



Roj: **STS 3458/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:3458**

Id Cendoj: **28079120012012100362**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2012**

Nº de Recurso: **813/2011**

Nº de Resolución: **235/2012**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2512/2011,**
STS 3458/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de dos mil doce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Urbano , Carlos Manuel Y Juan Ignacio** , contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, que les condenó por un delito de violación y robo con intimidación, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, y estando dicho recurrente representado por la Procuradoras Sra. Fernández Sánchez por el primero y Sra. Matud Juristo por los dos últimos. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de los de Málaga instruyó Procedimiento Abreviado con el número 5/07, contra **Urbano , Carlos Manuel y Juan Ignacio** , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga (Sec. Octava) que, con fecha trece de enero de dos mil once, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

*<<Del conjunto de la prueba practicada y obrante en autos apreciada en conciencia, se establece como probado y así se declara lo siguiente: Los procesados **Urbano , mayor de edad y sin antecedentes penales, Carlos Manuel , mayor de edad y ejecutoriamente condenados por robo y hurto de vehículo de motor por sentencia firme de fecha de 24-1- 2006, y Juan Ignacio , mayor de edad y ejecutoriamente condenado por un delito de robo con violencia e intimidación en sentencia firme de fecha de 10 - 8 -2006, puestos previamente de acuerdo y con la finalidad de pasar un buen rato, se dirigieron al día 11 de noviembre de 2006 sobre las 23' 00 a 23'15 horas a un lugar de la Carretera de la Azucarera en el Polígono de Guadalorce de Málaga, frente a una gasolinera de Repsol, circulando Carlos Manuel al mando del vehículo Peugeot 206 matrícula TI....-TW , propiedad del procesado Urbano , que ocupaba el asiento trasero, y siendo seguidos de cerca por el procesado Juan Ignacio que circulaba conduciendo su vehículo Renault Clío de color negro, matrícula SQN . Movidos por el propósito indicado, Carlos Manuel condujo el coche en cuyo asiento trasero iba Urbano , propietario del vehículo, hasta acercarse a Celsa que ejercía la prostitución en la vía pública, y tras hablar con ella, preguntarle cuanto cobraba y llegar a un acuerdo, la subieron al vehículo Peugeot 206 montando en el asiento trasero donde iba Urbano , dirigiéndose a un lugar cercano y oscuro, siendo conducido el vehículo por Carlos Manuel , y seguido en todo momento por el RENAULT Clío negro que conducía su propietario el procesado Juan Ignacio . Una vez comprobaron que dicho lugar no era adecuado a lo que pretendían. decidieron irse a otro lugar del Puerto de la Torre , donde Urbano dirigiéndose a Celsa le dijo "cállate , ahora vas a hacer lo que te digamos o te matamos, no huyas porque viene***



de detrás otro vehículo que nos sigue" no habiéndose determinado si en su mano tenía algún objeto que a Celsa pudo parecerle que era una pistola, puesto que no se ha encontrado, si bien ésta, al sentirse amedrentada accedió a desnudarse para hacer lo que se le decía, siendo penetrada por vía vaginal por el procesado Urbano que accedió a ponerse un preservativo. Mientras esto ocurría, Carlos Manuel y Juan Ignacio miraron desde fuera del coche Peugeot 206, y una vez Urbano hubo terminado sin haber eyaculado, entró en el coche Juan Ignacio que igualmente penetró vaginalmente a Celsa, sin la voluntad de ésta, eyaculando en el preservativo que se había puesto. Entretanto, Carlos Manuel registraba el bolso de Celsa en unión de Urbano, apoderándose de 100 € que llevaba la chica, y Juan Ignacio se apoderó de las tarjetas de crédito, dirigiéndose todos con Celsa a la C / Lope de Rueda, del Puerto de la Torre y tras amedrentarla de nuevo con algún objeto que Celsa creyó era una pistola, ésta les indico el nº de PIN de las tarjetas, dirigiéndose a la entidad La Caixa allí existente sobre las 00'45 horas de donde consiguieron extraer 500 € de los que se apoderaron, así como del teléfono móvil de Celsa marca Nokia de contrato con movistar y nº NUM000, desde el cual se llamó al NUM001 (propiedad de Carlos Ramón, primo del procesado Juan Ignacio a quién se lo había prestado) a las 00'51, 01'04 y 01'09 horas de la madrugada del día 15 de noviembre de 2006.

No queda acreditado que los procesados extrajeran 100 € de la Sucursal de La Caixa sobre las 00'53 horas del citado día. No queda acreditado que los procesados o alguno de ellos, tuviera mermaidas ni afectadas sus facultades intelectuales y volitivas>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a a los procesados Urbano, Carlos Manuel Y Juan Ignacio, como autores criminalmente responsables cada uno de DOS DELITOS DE VIOLACIÓN ya definidos, sin concurrir circunstancias modificadoras de responsabilidad criminal, y de un DELITO DE ROBO CON INTIMIDACIÓN ya definido, concurriendo la agravante de reincidencia del art. 22-8 del Código Penal, en Juan Ignacio y Carlos Manuel, sin concurrir circunstancias de Urbano, a las siguientes penas:

A) Por los dos delitos de violación, dos penas de 12 años de prisión a cada uno de los tres procesados (24 años); B) Por el delito de robo con intimidación pena de 4 años de prisión para Juan Ignacio y Carlos Manuel, y de 3 años y 6 meses de prisión para Urbano.

En todo caso ha de aplicarse el límite punitivo previsto en el art. 76-1 del Código Penal. Se imponen las accesorias legales de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y el pago de las costas procesales y asimismo la indemnización mancomunada y solidariamente de los procesados a la perjudicada Celsa en la suma de 9.000 euros en concepto de daños morales, y 600 euros por las cantidades sustraídas, siendo de abono para el cumplimiento de la expresada pena el tiempo que han estado privados de libertad en la presente causa y se aprueba, por sus propios fundamentos el auto de insolvencia que el Juzgado instructor dictó y consulta en el ramo correspondiente.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los procesados **Carlos Manuel, Urbano Y Juan Ignacio**, 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 dicho recurso.

4.- **El recurso** interpuesto por la representación del procesado Carlos Manuel, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero**.- Al amparo del art. 24.1 y 2 de la CE. Infracción del derecho a la presunción de inocencia y al derecho a la tutela judicial efectiva. **Segundo**.- Al amparo del art. 849 nº 2 de la LECriminal. **Tercero**.- Infracción del derecho a la presunción de inocencia. **Cuarto**.- Al amparo del art. 849 nº 1 de la LECriminal aplicación indebida de los arts. 180.1 y 2 del Código Penal. **Quinto**.- Al amparo del art. 849.2 de la LECriminal. **Sexto**.- Al amparo del art. 849 nº 1 de la LECriminal. Aplicación indebida del art. 28 en relación con el art. 242.1 del Código Penal.

Y en el **recurso** interpuesto por la representación del procesado Urbano, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero, Segundo y Tercero**.- Al amparo del art. 849 nº 2 de la LECriminal error en la valoración de la prueba. **Cuarto y Quinto**.- Al amparo del art. 849 nº 1 de la LECriminal indebida del art. los 179 y 180.1 2º del CPenal. **Sexto**.- Infracción de ley. **Séptimo**.- Infracción de ley. Inaplicación indebida de los arts. 237 y 242.1 del CPenal. **Octavo**.- Al amparo del art. 852 de la LECriminal.



Y en el **recurso** interpuesto por la representación del procesado Juan Ignacio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero y segundo.**- Infracción del art. 24.1 de la CE . Derecho a la tutela judicial efectiva e infracción al derecho a la presunción de inocencia. **Tercero** .- Al amparo del art. 849 nº 1 de la LECriminal .

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto **impugnó los motivos de los recurso** s; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiese.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día quince de marzo de 2012.

7.- Por providencia de fecha veintiocho de marzo de 2012 la Sala decidió continuar las deliberaciones hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Carlos Manuel .

PRIMERO .- En el **motivo inicial**, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , estima infringidos los arts. 24.1 de la C.E . (tutela judicial efectiva sin indefensión) y presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución Española).

1. El impugnante argumenta que la sentencia recurrida no recoge hechos acreditados en el acto del juicio oral, como se desprende y consta en el vídeo del juicio y sucintamente en el acta y en las actuaciones sumariales.

Particularmente acude al testimonio de la ofendida, entresacando ciertos alegatos, como que vio a Carlos Manuel tomar cocaína, a la vez que afirmó en juicio que respecto a su actuación el día de autos "*prefiere excluirlo, pues su participación fue cero*". En base a tal afirmación entiende que la ofendida renunció a toda clase de indemnización.

Por último nos dice que cuando estaba yaciendo con Urbano el recurrente "miró al coche" e iba y venía e invitaba a este último a droga, pero cuando yacía con el segundo no estaba presente, pues se fue a por cocaína.

2. La formulación del motivo es inatendible al pretender una alteración del factum que sólo es posible a través de la vía prevista en el art. 849.2 de la LECriminal que el recurrente no utiliza.

El Tribunal sentenciador, partiendo del relato fáctico formulado por la acusación a los procesados, describe lo que considera acreditado y es suficiente para la subsunción interesada, todo ello teniendo en cuenta las pruebas practicadas en la causa cuya valoración compete de modo exclusivo a dicho Tribunal (art. 741 de la LECriminal , 117.3 de la C.E .) Pero independientemente de ello un testigo, en este caso víctima del delito, no puede decidir qué intervención o responsabilidad penal y civil ha tenido en la causa uno de los partícipes, en tanto su testimonio ha sido tenido en cuenta por el juzgador, para obtener las consecuencias valorativas y jurídicas que procedan.

Es también el Tribunal sentenciador el que debe determinar cuál ha sido la participación del recurrente en el suceso segundo en el que Juan Ignacio yació por la fuerza con la ofendida, pues en este segundo caso la mujer sabía que si Carlos Manuel no estaba exactamente en el lugar del suceso lo estaba en las proximidades, dispuesto a intervenir si fuera preciso. De cualquier modo el efecto ambiental intimidatorio se producía en orden a responsabilizarle en concepto de cooperador necesario por ambas infracciones. A su vez la devaluación del reproche general a Carlos Manuel por parte de la ofendida, no significa ni mucho menos, renuncia a las indemnizaciones solicitadas por el Fiscal.

En definitiva, en la causa medió suficiente prueba de cargo, legítimamente introducida en el plenario y racionalmente valorada. No se infringió el derecho a la presunción de inocencia

Respecto a la tutela judicial efectiva considera que no se tuvo en cuenta la prueba de descargo, cuando de ello, y en la medida de lo necesario, se hace eco el Tribunal en la fundamentación jurídica sentencial.

El motivo ha de rechazarse.

SEGUNDO .- Con amparo procesal en el art. 849.2 de la LECriminal .

1. En el **correlativo ordinal** el censurante sostiene que los informes médicos obrantes en la causa han sido erróneamente valorados, y por ello la Audiencia debía haber concluido que el acusado, en el momento de comisión de los hechos, sufría un trastorno psíquico originado por el consumo de drogas, para intentar paliar el sufrimiento físico que le producía la curación de unas graves heridas producidas tras ser acometido con un cuchillo de cocina y que concluyeron con unas lesiones que tardaron en curar 90 días, como se comprueba



por la aportación del testimonio de la sentencia nº 677, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga en el sumario 1/07 del Juzgado de Instrucción nº 11 de dicha ciudad.

Como documentos menciona:

- a) testimonio de la sentencia referida.
- b) testimonio de la documental médica relativa al acusado recurrente.

2. Entre las exigencias jurisprudenciales que esta Sala ha venido estableciendo para la prosperabilidad de un motivo de esta naturaleza se halla la existencia de un documento capaz de imponer su contenido sin necesidad de interpretaciones o aclaraciones y que evidencie una realidad que no ha tenido en consideración la sentencia en el factum. A ello se le ha dado en llamar "litosuficiencia", y también constituye doctrina inconcusa de esta Sala que los dictámenes periciales pueden actuar como documentos, en dos ocasiones:

- a) cuando existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.
- b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

En nuestro caso el hecho de que estuviera convaleciente el recurrente en el momento de los hechos de una operación quirúrgica y que en lugar de consumir los fármacos médicamente ordenados, tomase ciertas dosis de cocaína, no le convierte en drogodependiente, pero aunque así fuera, la adicción a las drogas no provoca la atenuación de la conducta, pues sería preciso determinar el efecto reductor de la imputabilidad en el momento de la comisión del hecho. En el caso que nos atañe no aflora ese condicionamiento conductual apremiante que empuje a la comisión del delito, para impedir situaciones carenciales. Según pretende imponer el recurrente en el factum, en alguna ocasión durante el desarrollo de los hechos consumió cocaína, luego, disponía de tal sustancia para subvenir a cualquier crisis de abstinencia que eventualmente pudiera producirse.

En resumidas cuentas podemos concluir que de los documentos referidos (no tienen cabida las declaraciones testificales sobre la existencia del delito al carecer de la condición de documentos) no se infiere la reducción de la capacidad psíquica, ya que por sí solos (litosuficiencia) no acreditan que tuviera seriamente afectadas sus facultades intelectivas y volitivas. Lo que en ningún caso cabe es acudir con carácter general a los vídeos o grabaciones ya que ello supondría la repetición o reproducción del juicio ante el Tribunal de casación.

El motivo por ello no puede ser acogido.

TERCERO .- Con carácter genérico repite en el **tercer motivo** las infracciones de derechos fundamentales ya referenciadas en el primero, que alega a través del cauce procesal previsto en el art. 5.4 de la LOPJ .

1. En suma, pretende eximirse de la responsabilidad por la contribución causal al delito cometido por Juan Ignacio , deduciéndolo de la interpretación de los términos del factum. En efecto el relato sentencial nos dice que " *Mientras ésto ocurría, Carlos Manuel y Juan Ignacio miraron, desde fuera del coche Peugeot 206, y una vez Urbano hubo terminado sin haber eyaculado, entró en el coche Juan Ignacio que igualmente penetró vaginalmente a Celsa , sin la voluntad de ésta, eyaculando en el preservativo que se había puesto*". Dados los términos descritos, durante el segundo yacimiento forzado, no estuvo presente el recurrente, ya que no se dice nada, respecto a *si miró o no* al vehículo.

De la sentencia se extrae que, predicando una conducta relativamente presencial en la primera **agresión sexual**, no ocurre lo mismo en la segunda, en tanto se silencia tal dato. No existió prueba de cargo suficiente que permita presumir la presencia de Carlos Manuel en la **agresión** sufrida por Celsa , atribuida a Juan Ignacio .

2. La deducción no es atendible, ya que la redacción e interpretación de los hechos corresponde al tribunal sentenciador, y al acusado no se le condena por mirar al vehículo, sino por haberse concertado con los otros y haber trasladado a lugar solitario a la víctima con el propósito de que yacieran sus compañeros contra la voluntad de la mujer. La presencia del recurrente ya en el propio lugar de los hechos o en sus proximidades permitía mantener el clima intimidatorio que según los hechos probados se reveló como suficiente para vencer la voluntad de la mujer, a la que no puede obligarse a una resistencia heroica, si por el lugar y por los sujetos que la trasladaron allí y por las amenazas que soportó al principio sabe que de oponerse a los deseos de sus agresores se exponía a sufrir graves males.



Igualmente insistimos en que la opinión de la mujer que atribuyó, al inquirir cuál fue su participación, una intervención secundaria, afirmando que "*prefiero excluirlo, era un cero*", no tiene influencia en la determinación de su responsabilidad criminal ya que es el Tribunal de instancia el que la proclama.

La Audiencia ya en el fundamento primero concreta los actos que permitieron calificar su intervención como de complicidad necesaria (o cooperación necesaria), pues su presencia refuerza la determinación delictiva del autor o autores materiales, acentuando el desamparo y desvalimiento de la víctima con el debilitamiento de la voluntad resistente de aquélla, que llega a creer que todo es inútil ante la coligación de las fuerzas adversas a su libertad **sexual**.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO .- En el **correlativo ordinal** y al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por aplicación indebida del art. 180.1.2 del Código Penal .

1. El recurrente estima inaplicable tal cualificación en la **agresión sexual** materialmente atribuida a Urbano , la primera de las descritas en el factum, y de la que se dice que Carlos Manuel estaba fuera del coche "mirando", desconociendo si la mirada fue fugaz o persistente. En todo caso sería cooperador necesario, como correctamente lo califica la combatida (cómplice necesario), que -a su juicio- no puede tener la misma responsabilidad que quien ejecuta la materialidad de los actos **sexuales** forzados, ya que éste se limita a una simple mirada, desapareciendo de inmediato del lugar de los hechos y por ende del alcance visual de la ofendida.

En apoyo a su tesis cita varias sentencias de esta Sala (217/2007 de 16 de marzo , 885/2009 de 9 de septiembre y 190/2010 de 10 de marzo) cuya doctrina se resume en que "no puede ser tenida en cuenta la agravación específica de actuación conjunta de varias personas cuando el recurrente ha sido condenado por su participación, como cooperador necesario, en la acción de otro".

2. El motivo debe estimarse parcialmente. Se rechaza la pretensión de que por el hecho de no mirar al coche, ya no interviene en el hecho, cuando la naturaleza del motivo obliga a respetar el factum en todo su contenido, orden y significación y en él se describen unos hechos, en los que los intervinientes actúan según un plan previamente proyectado, desplegando conductas coordinadas, unas antes del hecho nuclear delictivo y otras durante ese hecho.

Como apunta la STS 30 de septiembre de 2010 : "*... todos los que en grupo participan en casos de violaciones múltiples... actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto **sexual**, formando parte del medio intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir* (Véase SSTs 486/2002 de 12 de marzo ; 481/2004 de 7 de abril ; 744/2004 de 14 de junio ; 1169/2004 de 18 de octubre ; 626/2005 de 13 de mayo ; 686/2005 de 2 de junio ; 938/2005 de 12 de julio ; 975/2005 de 13 de julio ; 1291/2005 de 8 de noviembre ; 1462/2005 de 11 de noviembre ; 1386/2005 de 23 de noviembre ; 76/2008 de 31 de enero ; 885/2009 de 9 de septiembre y 1142/2009 de 24 de noviembre , entre otras).

3. Antes de dar solución al problema resulta oportuno hacer algunas puntualizaciones sobre la postura adoptada por esta Sala.

En efecto, la solución jurisprudencial a la hipótesis más emblemática de violaciones dobles (e incluso múltiples) con intercambio de roles entre autores y partícipe -primero uno accede y otro intimida y luego al revés-ha registrado diversos infoques.

En tal sentido podemos distinguir:

a) En un primer momento la Sala II consideraba que estábamos en presencia de dos delitos de violación del art. 179 del CP , con la característica de que en cada uno de ellos el autor era el que realizaba el acceso y el partícipe quien utilizaba la violencia o intimidación instrumental. Ahora bien, ni al autor ni al partícipe se le aplicaba el subtipo agravado, pues "*la participación plural se entendía satisfecha con la doble penalidad del tipo básico y el principio ne bis in idem habría resultado vulnerado con la extensión del subtipo no sólo al autor, sino también al partícipe*" (véase, por todas, STS 12.3.2002).

b) En una segunda etapa, que puede considerarse la más ampliamente seguida por esta Sala, el subtipo acabó por aplicarse a supuestos en que concurrían en el hecho delictivo sólo *un autor y un partícipe*, (véanse SS.TS 975/2005 de 13 de julio ; 217/2007 de 16 de marzo ; 61/2008 de 24 de marzo , 1142/2009 de 24 de noviembre ; 187/10 de 10 de marzo de 2010 ; 535/10 de 6 de mayo de 2010 , 742/10 de 15 de julio de 2010 y 194/2012 de 20 de marzo . En estos casos la cualificación alcanzaría sólo al autor.



c) Dentro de la línea antes dicha existe una variante que se refiere a aquellos casos en que concurren un autor y varios partícipes, relevándose en el rol o sin relevación, a los que nunca alcanzaría la cualificación al conceptualizarlos como cooperadores necesarios de la conducta nuclear de otro.

Así nos dice la Sala que "cuando existe una cooperación necesaria en **agresiones** concertadas, cada sujeto responde de su propia **agresión sexual** y de la que hubiese cooperado, si bien en esta última sin la concurrencia del subtipoagravado de actuación en grupo. Véase SS.TS. 686/2005 de 2 de junio ; 938/2005 de 12 de julio , 975/2005 de 13 de julio ; 217/2007 de 16 de marzo ; 439/2007 de 21 de marzo , 86/2007 de 14 de febrero ; 61/2008 de 14 de enero ; 885/2009 de 9 de septiembre ; 1399/2009 de 8 de enero de 2010 ; 742/2010 de 15 de julio ; 190/2010 de 10 de marzo ; 421/2010 de 6 de mayo) .

d) Una cuarta etapa que surge con la STS 27 de julio de 2009 , en que advierte la condición de coautor en quien realiza el elemento típico de la "violencia o intimidación", alcanzando a éste la cualificación. Sin embargo para sucesivos "accesos carnales" de los diferentes coautores integrarían un solo delito continuado de violación". El primer aspecto está dentro de la línea decisoria correcta; el segundo no resultaría admisible, en tanto no cabe continuidad delictiva entre varios sujetos activos.

4. Para concretar acerca de la solución más correcta, se impone la delimitación del alcance agravatorio del apartado 2º del art. 180.1 del C.Penal , referido a la actuación conjunta de dos o más personas.

La *ratio agravatoria* de la cualificación, según la doctrina mayoritaria tendría su base, entre otras, en las siguientes razones:

- a) en la acusada superioridad que proporciona al sujeto activo la intervención de otros.
- b) se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales, al intensificarse la intimidación con la efectiva disminución de la capacidad de resistencia de la víctima.
- c) existen menos posibilidades de defensa de la víctima y por contra mayores facilidades para plegarse a las pretensiones de los agresores, consecuencia de la mayor potencialidad lesiva.
- d) mayores dificultades para defenderse o intentar la huida. Facilita la ejecución del delito por la mayor indefensión que ocasiona.

En el fondo la *ratio agravatoria* coincidiría con las circunstancias genéricas de abuso de superioridad, cuadrilla (ya derogada), auxilio de otras personas, etc., que se contienen en el número 2 del art. 22 del Código Penal , al que se debería acudir de no existir el presente subtipo agravado (art. 180.1 2º del C.P .).

Si se garantiza y refuerza la ejecución del hecho favoreciendo su comisión por parte del autor, es claro que el cooperador necesario nunca es autor, y si nunca pretendió yacer o acceder carnalmente con el sujeto pasivo nunca pudo beneficiarse de la intervención de terceros para conseguir propósitos que no son los suyos.

Aunque el subtipo no exige una "autoría conjunta" (coautoría) sino una *actuación conjunta*, que constituye un concepto distinto, no sería descabellado o ilógico acoger una interpretación sostenida por un importante sector doctrinal, que limita la proyección de la agravación a los autores del art. 28 p. 1 del C.P ., (ejecutar conjuntamente el hecho) con eliminación de los cooperadores necesarios. La doctrina dominante de esta Sala llega a esa conclusión por otra vía interpretativa (evitando la infracción del principio "non bis in idem").

5. Nuestro caso se ha calificado por el Fiscal (principio acusatorio) y se ha considerado por la Audiencia como de "cooperación necesaria".

El recurrente ha defendido su no intervención en la fase ejecutiva de la **agresión sexual**, porque en el primer yacimiento sólo consta que miró al coche donde se desarrollaba, desapareciendo a continuación, y en el segundo yacimiento, no consta que estuviera presente allí.

Ello no quita, como en otro lugar hemos dejado sentado, que el mismo deba responder penalmente porque contribuyó con hechos anteriores a crear un "ambiente intimidatorio" que resultó suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, y durante la ejecución de los hechos es evidente que se hallaba en lugar incierto, pero necesariamente próximo, ya que se encontraba con el otro coacusado que pretendía yacer después de que terminara de hacerlo Urbano , y tanto uno como otro, al rebuscar en el bolso de la víctima (hechos probados) con propósitos apropiativos mientras yacía el segundo, precisaban de la posterior presencia de la ofendida para que les facilitara las claves del acceso a la entidad bancaria en la que pretendían realizar ilícitas extracciones, dato que permite inferir que no estarían muy alejados del lugar donde se cometía la **agresión**.

La condición del recurrente y su condena ha de ser de verdadero y auténtico cooperador necesario, sin participación directa y decisiva en el hecho nuclear, al que no alcanzará la cualificación, bien por aplicación del principio *non bis in idem* o por no concurrir en él la "*ratio agravatoria*" de la cualificación.



Al acusado recurrente en los dos hechos le será de aplicación el art. 179 del Código Penal , pero no el 180.1.2.

El motivo se estima parcialmente.

QUINTO .- En el motivo del mismo numeral reitera de nuevo como impugnación casacional el error facti (art. 849. 2 de la LECriminal) con la consecuencia de que debería aplicarse el art. 21.2 del Código Penal (atenuante de drogadicción). Menciona también el art. 21.5 del Código Penal , pero nada sobre este particular afirma en el desarrollo del motivo, por lo que no pasa de ser pura afirmación retórica.

1. Como documentos imprescindibles el censurante vuelve a reproducir lo ya expuesto en el motivo segundo:

a) Por un lado los documentos integrados por la sentencia que acreditaba que unas semanas antes de los hechos había sido objeto de una **agresión** importante, y el informe de sanidad, en el que designa como particular la afirmación sobre el tratamiento en la que el médico al darle el alta expresa que *"desde entonces ha sido sometido a tratamiento médico farmacológico (analgésico si dolor) y reposo relativo"*.

b) Por otro lado considera que otro camino para acreditar la situación de drogodependencia y su afectación al hecho, será recurrir a su propia declaración y a la de la víctima, Celsa .

2. Ninguno de los documentos del apartado a) acredita por sí sólo la drogadicción y su influencia limitativa en el obrar a la hora de la comisión de los hechos que se enjuician, y los referidos en el apartado b) son declaraciones personales y no tienen el carácter de documentos.

Como ya dijimos al tratar del motivo segundo y ahora reiteramos, ni siquiera se ha acreditado la drogadicción del acusado, pero aunque así hubiera sido, el Tribunal valorando las pruebas habidas y con la inmediatez de la que ha gozado en el juicio, llegó a la conclusión de que *"ni la dinámica de los hechos ni la actitud de los autores lo evidencia"*.

Si según testimonio del propio recurrente, durante el episodio delictivo consumió droga, es que disponía de ella y por ende no se hallaba ante una situación carencial con los típicos episodios de desesperación o desasosiego por calmar el ansia de consumir, evitando un posible síndrome de abstinencia.

Si a todo ello añadimos que las circunstancias atenuantes y agravantes deben estar tan probadas como el hecho nuclear mismo, es obvio que en la presente causa el acusado recurrente, a quien competía su probanza, no lo ha conseguido acreditar.

Por todo ello el motivo deba rechazarse.

SEXTO .- En el último de los motivos formulados ataca la sentencia por corriente infracción de ley (art. 849.1º de la LECriminal) al entender erróneamente aplicado el art. 28, en relación al 242.1º ambos del Código Penal , cuando debió aplicarse el art. 29 de dicho texto legal .

1. Acude al relato probatorio para delimitar la conducta material ejecutada en relación al delito de robo que se debió calificar, en su opinión, de complicidad, ya que en el episodio de la sustracción de tarjetas de crédito y su uso en el cajero su participación fué residual, como apunta el fundamento jurídico de la sentencia (folio 4) en donde se dice que el acusado recurrente *"ejerció sobre ella (la víctima) una vigilancia durante el episodio de las tarjetas"*. En consecuencia el impugnante se pregunta qué hubiera ocurrido si no hubiera vigilado ¿se hubiera cometido igualmente el delito?, a lo que responde positivamente; luego, su actuación fue secundaria y accidental, merecedora de una simple condena por complicidad (art. 29 del Código Penal).

2. La naturaleza del motivo ha de partir de un principio esencial, cual es, la intangibilidad de la narración histórica sentencial, a la que el propio recurrente acude al desarrollar el motivo (art. 884.3 de la LECriminal).

Partiendo de ella y en lo que afecta a la censura formulada resulta de interés considerar el relato probatorio (al folio 3 de la sentencia) en el que se dice *"Entretanto, Carlos Manuel registraba el bolso de Celsa en unión de Urbano , apoderándose de 100 euros que llevaba la chica..."*. Pues bien, con esa sola afirmación, bastaría para condenar al acusado como autor (art. 28 del Código Penal) de un delito de robo con violencia e intimidación.

Item más. El factum sigue diciendo *"..."* Juan Ignacio se apoderó de las tarjetas de crédito, dirigiéndose *todos* con Celsa ... y tras amedrantarle... ésta *les* indicó el número de pin de las tarjetas, dirigiéndose a la entidad La Caixa... donde *consiguieron* extraer 500 euros de los que se *apoderaron* ...".

De ello se desprende, dada el plural empleado en la descripción de los hechos probados, que todos los acusados, concertados, ejecutaron conjuntamente los hechos, distribuyéndose las funciones entre ellos.

Esta idea se refuerza en el fundamento jurídico tercero, en donde se precisa la labor principal desarrollada por el acusado que *"ejerció la vigilancia"* y posteriormente al pretender justificar el expolio le dice a la ofendida,



después de enseñarle sus cicatrices, que no tenía trabajo, que ellos, en donde se incluían todos, "necesitaban dinero".

Por lo expuesto el motivo ha de declinar.

Recurso de Urbano .

SÉPTIMO.- Residenciados los tres primeros motivos formulados en el art. 849.2º de la LECriminal , (error facti), resulta aconsejable dar una respuesta conjunta a los tres.

1. El contenido de dichos motivos se refiere al análisis y revaloración de las pruebas de cargo y de descargo, en cuyo cometido el Tribunal sentenciador se equivocó, según su tesis.

Analiza y critica el alcance probatorio del testimonio de la víctima, que considera como única prueba de cargo, advirtiendo en él manifiestas contradicciones, pues a pesar de merecerle credibilidad al Tribunal, pone en entredicho la existencia de una pistola, que debían portar los acusados, por inseguridad probatoria. Entiende que existe una clara animadversión por parte de la víctima por razón del robo de las pertenencias y por no haber pagado el importe del "servicio" prestado.

Hace notar ciertas contradicciones en el plano valorativo, en particular las referidas al lugar de los hechos, que califica, por un lado, como "lugar apartado y solitario" y por otro, como "lugar frecuentado por parejas que realizan el acto **sexual**".

Por último y respecto a los preservativos hallados, la ofendida los identificó como de la misma marca que los usados, pero por la ausencia de ADN, se acreditó que no fueron los empleados por el acusado al realizar el acto **sexual**.

Concluye afirmando que inocentemente reconoce que ha mantenido relaciones **sexuales** con la denunciante y facilita los datos de las personas que le acompañaron en el absoluto convencimiento de que, en todo caso, podía haber existido una apropiación de determinadas pertenencias de la ofendida, pero nunca sexo forzado, escudándose el Tribunal de instancia en la afirmación "intimidación ambiental" ya que no se ha acreditado que existiera una pistola.

2. La doctrina de esta Sala no permite acoger un motivo que no se ajusta a los requisitos establecidos. Una vez más, será oportuno recordarlos.

a) que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.

b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

3. A la vista de tal doctrina, se advierte la inexistencia de documentos literosuficientes capaces de imponer su contenido por sí mismos.

La declaración de la víctima es una prueba personal, por mucho que se documente en un atestado, en una diligencia judicial o en el acta del plenario, y por tanto incapaz de alterar el factum.

Las supuestas contradicciones tampoco tienen cabida en este motivo, ya que forman parte de la valoración probatoria del Tribunal como función de su absoluta exclusividad (art. 741 de la LECriminal , y 117.3 de la CE). Pero aunque lo fueran la presunta contradicción no es tal, pues un lugar por la proximidad a una ciudad, a la vez que por hallarse oscuro, recóndito y reservado, puede constituir un sitio propicio para mantener relaciones **sexuales**, aunque suelen acudir allí algunas parejas, lo que no significa que se produzca un continuo trasiego o masificación en el acceso a dicho paraje.

De todas formas, si no se detectó fluido de la víctima en los preservativos analizados es que no sería el preservativo utilizado en el acto **sexual**, ya que el análisis del semen resultaría siempre negativo, porque según el tenor de los hechos probados el acusado "no eyaculó" y tal afirmación no ha sido atacada.

En definitiva, el impugnante pretende realizar una reinterpretación de los hechos valorándolos desde su personal e interesada perspectiva. Los motivos primero, segundo y tercero han de claudicar.



OCTAVO .- Los motivos cuarto y quinto se dirigen a un mismo objetivo, que pretende conseguir a través del cauce procesal previsto en el art. 849.1º de la LECriminal , y es la consideración del recurrente como autor material de un delito (art. 28 p.1 del Código Penal) y cooperador necesario de otro (art. 28 p. 2 apartado b) del Código Penal) lo que hace que en este segundo delito no proceda la aplicación del art. 180.1 2 del Código Penal .

1. La protesta es la misma que formula el correcurrente Carlos Manuel en el motivo cuarto. En efecto, el Ministerio Fiscal en la calificación provisional de los hechos elevada a definitiva interesó la condena de Urbano como autor material y directo de un delito de violación y como cooperador necesario de otro de la misma naturaleza, aunque no introduce matices a la hora de solicitar penas, dada la inicial equiparación penológica respecto a los partícipes del delito a que se refiere el art. 28 del C.P . (art. 61 del C.P .) tanto si se trata de autores propiamente dichos o simplemente "se consideran" autores.

Sin embargo, cuando se trata de aplicar la cualificativa del art. 180.1.2 del Código Penal , sí es determinante precisar en el concepto en que interviene el sujeto activo en el delito de violación.

La cooperación necesaria tiene un carácter subordinado a la acción del autor, pues se trata en todo caso de la contribución al hecho de otro.

Sobre la inaplicación invoca doctrina de esta Sala, en la que se excluye la cualificación por la intervención en el hecho de varias personas.

2. Si la cooperación es siempre contribución al hecho de otro, su existencia en todo caso supone como mínimo, la presencia de dos personas, el autor directo y el cooperador.

Castigar como cooperador necesario y a su vez aplicar la cualificación de haber participado en el hecho dos o más personas infringe el principio "non bis in idem".

La sentencia, influida por la punición interesada por el Fiscal, no distingue en el fallo y condena a los tres acusados como autores de dos delitos de violación a las mismas penas. Siquiera sea por respeto al principio acusatorio, si el Fiscal no los reputa autores materiales directos del delito sino partícipes en el hecho del otro (cómplices necesarios los llama la sentencia en su fundamentación jurídica), también tal consideración y no mayor debe otorgarse en el fallo, habida cuenta que de hacerlo de un modo y otro se derivan importantes consecuencias jurídicas. En ello nos remitimos a lo argumentado en el motivo cuarto de la presente sentencia.

Los dos motivos deben merecer acogida.

NOVENO .- En el motivo sexto, también por infracción de ley (art. 849.1º de la LECriminal), se estima inaplicada la atenuante de confesión de la infracción a las autoridades (art. 21.4 del Código Penal), cuando debió serlo. Se supone que la estimación se produciría por la vía de la analogía (art. 21.7 del Código Penal).

1. La razón de la articulación de este motivo es que la sentencia en el fundamento tercero considera que el testimonio de Urbano proporciona datos esenciales para implicar a otro de los acusados en los hechos, concretamente al " Picon " que utilizó un Renault Clío en la comisión del hecho. Reconoce que no fue alegada en el escrito de defensa, pero ello no quita que su declaración fuera decisiva para implicar a los otros dos.

2. Sobre este extremo hemos de reseñar las oportunas alegaciones del Ministerio Fiscal, que vienen a poner de manifiesto que la colaboración con las autoridades en la identificación de un partícipe, fue apenas relevante.

Es cierto que en relación con la atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado.

Nada se dice sobre este particular en el hecho probado. En la fundamentación jurídica, sin embargo, se mencionan los indicios que resuelven la participación de Juan Ignacio en los hechos y uno de ellos es la primera declaración del recurrente ante el Juzgado de Instrucción en la que se alude a la participación de un tal " Picon " pero sin identificarlo.

Dicha declaración constituye una confesión incompleta, pues ni siquiera sirve para revelar la participación de Juan Ignacio que se le identifica como queda plasmado en el atestado obrante a los folios 188 y ss. a través del testigo funcionario de la Comisaría Provincial de Málaga nº NUM002 , más concretamente la identificación de Juan Ignacio se produjo por la llamada efectuada desde el teléfono de la víctima al de un primo de Juan Ignacio , así como por la facilitación por Celsa de parte de los números de la matrícula del coche utilizado por este procesado.



Por otra parte y según se puede observar esta identificación fue negada en el acto del juicio oral, manteniendo el recurrente que el identificado como " Picon " no es Juan Ignacio .

Consecuentes con lo dicho el motivo debe decaer.

DÉCIMO .- En el séptimo motivo se alega, vía art. 849.1 de la LECriminal , la aplicación indebida de los arts. 237 y 242.1 del Código Penal .

1. El argumento esencial es que desde que se sustrae la tarjeta hasta que se obtiene el dinero el recurrente no interviene para nada, pues según el testimonio de la expoliada el apoderamiento de la tarjeta fue obra de Juan Ignacio , es decir el "chico del vehículo oscuro".

2. A tal alegación le son oponibles los argumentos aducidos en el motivo sexto de Carlos Manuel . Así, en tanto la naturaleza del motivo obliga al más absoluto respeto del hecho probado, en él se viene a decir, que mientras Juan Ignacio estaba agrediendo sexualmente a la ofendida, Carlos Manuel y él, rebuscaron en el bolso de aquélla y se apoderaron de 100 euros. Con ese sólo hecho se justificaría la condena.

Los mismos hechos probados nos hablan de una intervención conjunta y coordinada de todos, con distribución de cometidos como se deduce del plural empleado al relatar los actos apropiativos y los que le precedieron.

Consiguientemente el motivo no puede merecer acogida.

UNDÉCIMO .- En el último motivo, canalizado a través del art. 852 de la LECriminal y 5.4 de la LOPJ , estima infringido el art. 24.1º y 2º de la Constitución Española .

1. La indefensión producida tiene lugar por la denegación de la admisión y práctica de la prueba pericial, en la que se pretendía analizar la adicción a las drogas del acusado en el momento de la comisión de los hechos.

El consumo de drogas -nos dice- unido a los problemas psíquicos con minusvalía reconocidos pudieron determinar una situación de influencia en el recurrente de terceras personas, al resultar afectada su capacidad de decidir.

A nivel hipotético la Sala de instancia admite una cierta adicción a las drogas en el momento en que se produjeron los hechos, sin embargo descarta cualquier atenuación por no hallar justificada la influencia en sus capacidades intelectivas o volitivas.

El auto denegatorio de la prueba de 20 de abril de 2009, entre otras razones, explicaba que la prueba interesada no resultaba útil por la lejanía a la fecha de comisión del delito, amén que tampoco revelaría, por la misma razón, el grado de afectación de las facultades del imputado.

2. Como tiene dicho esta Sala para la estimación de una prueba propuesta por las partes es preciso:

a) que sea pertinente, esto es, que tenga relación directa con la materia objeto del proceso.

b) que la prueba sea útil o necesaria en el doble sentido de que no sea redundante y por ende que posea un interés para quien la propone.

c) que sea relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar el sentido del fallo, a cuyo efecto debe efectuarse una ponderación sobre la suficiencia del resto de las pruebas practicadas y la incidencia de la propuesta en la formación de la convicción del órgano decisor.

3. En nuestro caso la prueba interesada fue correctamente rechazada al no ser relevante, en tanto iba dirigida a acreditar una situación que se había producido hacía ya cuatro años.

Por otro lado nada podía añadir sobre la situación de la drogadicción a la certificación del "Centro Comarcal de Drogodependientes" de Málaga, en el que se manifiesta -como bien apunta el Fiscal- que el recurrente acude al Centro el 4 de octubre de 2005 por un problema de adicción de sustancias tóxicas, iniciando un proceso de desintoxicación, accediendo de forma regular, teniendo en la primera fase del tratamiento (sin concretar fecha) algún período de consumo de tóxicos que pudieron influir en el comportamiento hacia terceras personas.

Esta Sala entiende que el argumento cronológico, utilizado por el Tribunal, y el jurídico, referente a la nula influencia en la pena, dado que el Tribunal impone en grado mínimo la prevista por la ley, hacen que el motivo deba rechazarse, ante la inoperancia de la estimación de una posible atenuación.

Recurso de Juan Ignacio .

DÉCIMO SEGUNDO.- En el primer motivo estima infringido el art. 24.1º de la Constitución Española , sirviéndose de la vía establecida en el art. 5.4 de la LOPJ .



1. Sin explicar muy bien cuál es la queja exacta que aduce, parece que va dirigida a la falta de motivación (tutela judicial efectiva), por no haber ponderado el Tribunal que la prueba pericial de ADN no correspondió al acusado, según las muestras recogidas en el lugar de los hechos.

Tales pruebas -nos dice- no dejan margen de duda dentro del campo científico y clínico, no obstante la Audiencia no las tuvo en cuenta para absolver al recurrente.

2. El motivo no puede prosperar, ya que el hecho de no hallarse restos biológicos en unos objetos recogidos en el lugar del suceso, no significa que no se haya cometido el delito, desde el momento que puede ocurrir (y ocurrió) que los preservativos recogidos no fueron los usados por el acusado, aunque fueran de la misma marca.

El Tribunal provincial, aún de forma escueta, se pronuncia sobre este extremo, despojándole de valor exculpatorio, ya que tales "*preservativos fueron recogidos de un lugar muy frecuentado por parejas que realizan el acto sexual, faltando la certeza de que los analizados fueran los que usaron los procesados*".

El Tribunal tuvo en cuenta las siete pruebas indiciarias restantes con mucha mayor potencia convictiva

El motivo ha de rechazarse.

DÉCIMO TERCERO .- En el segundo motivo, por igual cauce procesal que el anterior, se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

1. El censurante pasa revista a la mayor parte de las pruebas de cargo, analizándolas y valorándolas, con pretensiones de llegar a conclusiones distintas a las de la Audiencia Provincial, poniendo objeciones a todas ellas.

2. En un motivo por presunción de inocencia no cabe revalorar las pruebas, sino acreditar que las hubo, que tuvieron carácter incriminatorio, que se obtuvieron con plena regularidad constitucional, que se introdujeron en el proceso a través de los principios de oralidad, contradicción, publicidad, intermediación e igualdad de armas, y que tales pruebas han sido valoradas racionalmente con acomodo a los criterios de la lógica y de la experiencia .

El Tribunal de instancia desgrana todo el conjunto de las existentes, siendo aquellas de una indudable contundencia acreditativa.

Por otro lado resulta curioso que uno de los recurrentes, Urbano , propugna la estimación en esta instancia procesal de la atenuante de colaboración con la justicia por haber identificado a Juan Ignacio (" Picon ") como autor responsable de los hechos enjuiciados y el recurrente pretenda exonerarse de tal responsabilidad.

La identificación de la ofendida y del coacusado Urbano , constituyen dos de las siete pruebas indiciarias concurrentes, que darían al traste con el motivo, el cual debe rechazarse.

DÉCIMO CUARTO .- En el tercer motivo, con sede en el art. 849.1 de la LECriminal , entiende infringido el art. 28, en orden a la aplicación del art. 180.1.2 ° y 242.1° del Código Penal .

1. Por falta de prueba entiende que su conducta no puede ser objeto de condena, entendiéndose que no son aplicables los preceptos que cita.

2. Prueba de cargo existía en relación a ambos delitos, como explícita la Audiencia, y como hemos visto en los motivos precedentes. Ahora bien, la incorrecta aplicación del art. 181.1 . 2 del Código Penal debe prosperar, precisamente porque el propio Fiscal en su calificación definitiva considera la intervención en el hecho de Urbano de auténtica cooperación necesaria, lo que excluye, en razón al principio "non bis in idem" y en la no concurrencia de la ratio agravatoria la exasperación prevista en el art. 181.1.2°.

El motivo se estima parcialmente

DÉCIMO QUINTO .- La estimación parcial de algún motivo de todos y cada uno de los recurrentes hace que deban declararse de oficio las costas del recurso, de conformidad al art. 901 de la LECriminal .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Urbano** , contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, que le condenó a él y otros por un delito de violación y robo con intimidación, **por estimación de los motivos cuarto y quinto de su recurso y desestimación del resto , y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia** dictada por dicho Tribunal de instancia con declaración de las costas de este recurso de oficio.



Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por Juan Ignacio , contra Sentencia y audiencia arriba reseñadas, **por estimación parcial del motivo tercero de su recurso** y desestimación del resto, **y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia** dictada por dicho Tribunal de instancia con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por Carlos Manuel , contra Sentencia y audiencia arriba reseñadas, **por estimación del motivo cuarto de su recurso** y desestimación del resto, **y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia** dictada por dicho Tribunal de instancia con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca **Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Diego Ramos Gancedo**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de dos mil doce.

En el Sumario instruido por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Málaga con el número 5/2007, y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, contra Urbano , Carlos Manuel , y Juan Ignacio , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y **que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha**, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, con fecha trece de enero de dos mil once , incluso su relato de hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquéllo que contradigan los argumentos de este Tribunal en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO .- De acuerdo con lo alegado en la sentencia rescindente, los autores materiales de un hecho delictivo deben considerarse cooperadores necesarios del otro (Urbano y Juan Ignacio) y a Carlos Manuel , como cooperador necesario de los dos hechos, lo que hace que siguiendo los criterios individualizadores de la Sala de origen al imponer la sanción mínima, procede condenar a estos dos acusados por un delito de violación en concepto de autores (art. 28 CP) a la pena de doce años (12), y como cooperadores necesarios a la de seis años (6). A Carlos Manuel como cooperador necesario a dos penas de seis años (6) de prisión, con las accesorias pertinentes, manteniendo todo lo demás contenido en la sentencia recurrida.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Urbano Y Juan Ignacio , como autores responsables de un delito consumado de **violación** cualificado por la intervención de otros, sin circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **DOCE AÑOS** de prisión (12) con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, y como cooperadores necesarios de otro delito consumado de violación sin la concurrencia de circunstancia genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión (6), con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos a Carlos Manuel como **cooperador necesario de dos delitos consumados de violación** , sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas a la pena de seis años de prisión (6 años) por cada uno de ellos, con la misma inhabilitación señalada en el párrafo anterior.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida , referidas al robo y demás cuestiones generales, con el límite punitivo que proceda conforme a ley (art. 76.1 del Código Penal).



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca
Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Diego Ramos Gancedo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:04/05/2012

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, en el recurso de casación nº 813/2011.

Con el máximo respeto para la mayoría de la Sala, expreso a través del presente voto particular mi discrepancia con el criterio aplicado en los fundamentos jurídicos cuarto, octavo y decimocuarto respecto de la aplicación del artículo 180.1.2 del Código Penal .

Este precepto dispone una pena mayor para los delitos de **agresión sexual** cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. Actuación conjunta no significa exactamente lo mismo que coautoría o autoría conjunta, pues la participación de varios sujetos en la comisión de una **agresión sexual** hace que se aprecie la actuación conjunta aun cuando alguno o algunos solo operen como partícipes, necesarios o no.

La actuación conjunta en la comisión, por lo tanto, es apreciable cuando aparezcan dos o más sujetos en la ejecución del hecho.

En principio, no aprecio razones para aplicar la agravación solo a los autores, y excluir a los cooperadores, necesarios o no, siempre que contribuyan en la ejecución. (La contribución a la fase de preparación plantea otros problemas que no es preciso examinar ahora). En este sentido coincido con la sentencia mayoritaria en cuanto en el Fundamento jurídico cuarto.4, se refiere al fundamento de la agravación citando las siguientes razones: a) la acusada superioridad que proporciona al sujeto activo la intervención de otros; b) se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales, al intensificarse la intimidación con al efectiva disminución de la capacidad de resistencia de la víctima; c) existen menos posibilidades de defensa de la víctima y por el contrario mayores facilidades para plegarse a las pretensiones de los agresores, consecuencia de la mayor potencialidad lesiva; d) mayores dificultades para defenderse o intentar la huida. Facilita la ejecución del delito por la mayor indefensión que ocasiona.

Todas ellas son aplicables tanto a quien mantiene acceso carnal como a quien aporta la intimidación o la violencia, contribuyendo, pues, de forma tan definitiva a la ejecución de tal acceso, pues todos ellos actúan conjuntamente en la ejecución de la **agresión sexual**.

Con mayor razón si se tiene en cuenta que, si bien la doctrina de esta Sala entiende que la coautoría tiene lugar cuando, mediando un acuerdo, previo o simultáneo, los distintos sujetos aportan algo esencial a la ejecución, la cual se desarrolla dentro de los límites del referido acuerdo, sin desviaciones imprevisibles, la mayoría de la jurisprudencia ha entendido que en los delitos de **agresión sexual** con acceso carnal, autor solamente puede ser quien tiene tal acceso, calificándose como cooperación necesaria la intervención de los demás, aun cuando su aportación consista en la violencia o intimidación que caracteriza el delito.

De esta forma, en una **agresión sexual** con acceso carnal en la que tal acceso solo lo tiene un sujeto, mientras dos o más contribuyen sujetando o intimidando a la víctima, es claro que se produce una actuación conjunta de más de dos personas, quien tiene el acceso carnal y los dos que sujetan o intimidan, por lo que en principio nada impediría la aplicación de la agravación por actuación conjunta a todos ellos. Pues todos actúan al mismo tiempo y perciben simultáneamente la intervención de los demás. En realidad, solo impide que se califique como autores a todos ellos la consideración relativa a que, exigiendo ese tipo concreto el acceso carnal, solo a quien lo tiene cabe calificar como autor.

La jurisprudencia ha entendido igualmente que cuando solo existe un autor y un cooperador, de acuerdo con las reglas que se acaban de exponer, no es posible aplicar la agravación al cooperador. Pero no porque no exista una actuación conjunta, que efectivamente existe al cometer el hecho conjuntamente dos personas. O porque la contribución como cooperador merezca menos sanción que la intervención como autor, lo cual resulta terminantemente desmentido por el artículo 28 del Código Penal . Sino porque la misma naturaleza de la imputación como cooperador implica la existencia de otro, el autor, a cuyo hecho se coopera, de manera que la cooperación ya supondría al mismo tiempo, y por la misma razón de la contribución, la actuación conjunta y, en consecuencia, la agravación. En estos casos, de aplicarse siempre la agravación, no cabría cooperación al tipo básico. El cooperador no podría existir si no es en relación con la acción de otro, de forma que la imposibilidad



de aplicar la agravación resulta de la prohibición de doble valoración de una misma conducta para extraer una doble consecuencia negativa. Lo cual no ocurre cuando se trata de la participación de al menos tres personas, pues el cooperador, en ese caso, contribuye a un hecho que ya está agravado por la intervención, en actuación conjunta, de otros dos. De forma que su cooperación no determina al mismo tiempo la agravación.

En la reciente STS nº 194/2012, en un supuesto similar, se decía lo siguiente: "1. La doctrina tradicional de esta Sala (STS nº 455/2009 y STS nº 757/2011) ha entendido que en los delitos de **agresión sexual** del artículo 179 del Código Penal en los que existe acceso carnal, solo es autor material quien tiene tal clase de acceso con la víctima, aunque se trata de una cuestión doctrinalmente discutida y aunque en sentido contrario exista algún precedente en la jurisprudencia, (STS nº 1903/1994, y STS nº 849/2009).

La jurisprudencia ha aceptado mayoritariamente que quien, existiendo acuerdo con otro autor o autores, aporte un elemento esencial a la fase de ejecución del delito será coautor, pues tiene el dominio del hecho, dado el concepto generalmente aceptado de coautoría como ejecución conjunta del hecho, determinante de un codominio funcional, que no requiere que cada uno de los autores ejecute la acción típica. Esta tesis tiene sus excepciones en supuestos de delitos especiales en que la autoría requiere condiciones especiales en el sujeto activo, o en los delitos llamados de propia mano, en los que está limitado el concepto de autor, de forma que, en esos casos, quien aporta algo esencial en la ejecución no puede ser considerado coautor, sino cooperador necesario, incluso aunque su aportación sea de tal naturaleza que se le pueda atribuir un codominio funcional sobre el hecho.

En cualquier caso, cuando varias personas intervienen al mismo tiempo en la ejecución de un hecho, es claro que puede apreciarse una actuación conjunta, con independencia de que su participación sea a título de autor en sentido estricto, de cooperador necesario o de cómplice.

El artículo 180.1.2ª del Código Penal prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, no solo por la mayor gravedad que supone la existencia de un acuerdo, anterior o simultáneo, para la ejecución de hechos de esta clase, sino por la mayor indefensión en que se encuentra la víctima ante un ataque desarrollado por varias personas. No exige el tipo, literalmente, una autoría conjunta, sino una actuación conjunta. Y en los casos de aportaciones de terceros a la ejecución, que deberían ser considerados cooperadores necesarios o cómplices, no se aprecian razones para excluir la agravación, al concurrir todas las que las que justifican su existencia.

Sin embargo, no es posible la aplicación de esta agravación en todos los casos en los que se aprecie una ejecución por actuación conjunta de dos personas. Decíamos en la STS nº 1667/2002, con cita de la STS nº 486/2002 que "...esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio «non bis in idem» cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia **agresión** y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado".

En la misma línea, en la STS nº 421/2010, que "...es jurisprudencia de esta Sala que este subtipo agravado de ejecutar el hecho por la acción conjunta de dos o más personas solo opera cuando se está enjuiciando al autor material de la **agresión sexual**, que se beneficia de la acción del cooperador pero no cuando es el cooperador necesario, como es el presente caso, el que es objeto de enjuiciamiento, ya que actuando como cooperante en la medida que con su acción está facilitando que el autor material cometa el tipo penal, aquél ya está asumiendo el papel de colaborador por lo tanto no puede agravarsele vía art. 180.1.2º porque se estaría valorando dos veces una misma situación con la consiguiente vulneración del *non bis in idem*. En tal sentido, se puede citar la jurisprudencia de esta Sala, SSTS 975/2005 de 13 de Julio ; 217/2007 de 16 de Marzo ; 439/2007 de 31 de Marzo ; 61/2008 de 24 de Enero y 1142/2009 de 24 de Noviembre, todas las cuales vienen a declarar que cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicarle a éste la agravación en su conducta, pues no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de, al menos, un autor a cuya ejecución coopere".

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

En principio, es posible la cooperación a un hecho de otro, cometido individualmente por éste, de tal manera que el cooperador, al mismo tiempo que hace su aportación integraría la actuación conjunta, de modo que se valoraría su aportación en dos ocasiones sucesivas. Dicho de otra forma, así entendido, en su condición de



cooperador siempre se incorporaría la ejecución conjunta, que sería valorada en su integridad para apreciar la cooperación y, al mismo tiempo, también en su integridad, nuevamente, para apreciar la agravación.

Y también es posible la cooperación al hecho cometido por el autor ya en acción conjunta con otros, sean también autores o sean cooperadores. Es decir, que el hecho ya se cometería en actuación conjunta con independencia de la participación del cooperador. Si éste conoce esa circunstancia, nada impediría la aplicación de la agravación en ese caso, pues cuando hace su aportación el hecho, éste ya se cometía en actuación conjunta, independientemente de que él participara o no.

La limitación solo opera, por lo tanto, cuando se trate de dos personas, una que actúa como autor y otra que lo hace como cooperador, resultando aplicable al primero y no al segundo; y ello como consecuencia de la prohibición general de doble valoración, y no a causa de la inexistencia de la actuación conjunta, que efectivamente existe, desde el momento en que varias personas (dos o más) concurren e intervienen en la ejecución del hecho".

En los hechos declarados probados en la sentencia, se hace referencia a la actuación conjunta de tres personas, de forma que mientras el primero, y luego el segundo, tienen acceso carnal con la víctima, los otros dos contribuyen con su presencia a la intimidación, de manera que el tribunal de instancia los condenó, y esta Sala lo confirma, considerándolos cooperadores necesarios. Partiendo de esta calificación, en la medida en la que aportan con su presencia el mantenimiento de la intimidación creada entre todos ellos, entiendo que cada contribución durante la ejecución al hecho consistente en el acceso carnal, opera sobre un hecho ya agravado por la actuación conjunta de los otros dos, de manera que nada impide la aplicación de la agravación, pues en ningún caso se produciría una doble valoración del mismo hecho o circunstancia para obtener dos consecuencias negativas para el acusado.

En consecuencia, entiendo que los motivos en los que se pretendía por los recurrentes la inaplicación del artículo 180.1.2 del Código Penal debieron ser desestimados.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.