



Roj: **STS 3385/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3385**

Id Cendoj: **28079120012018100442**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2018**

Nº de Recurso: **2494/2017**

Nº de Resolución: **432/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 432/2018

Fecha de sentencia: 28/09/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2494/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz. Sección Tercera.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: AMV

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2494/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 432/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 28 de septiembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por **D. Nazario**, representado por la procuradora Dña. Carmen Cabezas Maya y defendido por el letrado D. José Ramón García García, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera, de fecha 17 de julio de 2017, que le condenó por delito de agresión sexual, siendo también parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de La Línea de la Concepción, instruyó Sumario 14/2016 contra Nazario, por delito de agresión sexual, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera, que con fecha 17 de julio de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "Este Tribunal da como probados los siguientes hechos: Que el procesado Nazario, mayor de edad y sin antecedentes penales durante un periodo aproximado de 2 años y medio mantuvo una relación de noviazgo aunque sin convivencia con Rodolfo, relación que se inicia cuando contaban respectivamente 17 y 15 años de edad y que se mantuvo con altibajos hasta que cesa dicha relación a finales del mes de septiembre de 2014, a pesar de lo cual, siguieron manteniendo frecuentes contactos por whatsapp en los que mutuamente se controlaban y se responsabilizaban del fracaso y en los que era patente la intención por parte del acusado de reanudar la relación.

El día 05 de octubre de 2014 el acusado insistió por vía whatsapp para que Rodolfo fuera hasta su domicilio en el DIRECCION000 Zona NUM000, nº NUM001 de La Línea de la Concepción con la excusa de aclarar algunos puntos, esta accedió y una vez solos ambos en el cuarto asignado al estudio del acusado, comenzaron una discusión, pues el acusado le aseguraba que mantenía aún en su poder un vídeo erótico en el que aparecía Rodolfo practicando una felación al acusado que en su día de común acuerdo grabaron y que Rodolfo pensaba estaba ya destruido, en el curso de la cual el procesado conminó a Rodolfo a mantener relaciones sexuales, advirtiéndole que de otro modo haría público en internet el vídeo lo que provocó en esta el lógico temor por el descrédito social y disgustos familiares que podría provocarle y por esa razón a cambio de la promesa del borrado del archivo accedió a mantener una relación sexual completa con penetración vaginal.

No está acreditado que el acusado habitualmente insultara a Rodolfo aunque si que como consecuencia del último desencuentro se dirigió a ella los días inmediato anteriores al 5 e incluso al día siguiente en varias ocasiones por Whatsapp con expresiones tales como: "*p uta, que te gustan las pollas, come rabos*" y además a pesar de que le había hecho creer que había borrado el vídeo el día 5 tras consumir la relación sexual, el 6 de octubre de 2014, la llamó nuevamente y le dijo que tenía muchas más copias lo que provocó que Rodolfo denunciara los hechos y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de la Línea de la Concepción, acordara la entrada y registro en el domicilio del acusado y aunque no se encontraron rastros del vídeo fue hallada entre sus pertenencias, una defensa eléctrica TASER con linterna LED modelo 800 TYPE, en buen estado de funcionamiento.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS QUE DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Nazario como autor responsable de un delito de agresión sexual con penetración ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN con las accesorias legales de suspensión de cargo público e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena así como al pago de la tercera parte de las costas procesales y a que por vía de responsabilidad civil indemnice en mil euros a Rodolfo.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Nazario de los delitos de maltrato habitual y tenencia de armas prohibida con declaración de oficio de las dos terceras partes de las costas procesales.

Dése el destino legal a la defensa eléctrica intervenida.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes, con la advertencia que contra la misma podrá interponerse por las causas legalmente previstas recurso de casación ante el Tribunal Supremo, para cuya preparación las partes tienen el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos"

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Nazario**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.



CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE .

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al al amparo del artículo 849.1º de la LECRim ., por aplicación indebida de los artículos 178 y 179 del Código penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 10 de julio de 2018 se señala el presente recurso para fallo para el día 12 de septiembre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia o gesto del presente recurso de casación condena al recurrente como autor de un delito de agresión sexual a la pena de seis años de prisión, al tiempo que es absuelto de los delitos de maltrato habitual y tenencia de armas prohibidas.

Formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia argumentando sobre la inconsistencia de la declaración de la víctima, que refuta de insuficiente, para enervar su derecho fundamental. Su alegación aparece corroborada con un dato que considera objetivo, como es, la no intervención del vídeo que fue utilizado para obligar a mantener la relación sexual denunciada por la víctima, la amenaza de su difusión.

El relato fáctico refiere que el acusado había mantenido una relación de noviazgo que finalizó en septiembre del 2014. El día 5 octubre siguiente se comunicó con la perjudicada a la que invitó a su casa para aclarar algunos aspectos de su relación. Comienza una discusión en la que el acusado le manifestó que tenía en su poder un vídeo, grabado con el consentimiento de ambos, en el que la perjudicada realizaba actos de contenido sexual, conminándola a mantener otra relación sexual, pues, en caso contrario, lo haría público, accediendo la perjudicada ante el temor al descrédito social y a los disgustos familiares que podría provocar.

El motivo se desestima. El contenido esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia parte de la consideración de inocente de toda persona a que es acusada en un proceso penal. En el juicio oral esa presunción puede ser desvirtuada si por la acusación se practica una actividad probatoria lícita, y regular y con sentido razonable de cargo, que el tribunal debe valorar para formar una convicción sobre el hecho de acusación y que debe ser expuesta en el razonamiento de la sentencia de manera que el análisis de la actividad probatoria sea racional, conforme al artículo 714 de la Ley procesal penal y el 120 de la Constitución . Esta Sala, que carece de la precisa inmediación que rige la valoración de la prueba, como lo destaca artículo 741 de la Ley procesal penal , cuando refiere que los jueces valorando conciencia por la práctica del juicio oral, formarán su convicción a partir de esa actividad probatoria a desarrollar el juicio del bajo los principios de inmediación, concentración, contradicción efectiva, oralidad y publicidad. El tribunal de instancia valora, en primer lugar, la testifical de la víctima que es reiterada y asertiva en la descripción del hecho intimidatorio sobre el qué pivotar un consentimiento forzado para la realización de un acto sexual con penetración. El tribunal analiza la conducta procesal del acusado, afirmando la tenencia del vídeo y su grabación y su posterior borrado. Inicialmente, el acusado niega la relación sexual aunque matiza esa declaración afirmando su realización mediando consentimiento. El tribunal tiene en cuenta las conversaciones, vía transmisión de mensajes por el terminal telefónico, en las que se hace referencia, al día siguiente de los hechos a una conversación que se recoge la fundamentación de la sentencia en las que se expresa por la víctima lo ocurrido el día anterior, y el acusado confirma, y en las que hace referencia a la relación sexual mantenida y a las amenazas que sufrió la perjudicada y que determinaron el consentimiento forzado por la intimidación sufrida.

En definitiva, el tribunal ha valorado la prueba testifical y expresa en la fundamentación de la sentencia la convicción obtenida a través de un análisis racional de la actividad probatoria en los términos prevenidos en el artículo 714 de la Ley procesal . Como antes se dijo, esta Sala que carece de la precisa inmediación, que no ha visto ni oído ni percibido la actividad probatoria desarrollada en presencia del órgano jurisdiccional encargado de valorarla, no puede variar una convicción que nace de la inmediación y que resulta de la actividad probatoria regular y lícita que aparece corroborada por la persistencia en la declaración y la documental consistente en los mensajes de correo mantenidas entre ambos en referencia a lo acaecido el día anterior. El tribunal también tiene en cuenta que, efectivamente, no se intervino en el registro domiciliario ninguna copia del vídeo que fue utilizado para intimidar a la víctima, extremo que lo único que acredita es que ese vídeo no existía en el momento del registro, pero no permite negar el carácter intimidatorio y su empleo para vencer una voluntad



contraria al mantenimiento de una relación que, por tanto, fue incontestada. La conversación del día siguiente es un elemento de acreditación singular que corrobora la manifestación de la víctima.

Consecuentemente, constatada la existencia de una actividad probatoria, el motivo se desestima

SEGUNDO.- El segundo motivo se formaliza por error de derecho del artículo 849.1 de la Ley procesal penal denunciando, como indebidamente aplicado, los artículos 178 y 179 del Código penal. El recurrente expresa en la impugnación que aún dando por acreditado los hechos de la acusación, el hecho probado no puede ser subsumido en el tipo penal de la agresión sexual.

La vía de impugnación elegida por el recurrente parte del respeto al hecho probado y éste es claro en la descripción de una conducta intimidatoria, como es la propagación de un vídeo en el cual aparecía la perjudicada realizando un acto de contenido sexual con el acusado, y los efectos que la amenaza de su distribución produjo en la víctima que se vio compelida para evitar el descrédito social y el daño que podría acarrear a su familia a consentir una relación que de otra manera no hubiera consentido. Del relato fáctico surge el empleo de un acto intimidatorio capaz de ser el elemento que permite la realización del acto contra la libertad sexual.

La consideración de amenaza típica viene dada por el hecho de la capacidad de autodeterminación del sujeto pasivo. Desde luego, tiene que tener una entidad que la haga cognoscible y reconocida como acto intimidatorio y ha de ser idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación. Para su declaración habrá de atenderse a elementos circunstanciales, no requiriendo la nota de irresistibilidad, ni exigir en la víctima ningún comportamiento superior del límite de sus posibilidades. Ha de ser, por lo tanto, cierta, objetiva, sería inmediata y grave y conectada causalmente a la obtención de un consentimiento forzado.

En el sentido indicado, las SSTs 480/2016, de 2 de junio y 23/2017, de 24 de enero, son contestes en considerar, como en el caso de autos que la amenaza de exhibición de un vídeo con un contenido que la perjudicada no quiere, referido a contenidos sexuales, es un acto intimidatorio típico del delito objeto de la condena, pues la víctima por el temor a la propagación del vídeo se vio compelida a realizar un acto no querido y, por lo tanto, incontestado.

La falta de respeto al hecho probado hace que el motivo deba ser desestimado.

FALLO

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

Desestimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **D. Nazario**, contra sentencia dictada el día 17 de julio de 2017 en causa seguida contra el mismo, por delito de agresiones sexuales.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Así se acuerda y firma.

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

Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde