez cita otras precedentes determina que:

"Por lo que se refiere al dolo o elemento subjetivo, la sentencia número 411/2014, 26 de mayo, recuerda que el tipo subjetivo de los delitos de agresión y abuso sexual lo que exige es el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que voluntariamente se ejecuta, y la conciencia de afectación del bien jurídico. Generalmente concurrirá también un ánimo tendencial consistente en el propósito de obtener una satisfacción sexual, pero este ánimo no viene exigido por el tipo, y por ello no puede exigirse su acreditación en el ámbito de la presunción de inocencia, pues se puede atentar al bien jurídico protegido, aun cuando no concurra. En definitiva, la realización violenta o in consentida de una conducta de inequívoco contenido sexual que atente contra el bien jurídico protegido, integra los tipos de agresión o abuso sexual, sin que sea exigible la acreditación de un específico ánimo tendencial. En consecuencia, la descripción fáctica por el Tribunal de instancia de una conducta que incluya la realización in consentida de un acto de inequívoco contenido sexual que atente contra bien jurídico protegido, permite a este Tribunal, como una mera cuestión de subsunción, valorar la tipicidad de tal conducta. Y en la sentencia número 897/2014, de 15 de diciembre se refiere al dolo de atentar contra la indemnidad sexual de un menor (de menos de 13 años de edad), o lo que es lo mismo, no someterle a situaciones que comprometen su dignidad y desarrollo sexual. Pero, de todas formas, no puede prescindirse en la actuación del agente del correspondiente dolo, es decir, obrar con conocimiento de que la acción compromete esos valores y con voluntad de atentar sobre los mismos, con independencia de la satisfacción sexual que reciba el sujeto activo del delito, o lo que se ha venido denominando ánimo lubrico o libidinoso. En definitiva, es necesario al menos que concurra el ánimo tendencial de atentar contra el bien jurídico protegido, que lo es la libertad o indemnidad sexual de la víctima, aunque no el ánimo de satisfacerse sexualmente con el acto ejecutado por el autor del hecho".

Del mismo modo, e igualmente con cita de resoluciones del Alto Tribunal la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 2ª) de 06/02/2020 señala que:

"La sentencia del TS número 490/2015, de 25 de mayo puso de manifiesto que " en las conductas sancionadas por el tipo del artículo 183.1, los actos de inequívoco carácter

sexual incluidos tocamientos en la zona vaginal o pectoral idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, es decir su derecho a no verse involucradas en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad. En la sentencia número 517/2016, de 14 de junio, decíamos que la ley no presume la ausencia de consentimiento en el menor, ya que éste puede consentir perfectamente la realización de un acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero si presume la falta de capacidad de consentimiento jurídico y en virtud de esa presunción legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica. Por lo que se refiere al dolo o elemento subjetivo, la sentencia número 411/2014, 26 de mayo, recuerda que el tipo subjetivo de los delitos de agresión y abuso sexual lo que exige es el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que voluntariamente se ejecuta, y la conciencia de afectación del bien jurídico. Generalmente concurrirá también un ánimo tendencial consistente en el propósito de obtener una satisfacción sexual, pero este ánimo no viene exigido por el tipo, y por ello no puede exigirse su acreditación en el ámbito de la presunción de inocencia, pues se puede atentar al bien jurídico protegido, aun cuando no concurra. En definitiva, la realización violenta o in consentida de una conducta de inequívoco contenido sexual que atente contra el bien jurídico protegido, integra los tipos de agresión o abuso sexual, sin que sea exigible la acreditación de un específico ánimo tendencial. En consecuencia, la descripción fáctica por el Tribunal de instancia de una conducta que incluya la realización in consentida de un acto de inequívoco contenido sexual que atente contra bien jurídico protegido, permite a este Tribunal, como una mera cuestión de subsunción, valorar la tipicidad de tal conducta. Y en la sentencia número 897/2014, de 15 de diciembre se refiere al dolo de atentar contra la indemnidad sexual de un menor (de menos de 13 años de edad), o lo que es lo mismo, no someterle a situaciones que comprometen su dignidad y desarrollo sexual. Pero, de todas formas, no puede prescindirse en la actuación del agente del correspondiente dolo, es decir, obrar con conocimiento de que la acción compromete esos valores y con voluntad de atentar sobre los mismos, con independencia de la satisfacción sexual que reciba el sujeto activo del delito, o lo que se ha venido denominando ánimo lubrico o libidinoso. En definitiva, es necesario al menos que concurra el ánimo tendencial de atentar contra el bien jurídico protegido, que lo es la libertad o indemnidad sexual de la víctima, aunque no el ánimo de satisfacerse sexualmente con el acto ejecutado por el autor del hecho."

En el mismo sentido SSTS de 576/2019, de 26 de noviembre; 331/19, de 27 de junio; 320/19, de 19 de junio; 38/19, de 30 de enero; 13/19, de 17 de enero; 615/18, de 3 de diciembre, 538/18, de 8 de noviembre o 547/2016, de 22 de junio, entre otras.

Se invoca por la defensa como sostén de sus tesis la STS 396/2018, de 26 de julio (ponente Excmo. Sr. Martínez Arrieta) pero si bien es cierto que en su argumentación se alude a la necesidad de concurrencia de ánimo lúbrico no resultan en modo alguno comparables los supuestos de hecho en tanto que en aquel caso se descarta la concurrencia de dicho elemento en tanto que lo que se declara como hecho probado es un roce o toque no intencionado y que se produce casualmente cuando el acusado intenta coger un objeto acción notablemente distinta de la desarrollada en el presente caso en el que uno de los acusados besa al tiempo que abraza e incluso toca el pecho de la víctima y el resto mientras igualmente tocan los pechos de la perjudicada de manera voluntaria y consciente en todos los casos.

El mismo ponente al que acaba de hacerse referencia (Excmo. Sr. Martínez Arrieta) en la sentencia nº 433/2018, de 28 de septiembre (en la que por cierto con dicho fundamento se casa una sentencia condenatoria dictada por delito de vejaciones y se condena por delito de abuso sexual) afirma que:

“Reiteradamente esta Sala ha declarado que el tipo penal de los abusos sexuales es un delito contra la libertad y la indemnidad sexual del sujeto pasivo, en este caso dos menores, cuyo o contenido objetivo es la realización de actos de inequívoco carácter sexual realizado por una persona contra otra que no consiente, o que no tiene capacidad para consentir la agresión, de manera que perjudica su intimidad y su indemnidad sexual. Desde la tipicidad objetiva lo relevante es una conducta con un inequívoco contenido sexual, inconsentida o viciadamente consentida, que sea agresiva en la libertad o a la indemnidad sexual. El tipo penal del abuso sexual no requiere un elemento subjetivo específico que, a veces, se ha expresado con la identificación de unos ánimos, lascivo, lúbrico o libidinoso, sino que como delito contra la libertad requiere en su tipicidad subjetiva el dolo entendido, en su acepción clásica, como conocimiento y voluntad de agredir la libertad sexual o la indemnidad de una persona, sin necesidad de que se concrete en un ánimo lúbrico o libidinoso, que no viene requerido por la tipicidad.

Ahora bien, es cierto que hemos acudido a esas expresiones de ánimos para asegurar la concurrencia de la tipicidad subjetiva como voluntad y conocimiento del contenido del acto agresivo la libertad, pero no integran elementos de la tipicidad. En el hecho probado es evidente la concurrencia del tipo subjetivo, conocimiento y voluntad en la realización del acto agresivo la libertad sexual, que el recurrente realizaba y perseguía con su conducta. Es difícil dar otro contenido a la tipicidad subjetiva cuando el acusado coloca

a dos niños de 8 y 10 años de edad simulando una penetración anal, como también es difícil dar otro contenido al acto de colocar los pepinos y las zanahorias en los genitales de los menores, o comparar sus genitales con un mechero.

La tipicidad subjetiva no requiere una finalidad libidinosa (STS 424/2017, de 13 de junio), lo que exige es la descripción de la naturaleza sexual del acto que se realiza voluntariamente y, junto a ello, la concurrencia de la afectación del bien jurídico, la libertad y la indemnidad sexual. Ciertamente, es normal que las sentencias para dar un mayor énfasis a la conducta exprese la finalidad libidinosa, pero no es una exigencia típica, de manera que puede atentarse a la libertad e indemnidad sexual, como en el caso de esta casación, sin que concurra el ánimo que se menciona en el hecho, de la misma manera que puede agredirse a la libertad sexual por una finalidad de odio, racismo, xenofobia, etc.. (STS 411/2014, de 26 de mayo, 897/2014, de 15 de diciembre).”.

e) En este caso se plantea por las acusaciones particular y popular la aplicabilidad del subtipo agravado del apartado 5 del mencionado art. 181 del Código Penal que determina la necesidad de imponer la pena en su mitad superior cuando concurrieran las circunstancias 3ª o 4ª del apartado 1 del artículo anterior, esto es bien “*Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el art. 183*” o bien “*Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*”.

Con relación a ello se comparten íntegramente los acertados argumentos expuestos por el representante del Ministerio Fiscal en tanto que la aplicación del mencionado apartado 5, que por exclusión solo podría encontrar amparo en la consideración de que concurriría lo previsto por el apartado 3 del art. 180 del Código Penal, esto es, la especial vulnerabilidad de la víctima por su situación, implicaría una vulneración del principio *non bis in ídem* en tanto no puede tomarse una misma circunstancia como parte del tipo básico y, al mismo tiempo como justificación de la agravación. Con relación a dicha circunstancia la STS 775/2012, de 17 de octubre sostiene que:

“Es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso para acreditar la existencia de la vulnerabilidad, que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio "non bis in ídem", al valorarse una misma circunstancia o "modus operandi" dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico y otra para cualificarlo como subtipo

agravado, (SSTS. 971/2006 de 10.10, 131/2007 de 16.2.).

En el mismo sentido STS 69/14, de 3 de febrero.

Pues bien, en este caso es precisamente la situación de inconsciencia la que sirve para determinar la imposibilidad de prestación del consentimiento y por ello mismo ese elemento sin el cual no cabría considerar siquiera ilícita la conducta (más allá de cual pudiere haber sido la reacción de la víctima ante alguna de las conductas que se producen en el caso de haber estado consciente) no puede al mismo tiempo servir para determinar la aplicación de un subtipo agravado.

Como se ha indicado la acusación popular modifica sus conclusiones al formular las definitivas considerando que los hechos habrían de ser considerados como constitutivos de una agresión sexual no de un mero abuso. Resulta muy ilustrativo, en torno a la diferenciación entre ambas figuras delictivas, lo expresado por la sentencia acabada de citar, STS 462/2019, de 14 de octubre en la que se manifiesta que:

“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 de 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 otras muchas). A diferencia de la intimidación que es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS 1583/2002, de 3 de octubre) y debe de ser seria (SSTS 130/2004, de 9 de febrero y 1164/2004, de 15 de octubre).

Se trata pues de actos de naturaleza sexual realizados por la víctima actuando ésta bien compelida físicamente bien intimidada en unos términos en los que el sujeto pasivo del delito no puede decidir en tanto que la intimidación es una forma de coerción sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, la libertad o indemnidad sexual (STS 305/2013, de 12 de abril, citada en la anterior).

Finalmente esa violencia o intimidación han de ser el medio a través del cual se consigue por el autor del hecho el fin ilícito. Como indica la tan reiterada STS 462/2019 “... *violencia o 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).*”.

En el mismo sentido la STS 355/2015, de 28 de mayo señala que: “*Como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala, la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013).*”

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

En este caso ninguna duda cabe de que se lleva a cabo una conducta de incuestionable naturaleza sexual sin contar con la voluntad y consentimiento de la víctima de modo que se cumplen con ello los elementos del tipo del abuso sexual, pero no consta que se emplearan dicha violencia o intimidación con la finalidad de conseguir la realización del acto de naturaleza sexual. Señala en su informe la letrada de la acusación popular, partiendo de la credibilidad del relato de la víctima que califica como “valiosísimo”, que hay un hecho cual es el de que la Sra. XXX se monta en el coche junto con los acusados en Torrecampo, que el trayecto entre esta localidad y la de Pozoblanco se realiza aproximadamente en 30 minutos, recorrido este del que solo se conoce lo sucedido por unos videos con una duración inferior al minuto y que cuando llega a la localidad de destino la misma se encuentra

semidesnuda y con un hematoma en el interior del muslo. A este respecto y más allá del debate en relación a la posible coloración de ese hematoma a la vista del tiempo transcurrido entre la supuesta agresión y el momento en el que la víctima descubre que lo tiene, lo cierto es que ese dato puede generar dudas, e incluso sospechas, pero no llevar a la condena por el delito de agresión sexual que se pretende.

Ha de comenzarse disintiendo en un elemento de la alegación porque lo cierto es que el Tribunal Supremo no otorga *mayor* relevancia y credibilidad al testimonio de la víctima sobre el resto de pruebas sino que lo que hace es admitir su suficiencia, valorados los extremos a los que se hará más adelante referencia, para servir de fundamento al dictado de una sentencia condenatoria.

A partir de ahí existe un primer obstáculo de carácter procesal para poder considerar lo expuesto como argumento válido para acordar la condena de uno de los acusados por el delito de agresión sexual que se pretende cual es la imposibilidad de añadir hechos a los propuestos por las partes en sus correspondientes conclusiones. Como establece la STS nº 344/2019, de 4 de julio (por la que se resuelven los recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada respecto de los hechos acaecidos en Pamplona):

“En relación a la vulneración del principio acusatorio, es doctrina de esta Sala, como son exponentes las Sentencias 180/2010, de 10 de marzo, 493/2006, de 4 de mayo y 61/2009, de 20 de enero, que el principio acusatorio, íntimamente vinculado al derecho constitucional de estar debidamente informado de la acusación y por extensión, estrechamente relacionado con el derecho fundamental a la defensa, que se protegen en el art. 24 C.E., tiene su regla de oro, en casos como el presente, en la exigencia de identidad fáctica entre los hechos imputados y los que fundamentan la calificación jurídica efectuada por el Tribunal y homogeneidad en dicha calificación respecto a la realizada por la acusación. Desarrollando esta máxima, debe señalarse que el principio acusatorio no se vulnera, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) que el Tribunal respete el apartado fáctico de la calificación acusatoria, que debe ser completo, con inclusión de todos los elementos que integran el tipo delictivo sancionado y las circunstancias que repercutan en la responsabilidad del acusado, y específico, en el sentido de que permita conocer con precisión cuáles son las acciones que se consideran delictivas. Pero estándole radicalmente vedado al Tribunal valorar hechos con relevancia jurídica penal no incluidos en el acta de acusación. b) que entre el tipo penal objeto de acusación y el calificado por el Tribunal exista una relación de homogeneidad en relación con el bien jurídico protegido en

uno y otro, en el sentido de que todos los elementos del delito sancionado estén contenidos en el tipo delictivo de acusación, de modo que en el calificado por el Tribunal no exista un componente concreto del que el condenado no haya podido defenderse. (STS 203/2012, de 20 de marzo).

En sentido negativo afirma el ATS nº 963/2019, de 10 de octubre (ponente Excmo. Sr. Sánchez Melgar) *“Y en tal sentido debe insistirse en que la vinculación del juez con los hechos acusados y la exigencia de correlación de la sentencia con ellos no supone que el órgano judicial no puede introducir modificaciones o alteraciones en el relato fáctico, siempre que la identidad esencial de los mismos resulte respetada; y así la STC 170/2002 lo admite cuando se trata de elementos no esenciales para el hecho punible, y su adición en el relato de hechos probados no supone alteración esencial de los términos del debate. Y la STC 32/2003 aclara que ninguna vulneración se habrá producido si las modificaciones no son esenciales para la concreta figura delictiva porque lo que exige el principio acusatorio es la inalterabilidad de los elementos esenciales de los hechos constitutivos de la infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales.” (STS 631/2017, de 21-9).”.*

A la vista de dicha doctrina lo que está vetado a este juzgador es el completar las posibles omisiones o ausencias de descripción que supongan una afectación de los elementos esenciales. Esto es, se podrán a la vista del resultado de la prueba completar los relatos con los elementos accesorios o detalles que se consideren acreditados, pero lo que no podrá es crearse un hecho no definido por las partes en tanto que esa actuación supondría una vulneración del principio acusatorio y generaría indefensión a los acusados que se defienden de los hechos descritos en las conclusiones de las partes, no de otros. Y se dice lo anterior porque en el relato de hechos de la acusación popular no se encuentra descripción alguna de que en el trayecto entre Torrecampo y Pozoblanco se hubiera producido alguna conducta que pudiese ser constitutiva de un delito de agresión sexual. Ya por ese dato resultaría imposible la condena pretendida en tanto que conllevaría la necesidad de introducir la descripción de algún hecho integrable en el delito de agresión que se pretende.

Pero es más, aparte la cuestión meramente procesal no puede considerarse acreditada la realización de dicho atentado contra la libertad sexual mediando violencia (en tanto que difícilmente tendría sentido de hablar de intimidación respecto de una persona inconsciente). ¿Qué la situación anteriormente descrita de una mujer que despierta sin la ropa que llevaba antes de perder la conciencia genera dudas sobre lo que haya debido de ocurrir en ese

trayecto?. Evidentemente, pero para permitir la condena en los términos que se pretenden no basta la existencia de dudas sobre lo que haya podido suceder sino que es preciso una convicción sobre lo que sucedió. En esos términos el hecho de presentar un hematoma pudiere ser demostrativo de que alguna persona ha tocado de un modo u otro en esa zona del cuerpo, el interior de los muslos, pero resulta imposible de ese dato extraer el necesario relato para poder alcanzar la condena que se solicita por el delito de agresión sexual. De ese modo el hecho de que el Sr. Médico forense sostenga que un hematoma como el que dice haber sufrido la perjudicada no resulta compatible con una caída “de culo” si bien genera dudas sobre lo que hubiere podido suceder en el interior del vehículo no arroja ninguna certeza al respecto de ello.

Se destacan por la defensa las variaciones, que incuestionablemente existen, en el relato ofrecido por la víctima a lo largo de la causa. No se pueden discutir diferencias como cual fuera el lugar en el que finalmente el Sr. C. la deja, bien en las inmediaciones de su domicilio o en un descampado, pero insistiendo en la *litosuficiencia* de los documentos videográficos y la inexistencia de relato por parte de la víctima en torno al modo de producirse los hechos constitutivos del abuso, no alcanza a entenderse la relación que pudiere tener de cara a la tipificación de la conducta la existencia de dichas divergencias en el relato de la perjudicada. No se aprecia la existencia de divergencia en cuanto a la precisión de si al despertarse estaba desnuda o en ropa interior porque no se trata ya de lo expuesto en la vista en el que se dice por la víctima que para ella encontrarse en ropa interior es como estar desnuda sino que en las dos declaraciones prestadas en presencia judicial (f. 73 consta la ofrecida en la instrucción de la causa), dice lo mismo, que se despierta en ropa interior. De ese modo de cara a valorar adecuadamente si existía o no esa divergencia podía la parte que lo considerase necesario haber traído a la vista al agente o agentes (instructor y secretario) que tomaron la declaración en la que se expresó (como consta en la causa) en términos diferentes pero sin que el contenido del atestado pueda traerse a colación para comparándolas con el contenido de lo dicho en el plenario pretender minorar la credibilidad de la misma.

También se considera por la defensa que resulta *increíble* que el Sr. C. E. le solicitase que le realizara una felación en la puerta de su casa. Insistiendo en que esa conducta no forma parte del núcleo del tipo de abuso sexual por el que se condena a los acusados señalar que no parece una actuación extraña a la vista de la conducta desarrollada en el vehículo que se observa en las grabaciones, insistiendo en la naturaleza sexual de la misma y al hecho de realizarse a una hora a la que no podía haber mucha afluencia de personas en la vía pública.

Se solicita por las acusaciones particular y popular la consideración de que el delito de abuso sexual lo es con carácter continuado. Ello nos ha de llevar necesariamente al contenido del art. 74 del Código Penal que determina, en alusión a lo expresado en el art. 73 en el que se alude al concurso real de delitos, que *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”*.

Dice la STS 675/2016, de 22 de julio (ponente Excm. Sra. Ferrer García) que:

“La jurisprudencia de esta Sala vino entendiendo que la aplicación de la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales exige que "se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo" (SSTS 1316/202 de 10 de julio; 578/2004 de 26 de abril o 998/2007 de 28 de noviembre). Y así lo exige el texto legal tras la reforma operada en el artículo 74 por la LO 15/2003, a partir de la cual se admitió la continuidad delictiva, como excepción al régimen general que la excluye en ofensas contra bienes eminentemente personales, en las constitutivas de infracciones que "contra la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo".

En este caso no se considera que quepa hablar de dicha continuidad. En cuanto a las acciones desarrolladas por cada uno de los acusados no se entiende que quepa hablar de multiplicidad de acciones en cuanto que las que se pueden entender acreditadas, las que se observan en las grabaciones, se desarrollan apenas en unos segundos de modo que no puede sino considerarse que se trata de una sola acción. De otro lado no puede hablarse de que la actuación de cada uno de los acusados sea necesaria para facilitar la realización de las acciones ilícitas del resto de modo que no se puede hablar de ninguna clase de participación por ese hecho razón por la cual se entiende que cada uno de los acusados ha de responder de un solo delito de abuso sexual de los apartados 1 y 2 del art. 181 del Código Penal. En este punto se destaca por la representación del Ministerio Fiscal el hecho de que no se haya

podido acreditar por las acusaciones que la situación de inconsciencia en el que se encuentra la víctima en el momento de producirse los hechos fuera debido a alguna actuación previa de alguno de los acusados en tanto que, de haberse demostrado dicha responsabilidad, si hubiera podido hablarse de acciones de alguno o algunos de los acusados facilitadoras o favorecedoras del abuso en sí. En este punto ha de coincidirse con el Ministerio Público en la ausencia de prueba de dicha causa de la inconsciencia. Es cierto que en las analíticas realizadas a la misma aparecen diversas sustancias (derivados del THC) pero ni puede precisarse momento alguno del consumo de las mismas, ni relacionarse de ninguna manera con la actuación de los acusados. Incluso como se señala en el informe el propio médico forense en el acto de la vista no descarta la posibilidad de que dicha situación pudiere deberse a un excesivo consumo de bebidas alcohólicas por parte de la perjudicada.

Viene a disentir de este criterio el letrado de la acusación particular cuando en su informe hace referencia a un acto de uno de los acusados, el Sr. C. E. aun no nombrándolo, cual es el de entablar amistad con la perjudicada para convencerla de que regrese con ellos a Pozoblanco y que ese hecho facilitó la actuación punible del resto. El argumento parte de un hecho no acreditado, el de que fuese alguno de los acusados quien, con intenciones ilícitas, convenciese a la Sra. XXX de ir junto con ellos en el coche, y de una hipótesis sin sustento cual es el que los acusados pudieren ser de algún modo conocedores de que la misma iba a perder la conciencia y en ese momento podían aprovechar para llevar a cabo su ilícita conducta.

2.- Delito contra la integridad moral.

Con carácter subsidiario por la defensa se considera que los hechos serían constitutivos de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal. Mas allá de que se ha adelantado que la naturaleza sexual de la conducta convierte en inaplicable dicho tipo delictiva ha de hacerse igualmente referencia a los elementos de dicho delito.

Este tipo, conforme lo define la jurisprudencia del TEDH recogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de abril de 2013 es aquel que puede "*crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral*" (además de la ya citada SSTS de 26 de octubre de 2009, de 6 de abril de 2011 o de 29 de marzo de 2012).

El art. 173.1 primer párrafo del Código Penal establece que:

“El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

Aparte lo que a continuación se dirá respecto de la proscripción a nivel internacional de dicho tipo de tratos, la punición de estas conductas venía exigida por la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes hecha en Nueva York el día 10 de diciembre de 1984 (BOE de 9 de noviembre de 1987) cuando en su art. 16 determinaba que *“Todo estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el art. 1.”*

Por su parte el art. 15 de la CE señala que *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*.

Del mismo modo el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 determina que *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*.

Esta redacción es prácticamente idéntica a la ofrecida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Nueva York igualmente por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 establece en su art. 7 que *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”*

Igualmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, establece en su art. 3 que *“Nadie podrá ser sometido a tortura, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*.

Los tratados internacionales a los que acaba hacerse referencia forman parte del ordenamiento jurídico español de conformidad con lo establecido por los arts. 10 y 96 de la Constitución Española ya citados en el ordinal anterior.

El trato degradante consiste, conforme lo define la jurisprudencia del TEDH recogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de abril de 2013 en aquellos actos que pueden *"crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral"* (SSTS de 26 de octubre de 2009, de 6 de abril de 2011, de 29 de marzo de 2012 o de 18 de mayo y 21 de junio de 2016 así como SSTEDH Irlanda c. el Reino Unido e Irlanda del norte, de 18 de enero de 1979, Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989, Tomasi c. Francia, de 27 de agosto de 1992 y Price c. Reino Unido e Irlanda del Norte de 10 de julio de 2001).

Ya se ha venido identificando por la jurisprudencia la integridad moral, como categoría conceptual propia, con los conceptos de dignidad e inviolabilidad de la persona. Se considera que dicho concepto alude a un atributo de la persona por el mero hecho de serlo como ente dotado de dignidad. A este respecto la STS 957/2007, de 28 de noviembre señala que *"La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor"*. Evidentemente no todo ataque contra la integridad física o psíquica puede afectar a la integridad moral por cuanto no todo ataque afecta a la dignidad del ser humano.

Señala en este punto la reciente STS 157/2019, de 26 de marzo que:

"Con respecto al delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal , esta Sala ha declarado (Sentencia 819/2002, de 8 de mayo) que esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido.

Dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial ("infligir a una persona un trato degradante"), y un resultado ("menoscabando gravemente su integridad moral"). Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral".

La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión "trato degradante", que -en cierta opinión doctrinal- parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

De manera que por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona.

Por lo que hace referencia al resultado se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral.

Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona humana.

El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad podríamos estar ante una infracción de menor entidad punitiva.”.

En la misma línea de la anterior la STS 196/2017, de 24 de marzo que a la hora de definir el calificativo *degradante* sostiene que:

“...equivale a humillar, rebajar o envilecer, en este caso a la persona sujeto pasivo del delito, consistiendo por tanto en desconocer el valor que el ser humano tiene como tal por el hecho de serlo, donde caben las más variadas manifestaciones de desprecio, humillación, envilecimiento o cualquier otra análoga que desconozca lo primero”.

Por su parte, en cuando a la jurisprudencia constitucional, la reciente STS 56/2019, de 6 de mayo, aun en relación a un supuesto de hecho notablemente distinto, señala que:

“El art. 15 CE excluye las intromisiones del poder público en la integridad personal y prohíbe en todo caso, sin excepción o ponderación posible, determinadas modalidades: la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes, que "son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos", "denotan la causación" de "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar" (SSTC 120/1990, de 27 de julio, FJ 9, 137/1990, de 19 de julio, FJ 7, 215/1994, de 14 de julio, FJ 5 A), 196/2006, de 3 de julio, FJ 4). Estas concretas intromisiones constituyen un atentado "frontal y radical" a la dignidad humana, "bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo" (STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13). Por eso están sujetas a una "prohibición absoluta" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4), "sean cuales fueren los fines" (STC 120/1990, FJ 9), es decir, "en modo alguno puede ser determinante la mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida" (ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5). La intromisión contraria al art. 15 CE consiste siempre en la causación deliberada y no consentida de padecimientos físicos, psíquicos o morales o en el sometimiento al "riesgo relevante" de sufrirlos, esto es, a un "peligro grave y cierto" para la integridad personal. Respecto de la intencionalidad, hay que tener en cuenta que, con carácter general, la protección constitucional de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a "la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control", pudiendo bastar "la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma" (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 6; 124/1998, de 15 de junio, FJ 2; 126/1998, de 15 de junio, FJ 2; 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3, 80/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 12/2019, de 28 de enero, FJ 5).

.....

Para que el trato sea "degradante" debe, además, "ocasionar también al interesado -ante los demás o ante sí mismo- una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad" (ATC 333/1997, FJ 5, citando las SSTEDH de 25 de febrero de 1982, § 28; y 25 de marzo de 1993, Costello-Roberts c. el Reino Unido, § 30). Se trata de acciones que pueden provocar en la víctima "sentimientos de temor, angustia e inferioridad

susceptibles de humillarla, envilecerla y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral", superando "un umbral mínimo de severidad; mínimo cuya apreciación es, por naturaleza, relativa, por lo que depende en última instancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto" (ATC 333/1997, FJ 5, citando las SSTEDH de 18 de enero de 1978, Irlanda c. el Reino Unido, § 167; 7 de julio de 1989, Soering, § 100, y 27 de agosto de 1992, Tomasi c. Francia, § 112).

Sea como fuere no pueden confundirse la protección de la integridad física o psíquica y de la integridad moral como no pueden confundirse ambos conceptos que gozan de sustantividad propia. A este respecto baste indicar que el art. 177 del Código Penal establece una regla concursal específica al determinar que se castigarán separadamente la infracción consistente en el ataque contra la integridad moral y las lesiones o daños que pudieren causarse a la víctima o a un tercero.

En todo caso, siguiendo, entre otras la STS 294/2003, de 16 de abril, como elementos de este delito se han señalado los siguientes:

- a) *un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.*
- b) *un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto*
- c) *que el comportamiento sea degradante o humillante e incida especialmente en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.*

De este modo se pronuncia la SAP de Sevilla (Secc. 4ª) de 16 de enero de 2014 en la que tras realizar un profundo análisis de los problemas del tipo delictivo se citan los mencionados elementos como resultado del esfuerzo del Alto Tribunal por dotar de contenido material al precepto, llegando a considerar que su enjuiciamiento constituye ya *una tónica jurisprudencial.*

Y en cuanto al resultado exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad.

A este respecto la citada STEDH dictada en el caso Irlanda c. el Reino Unido e Irlanda del Norte de 18/01/1978 (en un supuesto en el que se valora una práctica mantenida por funcionarios del Estado demandado en determinados interrogatorios consistente en

mantener a los detenidos encapuchados, situarles frente a una pared durante horas, someterlos a ruidos monótonos y continuos, no consentirles dormir, privarles de alimentos y agua, etc) se sostiene que el concepto de malos tratos ha de ir referido solamente a los hechos que alcanzan una cierta gravedad debiendo de acudir para determinar ese umbral de gravedad a circunstancias tales como los métodos o medios empleados, la repetición, la duración de los actos violentos, la edad, sexo y estado de salud de la víctima o los efectos físicos o psíquicos, entre otras (en el mismo sentido SSTEDH Tyler c. Reino Unido de 25/04/1978, Novoselov c. Rusia de 26/05/2005 que alude a un nivel mínimo de *severidad* del maltrato o Labzov c. Rusia de 16/06/2005 o Gutsanovi c. Bulgaria de 15/01/2014).

En sede interna la STS de 14/11/2001 señala que “...*el ámbito de aplicación del art. 173 del Código Penal quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una duración notoria y persistente, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias*”.

Se viene considerando que se trata de un delito de resultado (la ya citada STS de 08/05/2002 y las del mismo Tribunal de 03/11/2004 y 22/02/2005). Sea como fuere dicho resultado, el menoscabo grave de la integridad moral, no determina la necesidad de que se produzca ninguna clase de lesión psíquica. En cualquier caso en contra de la anterior concepción y entendiendo que se trata de un delito de mera actividad se pronuncia la ya mencionada STS 420/2016, de 18 de mayo.

El bien jurídico protegido es la integridad moral que, en ocasiones se ha identificado con la dignidad de la persona o con su inviolabilidad derivada de aquella que impiden que sea legítimamente tratada como algo distinto a un ser humano (STS 58/2015, de 10 de febrero). Señala la repetidamente citada STS 420/2016, de 18 de mayo, con cita de la del mismo Tribunal nº 28/2015, que “...en cuanto al bien jurídico de la integridad moral que ha de ser menoscabado gravemente, la doctrina viene conceptuándolo como el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores”.

El comportamiento ha de ser en todo caso doloso entendido este como la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo del injusto (STS 492/2016, de 8 de junio). Sea como fuere el dolo ha de abarcar el conocimiento de que la conducta

objetivamente afecta a la integridad moral y consentir con ello (STS 715/2016, de 26 de septiembre).

Ya se ha venido identificando por la jurisprudencia la integridad moral con los conceptos de dignidad e inviolabilidad de la persona. Evidentemente no todo ataque contra la integridad física o psíquica puede afectar a la integridad moral por cuanto no todo ataque afecta a la dignidad del ser humano.

Como se viene sosteniendo se entiende que, en este caso, la tipificación correcta de la conducta es la de abuso sexual de manera que no procede considerar que se haya cometido el delito leve de vejaciones que se pretende por la defensa del acusado.

3.- Delito contra la intimidad por la obtención y grabación de las imágenes de la víctima y la posterior difusión de las mismas.

Se sostiene por las acusaciones la solicitud de condena contra los acusados considerando a los mismos autores de un delito contra la intimidad del art. 197, apartados 1 y 3 del Código Penal, en el caso del Ministerio Fiscal al que las acusaciones particular y popular añaden el apartado 5 del mismo precepto. Se trata de uno de los tipos que castigan los atentados contra el derecho a la intimidad y la propia imagen.

Tiene este tipo su antecedente normativo en los arts. 497 y 497 bis del Código Penal de 1973 si bien la redacción del Código de 1995 amplía las conductas que se consideran punibles.

Ya se ha hecho anteriormente referencia al derecho a la intimidad y a su tutela nacional e internacional en normas como el precepto mencionado del Código Penal, los arts. 18 y 20.4 de la Constitución Española, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En el ámbito internacional los principales tratados suscritos por España han contenido preceptos encaminados a la protección del ámbito de la intimidad de la inmisión de terceras personas o de los mismos poderes públicos. Así cabe citar el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el art. 8 del Convenio de Roma para la

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 o el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 también tutelan el derecho a la intimidad personal y familiar del individuo.

El artículo 197.1 del Código Penal, ubicado en el capítulo primero, del descubrimiento y revelación de secretos, del Título X del Libro II del Código Penal, que se rotula como "delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", castiga al que *"...para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación"*.

Se pretende con ello fijar un espacio de intimidad, personal y familiar, protegido frente a las inmisiones de terceros.

Dicho tipo delictivo se crea frente a toda conducta que suponga un atentado contra la intimidad de la persona y puede realizarse bien mediante el apoderamiento de documentos o efectos personales, o bien por medio de la intromisión en ámbitos reservados de la víctima capte imágenes o sonidos que afecten a dicho ámbito. Debe de partirse de cara a completar el mencionado concepto que el artículo 7 de la LO 1/1982, sobre protección del honor y de la intimidad personal y familiar, establece que *"Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas"*.

Como expresa la STS nº 1219/2004, de 10 de diciembre (ponente Excmo. Sr. Saavedra Ruiz) el artículo 197 CP ha pretendido colmar las lagunas del antiguo 497 bis del derogado Código Penal de 1973, reformado por la LO 18/94, mediante una tipicidad ciertamente complicada donde se suceden diversos tipos básicos y supuestos agravatorios definiendo en el apartado 1º dos tipos básicos definidos por modalidades comisivas distintas, como son el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o la interceptación de las telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del

sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación. De ese modo el tipo básico se consuma por el sólo hecho de la captación de las imágenes de la víctima con la finalidad de vulnerar su intimidad.

El delito, conforme a lo argumentado en la mencionada resolución, habría de calificarse como compuesto, si las imágenes obtenidas se difunden, revelan o ceden a terceros entendiendo que dichas acciones “...suponen incrementar la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo.”.

El elemento objetivo del delito viene constituido por la realización de alguna de las conductas referidas por el precepto y el elemento subjetivo ha de dirigirse al “descubrimiento” de secretos o a la “vulneración” de la intimidad

Viene siendo considerado por la jurisprudencia y la doctrina como un *delito de intención* que se encuentra en la modalidad de *delito mutilado de dos actos*. De ese modo se distinguen dos momentos diferentes, el primero, suficiente para la consumación del delito, consistente en la realización de los actos tendentes al *apoderamiento, interceptación* o la *utilización de artificios técnicos*, con la concurrencia de un elemento subjetivo consistente en la intención de descubrir el secreto o vulnerar la intimidad de otra persona. Sea como fuere la consumación se produce independientemente de que finalmente termine descubriéndose el secreto o vulnerando la intimidad. Sostiene a este respecto la STS 655/2019, de 8 de enero (ponente la Excm. Sra. Lamela Díaz) que:

“Conforme ha declarado este Tribunal (sentencia núm. STS1045/2011, de 14 de octubre, con referencia expresa a la sentencia núm. 1219/2004, de 10 de diciembre) el tipo básico comprendido en el artículo 197.1 del Código Penal "se consuma por el sólo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad. Por ello se le ha calificado como delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar, lo que da lugar a un tipo compuesto, si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, supuesto agravado previsto en el apartado 3º.1 del mismo precepto (hoy artículo 197.3), lo que conlleva la realización previa del tipo básico.”

Nos encontramos pues ante un hecho posterior copenado. Se trata de un hecho independiente que se integra en un nuevo tipo penal a través del cual el autor intenta aprovechar la posición alcanzada con la realización del tipo inicial. Además, el segundo precepto penal incluye por sí solo todo el desvalor que supone el primero, siendo suficiente para valorar completamente el hecho. Expresado en otros términos, el desvalor captado por

la primera figura delictiva está incluido en el desvalor tenido en cuenta por la segunda. Además, el autor o partícipe del hecho posterior ha intervenido también en el hecho anterior, el bien jurídico lesionado por las dos acciones es el mismo y no se ha producido un daño que vaya más allá del daño causado por la segunda acción.

Podemos concluir por tanto estimando que nos hallamos ante un concurso de leyes a resolver por el principio de consunción (artículo 8.3ª del Código Penal).

La mencionada sentencia 1219/2004, de 10 de diciembre (ponente Excmo. Sr. Saavedra Ruiz, determina que:

“...se trata de un delito en cualquiera de sus versiones que no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o en el presente caso de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación o reproducción del sonido o de la imagen (elemento objetivo) junto con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), es decir, en el presente caso el tipo básico se consume por el solo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad. Por ello se le ha calificado como delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar, lo que da lugar a un tipo compuesto, si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros,(...) Pero en el presente caso de lo que se trata es de vulnerar directamente el artículo 18.1 C.E ., con el alcance penal tipificado en el artículo 197 C.P., en su dimensión relativa a la intimidad, que es lo que se protege, y no el secreto de la misma como sucede con las comunicaciones.”.

3.- Finalmente y en cuanto a lo que hace al delito leve de maltrato de obra, figura ésta regulada en el actual apartado 3 del art. 147 del Código Penal y que viene a suceder a la falta de la misma naturaleza del derogado art. 617.2 del Código Penal requiere la realización de alguna clase de actuación por parte del sujeto activo sobre la víctima que haya de suponer un atentado contra su integridad si bien sin exigir resultado lesivo alguno de modo que ha de considerarse como una infracción de mera actividad que se consume con la realización de la acción ilícita.

TERCERO.- Los hechos declarados probados lo son a la vista de la prueba obrante en autos y de los testimonios ofrecidos en el acto de la vista.

Tiene declarado nuestra jurisprudencia constitucional que el dictado de una sentencia

condenatoria penal precisa de la práctica en la vista oral de una actividad probatoria de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de nuestra Constitución (SSTC 3/81, 807/83, 17/84, 34/96 y 157/96), lo que ha confirmado igualmente nuestro Tribunal Supremo (SSTS 31 de marzo 1988, 19 de enero de 1989, 14 de septiembre de 1990 y 17 de abril de 2001, entre muchas otras) habiendo declarado este último Tribunal que aquel derecho fundamental significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en los mismos del inculpado.

La nombrada presunción de inocencia que ampara y protege a cualquier acusado de una infracción penal, viene proclamada en el art. 24.2 de la Constitución, y a lo que están vinculados todos los Poderes del Estado, conforme proclama el art. 53 de dicho primer cuerpo legal y viene a reiterar el art. 7º de la LOPJ, a interpretar según dispone el art. 10.2, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en su art. 11.1, y demás Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la materia, ratificados por España (particularmente el Convenio de Roma de 4 de diciembre de 1950, ratificado el 26 de septiembre de 1979 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado el 13 de abril de 1977).

A ello debe añadirse, como también tiene declarado reiterada jurisprudencia, que corresponde a las acusaciones acreditar todos y cada uno de los hechos constitutivos de la pretensión punitiva por ellas formulada (SSTC 150/1987, 82, 128 y 187/1988).

Una vez más, y aun insistiendo que lo artificioso de la diferenciación, ha de aludirse separadamente a los elementos de prueba referidos a cada una de las infracciones de cara a exponer los argumentos por los cuales se considera procedente la conclusión que finalmente se alcanza.

Con carácter previo a entrar en el estudio al que acaba de hacerse referencia ha de señalarse de una parte que los acusados no ofrecen versión alguna de los hechos en tanto que en lo que se refiere a los elementos nucleares de las conductas que se consideran ilícitas se acogen, tanto en la fase de instrucción de la causa como en el plenario a su derecho a no declarar y exclusivamente se cuenta con la manifestación que el Sr. P. M. realiza al ejercer su derecho a decir la última palabra en cuanto a las *responsabilidades* en cuanto a los videos grabados. De otro lado insistir en los ya resuelto en el ordinal primero de la fundamentación jurídica de la presente fundamentación jurídica en cuanto a la validez de la prueba

videográfica obrante en la causa en tanto que la misma ha de considerarse determinante en relación siquiera a los dos primeros delitos que se consideran cometidos.

1.- Delito de abuso sexual.

En relación a dicho delito la prueba existente viene dada primordialmente las grabaciones tantas veces mencionadas. En dichas grabaciones, que constituyen como expresa en su informe el representante del Ministerio Fiscal la prueba “reina” y que permite a este juzgador así como al resto de intervinientes en el procedimiento el ser “testigos oculares de lo ocurrido aquella mañana” se observan tocamientos en los pechos de la perjudicada, en unos casos poniendo la mano por el exterior de la ropa y en otras introduciéndola por dentro, así como besos en la boca de la misma.

Precisando las conductas, comenzando por el video IMG 5846.MOV puede observarse como Alfonso Jesús C. E. sentado a la izquierda de la víctima agarra con su brazo derecho a la misma por detrás de su cabeza aproximándola para besarla en la boca (fotogramas obrante al folio 49 y 52 vto así como segundos 00:01 a 00:4) intentando introducir su lengua en la boca de la víctima (f. 52 vto). José Angel P. M., sentado en el asiento del copiloto, introduce su mano izquierda para tocar el pecho izquierdo de la víctima (fotogramas f. 52 y f. 52 vto y entre los segundos 00:09 a 00:15). Del mismo modo se observa como Jesús E. D., sentado a la derecha de la Sra. XXX, acaricia por fuera de la ropa los pechos de la esta (f. 53 y segundo 00:19).

Por lo que se refiere al video IMG 5847.MOV se observa al acusado Antonio Manuel G. E. quien aun desde el asiento del conductor con su mano derecha coge, por encima de la ropa, el pecho izquierdo de la Sra. XXX (f. 59 y segundos de la grabación del 00:32 al 00:40) así como tras llevar a cabo dicha acción sonrío y hace una señal de afirmación con su mano derecha). Nuevamente se observa al Sr. P. M. introducir la punta de los dedos de su mano izquierda (f. 59 vto y segundos 00:22 a 00:29 de la grabación). Alfonso Jesús C. E. por su parte besa nuevamente a la víctima, al igual que en video anterior al tiempo que sujeta su cabeza contra la de él valiéndose de su brazo derecho al tiempo que introduce su mano izquierda para tocar el pecho derecho de la Sra. XXX por debajo de la ropa. Finalmente Jesús E. D. toca nuevamente el pecho derecho de la perjudicada por encima de la ropa con su mano derecha mientras, como en el caso anterior, está sentado a la derecha de la misma.

En cuanto a la identidad de los autores y de la víctima simplemente señalar que

ninguna duda cabe de la participación de los acusados a los que se ve el rostro y de que la víctima es la Sra. XXX por cuanto si bien el rostro de la misma se encuentra girado hacia el Sr. C. E. al sujetarla este para besarla, el vestido, pendientes, anillo e incluso el teléfono móvil que descansa (más que ser sujetado) en una de las manos de la misma sirven para reconocer sin ningún género de dudas a la víctima.

Es incuestionable que el día que se producen los hechos hay una “primera parte” penalmente irrelevante, constituida por lo sucedido en la feria de Torrecampo y hasta el momento en el que la Sra. XXX decide marcharse en dirección a Pozoblanco en compañía de los aquí acusados. En esa parte de la noche se conocen la perjudicada y los acusados, trabando la misma relación con el Sr. G. E. en unos términos que aun sin constar suficientemente acreditados no determinan ni la posible justificación ni tan siquiera la explicación de lo posteriormente sucedido más allá de la decisión de la Sra. XXX de volver a su localidad de residencia en compañía de los acusados, pero en todo caso sin que en la actuación de estos se aprecie la realización de conducta alguna ajena a derecho. No se entiende que tenga relevancia alguna la causa por la cual la Sra. XXX decide regresar a su lugar de residencia en el coche junto con los acusados ni si esa decisión tuvo que ver con el hecho de que la misma pudiese sentirse atraída por alguno de ellos en tanto que dicha posibilidad no habilitaría a los mismos para realizar actos como los llevados a cabo.

Es en ese trayecto, extremo este acreditado a través de los metadatos de los videos tantas veces mencionados que permiten fijar la geolocalización del terminal telefónico, y evidentemente con ello de los acusados y de la víctima, en el momento de producirse los hechos/de obtener la grabación.

Ciertamente la información que la Sra. XXX puede aportar al respecto es escasa y exclusivamente referida a lo sucedido antes y después del trayecto entre Torrecampo y Pozoblanco. Así la misma, quien viene a reconocer el haber bebido bastante en tanto que admite que había bebido previamente en Añora y había estado haciendo botellón en la puerta de la “Disco Caseta XXX”, señala haber entrado en la misma y haber conocido entre la 03:30 y las 04:00 h al “sevillano” con el que llega a *tontear*. Si bien, y como acaba de indicarse, admite haber bebido señala no haberlo hecho hasta el punto de embriagarse diciendo que no recuerda haber tropezado o caído al suelo.

Sabe que abandonan la caseta cuando esta cierra y decide volverse con Alfonso C. si bien no puede precisar si estaban cerca del aparcamiento o con quien sale de dicho lugar.

Sea como fuere dice que cuando recupera la consciencia se encuentra aturdida, sentada en la parte central del asiento trasero del vehículo, sólo con la ropa interior, su vestido en el suelo, estando ya en Pozoblanco y solamente ve a Alfonso C. delante conduciendo. En ese momento se pone el vestido y le pregunta al Sr. C. que ha pasado contestándole este de manera agresiva y solicitándole que le haga una felación. Refiere que sabe que termina pasándose a los asientos delanteros si bien no es capaz de precisar cómo y no recordando que le ofrecieran, tal como sostiene alguno de los testigos, tomarse otra copa

Volviendo al núcleo de la conducta ilícita, en cuanto al atentado contra la libertad sexual de la víctima, y por más que la defensa pretenda restar relevancia a las conductas llevadas a cabo por sus defendidos, se considera que es incuestionable el carácter sexual de las conductas. Como muchos otros elementos lo que haya de considerarse como *sexual* tiene un elevado componente cultural en cuanto que lo que en determinadas zonas y épocas se considera que afecta a dicho ámbito puede que en ese mismo momento pero en otras zonas y, muy en particular, en otros momentos, pueda carecer de dicho carácter. Ahora bien, de lo que pocas dudas quedan es que zonas de la anatomía femenina como los pechos sí tienen dicha connotación. Baste plantearse que a salvo situaciones puntuales se trata de una parte del cuerpo que la totalidad de las mujeres cubren y ocultan, en el desarrollo de la vida ordinaria, a la vista de terceros. De ese modo el pretender ver dicha parte de la anatomía y, más allá de ello el pretender acariciarla no deja de ser un acto con un incuestionable carácter sexual y, consecuentemente, el pretender realizar la acción que se lleva a cabo en este caso solo puede entenderse admisible desde la existencia de un consentimiento por parte del sujeto pasivo. No obsta a lo anterior el hecho de que se toquen los pechos por encima o por debajo de la ropa o que cuando se introduce la mano esta llegue o no hasta el pezón por cuanto en todos los casos se produce un atentado contra la libertad sexual al imponer a quien no se encuentra en condiciones de decidir o de consentir dichos tocamientos la realización de los mismos.

En todo caso y como se refiere en la citada STS 632/19, de 18 de diciembre “*Como dijimos en la sentencia 615/2018, de 3 diciembre, esta Sala incluye en las conductas sancionadas por el tipo del Art. 183 1º, los actos de inequívoco carácter sexual, incluidos tocamientos en la zona vaginal o pectoral, idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, es decir su derecho a no verse involucradas en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad*”.

Del mismo modo, y en lo que se refiere a los besos en la boca tienen igualmente una connotación sexual, esto es, el acusado no besa a la víctima en la mano, en la frente o en la mejilla sino que lo hace en los labios, besos que habitualmente solo se dan a personas con las que se tiene una relación bien de carácter sentimental y/o sexual.

Poco ha de decirse en cuanto a la ausencia de consentimiento de la víctima, no porque como en algunos casos se pueda plantear alguna clase de debate en torno a su concurrencia sino porque difícilmente puede plantearse la posibilidad de que quien se encuentra en situación de inconsciencia pueda prestar de ningún modo dicho consentimiento. En este caso se desconoce completamente cual pudo ser la causa por la cual la Sra. XXX perdió la conciencia en el camino desde la feria a la localidad de Pozoblanco en tanto que el análisis del cabello de la misma llevado a cabo descarta el empleo de alguna sustancia que pudiese provocar dicho efecto e incluso se admite, por el médico forense en su informe, que pudiese ser el elevado consumo de bebidas alcohólicas el causante de la inconsciencia, pero sea como fuere de lo que ninguna duda cabe es de que en el momento de realizar los acusados su conducta la misma se encontraba inconsciente.

De ese modo, no mediando consentimiento de la víctima y en el entendimiento de que el tocar los pechos de la misma es un acto de naturaleza inequívocamente sexual no puede sino considerarse que la conducta de los acusados ha de incardinarse en el art. 181 del Código Penal.

No obsta a lo anterior ninguno de los intentos de algunos de los testigos de describir la situación de la Sra. XXX en el momento de llegar a la localidad de Pozoblanco como de normalidad. Así varios de los testigos refieren que tras llegar en otro de los coches a dicha localidad se dirigieron de inmediato a la vivienda de Antonio y, *curiosamente* después de una larga noche de fiesta lejos de ponerse a desayunar, acostarse o descansar vienen a sostener que inmediatamente después de entrar a la vivienda se dirigen directamente al balcón de la vivienda de manera que aunque los acusados con la víctima llegan apenas unos pocos minutos más tarde todos ellos son capaces de ver como esta se baja del vehículo y se muestra “normal” hasta el punto de que responde a la invitación de tomarse otra copa diciendo que no porque se iba para casa. Pero ni parece especialmente lógica esa conducta de los testigos que tras una larga noche de fiesta en vez de sentarse, desayunar....se dirigen al parecer directamente al balcón para observar la llegada de quien no saben cuanto va a tardar y sin que sean siquiera capaces de precisar como aparcan o las maniobras necesarias

para detenerse. Es más, incluso existen contradicciones entre los testigos en extremos tales como si la Sra. XXX pudo responder a la invitación a tomarse una nueva copa por cuanto mientras la Sra. C. D. (quien incluso en su declaración prestada en la instrucción de la causa admite que llama después de interpuesta la denuncia a la Sra. XXX para “presionar” a pesar de lo cual la defensa le otorga plena credibilidad), la Sra. C. D. y el Sr. V. P. (f. 377, 374 y 445, respectivamente, además de las manifestaciones del plenario) así lo afirman, M. R. O., quien, al parecer, estaba en el mismo balcón que los anteriores, señala en la declaración prestada en la instrucción de la causa (f. 371), tras indicar que M. J. invitó a la denunciante a tomarse otra copa que “...XXX no habló.”. Evidentemente es un mero detalle accesorio y, como se viene indicando, irrelevante en cuanto al fondo a la vista de la claridad de las grabaciones pero no puede dejar de aludirse al mismo en tanto que genera dudas en torno a la credibilidad del relato que pretende sostener que la perjudicada se comportaba con absoluta normalidad a la llegada a la localidad de Pozoblanco.

Como se viene expresando el video es suficientemente demostrativo de la ilicitud de la conducta de manera que aunque fuera cierto lo pretendido por la defensa y, consecuentemente con ello, no lo fuese el relato de la víctima en cuanto al hecho de haberse despertado desnuda o en ropa interior en el coche y haber sabido desde ese momento que había sido objeto de algún atentado contra la libertad sexual aun sin poder precisar con exactitud de que manera, no por ello las acciones grabadas perderían su naturaleza sexual y su ilicitud por el hecho de haber sido realizadas sin contar con el consentimiento de la víctima.

Se ha expuesto en el ordinal anterior como por la acusación popular la tesis de que los hechos deberían subsumirse en el delito de agresión sexual del art. 178 del Código Penal. Ya se han expuesto los elementos diferenciales y la necesidad de que para considerar una conducta incardinable en el precepto acabado de citar es preciso que concurren violencia o intimidación en la actuación del/de los sujeto/s activo/s y que dicha violencia o intimidación se emplee como medio para conseguir el fin ilícito.

En este caso no solo no existe indicio alguno de dicha violencia o intimidación *dirigida a consumir el atentado contra la libertad sexual* sino que la acusación que formula dichas conclusiones ni realiza siquiera una modificación en el relato de hechos provisionalmente propuesto que permitiera plantear la tipificación pretendida ni ofrece argumentos en base a los que se entienda procedente la mencionada subsunción. En toda la conducta llevada a cabo por los acusados el único atisbo de violencia se produce es en el

momento en el que tras llegar a Pozoblanco el acusado Sr. C. E. lleva a la Sra. XXX a su domicilio y le solicita, en dicho trayecto que le realice una felación y, al negarse la misma, el mencionado acusado la echa del vehículo de malos modos. Ya desde las primeras manifestaciones (f. 24 vto) la denunciante afirma a los funcionarios policiales que le golpea en la cara al menos un par de veces, en el brazo y que la empujó “...*todo ello con la finalidad de echarla del coche ya que ella no accedía a sus pretensiones...*”.

Pero ese empleo de la violencia no puede en modo alguno considerarse como un medio empleado por dicho acusado para conseguir el fin ilícito, que en este caso se alcanza aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima, sino como una actuación posterior, una respuesta al rechazo cuando el acusado ya era consciente de que no iba a conseguir lo pretendido.

En esos términos, ausente esa relación entre la conducta agresiva y la consecución del objetivo sexual no cabe considerar que la conducta llevada a cabo por los acusados es constitutiva de un delito de abuso, y no de agresión, sexual.

Del mismo modo, y por mera exclusión, al entenderse que los hechos no se comparte tampoco lo argumentado por la defensa en torno a la posible calificación de la conducta como constitutiva de un delito de vejaciones. Es incuestionable, y así se expresa la citada STS 623/19, de 18 de diciembre, que cualquier atentado contra la libertad sexual implica un ataque a la dignidad de la víctima, pero no por ello pueden confundirse los tipos que tutelan uno u otro bien jurídico específicamente.

Con relación a la distinción entre vejaciones y abuso sexual la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Secc. 3ª) de 31/05/2016 señala que:

“La delimitación del tipo básico respecto a las vejaciones injustas ha estado siempre anclada en la significación lúbrica inequívoca de los actos que se integran en el delito, de suerte que los tocamientos en los pechos, órganos genitales u otras zonas erógenas y sus proximidades, inclusive por encima de la ropa, bajo los actuales criterios socioculturales, cualquiera puede considerarlos razonablemente como intromisión en el área de su intimidad sexual y susceptibles de ser rechazados, si no mediara su consentimiento. En las vejaciones injustas, antes falta del art. 620.2º del Código Penal, está ausente el ánimo lúbrico, y por ello también los "tocamientos" sorpresivos sin consentimiento sobre dichas zonas corporales se valoran como delito de abuso porque exceden, y con mucho, del campo

de aplicación de la tal falta.

La vejación supone un ataque verbal o material en el que el agente se limita a invadir de modo superficial o leve la intimidad o el patrimonio moral de una persona con actos que revelan un simple propósito de ofender o vejar levemente, y sin que sean sugerentes de propósitos más incisivos sobre la libertad sexual de la persona.

b) Y por lo que respecta al art. 173.1 del Código Penal que invoca la defensa del procesado, en él se castiga a quien infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. Se trata del rechazo más absoluto para cuanto represente o suponga menosprecio a la dignidad humana en cualquier caso y sean cuales fueren las circunstancias. Por trato degradante se ha entendido "aquél que pueda crear en las víctimas sentimiento de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral " (STS 29-9-98).".

En este caso ninguna duda cabe del contenido sexual de la conducta de modo que no cabe sino la condena por el delito de abuso.

2.- Del delito contra la intimidad.

Se trata en este caso de obtener, nuevamente sin consentimiento de la afectada, las imágenes en las que se observa como los acusados realizan los tocamientos a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

Y como en el caso anterior el elemento fundamental de prueba viene a estar constituido por las grabaciones en sí mismas que, por los mismos argumentos acabados de mencionar, no pudieron ser consentidas por quien ni tan siquiera era consciente de lo que sucedía en ese preciso momento.

Ciertamente, y por la ubicación de los acusados en el coche (el Sr. G. E. conduciéndolo, el Sr. P. M. en el asiento del copiloto y los Sres. C. E. y E. D. en el asiento trasero sentado respectivamente a la izquierda y derecha de ella), como se apunta en el informe policial, pocas dudas caben de la veracidad de que es el Sr. P. M. quien con el teléfono del Sr. G. realiza las grabaciones. Ahora bien, aparte la ausencia de la ausencia de consentimiento de la víctima que aparece inconsciente en las imágenes no se trata de grabaciones realizadas de manera subrepticia sino en las que todos los acusados participan con conciencia de las mismas sonriendo o realizando gestos a la cámara, o lo que es igual, se

aprecia como existe un acuerdo en la realización de las grabaciones de modo que todos ellos han de ser igualmente responsables.

Se considera que resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del art. 197 del Código Penal por cuanto se realiza en este caso una difusión de las imágenes grabadas a los grupos de WatshaApp de los que los acusados forman parte. En cuanto a dicha difusión el informe pericial realizado por la Policía Foral de Navarra es suficientemente expresivo. Esto es, en primer lugar a las 07:45 h del día 01/05/2016 el video IMG 5847.MOV se remite, y consecuentemente se comparte, al grupo de WatshApp “La Manada” desde el teléfono en el que dicho vídeo había sido grabado el nº XXX del que es titular Antonio Manuel G. E. (f. 16), esto es, como el propio informe indica, 22 minutos después de la grabación se comparte el video con terceros. Dicho grupo de chat o de WatshApp está formado por los cuatro acusados y por otras tres personas más ajenas a la causa y es a partir de la remisión de dicho video cuando se produce la conversación respecto de la que tantas lagunas de memoria presentan los testigos.

Ese mismo video es remitido desde el teléfono XXX, perteneciente a José Angel P. M., a las 07:52 h al chat “El Peligro” (f. 163 vto) del que forman parte, además de dos de los acusados, otras 19 personas ajenas a la causa. Nuevamente, y aparte la amnesia sufrida por los testigos integrados en el mencionado grupo que deponen como testigos las respuestas dadas son más que reveladoras del contenido del video.

En relación a este punto se cuenta con la prueba testifical de algunas de las personas que forman parte de los grupos de WatshApp denominados “Peligro” y “La Manada”, tanto aquellos que estuvieron presentes esa noche en la mencionada feria como otros que solo mantuvieron el contacto a través de dicha aplicación del teléfono móvil. Antes de entrar al contenido de las declaraciones ofrecidas en la vista ha de aludirse a la alegación realizada en el informe por la acusación popular a los cambios producidos en el modo de situarse los acusados en la Sala de Vistas en las diferentes sesiones del plenario y que dicha parte entiende que pudieron deberse a un intento de presionar a los testigos que cada uno de los días fijados había de comparecer. En este punto señalar que si este juzgador hubiera apreciado algún intento en tal sentido por razones obvias hubiera adoptado las medidas precisas para evitar cualquier clase de interacción entre acusados y testigos llamando además la atención que esa referencia se haga en el trámite de informe y no se advirtiese, caso de haberse observado alguna clase de anomalía, en el mismo momento de producirse para de ese modo posibilitar la referida adopción de medidas. Sea como fuere señalar que más allá

de la credibilidad que pueden ofrecer los diferentes testimonios, y a la que se va haciendo referencia a lo largo de la presente resolución, no se entiende que pueda hablarse de esa *presión o influencia* sobre las personas que prestaron declaración. También se alude al “saludo” (guiñando un ojo primero y tocando levemente después) de uno de los agentes de la Policía Local a uno de los acusados. Es incuestionable, y ello se encuentra implícito en la misma naturaleza humana, que puede haber personas más próximas por multitud de razones a unos u otros implicados en los hechos, pero dicha circunstancia por sí misma no determina la absoluta invalidez del testimonio sino que simplemente exige una mayor cautela en la valoración del mismo en tanto que la afinidad, amistad o proximidad con alguno de los relacionados con los hechos no impide decir la verdad sino que exclusivamente, si el testigo como debe de esperarse cumple con su deber, puede afectar al prisma a través del cual se contemple lo sucedido.

Así J. V. P., quien indica haber estado presente con los cuatro acusados en la feria de la localidad de Torrecampo señala que no vuelve con ellos porque eran dos los coches y había más personas saliendo de la localidad acabada de citar en dirección a Pozoblanco antes de que lo hicieran los acusados a quienes esperan en la casa de Antonio apenas unos 5 ó 6 minutos. Dice el Sr. V. que no recuerda si recibe un vídeo en el grupo “La Manada” pero que él lo tiene configurado para que no se descargue nada y aunque no lo afirma con rotundidad cree que él no escribe nada en ese grupo. A la vista de esa respuesta se le pregunta si no es cierto que escribió que “*vino de follarse a la bella...*” (f. 848) a lo que responde diciendo que “*si está escrito, está escrito, pero que no lo recuerda*”. A este respecto pocas dudas quedan de que una “respuesta” como esa, que consta enviada desde el teléfono del que reconoce ser titular, solo pudo deberse a un previo documento gráfico de contenido sexual. No se le ocurre a este juzgador que tras el envío de un video como el que es objeto de valoración en este caso pueda plantearse que dicha respuesta tiene alguna razón de ser diferente de la de considerar la conducta grabada como el final de una noche en la que uno o varios de los integrantes en el grupo de amigos hubieran mantenido relaciones sexuales con la víctima.

Por su parte J. G. M., quien participa en el grupo de WhatsApp denominado “Peligro” afirma que solo conoce a José Antonio P.. Como el anterior dice no recordar el contenido del video que se remite al grupo esa mañana ni los mensajes enviados por él respondiendo cuando se le cuestiona por lo dicho en el Juzgado de Instrucción que si en su declaración pone que lo hizo en “plan de broma” será porque lo diría. A este respecto el testigo, en la declaración prestada en la instrucción de la causa (f. 558) incidiendo en la

ausencia de recuerdo sobre el video o los mensajes si afirma haberlo podido ver sostiene cosas tan difíciles de entender (al menos para este juzgador) como que sin saber si el contenido es o no de naturaleza sexual o cuales fueren sus circunstancias sostener que la expresión, que no niega ni desmiente, “la habrán tirado al río” se realiza en tono de broma y en relación al resto de comentarios.

No mucha más información aporta a la causa D. C. P. quien conoce a los acusados y reconoce ser amigo de “XXX” y que participa del grupo “Peligro”. Como los anteriores tampoco recuerda el video ni tan siquiera lo que dijo en el Juzgado de Instrucción. Se le cuestiona por si se ve un “cuerpo humano inconsciente” a lo que como los anteriores responde con un “*si está, sería...*” precisando que cuando alude a Carmen o a Joselito se está refiriendo al apodo o “nick” empleado por “XXX”. No es capaz tampoco de recordar si dijo “¿*está muerta o qué?*” (F. 853) o de sí en la instrucción de la causa si pudo acordarse de dicho extremo (f. 627 en el que si recuerda dicho comentario).

S. B. G., a la sazón primo de A. B. que si bien no es parte en esta causa resultó condenado junto con los aquí acusados por los hechos producidos en Pamplona, miembro de “Peligro” se muestra tanto en el plenario como en la instrucción (f. 553) igualmente carente de memoria no recordando si se envía un video, si escribe “*bukake*” (f. 851) o si escribe que “anoche hubo de todo”, como él mismo dice su declaración puede limitarse a dos extremos (ya que en el plenario al menos no dice como en la instrucción que ni tan siquiera sabe el término que él escribe de “*bukake*”), el primero el reconocer que su teléfono es el nº XXX, esto es, el que aparece como integrante del chat y desde el que se envían los mensajes que ahora no recuerda, lo segundo es que no recuerda nada de nada en cuanto a los referidos mensajes.

L. P. R., integrado en el grupo “Peligro” sí recuerda, siquiera en la declaración prestada en la fase de instrucción (f. 561) el contenido del video aunque parece querer, consciente o inconscientemente, suavizar las imágenes que cualquiera puede ver del mismo en tanto que él sostiene en aquella declaración que la víctima estaba medio dormida cuando lo que se aprecia es que se encuentra en situación de inconsciencia y limita las conductas de los acusados a un beso “en la boca o al lado de la boca” (a Alfonso C.) y dice que el Sr. P. M. le toca el costado pero sin llegar a tocarle el pecho cuando, como se ha expresado con anterioridad, el video demuestra una realidad diferente. Llama en cuanto a este testigo la atención, por lo declarado en la instrucción, como recuerda muy por encima tanto el video como los mensajes, como insiste en que los comentarios eran en todo caso en tono jocoso

pero sea capaz de afirmar con cierta rotundidad que "...si la chica se montó en el coche fue conscientemente y no porque la hayan drogado". Ciertamente en la presente causa no se atribuye a los acusados el emplear sustancia alguna para provocar la inconsciencia de la misma e incluso el médico forense piensa que es probable que dicha situación pudiera deberse al elevado consumo de alcohol por parte de la víctima, ahora bien, sorprende que quien no ha estado en ese lugar y en relación a un hecho que, según el mismo, no ha revestido la menor importancia se pueda afirmar con seguridad la existencia de dicha voluntariedad. No se trata de que el testigo tenga o no razón, se trata del conocimiento parcial en cuanto a lo que a los acusados pueda beneficiar aun sin razón alguna para tener dicho conocimiento que unido al intento de suavizar imágenes que hablan por si solas llevan a dudar del verdadero interés del testigo.

Finalmente F. S. P., igualmente participante de "Peligro", titular del teléfono XXX, no recuerda en el plenario el contenido del video que si recordaba en la declaración prestada en la instrucción de la causa (f. 629). En dicha declaración, como el anterior, ofrece una versión que no cabe calificar sino como "edulcorada" porque se habla de un beso en la mejilla o de que alguien que no recuerda la rodea con los brazos cuando el video es claro en los términos expuestos. Curiosamente, y aun cuando consta que es desde su teléfono desde el que se remite el comentario no recuerda haber escrito lo de "*que habilidad conduciendo con una mano y con la otra cogiendo una teta*" (f. 852).

A la vista de lo expuesto, no se trata de otorgar una importancia vital al testimonio de los acabados de citar, sino de corroborar que aquello que los funcionarios policiales hacen constar en sus informes, esto es, que desde un determinado terminal telefónico se envían unos videos, eso es, se difunden en los términos del apartado 3 del art. 197 del Código Penal, con un contenido que si bien los testigos casualmente casi no recuerdan, si es por la descripción y los comentarios compatible con el contenido de las grabaciones que resultan objeto de esta causa.

En esos términos ha de partirse de un primer dato, cual es el de la existencia de los videos y de su contenido. Se pretende asumir la totalidad de la responsabilidad por parte de José Angel P. en tanto que si bien en la instrucción de la causa no responde a pregunta alguna referida a lo sucedido en el trayecto de Torrecampo a Pozoblanco y en el acto del plenario se acoge a su derecho a no declarar como el resto de acusados cuando se le ofrece el derecho a decir la última palabra en la vista afirma ser el único responsable de la grabación y haber sido él quien sin conocimiento del resto envía el video a los grupos de WatshApp.

Consta en el informe emitido por los agentes de la Policía Foral de Navarra (f. 13 vto) como es José Angel P. M. quien lleva a cabo la captación de las imágenes de los dos videos por cuanto a pesar de que se realizan las grabaciones con el teléfono del Sr. G. E. lo cierto es que por la propia perspectiva de las grabaciones las mismas se realizan desde la posición de copiloto, esto es, el lugar ocupado por el Sr. P. M..

Evidentemente, aun sentado que los demás acusados cuando de captar las imágenes a las que se viene haciendo referencia prácticamente “posan” de modo que muestran de manera implícita su conformidad con dicha grabación ilícita, no puede afirmarse lo mismo en cuanto a la remisión del video a los grupos y lo que ello conlleva, no se entiende que haya de considerárseles al resto responsables de la comisión del subtipo agravado por la difusión de las imágenes. Es innegable que por el modo de comportarse los acusados, parece que pudiese ser así, pero la sospecha de que existiera acuerdo en cuanto a la difusión de los videos (el *pactum scaeleris* al que alude el Ministerio Fiscal en su informe) es en todo caso, por sí sola, insuficiente para poder aplicar a todos los acusados el apartado 3 del art. 197 del Código Penal por el que se solicita su condena. Dicho subtipo resultará aplicable a aquel o aquellos que realicen la difusión del video o a quienes compartan dicha voluntad de transmisión a terceros. En este caso es el Sr. P. M. quien lleva a cabo la grabación y quien afirma que desde el teléfono del Sr. G. lo remite al grupo de WatshApp “Peligro” del que como quiera que forma parte lo reenvía a su vez a otro grupo en el que también se integra “La Manada”. Como se viene diciendo ninguna duda cabe de que el envío se verifica desde el terminal del Sr. G. (o si se prefiere, desde un terminal telefónico en el que se encuentra insertada la tarjeta SIM de la que él es titular) lo que lleva a plantear la duda de si se realiza por este o incluso por el Sr. P. pero con el conocimiento y aceptación de aquel. En primer lugar ha de partirse de la inmediación temporal entre el momento de la captación de las imágenes, las 07:45 h y el del envío, las 07:52 h. Pues bien, ese lapso temporal unido al punto kilométrico en el que, conforme a los metadatos obtenidos del terminal telefónico, lleva a considerar que la difusión del video se realiza cuando aún están los cuatro acusados en el coche, antes incluso de llegar a Pozoblanco, y lo que ello conlleva, que se envía el mensaje mientras el Sr. G. está conduciendo el vehículo. A partir de ese momento resulta imposible conocer cual pudiese ser el modo en el que se desarrollan los hechos, esto es, si el Sr. P. M. devuelve o no el teléfono a su propietario y es este quien lo envía o si es otro de los acusados e incluso el mismo Sr. P.. No consta que ninguno de los acusados, a diferencia de los testigos a los que anteriormente se ha hecho referencia, comentara nada en relación a dichos videos en ninguno de los grupos de WatshApp “Peligro” o “La Manada” que denotara ni su disconformidad ni tampoco su conformidad con dicho envío, pero lo cierto es que esta

conformidad hubiera debido de acreditarse para considerar posible el imputar el delito a aquellos cuya participación solo se demuestra en relación a la obtención de las imágenes. En apoyo de que pudiere tratarse de una decisión *unilateral* del Sr. P. de manera que no resultaría procedente la aplicación de la figura agravada al resto, puede argumentarse que era él quien tenía minutos antes el teléfono y cabe considerar como muy lógico y razonable que tomando uno de los teléfonos, el del Sr. G., enviase el video a un grupo del que él formaba parte para a continuación ya poder él a su vez reenviarlo desde el teléfono de su propiedad del modo que deseara (en este caso enviándolo a “la manada”).

Como consecuencia de todo lo expuesto se considera que procede la condena de tres de los acusados, esto es, Alfonso Jesús C. E., José E. D. y Antonio Manuel G. E. por un delito contra la intimidad del art. 197.1 del Código Penal y a José Angel P. M. por un delito contra la intimidad del art. 197.1 y 3 del mismo texto legal.

3.- Del maltrato de obra.

Finalmente, y en lo que se refiere a la condena por el delito de maltrato de obra del art. 147.3 del Código Penal señalar que se considera suficiente prueba del mismo el relato ofrecido por la víctima al que ya se ha aludido, esto es, en cuanto expresa que llegados a la localidad de Pozoblanco y cuando ella, tras vestirse se coloca en el asiento del copiloto el Sr. C. entrena le solicita que le realice una felación y, al negarse a ello, éste la golpea y la empuja para echarla del coche conducta esta que ha de subsumirse en el mencionado precepto.

Considera el representante del Ministerio Público en su informe que este delito, más allá de la consideración como leve en el catálogo legal, reviste una singular importancia en tanto que en relación al mismo solo se cuenta con el testimonio de la víctima. Se trata evidentemente de un dato este incuestionable en tanto que al igual que se cuenta con las grabaciones y los mensajes de WhatsApp para demostrar la existencia de los abusos, la captación de las imágenes y su difusión, en lo que se refiere a lo sucedido en el coche cuando ya en Pozoblanco se dirigían hacia el domicilio de la Sra. XXX solo se cuenta con lo declarado por esta y con el silencio del Sr. C. E.. Dicho silencio, más allá de lo establecido por ya mencionada “Doctrina Murray” que no resulta de aplicación en este caso, no puede en modo alguno tomarse como reconocimiento tácito sino como negación de las imputaciones.

Y se considera que el citado testimonio es bastante para acreditar los hechos. Evidentemente el hecho de contar como fuente principal de prueba o incluso como única prueba con el testimonio de la perjudicada no equivale a ausencia de prueba por cuanto el testimonio de la víctima ha sido considerado por el Tribunal Supremo de un modo reiterado como suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia. Así pocas dudas caben de que ya se encuentra ampliamente superado el aforismo que proclamaba “*unus testis, nullus testis*”. Ahora bien, realizar el juicio de valor necesario en cuanto al que proceda darle a cada testimonio de cargo o descargo implica un elevado riesgo. La psicología del testimonio lamentablemente no ofrece reglas absolutas a las que acogerse para dar mayor o menor credibilidad a un testimonio u otro cuando dos o más se enfrentan y describen realidades materiales absolutamente incompatibles y las máximas de la experiencia si bien resultan una herramienta indispensable en la realización de la función jurisdiccional no impiden reconocer que pueden hallarse personas con la capacidad de exponer de un modo firme y sosegado cualquier hecho incierto hasta el punto de resultar plenamente creíble, al igual que otras resultan incapaces de exponer la verdad con un mínimo de consistencia.

Como quiera que la línea existente entre el eliminar el valor de una prueba testifical y el otorgar plena validez y fuerza probatoria sin más al testimonio del perjudicado (quien puede en ocasiones actuar movido por móviles poco éticos y nada acordes con la justicia) es a veces una línea un tanto difusa, se ha venido exigiendo la concurrencia de algunos requisitos, no con carácter exhaustivo, pero sí como elementos a tener en consideración de cara a la valoración de un testimonio como el de la víctima, así:

A) Ausencia de incredibilidad subjetiva. A su vez deben dentro de este concepto distinguirse dos cuestiones diferenciadas:

a) Han de valorarse las condiciones físicas o psicoorgánicas del testigo-víctima por cuanto pudieren afectar al contenido de del testimonio, debiendo tomarse en consideración su grado de desarrollo y madurez, y la existencia de cualesquiera patologías que pudieren afectar a la credibilidad tales como enfermedades o trastornos mentales o deficiencias en la percepción.

b) La inexistencia de móviles espurios en la víctima que hagan dudar de la sinceridad de su testimonio generando dudas sobre la veracidad de los hechos relatados.

B) La verosimilitud del testimonio, entendida en un doble aspecto:

a) En primer término debe exigirse una coherencia interna de la propia declaración no debiendo resultar inverosímil o contener elementos contradictorios entre sí.

b) Necesidad de corroboraciones externas de carácter objetivo obrantes en el proceso. Obviamente no se trata de exigir otra “prueba” porque de concurrir no hablaríamos del testimonio como única prueba de cargo, sino de elementos o datos que vengán a ratificar lo declarado por la víctima. Dichas corroboraciones pueden ser de la más diversa naturaleza, desde la acreditación de elementos circunstanciales relacionados con el objeto del proceso o incluso la mera existencia de contradicciones o manifestaciones que se acreditan inciertas en el testimonio del acusado. En otros casos pueden ser otros datos tales como manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etc. Debe destacarse en este punto en todo caso la no obligatoriedad de dichas corroboraciones por cuanto ello llevaría a la impunidad en aquellos delitos que no producen resultados externos o no dejan vestigios materiales de su producción.

C) Persistencia en la incriminación debiendo exigirse que la versión ofrecida por la víctima, al menos en lo fundamental sea mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Ello exige lo siguiente:

a) Persistencia o ausencia de modificaciones sustanciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima que no deben contradecirse ni desdecirse.

b) Concreción en la declaración que ha de emitirse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

En relación a esta problemática de la valoración de la declaración de la víctima, la STS nº 119/2919, de 6 de marzo (ponente Excmo. Sr. Magro Servet) determina:

“Pero recordemos que es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes:

1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.

2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.

3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.

4.- "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.

5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.

6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.

7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.

8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.

9.- La declaración no debe ser fragmentada.

10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.

11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

Por otro lado, ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o "revictimización" por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.

2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.

3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.

4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.

5.- Deseo al olvido de los hechos.

6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.

Y en este caso se entiende que la declaración de la víctima resulta suficientemente firme y convincente aparte la apreciación de que la misma pudiese estar incómoda y aun temerosa en el momento de ofrecer su declaración fundamentalmente al revivir situaciones que, una vez conocidos los hechos, le resultan dolorosas. Ya se ha hecho referencia con anterioridad a alguna de las dudas sobre la credibilidad del testimonio que plantea la defensa de los acusados así como lo que considera la irracionalidad de la conducta que se atribuye al Sr. C. E. en ese final del trayecto recorrido, pero a pesar de la existencia de mínimas variaciones se entiende que el relato ofrecido en ese punto es plenamente coherente desde un primer momento, que lejos de intentar cargar las tintas contra el acusado reconoce (lo que como se ha visto resulta determinante de cara a una tipificación de menor gravedad) que el empleo de la violencia no se dirigió a la consecución del objetivo sexual perseguido sino una respuesta agresiva al rechazo al mismo por parte de la víctima y viene a resultar corroborado de algún modo por la propia conducta de la Sra. XXX quien instantes después de bajarse del vehículo ya realiza la primera llamada a un conocido manifestando haber sido objeto de una agresión sexual. En relación a este último aspecto se pregunta este juzgador sí como se pretende por la defensa con base a las testificales ya aludidas al llegar a Pozoblanco se baja del coche (evidentemente ha de entenderse que completamente vestida) y con relativa normalidad se introduce de nuevo en el mismo para, acompañada del Sr. C. E. para dirigirse a su domicilio, si como se sostiene no sería lógica la propuesta de realizarle una felación por parte del citado acusado, y partiendo de a la vista de los imágenes la misma no fue consciente del trato al que se la sometía por los acusados, ¿cuál sería la causa por la que esta habría llamado apenas unos minutos después de bajarse del coche a un conocido para decirle que había sido víctima de una agresión sexual?. La respuesta más razonable a dicha pregunta es la de que en el coche, y cuando ya la denunciante se encontraba a solas con el Sr. C. hubo de ocurrir algo que la llevó a dicha consideración, en este caso el despertarse en ropa interior y el ser requerida a realizar una práctica sexual no deseada. Por ello se entiende creíble lo expuesto por la perjudicada y suficiente para acreditar el maltrato sufrido.

CUARTO.- De las referidas infracciones resultan responsables, en concepto de autores, los acusados, por su directa, material y voluntaria en la ejecución, a tenor de los artículos 27 y 28.1 del Código Penal del modo siguiente:

- ALFONSO JESUS C. E. ha de ser considerado autor de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 y 2 del Código Penal; de un delito contra la intimidad del art. 197.1 del mismo texto legal y de un delito de maltrato de obra del art. 147.3 del mencionado texto punitivo.

- JESUS E. D. autor de un delito de abusos sexuales y de un delito contra la intimidad anteriormente definidos en el caso del anterior.

- ANTONIO MANUEL G. E. como el anterior autor de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 y 2 del Código Penal y de un delito contra la intimidad del art. 197.1.

- JOSE ANGEL P. M. se considera autor de un delito de abusos sexuales ya definido y de un delito contra la intimidad, en su caso de los apartados 1 y 3 del art. 197 del Código Penal.

QUINTO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

SEXTO.- Para un adecuado cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 120.3 de la Constitución, deben explicitarse los criterios utilizados en orden a la individualización judicial de la pena, dentro de un estricto respeto a los mandatos legales.

El delito de abusos sexuales del art. 181.1 del Código Penal la pena ha de ser la de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Por lo que se refiere al delito contra la intimidad del art. 197.1 del citado texto punitivo la pena ha de ser la de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses penas estas que, conforme a lo dispuesto por el apartado 3 del mismo precepto y en el caso de José Angel P. M. ha de ser de dos a cinco años de prisión. Finalmente en lo referente al delito de maltrato de obra la pena ha de ser la de multa de uno a dos meses.

Dentro de esos marcos penológicos, y al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena ha de fijarse en la extensión que se considere adecuada

teniendo para ello en cuenta las circunstancias personales del autor y la entidad de los hechos (art. 66.1.6ª del Código Penal). Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Secc. 4ª) de 05/03/2012 que *“De forma más específica es posible advertir una línea de pensamiento bastante afianzada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que concibe la operatividad de los distintos fines asignados al Derecho Penal a través de un modelo específico de individualización judicial de la pena, a saber, un modelo estructurado sobre la base de la denominada teoría de los espacios en juego, desarrollada por la jurisprudencia, decíamos, y doctrina germánica. Esta línea jurisprudencial, cuyo exponente es la STS de 3-2-2009, resulta relevante no sólo porque concede operatividad en la fase de medición judicial a los distintos fines de la pena, sino porque además constituye una toma de posición específica respecto del proceso a través del cual dichos fines adquieren incidencia en la decisión cuantitativa de la pena. Lo que advierte el sistema o modelo de determinación judicial asumido por esta línea jurisprudencial (en este sentido la STS de 22-5-2009 , STS de 25-6-2009 , STS de 3-12-2008) implica, en concreto, que el juez debe establecer primero un marco proporcional a la gravedad de la culpabilidad del autor del delito, ámbito de pena que debe ubicarse al interior del marco penal típico (se trata de sub-marco cuyos límites superiores o inferiores no coinciden con los del marco legal abstracto) y dentro del cual regirán para la cuantificación exacta de la medida de pena a imponer razones de corte preventivo. El marco adecuado a la gravedad de la culpabilidad sería fijado en este razonamiento por el juez en función de exigencias retributivas de pena, pues se trata de determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Y luego de establecido dicho marco proporcional, el juez debe proceder a fijar en su interior la cuantía concreta de sanción sobre la base de los criterios de índole preventivo.”*

Por su parte, la STS de fecha 5 de mayo de 2010, expone:

“...en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva...La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando;

estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá: En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica. En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta. Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad...".

En concreto, y por lo que a las circunstancias personales del delincuente se refiere la STS de 6 de abril de 2011 expone que:

"...cuando el Código Penal hace referencia a las circunstancias personales del delincuente, está pensando en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, sus posibilidades de integración en el cuerpo social, siendo factores que exigen modular la pena ajustándola a dichas circunstancias personales."

Por su parte De Vicente Martínez (Vademecum de Derecho Penal, Ed. Tirant Lo Blanch, 2018) considera que las circunstancias personales son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado al sujeto a delinquir, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

Dicho lo anterior ha de aludirse a las penas (y medida de seguridad) que se considera adecuado imponer por cada una de las infracciones de las que se entiende son responsables los acusados:

1.- Delito de abuso sexual.

En cuanto al abuso sexual ha de comenzarse diciendo que las conductas desarrolladas, más allá de la evidente ilicitud penal a la que se viene haciendo referencia, no se considera que revistan *en sí mismas* una especial gravedad. En una sociedad en la que lamentablemente se producen numerosos atentados contra la libertad e indemnidad sexuales conductas tales como tocar los pechos o besar en la boca, siendo incuestionablemente merecedoras de reproche no pueden ser comparables con otras de una gravedad muy superior. Ciertamente no pueden dejarse de lado ni ignorarse las consecuencias que para la víctima se han derivado de los hechos pero, como se expondrá de cara a la determinación de la cuantía de la responsabilidad civil, han sido varios los factores, y muchos de ellos completamente ajenos a los acusados, que han contribuido a la causación de tal daño. Esto es, siendo causalmente producidas por la acción desarrollada por los autores del hecho

Evidentemente las circunstancias personales de los acusados, quienes con posterioridad a estos hechos llevaron a cabo una conducta ilícita de mayor gravedad aún, los tantas veces mencionados hechos cometidos en Pamplona y cuya notoriedad pública ha sido muy importante, llevan a considerar que la consecución de los fines de prevención especial de la pena determinan la necesidad de una pena en extensión superior al mínimo legal.

En esos términos se entiende procedente imponer, a cada uno de los acusados, la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION.

Como accesoria se ha de imponer la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Como pena accesoria se solicita la prohibición de aproximarse y comunicar los acusados para con la perjudicada por los hechos enjuiciados por plazo de diez años, como se indica en los antecedentes de hecho por cada uno de los delitos menos graves. A este respecto se trata de una pena accesoria que, de conformidad con lo establecido por el art. 57 del Código Penal, no es de imposición obligatoria sino facultativa de modo que se han de valorar las concretas circunstancias concurrentes, en particular la existencia o no de riesgos para la víctima que es a quien, al fin y a la postre, se pretende proteger con la imposición de la pena. Entiende este juzgador que las probabilidades de reencuentro entre la perjudicada y los acusados es escasa en primer lugar porque la condena a la que anteriormente se ha hecho referencia y que les ha sido impuesta por los hechos llevados a cabo en Pamplona es de una duración suficientemente extensa. De otro lado no consta la existencia de concreta vinculación de los acusados con la localidad de residencia de la víctima. Ahora bien, en todo caso sí han de tenerse en consideración los posibles perjuicios que cualquier aproximación pudiese causar a la Sra. XXX. La misma ha sufrido unos perjuicios psicológicos, derivados causalmente de la conducta ilícita con la concurrencia de otro conjunto de circunstancias de manera que lo que ha de evitarse es cualquier posible recaída derivada de dicha posible aproximación. Como consecuencia se entiende que procede la imposición de la pena de prohibición de aproximarse los acusados a XXX, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la misma a distancia inferior a 500 metros así como de comunicar con la misma por plazo de CUATRO AÑOS. A este respecto ha de partirse de que el propio art. 57.1 del Código Penal fija en cinco años (seis años y seis meses en los términos señalados por el apartado 2 del mismo precepto), no en diez, el límite máximo de extensión de la pena cuando se trata de delitos menos graves como en este caso, quedando reservada el límite de diez años para los delitos graves, o lo que es lo mismo, para aquellos cuya pena privativa de libertad máxima supera los cinco años de prisión lo que no solo no es el caso sino que excede incluso de la competencia de este Organismo conforme a lo dispuesto por el art. 14 de la LECr. De otro lado, y habida cuenta de las circunstancias concurrentes no se considera que haya de fijarse en el límite máximo. Ciertamente el resultado determina que, en la práctica y salvo quebrantamiento, la pena se aplique fundamentalmente a la prohibición de comunicación en tanto que la prohibición de aproximación ha de venir asegurada por el hecho de encontrarse cumpliendo otras penas privativas de libertad. Ahora bien, se entiende que la suma de las penas de esta naturaleza determina ese aseguramiento tanto de la posible comunicación como de los posibles acercamientos en el caso de disfrutar los acusados de alguna clase de permiso penitenciario.

Se solicita en el escrito de conclusiones provisionales por parte de la acusación

popular la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada. Ciertamente en el acto del plenario no se realiza la menor referencia a dicha medida pero lo cierto es que no se retira la solicitud de su imposición y que el art. 192 del Código Penal, a salvo la facultad prevista por el último inciso de dicho precepto, establece la necesidad de su imposición en general. Como acaba de decirse el Código establece una excepción a la imposición de la medida cuando se trate de un delincuente primario y siempre en atención a la peligrosidad del autor. En este caso es dos de los acusados, el Sr. C. E. y el Sr. P. M., no cumplen una de las condiciones en tanto que no son delincuentes primarios. En todo caso si consta que los cuatro han cometido hasta dos atentados contra la libertad sexual de dos personas en un breve periodo de tiempo lo que si hace considerar procedente la imposición de la mencionada medida de seguridad.

No se precisa por ninguna de las acusaciones en que haya de consistir exactamente dicha libertad vigilada, esto es, cuál de las obligaciones determinadas en el art. 106 del Código Penal ha de imponerse en tanto que exclusivamente se expresa el periodo de tiempo al que se ha de extender. En cualquier caso, y a la vista de las circunstancias concurrentes a las que a lo largo de la presente resolución se viene haciendo referencia se acuerda imponer a cada uno de los acusados la medida de seguridad de libertad vigilada consistente en la prohibición de aproximarse o comunicar con la víctima en los términos indicados anteriormente en relación a la correspondiente pena accesoria, por plazo de UN AÑO medida esta que, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 192 y 106.2 del Código Penal, la medida habrá de cumplirse una vez finalizado el de la pena privativa de libertad.

2.- Delito contra la intimidad.

En cuanto a este delito ha de establecerse una distinción entre tres de los acusados, los Sres. C. E., E. D. y G. E., a quienes se considera autores del tipo básico del apartado 1 del art. 197 del Código Penal y el Sr. P. M. al que se le atribuye el subtipo agravado de los apartados 1 y 3 del mencionado precepto.

En cuanto a los primeros se insiste en que no se encuentran razones de carácter objetivo en la conducta para considerar preciso un reproche especialmente intenso, más allá del previsto por el legislador a la hora de establecer el marco penológico del tipo e igualmente como en el caso anterior resulta notorio que los acusados reinciden en la grabación de las conductas ilícitas cometidas poco tiempo más tarde insistiendo como en el delito anterior en que ello determina la necesidad de un mayor reproche punitivo que

garantice, en lo posible, la consecución de los fines de prevención especial positiva de la pena. Del mismo modo tampoco se entiende prudente la imposición en la pena mínima ante la ausencia de cualquier circunstancia que determine la necesidad de minorar la penalidad en tanto que la imposición de dicha pena mínima sin concurrir atenuante alguna determinaría que en cualquier otro supuesto similar en el que si concurriese el trato no podía ser sino igual con la desproporción que ello conllevaría. En esos términos y partiendo del marco de penas al que anteriormente se ha hecho referencia se considera que han de imponerse a cada uno de los tres acusados mencionados al inicio de este apartado las de UN AÑO Y CUATRO MESES DE PRISION con la misma accesoria que en el caso anterior y la de QUINCE MESES DE MULTA.

Según el art. 50.5 del Código Penal, la pena de multa se impondrá teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. La medida de la responsabilidad se fija por la cuantía temporal de la multa y es el parámetro de la capacidad económica el instrumento que la Ley contempla para conseguir una igualdad de carga afflictiva de las penas pecuniarias con independencia de la posición económica del culpable. Atendiendo a la ausencia de datos ciertos sobre la posición económica del ya reo existe motivo para considerar pertinente la imposición de lo que en la práctica forense ha dado en llamarse cuota-tipo que viene aplicándose para casos en que no existe prueba cumplida de debilidad o bonanza económica quedando ya tal cuota-tipo bien cercana al mínimo legal: así, SSTS 49/2005 de 28-01; 1.058/2005 de 28-09; ATS 627/2005 de 28-04 o SSAP Vizcaya (Secc. 6ª) 358/2005 de 15-06; Barcelona (Secc. 10ª) de 28-02-2000; Málaga 188/2005 de 21-03; Málaga (Secc. 1ª) 145/2005 de 08-03; Málaga (Secc. 2ª) 97/2005 de 17-02; Sevilla (Secc. 4ª) 49/2006 de 30-01, que habla de “módulo residual” de seis euros; Sevilla (Secc. 7ª) 533/2005 de 16-12; Barcelona (Sección 2ª) 794/2000 de 05-07; Murcia (Sección 1ª) 156/2000 de 20-06; Madrid (Secc. 6ª) 161/2006 de 19-04, entre incontables más.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de junio de 2002, donde recoge la doctrina del alto tribunal sobre la graduación de la pena de multa, señala que la insuficiencia de datos acerca de la capacidad económica, incluso la ausencia de ellos, no conduce a la imposición de la cuota mínima (dos euros) que debe reservarse a los casos de indigencia o miseria. Fuera de estos casos resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior (de dos a treinta euros), próxima al mínimo.

En este caso no consta una especial capacidad económica de los acusados si bien, como se viene expresando a lo largo de la presente resolución, resulta notorio que los mismos se encuentran privados de libertad por otra causa cumpliendo penas de larga duración lo que evidentemente, y más allá de la posibilidad de que los mismos realicen trabajo retribuido en el centro penitenciario en el que se encuentran ingresados, limita su capacidad para obtener ingresos.

Sea como fuere, tampoco consta que su situación en general pueda calificarse como de indigencia o pobreza extrema, supuestos en los cuales como se ha dicho numerosas audiencias han venido aplicando “cuotas tipo” que si bien no resultan coincidentes de modo pleno fue fijándose en una cifra de, aproximadamente, seis euros al día si bien, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 2 de septiembre de 2010, ha ido en más de un caso elevándose a cifras entre los mencionados seis euros hasta doce euros al día. Del mismo modo la sentencia de la Secc. 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 21 de mayo de 2010 expresa que “...en una situación económica normal y en el contexto económico actual, la cuota-tipo estaría entre seis y dieciocho euros diarios, por debajo de la cual las sanciones pecuniarias quedarían en cuantías insignificantes y perderían su función sancionadora para convertirse en penas simbólicas.”.

Aparte lo expuesto el mismo hecho de comparecer con letrado libremente designado es un elemento que acredita una cierta capacidad económica. A este respecto la jurisprudencia se ha venido mostrando favorable a tomar de tal modo dicho indicio. Así cabe citar la STS de 28 de septiembre de 2005 y dentro de las Audiencias Provinciales la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Secc. 3ª) de 19 de septiembre de 2014, de la Audiencia Provincial de Castellón (Secc. 1ª) de 1 de julio de 2014, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Secc. 1ª) de 23 de junio de 2014, de la Audiencia Provincial de Alicante (Secc. 3ª) de 26 de agosto de 2013, de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 15ª) de 25 de julio de 2013 o de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 2ª) de 22 de julio de 2013.

En todo caso la fijación de una cuota anormalmente baja sin justificación alguna tiene unos mecanismos depresores del efecto de la pena que pueden eliminar todo rasgo de prevención general y especial.

Como consecuencia de ello, se considera procedente fijar la cuota diaria en la cantidad de OCHO EUROS.

Para el caso de impago resultará de aplicación lo dispuesto por el art. 53 del Código Penal.

Por lo que se refiere al Sr. P. M. la pena a imponer es, como se ha dicho, de dos a cinco años de prisión. En relación a este, y por similares argumentos a los acabados de expresar respecto del resto de acusados, se considera que procede imponer al mismo la pena de TRES AÑOS DE PRISION con la misma accesoria. Solicitan las acusaciones una pena superior a la expuesta, argumentando literalmente la representación del Ministerio Fiscal, que para ello ha de atenderse a las consecuencias “devastadoras” que la conducta ha tenido para la perjudicada. No pretende este juzgador minorar la relevancia de dichas consecuencias pero, como se expondrá a la hora de resolver lo procedente en cuanto a la responsabilidad civil, en la causación de los daños aparte de la propia conducta ilícita concurren otra serie de factores ajenos a los acusados y que determinan que se aprecie una cierta desproporción entre lo que sería el desvalor de la acción propiamente dicha y el desvalor del resultado entendiendo que sin perder de vista este último una adecuada ponderación de ambos lleva a fijar la pena en los términos que acaban de exponerse. Se argumenta por el Ministerio Público que no puede obviarse el dato de que la Sra. XXX tiene su domicilio en una localidad siquiera no muy grande en la que el anonimato existente en las grandes ciudades no es tal sino que es conocida por las personas con las que convive en su entorno vital y que ha sido la difusión, el conocimiento de lo ocurrido en dicho entorno lo que ha agravado las consecuencias sufridas por la víctima. Ahora bien, se entiende que lo que agrava las secuelas sufridas por la perjudicada no es tanto el conocimiento generalizado de lo sucedido por las personas del entorno de la Sra. XXX, como la reacción de algunas de las personas de dicho entorno. En relación a este aspecto la propia perjudicada en una de las entrevistas realizadas con la psicóloga Sra. G. S. (tal como consta en la página 12 del informe emitido por la misma y aportado por la acusación particular junto con escrito presentado el 26/04/2019 al que posteriormente se hará referencia) cuando se le pregunta por los síntomas que sufre viene a lamentarse de haber descubierto que a su alrededor había gente que no era de verdad, posiblemente en referencia a reacciones poco solidarias para con su persona o la perito indica que la perjudicada se ha sentido traicionada por personas de su “red social” (f. 7 del mismo informe), aspectos estos que por razones evidentes no pueden imputarse a los acusados.

En cuanto a este delito, y dando por reproducidos íntegramente los argumentos expuestos de cara al establecimiento de la pena accesoria de prohibición de aproximación y comunicación, se considera procedente imponer a cada uno de los acusados la pena de

prohibición de aproximarse a la víctima en los términos señalados y comunicar con ella por plazo de CUATRO AÑOS.

3.- En último lugar, y por lo que se refiere al delito de maltrato de obra del que se considera responsable al Sr. C. E., y partiendo de la limitación derivada del principio acusatorio, se ha de imponer al mismo la pena de UN MES DE MULTA.

Por los argumentos expuestos en el apartado anterior la cuota diaria ha de ser la de OCHO EUROS e igualmente ha fijarse en un día de privación de libertad la responsabilidad civil por cada dos cuotas impagadas.

SEPTIMO.- Toda persona penalmente responsable lo es civilmente si de la conducta ilícita se derivan daños o perjuicios. Determina el art. 110 del Código Penal que la responsabilidad civil comprenderá la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales incluyendo en estos últimos los ocasionados al agraviado, a familiares o terceros (art. 113 CP).

En este caso se trata de valorar la indemnización que corresponde por el daño ocasionado a la víctima tanto por el perjuicio psíquico ocasionado a la misma como por el perjuicio moral derivado del atentado cometido contra la libertad sexual de la misma.

Comenzando por el perjuicio psicológico sufrido que da lugar a los días de perjuicio personal básico a los que se hace referencia en el relato de hechos probados, se cuenta con lo expresado tanto por el Sr. Médico forense (f. 641) por la psicóloga N. G. C. (f. 410 y ss) así como por A. I. G. S. en el informe aportado por la acusación popular el 25 de abril de 2019 y el entregado como ampliatorio del anterior al inicio de la vista en el trámite de cuestiones previas. Antes de entrar en las consideraciones ofrecidas por cada uno de ellos y aun cuando se resolvió oralmente en el acto del plenario indicar que solo los dos primeros prestaron declaración en la vista por cuanto si bien en el mencionado trámite se aportó el informe emitido por la psicóloga acabada de citar en dicho momento procesal *sólo se propuso dicha documental no la correspondiente declaración de la autora del informe* de modo que como considerando que no se había realizado tal proposición con anterioridad al inicio de la vista se acordó no haber lugar a ello.

Entrando en los argumentos de ambos técnicos considera el Sr. Médico forense que

la sintomatología presentada por la víctima corresponde a un trastorno asociado a un trauma, reactivo a un evento traumático, de ansiedad. En línea con esa sostiene el facultativo que inicialmente debe de calificarse como estrés agudo pero que si supera un mes ha de hablarse de trastorno de estrés postraumático que depende de la intensidad de los agentes causantes señalando como habituales las circunstancias relacionadas con la muerte, episodios de violencia grave o de violencia sexual si bien alude a otros factores estresores de menor entidad como la exposición mediática que, entiende, es lo que más le preocupa a la víctima, argumentos estos en los que se muestra conforme la Sra. G..

Hace referencia el Sr. Médico forense a que tras producirse los hechos la perjudicada vuelve a hacer vida normal sin afectación de su nivel previo de actividad y sin que la conducta desarrollada por los acusados le originase ninguna patología, patología que empieza a aparecer cuando se le muestran las imágenes captadas y comienza a sentirse víctima de un delito contra su libertad sexual.

En este punto señala N. G. que es cuando toma conciencia cuando empieza lo que califica como “clínica exacerbada” si bien entiende que antes de ello sí existía un poso y que antes de ese momento ya aparecen algunos síntomas. Indica que antes de a ella acude a otro psicólogo que le aconsejó no denunciar si no recordaba lo sucedido.

En todo caso coinciden en que no tomó ni tratamiento farmacológico porque, según la Sra. G. era reacia a ello, ni acudió al psiquiatra porque no lo demanda. Sigue realizando terapia hasta el mes de diciembre de 2016 momento en el que la abandona manifestando encontrarse mucho mejor.

Sostiene la Sra. G. C. que los hechos objeto de enjuiciamiento han condicionado la vida de la Sra. XXX quien tiene reacciones de evitación (pone por ejemplo que no va al campo con amigos), se muestra hiperalerta, no quiere que le hagan fotos, no interviene en las redes sociales, muestra rechazo a escenas sexuales, tiene miedo a la focalización mediática e incluso llegó a sufrir una crisis de ansiedad cuando se produjo el impacto mediático en relación a la sentencia por la que se condenó a los aquí acusados por los hechos realizados en Pamplona.

En relación a las cuestiones acabadas de expresar entiende el Sr. Médico forense que algunas de dichas reacciones o situaciones no son objetivables (como por ejemplo las crisis de ansiedad) afirmando que en este tipo de contextos existen reacciones como las descritas

pero que no son necesariamente patologías psiquiátricas de carácter permanente.

Finalmente y antes de entrar en las valoraciones indicar que el informe aportado en el acto de la vista alude a un episodio producido la noche del día 27 de agosto de 2019 cuando hubo de llevarse a la Sra. XXX al Servicio de Urgencias del Hospital de Pozoblanco para ser atendida por el estado en el que se encontraba. Se afirma en dicho documento que el mes anterior a dicha fecha la víctima había ido empeorando psicológica y físicamente, tanto a nivel cognitivo (pensamientos de desesperación, ideas suicidas e ideas paranoides, conductuales) como físico (ausencia de apetito, insomnio y pesadillas) que culmina en la fecha indicada con un intento de autolisis.

A partir de ese momento la perito, quien alude en dicha ampliación al informe inicial a un contacto telefónico con la perjudicada, dice percibir sintomatología ansioso-depresiva y hostil-paranoide secundaria a hechos aquí enjuiciados. Señala como sintomatología de la misma tras su agravamiento la existencia de sentimientos de tristeza, vacío o desesperanza, crisis de llanto, arrebatos de irritabilidad o frustración, anhedonia o pérdida de interés y capacidad de disfrute por las actividades habitualmente relajantes o placenteras, alteraciones del sueño, insomnio y pesadillas, cansancio y falta de energía, falta de apetito y adelgazamiento, ansiedad, agitación e inquietud, fijación en ideas obsesivas relacionadas con los hechos y su resolución judicial, dificultad para penar, concretarse, tomar decisiones y recordar cosas, pensamientos frecuentes o recurrentes sobre la muerte, pensamientos suicidas, intentos suicidas o suicidio y problemas físicos de origen psicossomático como dolores musculares, síntomas gastrointestinales, etc..

Se considera por la perito que la patología que califica de *hostil-paranoide* no es estructural, no pertenece a los rasgos de personalidad de la víctima sino que es reactiva a los hechos sucedidos comenzando por la propia producción de estos, el impacto mediático y el temor derivado con la comparación con otras víctimas de sucesos de la misma naturaleza.

Todo lo anterior lleva a la perito a concluir que la Sra. XXX sufre un curso intermitente de la evolución del síndrome de estrés postraumático derivado de los hechos enjuiciados y que el agravamiento de su estado físico y psicológico habrían necesitado de ingreso en unidad psiquiátrica que en este caso puede evitarse gracias a que por los familiares de la misma se garantiza un acompañamiento continuado durante el periodo necesario para la estabilización psicológica.

Expuesto lo anterior han de realizarse varias precisiones. La primera de carácter exclusivamente procesal es la de que en cuanto a los “hechos” que las partes proponen como fundamento de las pretensiones que se deducen por cada parte, no cabe sino estar a los planteados en los correspondientes escritos de conclusiones provisionales que se elevan a definitivas *sin excepción por ninguna de las partes* en el correspondiente trámite del plenario. Así, comenzando por la representación del Ministerio Fiscal se alude en su escrito de fecha 14 de enero de 2019 (f. 1109) a que “XXX tuvo conocimiento de aquellos videos (aquellos en los que se contiene la grabación de los hechos) y como consecuencia tanto de los hechos acontecidos en el interior del vehículo, como de la exposición mediática y social que derivó del tratamiento que de los hechos se hizo por parte de los medios de comunicación, prensa y redes sociales, la perjudicada sufrió estrés postraumático, que necesitó para su sanidad de 90 días de perjuicio personal básico”.

La acusación popular, por su parte, en el escrito de fecha 07/10/2018 (f. 1066) afirma que: “Estigmatizada por el resto y criminalizada a pesar de ser la víctima, víctima de un abuso sexual delito contra su libertad e indemnidad sexual, de ABUSO SEXUAL recogido en los artículos 181.1.3 del CP y portadora de unas secuelas en el tiempo difícil de cuantificar si bien, esta acusación presentará prueba suficiente para ello a la vista del estrés postraumático y los perjuicios causados a pesar de su difícil e incluso imposible reparación”.

Finalmente la acusación particular en su escrito de conclusiones provisionales de fecha 04/10/2018 (f. 1052) sostiene que: “Los hechos ocurridos y denunciados han causado a la víctima tanto daños psicológicos, según consta en el informe médico forense, como un importante daño moral al haber sido grabada en tan delicada situación y haber sido compartidos y difundidos estos videos, añadiendo la trascendencia de los hechos, situación que incluso la ha obligado a tener que abandonar la localidad en distintos momentos.”.

A partir de ese momento se alude, aun de un modo notablemente vago, a la existencia de unos perjuicios psicológicos derivados de los hechos que, al parecer, se mantienen incluso en fechas próximas a la celebración de la vista a pesar de lo cual no se extiende el periodo durante el que se considera que la misma ha sufrido las consecuencias del hecho ni se determina con precisión si se entiende que la situación es una secuela en tanto que no admite mejoría ni curación. En este punto se pone de manifiesto en su informe por la acusación particular un extremo que este juzgador no pone en duda a la vista del desarrollo de su declaración, cual es el de que a la víctima le supuso un duro trago el someterse a los

interrogatorios en el plenario. No solo es razonable entender que una persona en la situación de la Sra. XXX pueda sufrir una cierta *revictimización* al acudir a actos como el del juicio y verse, por más que las partes emplearan un tono adecuado hacia la misma en sus preguntas, obligada a recordar situaciones dolorosas, a exponer públicamente detalles pertenecientes a su vida íntima, sino que este juzgador pudo observar en primera persona la elevada incomodidad e incluso por momentos la angustia de la testigo. Pero esa circunstancia, incuestionablemente lamentable como lo es, por definición, cualquier expresión de la denominada por los criminólogos *victimización secundaria* no determina necesariamente que la extensión de los perjuicios se extienda ininterrumpidamente desde la producción de los hechos hasta la vista, sino que incluso después de superada la vivencia, de mejorada la situación de la víctima el tener que enfrentarse de nuevo a hechos que se han querido olvidar, respecto de los que se ha intentado pasar página, en la mayor parte de los delitos que resultan traumáticos para quien los sufre, conlleva frecuentemente una actualización del dolor vivido.

Sin poner en modo alguno en duda la cualificación profesional ni la objetividad científica de ninguno de las psicólogas que intervienen en la causa, no puede obviarse el elevado valor que se debe de atribuir al criterio del médico forense quien desde la cualificación técnica que corresponde a la totalidad de los integrantes del Instituto de Medicina Legal y la no menos evidente imparcialidad y objetividad realiza unas afirmaciones que este juzgador comparte íntegramente, a saber, que sin perjuicio de ocasionales problemas que pudieren producirse con posterioridad el padecimiento psíquico de la perjudicada no puede considerarse permanente.

De otro lado la psicóloga que atiende a la Sra. XXX inicialmente exclusivamente puede hacer referencia a la situación de la misma hasta que abandona la terapia indicada por la misma haciéndolo por *encontrarse mejor* de manera que el resto de afirmaciones realizadas por la misma han de entenderse más de referencia que fundadas en el conocimiento directo de la situación de la víctima.

En lo que se refiere a la Sra. G. S., comenzando por el primero de los informes señalar que en el mismo se encuentran términos aparentemente contradictorios. Así las primeras apreciaciones expresadas por la perito (f. 6 del informe) y el resultado de las entrevistas que se transcriben parece llevar a considerar que la misma presenta una sintomatología de menor entidad aludiendo a ligero nerviosismo, llanto lábil a pesar de lo cual se habla del elevado nivel de autocontrol, alteraciones del sueño y cierta modificación

de hábitos, pérdida de apetito en general, etc. Se señala que se trata de manifestaciones de menor entidad (no leves o graves en cuanto a una calificación que a este juzgador se escapa) no pretendiendo restar relevancia a dicha sintomatología sino en relación a los que la propio perito expone en su informe y que dice haber apreciado pero sin que consten en modo alguno en la transcripción de la entrevista ni en documentación médica alguna tales como sensación de culpabilidad, problemas de memoria, consumo de fármacos, taquicardias, alteraciones gastrointestinales, problemas respiratorios, náuseas, vómitos, mareos, pérdida de equilibrio, adormecimiento, debilidad, parálisis, problemas sensoriales y de coordinación, falta de control del movimiento, entre otros. Ciertamente parte de esas alteraciones se incluyen en un párrafo que comienza diciendo que “La persona evaluada refiere tener una mala salud” pero continúa expresando que “*Puede referir...*”, para continuar con una relación que más parece la de las posibles consecuencias de experiencias como la vivida que un detalle de las expresadas por la perjudicada. En todo caso, y partiendo de la cuestión procesal que determinó la imposibilidad de oír en el plenario a la perito pudieron las partes solicitar a la perjudicada que en su declaración expusiera las concretas circunstancias de su estado. En esos términos, y sin descartar por supuesto que una parte de las dolencias descritas hayan sido sufridas, en algún momento por la perjudicada, insistir en que se considera procedente partir del contenido del informe médico forense para indicar que en todo caso se ha tratado de consecuencias no permanentes.

En cuanto a la ampliación del informe señalar la ausencia de intermediación y la imposibilidad de hacer determinadas pruebas de manera directa (las “baterías” de test empleadas generalmente para poder determinar la situación clínica de un paciente) cuando como en este caso se llevan a cabo las entrevistas de manera exclusivamente telefónica como el propio informe refiere lo cual resta valor a las conclusiones en el mismo alcanzadas frente a las sostenidas por la apreciación directa de la perjudicada.

Se echa de menos que si, como se sostiene e incluso se recoge en la documentación médica unida al informe aportado por la acusación popular en el trámite de cuestiones previas (informe de alta de urgencia de fecha 27/08/2019), desde que se produjeron los hechos la perjudicada haya sufrido crisis frecuentes, importante ansiedad, insomnio mantenido que incluso ha necesitado de acudir a varios psicólogos, ni se acrediten más asistencia médica en ninguna instancia (atención primaria, especializada o de urgencias), no se aporte la menor noticia de esos tratamientos psicológicos, y lo que es incluso más llamativo no se planteó al médico forense la reconsideración de los términos de su informe a la vista de la situación de la perjudicada de cara a que por el mismo se hubiere podido

revisar la nueva documentación referida a esas crisis o situaciones vividas por la víctima. No se trata por supuesto de ninguna clase de trámite imperativo en cuanto que cada parte es libre de acudir a los peritos que considere más adecuados y presenta los informes que estime oportunos pero la corroboración de los mencionados datos por parte del facultativo adscrito a la administración de justicia hubiera servido para despejar cualquier clase de dudas respecto al concreto alcance de las patologías que, como consecuencia de la conducta ilícita llevada a cabo por los acusados, la Sra. XXX hubiere podido sufrir.

Sea como fuere, en un supuesto como el presente de abusos sexuales, uno de los elementos determinantes es el perjuicio moral de las víctimas. Como expresa la STS 344/2019, de 4 de julio (ponente Excm. Sra. Polo García) que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que condena a los aquí acusados por los hechos cometidos en Pamplona *“En este sentido, es evidente que la fijación de los perjuicios materiales y su indemnización resultará mucho menos problemática que la determinación de los perjuicios morales, dado que los primeros responderán habitualmente a previas determinaciones objetivas, extremos y posibilidades que no concurrirán, de ordinario, en la fijación de los perjuicios morales. En este sentido, las sentencias dictadas por esta Sala han venido manejando una serie de criterios que habrán de ser los empleados por el órgano jurisdiccional correspondiente a la hora de determinar el importe de la indemnización de los perjuicios morales. Tales criterios son, entre otros, la repulsa social de los hechos, su gravedad, las circunstancias personales de los sujetos e incluso las cantidades solicitadas por las acusaciones.”*.

En relación a este tipo de solicitudes, la Audiencia Provincial de Sevilla (Secc. 3ª) en sentencia de 11 de abril de 2014 establece:

“En cuanto a la responsabilidad civil reclamada por daño moral, la jurisprudencia viene reconociendo el derecho de reparación e indemnización de los ataques a los derechos de la personalidad, habiéndose reconocido tal derecho por el legislador en la LO 1/1982 de 5 mayo 1982 , de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que establece en su art. 9 una presunción legal de la existencia de perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima.

Ciertamente, la responsabilidad civil "ex delicti", que implica la reparación del mal causado y la restauración de la situación preexistente, debe operar sobre realidades y no sobre hipótesis y posibilidades, lo que hace dificultosa su determinación en supuestos como el enjuiciado.

No obstante su imprecisión, sí podemos decir que se ha producido daño moral en el apelante, pues si nos atenemos a los supuestos básicos en los que se ha apreciado por la jurisprudencia la existencia de sufrimiento o padecimiento psíquico que es en lo que consiste, -impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente-, es lógico concluir que en el presente caso sí existe una situación de intranquilidad, zozobra e impacto emotivo en el perjudicado por la denuncia falsa, puesto que el tiempo en que permaneció vigente el procedimiento dirigido contra él y del que tuvo conocimiento (desde 11 de abril a 19 de julio de 2011) es suficiente para que el desasosiego e inquietud que genera la situación de querrellado, llegue a suponer un daño moral susceptible de ser indemnizado.

Dicho lo anterior, es innegable que hay bienes que o bien no tienen un valor, un precio, o son de muy difícil valoración. Y aunque nos hemos habituado a establecer un precio a la salud y otros bienes de la persona, ¿cuánto valen la salud y la ausencia de dolor?, ¿cuánto la vida?, ¿cuánto el honor?, ¿cuánto la dignidad?. La respuesta más lógica a todas esas preguntas sería, posiblemente, decir que no tienen precio. Ahora bien en cualquiera de los casos, a los efectos puramente prácticos ha de establecerseles un valor por cuanto de otro modo el beneficiado sería el infractor si por la grave dificultad de establecer un valor no se fijara ninguno. Y si en el caso de la vida y la integridad física se han venido estableciendo cantidades, de todo punto convencionales por cuanto no responden a ningún valor absoluto, por el legislador, en el caso de la dignidad o la integridad moral no existe elemento de comparación alguno que pueda servir para orientar la fijación de una concreta suma.

De cualquier modo, como señala el Auto del TS (Sala 2ª) de 10 de abril de 2014 “*En relación a la indemnización por daños morales, por su propia naturaleza no es posible una determinación precisa. El daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global, atendiendo a la naturaleza del delito y a su gravedad atemperando la demanda de las víctimas a la realidad social y económica de cada momento histórico - SSTS de 28 de Abril 1996; 31 de Octubre 2000; 30 de Enero 2005 y 915/2010.*”.

Pero no solo eso, sino que como precisa la STS de 19 de octubre de 2016 el daño moral en supuestos como el presente ni tan siquiera debe de requerir de prueba específica. Así dicha sentencia, con una profusa cita de otras resoluciones del mismo Tribunal alude al hecho de que la libertad, como atributo esencial del ser humano, forma un todo con su integridad moral y su dignidad que “*...en la vigente cultura constitucional representan un*

valor universalmente reconocido, inherente a toda persona por el mero hecho de serlo. Es lo que la convierte en un fin en sí misma y lo que impide que pueda ser objeto de usos instrumentales para fines ajenos, como los que se han dado en este caso.”

Alude la mencionada resolución a la sentencia de la Sala 1ª del mismo Tribunal de 10 de junio de 2014 en la que se considera de aplicación la doctrina *in re ipsa loquitur*, esto es, el entendimiento de la realidad del daño por resultar este como una consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado. De ese modo señala, nuevamente con cita en este caso de la STS 702/13 que no es preciso para la apreciación del daño moral que este concrete en alteraciones patológicas o psicológicas así como la valorabilidad del menoscabo de la dignidad.

Dicho lo anterior y antes de entrar en la determinación del *quantum* indemnizatorio no puede obviarse un dato cual es el ya apuntado anteriormente de que los perjuicios que finalmente sufre la perjudicada son consecuencia de un conjunto de circunstancias y no exclusivamente del acto llevado a cabo por los acusados. A este respecto hay un dato que no puede pasarse por alto y es la afirmación realizada por el Sr. Médico forense de que la acción inicial no causó importantes perjuicios en tanto que la perjudicada tras producirse los hechos volvió a realizar una vida *normal*. Como se ha señalado se alude por las acusaciones, particularmente la popular y la particular en base a lo expresado por las psicólogas anteriormente mencionadas, que si bien los síntomas se agudizan tras el descubrimiento de lo sucedido a la vista de las imágenes (sean fotogramas o los videos propiamente dichos) grabadas por los acusados ya con anterioridad venía sufriendo de efectos negativos derivados del abuso sufrido. A este respecto señalar que sin poner en duda la sinceridad de la víctima cuando, como en este caso, se trata de efectos que hubieran sido fácilmente corroborables por psicólogos, facultativos (en atención a que parece razonable que a la vista de la seriedad de alguno de los síntomas expresados se hubiera debido siquiera consultar a algún profesional sanitario) o incluso por terceros que pudieran confirmar lo expuesto. Se afirma lo anterior porque se trata de un extremo en el que solo se cuenta como prueba con las afirmaciones de la perjudicada.

Ya se han expuesto a la hora de valorar la existencia de prueba para imputar al Sr. C. E. el delito de maltrato de obra por el que viene acusado los elementos a tener en cuenta a la hora de valorar el testimonio de la víctima concluyendo en aquel caso con la suficiente credibilidad del relato de la perjudicada. No se trata de que en este punto se modifique el criterio y se considere que la Sra. XXX falta a la verdad en la narración de cuál era su

situación sino de diferenciar aquellos elementos respecto de los que solo se puede ofrecer como *única* prueba el relato de la perjudicada de aquellos otros en los que al alcance de la parte está el ofrecer elementos objetivos que corroboren las manifestaciones realizadas. En este último caso no se trata de optar por validar el único medio de prueba o permitir la impunidad de una infracción penal, sino de exigir algo al alcance de la mano de la parte en base a lo que dar la mayor seguridad posible a la actuación de la administración de justicia.

Pues bien, y partiendo de la subjetividad apuntada por el propio médico forense en cuanto a parte de los síntomas invocados, se echan en falta esos elementos de corroboración objetiva de cara a poder entender plenamente demostrada la existencia de dichos problemas con previos al descubrimiento por parte de la Sra. XXX de lo efectivamente sucedido. No se trata de negar que la misma sospechara desde un primer momento el haber sido objeto de un abuso en tanto que el mismo se declara probado, sino de cual pudiese ser inicialmente el efecto provocado desde ese instante inicial en el desarrollo de la vida de la víctima.

A partir de ese momento, y desde la expresa admisión de que el mencionado *descubrimiento* produjo un innegable efecto negativo en quien conoce el atentado sufrido contra su libertad sexual ha de volverse al hecho de que el perjuicio sufrido por la víctima siendo inequívocamente causal respecto de la actuación de los acusados no puede obviarse que se ha visto notablemente incrementado por factores que escapan por completo al control de los mismos, esto es, la gran notoriedad pública que los hechos han tenido. Así, tras producirse los hechos de Pamplona cometidos también por los aquí acusados y resultar los mismos noticia de primera plana a nivel nacional (hasta el punto de que la *autocalificación* que a sí mismos se daban los miembros del grupo como “la manada” ha terminado, siquiera en los medios de comunicación, siendo una denominación genérica usada para denominar a los grupos de personas que realizan atentados contra la libertad sexual) comenzó a despertar un importante interés de los medios de comunicación de masas el otro hecho que, como consecuencia de lo que a lo largo de la presente resolución se viene exponiendo, se descubre que igualmente habían cometido. Ese interés mediático determinó que un hecho que posiblemente en otro caso hubiera pasado inadvertido más allá del entorno más próximo a la víctima, se convirtió igualmente en noticia relevante y, por ello, conocida por una parte muy importante de la población. Lamentablemente dicho conocimiento no solo despertó sentimientos de apoyo y solidaridad hacia la víctima sino también incluso de culpabilización (atribuyéndole parte de la responsabilidad por el mero hecho de haberse montado en el coche con los acusados) e incluso la mera curiosidad morbosa de otros de manera que quien

tras saberse víctima experimentó la lógica respuesta de rechazo, el sentimiento de haber sido humillada por sus agresores, hubo además de sentirse observada, criticada.... En todo caso la ya citada STS 344/2019, de 4 de julio y en relación al impacto mediático y sus consecuencias señala que:

“En casos muy mediáticos como el analizado se produce una victimización secundaria, por aparecer repetidamente la noticia en los medios de comunicación de masas, y además, en este supuesto se declara acreditado, no solo por las manifestaciones de "la denunciante", sino por el propio relato de hechos probados, que existían vídeos en los que se habían grabado los ataques sexuales a la víctima, y que incluso uno de los acusados llegó a mandar mensajes a dos grupos de WhatsApp "... " y "... ", en los que no solo contaba al grupo "follándonos a una los cinco".. "puta pasada de viaje"..., sino que anunciaba que había vídeos, lo que le produjo a la víctima, una vez que se enteró, un gran desasosiego, ya que pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar.”.

Es innegable que de no haberse realizado la conducta ilícita por los acusados no se hubiera producido ninguna de las consecuencias, pero también lo es que es difícil atribuir a los mismos la responsabilidad de todas las consecuencias producidas.

Finalmente, y entrando ya de alguna manera en la determinación de la indemnización, también debe de señalarse que una elemental proporcionalidad lleva a considerar imposible el fijar la indemnización que corresponde a unos hechos como los descritos en el relato que antecede en la misma cantidad que en otros como los cometidos en Pamplona en los que, conforme resulta notorio, se condena a los acusados por una agresión sexual con penetración. Ciertamente la indemnización no se corresponde tanto con el desvalor de la acción realizada como con el impacto que ocasiona a la víctima pero a salvo las circunstancias personales de cada víctima es complicado sostener que resulten equiparables las consecuencias de dos conductas de gravedad tan dispar.

Dicho lo anterior, y aun admitiendo que es más que complejo encontrar dos supuestos en los que la situación pueda ser asimilable, no puede este juzgador sino acudir igualmente a la experiencia jurisprudencial, que no doctrina, al respecto en cuanto a cuales hayan sido las respuestas dadas por otros órganos de la administración de justicia en supuestos de la misma naturaleza.

Así la STS de 3 de mayo de 2006 confirmó la condena a indemnizar a la víctima (una menor de 16 años de edad) en la cantidad de 180.000 euros, descartando la aplicabilidad del baremo correspondiente a los accidentes de circulación indicando que:

“...el reproche penal que pudiera merecer la conducta imprudente cometida al volante de un automóvil no tiene nada que ver en intensidad con el que merece una acción dolosa contra la integridad sexual de una persona, ejecutada, además, pro quien se prevaleció de un rol familiar relevante; y sobre una persona en un momento de edad que la hacía especialmente vulnerable en ese aspecto de su personalidad, en formación.

Siendo así, es claro que se trata de valorar no sólo la secuela constituida por ese padecimiento crónico, en una consideración aislada; sino, precisamente, a tenor del dato de que es consecuencia de la instrumentalización de la persona afectada, como víctima de una conducta de reflexiva y sistemática utilización por parte de un adulto, con fines de gratificación sexual; en una situación mantenida a lo largo del tiempo y producida mediante el abuso de una relación de parentesco.

Así, sólo cabe concluir que, tanto por gravedad de las acciones como por el efecto que las mismas han tenido que producir en el sujeto pasivo, en un período crucial para la formación de su personalidad, la indemnización se entiende estimarse correcta y el motivo debe ser rechazado. “.

Del mismo modo la STS de 11 de noviembre de 2016 confirma igualmente, no considerándola *“...arbitraria, ni objetivamente desproporcionada, antes por el contrario, a la vista de la lesión producida en el desarrollo de la menor, parece ajustada...”* la indemnización de 60.000 euros impuesta en favor de una menor de aproximadamente 15 años de edad víctima de un delito continuado de abusos sexuales.

La STS de 19 de octubre de 2016 fija en 10.000 euros para cada una de las víctimas (como en los casos anteriores menores de edad) de un delito continuado de abuso sexual del art. 183 del Código Penal.

En este caso, no puede obviarse que a diferencia de los casos expuestos la conducta aunque penalmente relevante por lo que se ha expuesto fue de corta duración produciéndose un solo acto de modo que se considera adecuado que la indemnización por el perjuicio moral en favor de XXX y de la que han de responder conjunta y solidariamente los cuatro acusados, ha de fijarse en la cantidad de DIEZ MIL EUROS (10.000 euros).

Podrá decirse que el daño sufrido por la víctima no queda compensado con dicha cantidad. Pero como se ha dicho, una cosa es que haya valores que no pueden tener precio, y evidentemente la dignidad que la víctima ha visto afectada es uno de ellos, y otra cosa diferente que no haya de fijarse prudencialmente uno.

Finalmente y en lo que se refiere al perjuicio personal básico que, como consecuencia de los hechos sufrió la perjudicada y que, conforme a lo establecido en el informe médico forense asciende a 90 días, ha de señalarse que si bien no resulta de aplicación imperativa es costumbre más que extendida en la práctica de los juzgados y tribunales el acudir a los valores que se vienen aprobando en materia de accidentes de circulación en tanto que los mismos dotan de una mayor objetividad a la fijación de la indemnización y, consecuentemente con ello, de una mayor seguridad jurídica. En todo caso la mayor penosidad y, consecuentemente, el mayor sufrimiento derivado del origen doloso del perjuicio ha sido considerado como acreedor de un incremento sobre dichas cuantías que, en ocasiones, ha llegado al 30 %. En esos términos se entiende que procede fijar la indemnización por dicho concepto con cargo a los acusados y a favor de la Sra. XXX por importe de 3.150 euros.

Dichas cantidades devengarán el interés previsto por el art. 576 de la LEC.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto por el 123 del Código Penal, procede la imposición de las costas a los condenados.

Por lo que se refiere en concreto a la inclusión o no de las costas devengadas por la intervención de la acusación particular ha de comenzarse diciendo que tiene su fundamento en el ejercicio de derechos como la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) y a la asistencia letrada (artículo 24.2 de la Carta Magna).

Se trata de establecer el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses como un elemento más a la hora de la plena restauración del orden jurídico perturbado.

Junto a esta dimensión constitucional de las costas, como resarcimiento de los gastos procesales ocasionados a los perjudicados por un comportamiento antijurídico, destacada

por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, no ha de olvidarse que a través del proceso penal también se ejercitan acumuladamente acciones civiles de reparación de daños, que no resulta congruente someter a criterios procesales antagónicos con los que rigen en el proceso civil. Constituiría un supuesto de diferenciación irrazonable, por ende discriminatorio, que quien ejercite en el propio proceso penal sus acciones civiles para la reparación de un daño derivado de un ilícito penal sea obligado a soportar sus propios costes procesales pese a obtener el pleno reconocimiento de su derecho, mientras que si se reserva las mismas acciones para ejercitarlas separadamente en un proceso civil la norma legal aplicable (artículo 394 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil) imponga lógicamente las costas al condenado como responsable del daño, salvo supuestos excepcionales.

Pues bien, los criterios que el TS viene estableciendo en la materia pueden entenderse a la vista de lo dispuesto por el Alto Tribunal en su sentencia de 14 de abril de 2011 en la que establece como criterios los siguientes:

- a) La condena en costas por delitos solo perseguibles a instancia de parte debe incluir siempre las causadas por la acusación particular (art. 124 del Código Penal).
- b) La condena en costas por el resto de los delitos incluye como regla general las costas devengadas por la acusación particular o la acción civil.
- c) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia, y, siendo la regla contraria a la general habrán de expresarse en la sentencia las causas de dicha exclusión.

Del mismo modo se pronuncia, entre otras, la STS de 1 de febrero de 2012, 10 de febrero de 2010 o de 21 de diciembre de 2009 entre otras

En otro orden de cosas, y una vez más a pesar de existir resoluciones encontradas (v.gr. STS de 4 de julio de 2007 o la de 4 de julio de 2005), la doctrina del Tribunal Supremo ha venido a considerar que es necesaria la solicitud expresa por la parte acusadora sin la cual no cabe imponer el pago de las costas, no pudiendo entenderse como válida, la genérica solicitud que pudiere haberse realizado por el Ministerio Fiscal. Así la STS de 15 de marzo de 2011 establece que:

“Ahora bien, no sería preciso interesar la condena en costas para que el Tribunal las concediera, en supuestos del condenado (costas causadas en juicio) porque las impone la Ley (art. 123 CP), ni tampoco las de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, por igual razón (art. 124 CP). Sin embargo, si debería imperativamente mediar previa petición cuando se trate de incluir dentro de las costas del acusado o acusados las de la acusación particular en los demás delitos y también las que pudieran imponerse a los querellantes por haber sostenido pretensiones temerarias frente al acusado, pues de lo contrario el Tribunal incurriría en un exceso sobre lo solicitado o extra petita (STS de 20 de enero y 5 de diciembre de 2000, de 28 de marzo de 2002 o de 25 de noviembre de 2003). Téngase presente que las costas se hallan reguladas dentro del título que reza: "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", poniendo al mismo nivel normativo conceptos que justifica la similar naturaleza resarcitoria o compensatoria. Las costas ya no tienen el carácter de sanción o penalización, sino de compensación indemnizatoria por los gastos que se ha visto obligada a soportar una parte, a quien el derecho ampara, por lo que debe aplicárseles los principios de postulación y contradicción.

En similar sentido la STS de 13 de diciembre de 2004, considera necesaria la petición expresa no bastando con la alusión genérica a costas, razonando sobre su naturaleza privada y la exigencia de petición de parte; y la STS de 6 de mayo de 2009 incide en que es doctrina reiterada de este tribunal que tal reclamación es presupuesto ineludible de dicha imposición, cuando se trata de las costas causadas por el ejercicio de la acusación que han de diferenciarse de las costas atribuibles al proceso mismo, de automática imposición conforme al artículo 123 del Código Penal. Tanto por regir, en cuanto a la de la acusación, el principio derogación, al tratarse de materia diferenciada del derecho penal material, cuanto porque sin preceder dicha expresa petición la parte condenada no habría tenido ocasión de aprestarse a la defensa frente a la misma.”

Del mismo modo la STS de 12 de diciembre de 2011 (que distingue entre los delitos perseguibles solo a instancia de parte en los que no se considera imprescindible dicha solicitud y los delitos perseguibles de oficio), de 25 de octubre de 2011, 27 de diciembre de 2010, 27 de octubre de 2009, la de 13 de diciembre de 2004 o 20 de diciembre de 2000 así como el ATS de 22 de marzo de 2012.

Como consecuencia de ello ha de condenarse a los acusados al pago, por cuartas partes, de las costas procesales causadas con expresa inclusión de las generadas por la intervención de la acusación particular.

Tan solo han de excluirse de la condena, al renunciarse expresamente a su inclusión por dicha parte, las correspondientes a la acusación popular ejercitada en representación de la asociación “Clara Campoamor”.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

F A L L O

Que **DEBO DE CONDENAR Y CONDENO** a **ALFONSO JESUS C. E., JOSE ANGEL P. M., JESUS E. D.** y **ANTONIO MANUEL G. E.** como autores penalmente responsables de los siguientes delitos:

- A **ALFONSO JESUS C. E.** como autor responsable de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 y 2 del Código Penal, de un delito contra la intimidad del art. 197.1 del mismo texto legal y de un delito leve de maltrato de obra del art. 147.3 del mencionado texto punitivo.

- A **JOSE ANGEL P. M.** como autor de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 y 2 del Código Penal y de un delito contra la intimidad del art. 197.1 y 3 del mismo texto punitivo.

- A **JESUS E. D.** como autor de un delito de abusos sexuales ya definido y como autor de un delito contra la intimidad del art. 197.1 del Código Penal.

- Y a **ANTONIO MANUEL G. E.** como autor de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 y 2 del Código Penal y de un delito contra la intimidad del art. 197.1 de la misma norma.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad en ninguno de los acusados.

Por la comisión de dichos delitos han de imponerse las siguientes penas:

- A cada uno de los acusados por el delito de abusos sexuales las penas de **UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, **PROHIBICION DE APROXIMARSE A XXX, SU DOMICILIO, LUGAR DE TRABAJO O CUALQUIER OTRO FRECUENTADO POR LA MISMA A DISTANCIA INFERIOR A 500 METROS ASI COMO DE COMUNICAR CON LA MISMA POR UN PLAZO DE CUATRO AÑOS** y la medida de **LIBERTAD VIGILADA CONSISTENTE EN LA FIJACIÓN DE LAS MISMAS PROHIBICIONES ACABADAS DE MENCIONAR POR PLAZO DE UN AÑO** que, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 192 y 106.2 del Código Penal habrá de cumplirse una vez finalizado el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

- Por el delito contra la intimidad a los acusados **ALFONSO JESUS C. E., JESUS E. D.** y **ANTONIO MANUEL G. E.** las penas de **UN AÑO Y CUATRO MESES DE PRISION** con la mencionada accesoria, **MULTA DE QUINCE MESES CON CUOTA DIARIA DE OCHO EUROS** con aplicación de lo dispuesto por el art. 53 del Código Penal para el caso de impago y **PROHIBICION DE APROXIMARSE A XXX, SU DOMICILIO, LUGAR DE TRABAJO O CUALQUIER OTRO FRECUENTADO POR LA MISMA A DISTANCIA INFERIOR A 500 METROS ASI COMO DE COMUNICAR CON LA MISMA POR UN PLAZO DE CUATRO AÑOS.**

Por este mismo delito ha de imponerse a **JOSE ANGEL P. M.** las penas de **TRES AÑOS DE PRISION** igualmente con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **PROHIBICION DE APROXIMARSE A XXX, SU DOMICILIO, LUGAR DE TRABAJO O CUALQUIER OTRO FRECUENTADO POR LA MISMA A DISTANCIA INFERIOR A 500 METROS ASI COMO DE COMUNICAR CON LA MISMA POR UN PLAZO DE CUATRO AÑOS.**

- Finalmente a **ALFONSO JESUS C. E.** por la comisión del delito leve de maltrato de obra se le impone la pena de **UN MES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE OCHO EUROS** e igualmente aplicación de lo dispuesto por el art. 53 del Código Penal.

En concepto de responsabilidad civil derivada de la infracción penal se condena a

los cuatro acusados a que, conjunta y solidariamente, indemnicen a XXX en la cantidad de DIEZ MIL EUROS (10.000 euros) por el perjuicio moral causado y en la de TRES MIL CIENTO CINCUENTA EUROS (3.150 euros) por los días durante los que sufrió un perjuicio personal básico, cantidades estas que devengarán el interés previsto por el art. 576 de la LEC.

Se condena a los acusados al pago, por cuartas partes cada uno de ellos, de las costas procesales ocasionadas con expresa inclusión de las ocasionadas por la intervención de la acusación particular. Se excluyen expresamente las costas correspondientes a la intervención de letrado y procurador de la acusación popular.

NOTIFÍQUESE esta sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de diez días.

REALÍCENSE, una vez firme la presente resolución, las anotaciones correspondientes en los registros informáticos.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, definitivamente juzgando en esta instancia, la pronuncio, mando y firmo en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la subscribe en el mismo día de su fecha estando celebrando Audiencia Pública. Yo, la Sra. Letrada de la Administración de justicia, **DOY FE.-**