



Roj: **STS 4292/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4292**

Id Cendoj: **28079120012020100706**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2020**

Nº de Recurso: **10524/2020**

Nº de Resolución: **693/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 693/2020

Fecha de sentencia: 15/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: **10524/2020 P**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Navarra

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

Transcrito por: ICR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: **10524/2020 P**

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 693/2020

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 15 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto recurso de casación con el nº **10524/2020**, interpuesto por la representación procesal de D. Cesareo y D. Cristobal , contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 24 de junio de 2020, en el Rollo de Sala nº 2/2020, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2019 dictada en el procedimiento sumario ordinario Rollo nº 426/2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, por la que fueron condenados los recurrentes como autores responsables de un delito contra la intimidad, habiendo sido parte en el presente procedimiento los condenados recurrentes representados por la procuradora D^a. Isabel Campillo García; y defendidos por el letrado D. Agustín Martínez Becerra, y como parte recurrida las acusaciones populares ejercidas por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, representado por la procuradora D^a Ana Lázaro Gogorza, y defendido por el letrado D. Víctor Javier Sarasa Astraín; y LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, representada por el procurador D. Noel de Dorremochea Guiot, y defendida por el letrado D. Ildefonso Sebastián Labayen; como acusación particular la VÍCTIMA DENUNCIANTE, representada por el procurador D. Manuel Díaz Alfonso, y defendida por la letrada D^a Teresa Hermida Correa; y D. Ignacio , D. Jaime y D. Laureano , representados por la procuradora D^a Isabel Campillo García, y defendidos por el letrado D. Agustín Martínez Becerra; interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona, tramitó procedimiento ordinario núm. 1670/2016 por delito contra la intimidad, contra D. Cesareo y D. Cristobal ; una vez concluido lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, (proc. sumario ordinario nº 426/2016) y dictó Sentencia en fecha 19 de noviembre de 2019 que contiene los siguientes hechos probados: "PRIMERO.- En primer término, establecemos como tales y aquí damos por reproducidos en su integridad, los declarados como probados, en nuestra Sentencia 38/2018 de 20 de marzo, teniendo en cuenta que la expresada declaración de hechos probados, fue expresamente admitida y se dio por reproducida, en la Sentencia 8/2018 de 30 de noviembre, dictada por Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior Justicia de Navarra, como Sala de lo Penal.

SEGUNDO.- Durante la comisión de los hechos detallados en el apartado "B" del Antecedente de Hechos Probados de nuestra Sentencia 38/2018, en el interior del cubículo que allí se describe dos de los procesados con sus respectivos teléfonos móviles grabaron vídeos y uno, obtuvo dos fotos.

En concreto, Cristobal , grabó con su teléfono móvil: El vídeo (1) IMG 7407. MOV, entre los minutos 3:11:51 y 3:11:57; El vídeo (2) IMG 7408. MOV, entre los minutos 3:12:06 y 3:12:28; El vídeo (3) IMG 7409. MOV, entre los minutos 3:12:54 y 3:13:04; El vídeo (4) IMG 7410. MOV, entre los minutos 3:13:34 y 3:13:48; El vídeo (6) IMG 7411.MOV, entre los minutos 3:20:55 y 3:20:57 y El vídeo (7) IMG 7412.MOV, entre los minutos 3:21:01 y 3: 21:03. Asimismo, tomó a las 3:26:03, las fotos uno y dos.

Cesareo , grabó con su teléfono móvil el vídeo (5) 20160707 031531, entre los minutos 3:15:32 y 3:16:11.

TERCERO.- Las grabaciones de vídeo y la toma de las dos fotos señaladas, se realizaron por Cristobal y Cesareo , con el ánimo de captar y dejar constancia de los actos de naturaleza sexual, realizados sobre la "denunciante", descritos en el apartado "B" del Antecedente de Hechos Probados de nuestra Sentencia 38/2018, sin que esta prestara de forma expresa o tácita su asentimiento, a que se realizaran las grabaciones, ni a que se tomaran las fotos."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "A.- DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS, a Cristobal y a Cesareo , como responsables en concepto de autores de un delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197.1 del Código Penal, con la agravación específica del apartado 5 de dicho precepto, sin que concurran circunstancias modificativas de responsabilidad penal, A CADA UNO DE ELLOS, a las penas de TRES AÑOS y TRES MESES de PRISIÓN, así como a la pena de MULTA de VEINTIÚN MESES con una cuota diaria de nueve euros. Con las accesorias de suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el expresado período.

Igualmente les condenamos al pago por parte de cada uno de ellos de una quinta parte de las costas procesales, incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular.

B.- DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS LIBREMENTE, a Ignacio , Jaime y a Laureano , del delito contra la intimidad previsto y penado en el Art. 197.1. y 5 del Código Penal, de los que venían acusados. Declarando de oficio tres quintas partes de las costas procesales.



Declaramos de abono, para el cumplimiento de la pena de prisión que imponemos a Cristobal y a Cesareo , la totalidad del tiempo en que han estado provisionalmente privados de libertad en esta causa, incluyendo en dicho cómputo, los días en que estuvieron detenidos."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados D. Cesareo y D. Cristobal , dictándose sentencia núm. 6/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en fecha 24 de junio de 2020, en el recurso de apelación núm. 2/2020, cuyo Fallo es el siguiente: " 1º.- Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Sarasa Astraín en representación de la acusación particular; e igualmente debemos desestimar los recursos formulados por el Procurador de los Tribunales don Jaime Ubillos Minondo, en nombre y representación de don Cristobal y don Cesareo . Interpuestos contra la sentencia de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 19 de noviembre de 2019, dictada en su Procedimiento Sumario Ordinario nº. 426/16.

2º.- Se declaran de oficio las costas causadas en los recursos de apelación.

3º.- Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella podrán interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habrán de preparar mediante escrito autorizado por abogado y procurador y presentado ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la sentencia, a tenor de los artículos 855 y 856 de la misma Ley.

4º.- Una vez firme que sea, devuélvase la causa a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de procedencia, con testimonio de la presente resolución."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Cesareo y D. Cristobal 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.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Al amparo del art. 852 LECrim. y art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE en conexión con el art. 11 de la Declaración de Derechos Humanos; art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales; y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la tutela judicial efectiva y vulneración del principio acusatorio.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 852 LECrim. y art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.1 y 2 CE en conexión con el art. 11 de la Declaración de Derechos Humanos; art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales; y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con relación a un juicio justo con todas las garantías, derecho a ser juzgado de forma imparcial y a la tutela judicial efectiva.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 849. 1º LECrim. en relación con el art. 197.1.5 y 66.1. 6ª CP.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 29 de septiembre de 2020, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 9 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 239/2019, fechada el 19 de noviembre y dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, condenó a los acusados Cristobal y a Cesareo , como responsables en concepto de autores de un delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197.1 del Código Penal, con la agravación específica del apartado 5 de dicho precepto, a cada uno de ellos, a las penas de 3 años y 3 meses de prisión, así como a la pena de multa de 21 meses, con una cuota diaria de 9 euros, con las accesorias de suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el expresado período.

Esta resolución fue confirmada en apelación por la sentencia núm. 6, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra con fecha 24 de junio de 2020.



Se interpone ahora recurso de casación, bajo la misma dirección letrada, por la representación legal de Cesareo y Cristobal .

2.- El primero de los recursos se hace valer con el siguiente enunciado literal: "por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art.852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, porque se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el art.24. de la Constitución, y a su inmediata conexión con el artículo 11 de la Declaración de Derechos Humanos, artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la tutela judicial efectiva y vulneración del principio acusatorio. La consecuencia fatal de la violación denunciada ha sido la condena de mis principales fruto de la errónea aplicación del artículo 197.1 en el subtipo agravado del número 5, en relación con los artículos 201 del Código Penal"

Más allá de la perturbadora elasticidad que la defensa atribuye al motivo formalizado, en el que se incluyen dos impugnaciones que habrían aconsejado una presentación individualizada, el núcleo argumental sobre el que descansa el razonamiento de la defensa se refiere a la falta de denuncia por parte de la víctima, contraviniendo así lo establecido en el art. 201 del CP, que exige denuncia del agraviado para la persecución del delito por el que los recurrentes han sido condenados.

Subraya la defensa que el procedimiento inicialmente seguido, entre otros, contra Cesareo y Cristobal , pretendía esclarecer la posible comisión de un delito de agresión sexual, así como un delito contra la propiedad por la sustracción del teléfono móvil de la denunciante, pero jamás un delito contra la intimidad. Se habría quebrado así el principio acusatorio. De hecho, el auto de procesamiento de fecha 8 de agosto de 2016 no contiene ninguna descripción de hechos subsumibles en el art. 197.1 del CP. Ni siquiera -en palabras de la defensa- "*... una mínima referencia tangencial a los presupuestos básicos que definen el núcleo del delito contra la intimidad por el que se les condena*". La primera constancia que tuvieron los acusados del delito por el que ahora han sido condenados lo fue en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, al que se sumaron, en este concreto aspecto, las demás acusaciones personadas en la causa.

El desarrollo argumental del motivo se completa por el Letrado de la defensa con una precisa cita de la jurisprudencia de esta Sala dictada en precedentes referidos al significado del auto de procesamiento y su valor como presupuesto jurisdiccional condicionante de los términos de la acusación.

La queja es inviable.

2.1.- El examen del motivo y, sobre todo, el análisis de las vicisitudes que han definido la tramitación de esta causa, permiten la conclusión de que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra aplicó de forma correcta la jurisprudencia de esta Sala y, lo que resulta decisivo a la hora de resolver el presente recurso, optó por la solución más garantista de las que tenía a su alcance.

En efecto, la sentencia ahora impugnada es el desenlace de un recurso de apelación promovido por la parte recurrente frente a la condena dictada, en aplicación del delito previsto en el art. 197.1 y 5 del CP, por la Audiencia Provincial de Navarra en su sentencia 239/2019, 19 de noviembre. La deliberación de la que deriva esa condena fue consecuencia del fallo contenido en la sentencia 8/2018, 30 de noviembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, para dar respuesta al recurso entablado por los ahora recurrentes y otros tres procesados por un delito inicialmente calificado como delito continuado de abuso sexual. Uno de ellos, además, había sido condenado por un delito de robo con intimidación. En el marco de esa impugnación, el Ministerio Fiscal y las acusaciones populares entendían que, además del delito principal relacionado con el ataque a la libertad sexual de la víctima, se había cometido un delito contra la intimidad, en la medida en que dos de los acusados -los que ahora asumen ante esta Sala la condición de recurrentes- habían grabado con vídeo y obtenido imágenes del momento en el que se consumaba la agresión grupal a la víctima.

Pues bien, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra estimó parcialmente el recurso promovido por las acusaciones y rechazó la línea argumental de la Audiencia Provincial, expresada en su sentencia 38/2018, 20 de marzo, que había absuelto del delito contra la intimidad al estimar que no constaba un presupuesto de perseguibilidad en forma de denuncia por parte de la víctima.

El Ministerio Fiscal y las acusaciones particular y popular reivindicaban la condena de los acusados como autores de un delito contra la intimidad, al estimar que en el relato de hechos probados de esa sentencia 38/2018, 20 de marzo, se contenía la descripción fáctica para subsumir los hechos en el tipo previsto en los apartados 1 y 5 del art. 197 del CP. El Tribunal Superior de Justicia acogió parcialmente la tesis de las acusaciones, pero entendió que la anulación de la sentencia absolutoria dictada en la instancia no debía traducirse en una condena en la fase de apelación. Sería en una nueva deliberación, que valorara los hechos sin el inicial obstáculo derivado de la falta de denuncia formal, en el que habría de dilucidarse si el delito



efectivamente fue cometido y quiénes de los acusados debían ser considerados autores, entre otras razones, porque el atentado contra la intimidad había quedado imprejuizado ante la Audiencia Provincial, al haber apreciado ésta la falta de un presupuesto procesal para su investigación y enjuiciamiento. La condena en la alzada -razonaba el Tribunal Superior de Justicia- habría vulnerado el derecho a la doble instancia en el caso en que se acogieran la tesis de las acusaciones.

Los acusados, por consiguiente, han visto reforzadas sus posibilidades alegatorias mediante la formalización de sendos recursos de apelación y casación, centrados exclusivamente en el análisis del delito contra la intimidad por el que Cesareo y Cristobal han sido condenados.

Ni la falta de denuncia de la víctima, tal y como ha sido expuesta por la defensa en el desarrollo del primero de los motivos, ni la alegada quiebra del principio acusatorio, pueden ser atendidas por esta Sala.

2.2.- La falta de denuncia, exigida como presupuesto de perseguibilidad en los delitos contra la intimidad, no puede ser interpretada desde una perspectiva exclusivamente formal, capaz de alentar una concepción burocrática acerca de su exigencia. No es ésta la idea que late en el art. 265 de la LECrim, que llega a flexibilizar al máximo la forma en la que la transmisión de la *notitia criminis* puede llegar a la autoridad llamada a la persecución del delito. La denuncia puede hacerse por escrito, de palabra e incluso con mandatario con poder especial. Lo verdaderamente definitivo no es, por tanto, el vehículo formal del que se vale el denunciante. Lo decisivo es que la persona que ha sido víctima de un hecho delictivo que afecta a un bien personalísimo exteriorice su voluntad de activar el tratamiento jurisdiccional de la ofensa sufrida.

Este punto de partida permite entender mejor una reiterada jurisprudencia que viene sosteniendo que la falta de denuncia se convalida con la presencia de la víctima en el proceso o con cualquier acto de convalidación tácita de la continuidad del proceso. La falta de denuncia es un vicio susceptible de convalidación expresa o tácita mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas, bastando que la víctima comparezca en el curso del procedimiento ya iniciado, colabore en la investigación judicial al ofrecer datos precisos para el esclarecimiento de los hechos, o simplemente acepte la continuación del proceso en respuesta al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa (cfr. SSTS 1219/2004, 10 de diciembre, 694/32003 de 20 de junio, 1341/2000 de 20 de noviembre, 1893/1994 de 25 de octubre).

De forma más reciente, la STS 201/2017, 27 de marzo, ha recordado que "la denuncia cuando es concebida por el legislador como requisito de procedibilidad para la persecución de determinados delitos (semipúblicos en la terminología clásica), ve transmutada en cierta medida su naturaleza. Ya no constituye en exclusiva la forma de vehicular la *notitia criminis*. Encierra algo más: una manifestación de voluntad. En verdad externamente la denuncia en esos delitos sigue siendo una declaración de conocimiento, pero solo mediante la activación por parte del ofendido o perjudicado quedan abiertas las puertas del proceso penal. Si la *notitia criminis* llegó por otra vía, eso no cancela la posibilidad de persecución cuando el perjudicado, toma conocimiento de la apertura del proceso penal y comparece en el mismo aflorando su anuencia con la sanción de esos hechos. La vertiente de puesta en conocimiento del órgano judicial de la *notitia criminis* se desvanece: es innecesaria esa información pues ya se cuenta con ella. Pero se subsana el otro componente de la denuncia en estos delitos semipúblicos o semiprivados: la constancia de que el perjudicado muestra su consentimiento con el seguimiento del proceso penal, exteriorizando su voluntad de que se tenga por cumplimentado tal requisito que depende de él. En esos casos no es necesaria una denuncia formal".

En la misma línea, la STS 340/2018, 6 de julio, reitera que no es necesaria una denuncia formal cuando hay constancia de que el perjudicado se muestra conforme con el seguimiento del proceso penal, lo que en el presente caso es incuestionable al haber comparecido la víctima en el proceso y actuar como acusación particular.

Pues bien, en el supuesto que centra nuestra atención, la víctima se ha personado como acusación particular y ha promovido en las distintas instancias la acusación y condena de los hoy recurrentes.

Carecería de sentido dejar imprejuizado un grave delito contra la intimidad, coetáneo a una agresión sexual en grupo, porque la víctima no refirió en su denuncia inicial aspectos de la agresión que desconocía en ese momento y que se pusieron de manifiesto a lo largo de la instrucción -la grabación del ataque- y cuya realidad indiciaria fue puesta de manifiesto en el auto de procesamiento. La denuncia inicial por los hechos sufridos y conocidos y su personación como víctima para el ejercicio de la acusación particular descartan cualquier duda acerca de la procedencia de entender que fue subsanado el presupuesto de perseguibilidad del art. 201 del CP.

2.3.- Tampoco ha habido vulneración del principio acusatorio, tal y como se denuncia en el primero de los motivos, por el hecho de que fuera en el escrito de conclusiones provisionales del Fiscal la primera vez que la defensa tuvo conocimiento de la calificación de los hechos como constitutivos de un delito contra la intimidad del art. 197.1 del CP.



Tiene razón la defensa cuando enfatiza -con apoyo en la jurisprudencia histórica y más reciente de esta Sala- el valor procesal del auto de procesamiento como resolución llamada a delimitar en términos objetivos y subjetivos la fase de investigación y los presupuestos que van a abrir, en su caso, la puerta del juicio oral. Así lo hemos proclamado en numerosas ocasiones.

En la STS 78/2016, 10 de febrero, decíamos que *"... el auto de procesamiento, con todo el carácter provisional que quiera atribuírsele, no puede limitar su funcionalidad a la definición de quién haya de soportar la acusación. Esta resolución, para cuyo dictado el más clásico de los tratadistas exigía de los Jueces "una moderación y una prudencia exquisitas", es algo más. La garantía jurisdiccional, tal y como fue concebida en el modelo del sumario ordinario no puede contentarse con dibujar el quién de la inculpación. Ha de precisar también el qué y, por supuesto, el porqué. Sólo así cobra pleno sentido el sistema de investigación jurisdiccional al que se somete la fase de investigación en el procedimiento ordinario. Una interpretación microliteral del art. 650.1 de la LECrim . conduciría a la desnaturalización del sistema ideado para hacer eficaz la garantía jurisdiccional en el procedimiento ordinario. De hecho, llevado a sus últimas consecuencias obligaría a tolerar, por ejemplo, que el Fiscal pudiera formular acusación por hechos excluidos por decisión judicial en el momento de dictar la resolución de admisión a trámite de una querrela. Esos hechos resultan del sumario y, sin embargo, no pueden integrar el acta de acusación"*.

Añadíamos en esta resolución -citada por la defensa- que *"... es evidente que el grado de vinculación entre el auto de procesamiento y el escrito de acusación del Fiscal no puede entenderse más allá de sus justos términos. En efecto, la formulación de las conclusiones provisionales corresponde al Ministerio Fiscal. Es él quien actúa el ius puniendi del Estado y quien decide con la autonomía funcional predicable de su configuración constitucional, qué va a ser objeto de acusación y contra quién va a dirigirse la pretensión punitiva. El Juez de instrucción no puede exigir del Fiscal que el hecho por el que se formula acusación y las personas que hayan de soportar esa acusación coincidan con el relato fáctico y con el juicio de inculpación que ha considerado procedente expresar en el auto de procesamiento. El Fiscal puede no incorporar a su acta de acusación algunos de los hechos acogidos en el auto de procesamiento. Puede también apartarse de la subsunción suscrita por el Instructor y calificar los hechos con una tipicidad alternativa. Puede no acusar a todos y cada uno de los investigados que fueron declarados procesados por el Juez. Está facultado, como es lógico, para instar la revocación del auto de conclusión del sumario para la inclusión de aquellos presupuestos fácticos que, a su juicio, hayan sido erróneamente omitidos por el Juez de instrucción (cfr. art. 627 LECrim .). Pero si descarta el sobreseimiento libre o provisional (arts. 637 , 641 y 642 LECrim .) y se inclina por formular acusación, no podrá desbordar el relato fáctico dibujado por el Juez de instrucción ni podrá acusar a quien previamente no haya sido declarado procesado"*.

Con el fin de precisar con más detalle el alcance de la vinculación entre el auto de procesamiento y la propuesta acusatoria del Ministerio Fiscal, aclarábamos que *"... esta forma de concebir el auto de procesamiento como fórmula de concreción de la garantía jurisdiccional, no puede conducir a una interpretación que exija una exactitud fáctica, correlativa entre aquella resolución inculpatoria y el escrito de acusación del Fiscal. Hemos dicho en muchas ocasiones que el objeto del proceso es de cristalización progresiva. Pues bien, el auto de procesamiento es la primera de las decisiones que contribuye a la fijación de los términos del debate. Indudablemente son las conclusiones provisionales del Fiscal las que permiten a la acusación pública formalizar la pretensión punitiva y delimitar por primera vez el objeto del proceso. Pero son las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que lo dibujan de modo definitivo, delimitando el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional. La vinculación objetiva no es identidad objetiva. No es identidad incondicional. Pero sí lo es en lo atinente a los presupuestos fácticos nucleares que definen el tipo objetivo por el que se decretó el procesamiento. La correlación entre ese enunciado fáctico proclamado por el Juez instructor y el que luego asume el escrito de acusación del Fiscal ha de ser interpretada, claro es, con la flexibilidad que permite el progreso de las investigaciones y, en su momento, el desarrollo de la actividad probatoria en el juicio oral"*.

Concluíamos entonces, para descartar la petición del Ministerio Fiscal, que *"... no estamos ante un problema de tutela judicial efectiva, ni siquiera de indefensión formal o material. La prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto de procesamiento es una nota definitoria del sistema. Su exigencia dibuja un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la acusación. No se trata de decidir si el procesado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado"*.

Esta doctrina ha sido recientemente reiterada por algunos precedentes que recuerdan los términos en que ha de entenderse esa vinculación entre el auto de procesamiento y el escrito de conclusiones de la acusación pública (cfr. SSTs 133/2018, 20 de marzo; 402/2019, 12 de septiembre; 391/2019, 24 de julio; 211/2020, 21 de mayo y AATS 1319/2017, 21 de septiembre; 9 de mayo de 2018; 10 de enero de 2020; 26 de junio de 2018).

2.4.- Por consiguiente, si el escrito de acusación del Fiscal o del resto de las partes hubiera ensanchado el relato fáctico mediante la inclusión de secuencias no descritas en el auto de procesamiento, se habrían quebrantado de forma inadmisibles el principio de contradicción y el derecho de defensa.



Sin embargo, no es eso lo que se desprende del examen de los antecedentes que han definido el desenlace de este procedimiento.

En efecto, en el FJ 23º de la sentencia 8/2018, 30 de noviembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que está en el origen de la celebración del juicio del que trae causa el presente recurso de casación, se razona en los siguientes términos: "... en el presente caso se acredita que los cinco acusados han sido interrogados sobre supuestos actos contrarios a la intimidad desde la primera indagatoria, el 2 de septiembre de 2016. El auto de procesamiento de 8 de agosto de 2016 al relatar los hechos imputados a los procesados, segundo hecho probado, expresamente refiere, "mientras Eleuterio grababa además con su teléfono móvil los hechos con el consentimiento de los demás, que se dirigieron en varias ocasiones a la cámara". Y el mismo auto de procesamiento, posteriormente, en la calificación jurídica de estos hechos, razonamiento jurídico segundo, refiere "apreciándose en la grabación como los procesados se reían de la víctima siendo además una vejación adicional el mero hecho de la grabación", [la grabación de los hechos] "realizada por los procesados" (sic), que se dice cometieron su acción criminal de forma "colectiva y planificada". El contenido de los vídeos se analiza en detalle en el razonamiento jurídico tercero del auto de procesamiento. Y se considera -en la calificación jurídica- el hecho de la grabación como relevante para la calificación penal, si bien no como delito sustantivo sino como circunstancia agravatoria de la agresión.

En definitiva, la relevancia penal de estas grabaciones ha estado presente en el auto de procesamiento, en las actuaciones inquisitorias del sumario mismo y en los escritos de calificación de las acusaciones, sin protesta alguna de las defensas; y los imputados han podido defenderse con igualdad de armas. El delito contra la intimidad ha estado presente en el debate del juicio oral, periciales e interrogatorios, sin que los acusados sufran indefensión alguna en ser juzgados por dicho delito, por más que el delito contra la intimidad estuviera solo parcialmente perfilado en el auto de procesamiento como agravante de la agresión sexual. La omisión en el auto de procesamiento del tipo delictivo contra la intimidad no es impedimento para su enjuiciamiento, pues desde el inicio de la instrucción se toma en cuenta la relevancia de los vídeos como evidencia incriminatoria (...) con una autoría o participación que se determinará por la Sala de instancia".

Como ya hemos puesto de manifiesto *supra*, la vinculación del auto de procesamiento, como garantía jurisdiccional frente a acusaciones sorprendidas que desborden el objeto del proceso definido en la instrucción, es una vinculación esencialmente fáctica, en lo objetivo y en lo subjetivo. Pero no proyecta sus efectos sobre la subsunción de esos hechos en un tipo penal. Lo que para el Juez de instrucción núm. 4 de Pamplona se presentaba como el respaldo para fundamentar una agravación puede ser ofrecido por las acusaciones como un delito autónomo, con sustantividad propia, con una gravedad añadida que iría más allá de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Lo decisivo, en fin, es que la descripción de los hechos en los que se apoya la autoría de un delito contra la intimidad quede evidenciada desde que el instructor dicta la resolución prevista en el art. 384 de la LECrim.

Por las razones expuestas, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

3.- El segundo de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración de los derechos a la presunción de inocencia, a un juicio justo con todas las garantías, a un juez imparcial y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE). Tal y como sucedía en el primero de los motivos, se complementa esa vulneración de alcance constitucional con la cita del art. 849.1 de la LECrim, que añade a la queja la indebida aplicación del art. 197.1 y 5 del CP.

El desarrollo del motivo, sin embargo, centra la discrepancia en que "...el recurrente ha sido condenado por prueba de signo incriminatorio insuficiente para poder establecer los hechos declarados probados y la condena por su participación en los mismos en concepto de autor". No existe una alegación encaminada a justificar las varias infracciones de relieve constitucional que se incluyen en el enunciado. De ahí que nuestro examen se limite, desde la perspectiva casacional que nos incumbe, a la queja vinculada al derecho a la presunción de inocencia.

3.1.- Cuando se trata del recurso de casación promovido frente a una sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia, la valoración de la prueba efectuada por el órgano de instancia ya ha sido objeto de fiscalización por la novedosa vía impugnativa que, aunque con un retraso histórico, ha sido arbitrada por la indicada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2015. Se trataba, pues, de hacer efectivo el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior, tal y como reconoce el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La primera consecuencia, en ocasiones olvidada, es que el objeto del presente recurso no es la sentencia dictada en la instancia y confirmada en la apelación. El único objeto de la casación penal es la resolución emanada del Tribunal Superior de Justicia al pronunciarse sobre el recurso de apelación formalizado. De ahí que los argumentos que sirven de vehículo para expresar -ya en casación- la discrepancia con el desenlace

del proceso tienen que centrarse en lo resuelto por el Tribunal *ad quem* que, en el marco de la apelación, es precisamente el Tribunal Superior de Justicia.

Por consiguiente, el esfuerzo argumental dirigido a cuestionar los razonamientos que se deslizan en la sentencia dictada inicialmente por la Audiencia Provincial desenfoca el alcance del recurso de casación promovido. La oportunidad que brindan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, para hacer valer un recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales, no puede ser interpretada como la última ocasión para reiterar ante el Tribunal Supremo argumentos que no fueron atendidos en la instancia. La Ley 41/2005 no ha creado una apelación encadenada que autorice la repetición de aquello que no ha sido estimado en lo que erróneamente se interpretaría como la primera apelación.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia -en línea con la que veníamos declarando de forma reiterada a raíz de la LO 5/1995, 22 de mayo, que instauró el procedimiento por Jurado-, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se materializa en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (cfr. SSTs 599/2020, 12 de noviembre; 490/2020, 1 de octubre; 396/2020, 18 de junio; 302/2020, 12 de junio).

3.2.- Conforme a esta jurisprudencia que enmarca nuestro ámbito de conocimiento, la afirmación de que ambos recurrentes fueron los autores de la grabación y las fotografías en la que se recogía el episodio delictivo que en ese momento estaba siendo objeto de ejecución, está sólidamente apoyada en las pruebas practicadas en el plenario, cuya licitud, suficiencia y racionalidad valorativa están también fuera de cualquier duda.

La defensa, en el ejercicio legítimo de reivindicación del derecho a la presunción de inocencia, cuestiona la intencionalidad con la que se efectuó esa grabación. Sin embargo, a ese argumento da cumplida respuesta la sentencia recurrida, con un razonamiento que esta Sala hace suyo: "...la intencionalidad dolosa de la grabación del video se deduce del contexto de agresión y humillación de la víctima en que se produce; pues "recogió con claridad imágenes de la "denunciante", con perfecta conciencia y complacencia en lo que grababa. La pertenencia del condenado al chat "la Manada", al que pertenecen todos los procesados excepto Jaime, donde intercambian imágenes de contenido sexual, permite legítimamente concluir que la intención del borrado fue únicamente destruir la prueba que le incriminaba y que se produce entre el momento que le identifica la Policía Foral en el callejón de la Plaza de Toros, y el posterior en que le detiene la Policía municipal. A la misma intencionalidad dolosa se llega de la circunstancia, relatada por la sentencia de la Audiencia, de que Cesareo "no manifestó que tuviera un vídeo; por primera vez hizo alusión a la existencia de esta grabación, en su declaración indagatoria prestada el 2 de septiembre de 2016".

La Sala entiende que el autor de una grabación que perpetúa la agresión sexual ejecutada en grupo sobre la víctima tiene plena conciencia de que esas imágenes añaden al menoscabo de la libertad sexual una grave vulneración del derecho a la intimidad, con pleno encaje en los apartados 1 y 5 del art. 197 del CP. El tipo básico se consuma con la utilización de cualquier dispositivo que permita la grabación del sonido y la imagen. No precisa, por tanto, la difusión de lo grabado. Si ésta se produce, opera el tipo agravado previsto en el apartado 3 del mismo precepto, que incrementa la pena "...si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas".

Se impone, en consecuencia, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

4.- El tercer motivo, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia infracción del art.197.1 y 5, en relación con el art. 66.1, regla 6, del CP.

Sostiene el recurrente que la pena impuesta, "... si bien se encuentra dentro del arco punitivo previsto, (...) ha sido establecida de manera arbitraria y no ha sido de manera suficientemente motivada, al haberse impuesto una pena superior al mínimo legalmente previsto" (sic).



La sentencia objeto de recurso da cumplida respuesta a las alegaciones hechas valer en la instancia y en la apelación formalizada. Completa así, con arreglo al canon constitucional de motivación, el proceso de individualización de la pena impuesta a ambos recurrentes. Frente a la alegación que anima el motivo de que hubo un espíritu de colaboración por parte de los acusados, razona el Tribunal ad quem: "...no es cierto y contradice los hechos probados que, en este punto, los imputados colaboraran con la justicia. Como hemos indicado, el Sr. Laureano ocultó la prueba y aún intentó destruirla. Y tampoco es cierto que el Sr. Cristobal la entregara voluntariamente, pues dada su profesionalidad pudo concluir que si la borraba simplemente sería recuperada por la policía, como así sucedió con el Sr. Laureano. El relato de hechos especifica que el Sr. Cristobal intentó ocultarla inicialmente: "Según se desprende de la declaración en sede judicial y la prestada durante la sesión de juicio oral celebrada el 15 de noviembre, por dichos agentes NUM000 y NUM001 en conversación con los sospechosos, que se mostraron colaboradores, si bien no manifestaron que tuvieran vídeos; expresaron al segundo, que habían estado con una chica y que no había habido forzamiento - Ignacio - y que ya sabía lo que había hecho y estaba muy tranquilo - Cristobal -, sin que ninguno de los sospechosos hiciera alusión a la existencia de videos". El poco interés del Sr. Cristobal en colaborar con la justicia se muestra también en que "Cuando salieron los cuatro procesados de la plaza de toros [después de ser identificados por la Policía Foral y constarles su condición de sospechosos], Cristobal tiró el teléfono móvil de "la denunciante", en una zona donde había desperdicios situada en la cuesta de Labrit, cerca del frontón. En este lugar fue recogido sobre las 9:30 horas por D^a Amalia".

Concluye el Tribunal Superior de Justicia de Navarra que *"... la sentencia ha fallado en los límites de su discrecionalidad, sin que ello signifique arbitrariedad alguna, y su resolución se motiva en el contexto del significado de la propia antijuridicidad de las grabaciones, su atentado a la intimidad de la víctima, y la particular humillación que significan los fotogramas, "en el interior del cubículo". Se argumenta en instancia sobre la "gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que tomamos en cuenta para concretar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos"*.

En definitiva, no existe dato alguno que respalde la arbitrariedad en la imposición de la pena. El delito previsto en el art. 197.1 del CP, en su tipo básico, está castigado con la pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses. La concurrencia del tipo agravado previsto en el apartado 5 del mismo precepto, obliga a la imposición de la pena en su mitad superior cuando los hechos descritos afecten a lo que se ha llamado el *núcleo duro de la intimidad*, en el que se incluye la información referida a la vida sexual. Ello obligaba a la Audiencia a situarse en un arco punitivo de entre 2 años y 6 meses y 4 años. La imposición de 3 años y 3 meses de prisión, razonada en atención a la gravedad de los hechos, descarta cualquier quiebra del principio de proporcionalidad.

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

5.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de los acusados Cristobal y Cesareo, contra la sentencia núm. 6, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra con fecha 24 de junio de 2020, que confirmó en apelación la sentencia núm. 239/2019, fechada el 19 de noviembre y dictada por la Audiencia Provincial de Navarra.

Condenamos en costas a los recurrentes.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz

Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García