

## Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Galicia, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1<sup>a</sup>) Sentencia num. 102/2022 de  
8 noviembre  
JUR\2022\353990

PENAS. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. MEDIDAS DE SEGURIDAD.

**ECLI:**ECLI:ES:TSJGAL:2022:7003

**Jurisdicción:**Penal

Recurso de Apelación 70/2022

**Ponente:**Ilmo. Sr. D. José Antonio Varela Agrelo

**T.S.X.GALICIA SALA CIVIL/PENAL**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00102/2022**

-

Domicilio: PLAZA DE GALICIA S/N

Telf: 981184876 Fax: 981184887

Correo electrónico:

Equipo/usuario: KD

**Modelo:** 001100

**N.I.G.:** 15030 43 2 2020 0006972

**ROLLO:** RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM  
0000070 /2022

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000071  
/2020

**RECURRENTE:** Fernando

Procurador/a: MARIA IRENE CABRERA RODRIGUEZ

Abogado/a: JOAQUIN MARIA IGNACIO DE LA VEGA CASTRO

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, Coral

Procurador/a: , CONCEPCION PEREZ GARCIA

Abogado/a: , CRISTINA MARTINEZ FERNANDEZ

## **S E N T E N C I a Nº 102/2022**

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don José Antonio Varela Agrelo - ponente.

Don Fernando Alañón Olmedo.

Don Carlos Suárez-Mira Rodríguez.

En A Coruña, a ocho de noviembre de dos mil veintidós.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados arriba expresados, vio en grado de apelación con el número (Rollo 70/2022) el Procedimiento Sumario seguido en la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña ([rollo número 71/2020 \(PROV 2022, 271408\)](#)), partiendo de la causa que con el número 785/2020 trató el Juzgado de Instrucción número 2 de A Coruña por delito de agresiones sexuales contra el acusado D. Fernando. Es parte apelante en este recurso el mencionado acusado y condenado, representado por la procuradora D<sup>a</sup> María Irene Cabrera Rodríguez y asistido del letrado D. Joaquín María Ignacio de la Vega Castro. Es parte apelada el Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercitada por D<sup>a</sup> Coral, representada por la procuradora D<sup>a</sup> Concepción Pérez García y defendida por la letrada D<sup>a</sup> Cristina Martínez Fernández.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don José Antonio Varela Agrelo y la Sala ha quedado formada como consta en el encabezamiento de la presente resolución.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO:**

La [sentencia dictada con fecha 25/05/2022 \(PROV 2022, 271408\)](#) por la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña contiene los siguientes hechos probados:

" Que el acusado, Fernando, natural de Colombia (NIE núm. NUM000), en situación irregular en España, nacido el NUM001 de 2002, conoció a Coral, nacida el NUM002 de 2000, a través de la red social Tinder, sobre el 21 de julio de 2020, y tras mantener

contactos a través de esta red y de Instagram y por WhatsApp, concertaron una cita el 16 de agosto de 2020 en O Temple.

Se encontraron sobre las 20:30 horas de ese día 16 de agosto de 2020 en las proximidades de un establecimiento de hostelería sito en O Temple, término municipal de Cambre, entraron en el local, en donde permanecieron un tiempo, y luego estuvieron en otro más de la zona, hasta que, sobre las 22:00 horas, decidieron dar un paseo, como así hicieron, por el paseo fluvial que discurre pegado al Río Mero, al final de la ría de O Burgo, hasta llegar a un puente peatonal de madera, y tras cruzarlo, en una zona de merendero, cuando ya había oscurecido, poco iluminada, y solitaria en aquellas horas, donde había una mesa y un banco de madera, comenzaron a mantener relaciones sexuales consentidas, consistentes en besos, tocamientos, sexo oral, e introducción de dedos en la vagina, para lo cual el acusado le bajó a Coral los pantalones y ropa interior.

En un momento dado, Fernando le propuso a Coral mantener relaciones por vía vaginal. Coral le preguntó si tenía preservativo, y al contestarle Fernando que no, ella de forma clara y tajante le dijo "que no, que no tenían condón", repitiéndoselo en varias ocasiones, y diciéndole "que parara". Pese a ser consciente de la voluntad en contra manifestada por Coral, con intención de satisfacer sus deseos sexuales, Fernando la aprisionó con su cuerpo contra una mesa de madera que había allí, tratando ella de quitárselo de encima sin poder hacerlo, de modo que, tras vencer así su resistencia, la penetró vaginalmente, y seguidamente, la agarró por los brazos, la giró y la puso contra el banco, y en esa postura la penetró vaginal y analmente, mientras Coral le decía que parara, y que le estaba doliendo, a lo que Fernando hizo caso omiso, llegando a decirle "cállate"; hasta el punto de que Coral, no siendo capaz de quitárselo de encima, ya no hizo nada, entrando en estado de shock por lo que estaba sucediendo.

Cuando Fernando se separó de ella, y encontrándose Coral en dicho estado, le dijo "si podía grabar", a lo que ella contestó que no. A pesar de esta negativa, Fernando, sin que se diera cuenta Coral, y siendo consciente de que no contaba con el consentimiento de ella, con su teléfono móvil, comenzó a grabar la escena final cuando él terminaba de eyacular, encontrándose Coral semidesnuda con los pantalones bajados hasta las rodillas, sentada en un banco de madera. Esta grabación se produjo a las 23:16 horas, teniendo una duración de 34 segundos, y Fernando la guardó en su móvil sin que conste la hubiera difundido a terceras personas.

Todo terminó cuando ambos se fueron del lugar al encuentro de las amigas de Coral que la estaban buscando, y a las que al irse con Fernando les había enviado

una ubicación que indicaba que se dirigían por el paseo fluvial hacia el lugar de A Barcala.

En el momento de los hechos Coral presentaba un trastorno ansioso-depresivo reactivo a una situación de conflicto escolar que se vio agravado a consecuencia de la acción del acusado con incremento de la sintomatología ansioso depresiva, crisis de ansiedad, y alerta, precisando aumento de medicación y psicoterapia.

Por estos hechos Coral presentó denuncia el 17 de agosto de 2020, y por auto de 11 de marzo de 2021 se le impuso a Fernando como medida cautelar la retención de su pasaporte. "

## SEGUNDO:

El fallo de la mencionada [sentencia \(PROV 2022, 271408\)](#) es como sigue:

" Que debemos condenar y condenamos al procesado Fernando como autor criminalmente responsable:

a) De un **delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación**, precedentemente definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la **pena de 6 años de prisión**, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y con la **prohibición de acercarse a menos de 300 metros** de Coral, no pudiendo acercarse a ella, en cualquier lugar donde se encuentre, así como a su domicilio y a cualquier otro lugar por ella frecuentado, y de **establecer contacto por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual por un periodo de siete años**; siendo el cumplimiento de estas penas accesorias simultáneo al de la pena de prisión impuesta.

Se le impone por este delito la **medida de libertad vigilada** por un periodo de cinco años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, con las medidas del apartado 1º del art. 106 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#), que se determinarán de conformidad con lo establecido en el apartado 2º del citado precepto.

b) De un **delito contra la intimidad previsto y penado en el** artículo 197.1 y 197.5 del Código Penal , ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de **dos años y seis meses de prisión, y 18 meses de multa con una cuota diaria de 4 euros** con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en los términos del art. 53.1 del Código Penal; con las accesorias respecto a la pena de prisión de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y **prohibición de acercarse a menos**

**de 300 metros de Coral**, no pudiendo acercarse a ella, en cualquier lugar donde se encuentre, así como a su domicilio y a cualquier otro lugar por ella frecuentado, y de establecer contacto por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual por un periodo de **tres años y seis meses**; siendo el cumplimiento de estas penas accesorias simultáneo al de la pena de prisión impuesta

Procede el **decomiso** del teléfono móvil marca Redmi utilizado por el acusado en su ilícita acción intervenido en atestado NUM003. Para hacer efectivo lo anterior se remitirá el teléfono móvil a la EDITE de la Guardia Civil de A Coruña para que proceda a su destrucción/borrado total, segura e irrecuperable de todos los datos contenidos en dicho soporte (en todo caso, se deberá de dar audiencia previa al acusado para darle la oportunidad de que en su caso pueda recuperar la información lícita que contenga dicho dispositivo. Una vez borrado su contenido se entregará a dicha unidad para su utilización en las labores de investigación que vienen desempeñando y de no ser posible lo anterior, se destruirá (art. 127 octies.3 del Código Penal y artículos 367 quater 1 e) y 367 quinqui 1 a), apartados 2 y 3 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#)).

Asimismo, se le condena al pago de las **costas procesales**, incluidas las de la acusación particular.

Deberá indemnizar a Coral en la cantidad de **10.000 euros** por daños psicológicos y morales, con aplicación de los intereses del artículo 576 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#). "

### **TERCERO:**

La representación procesal del acusado interpuso recurso de apelación contra la referida [sentencia \(PROV 2022, 271408\)](#), y el Ministerio Fiscal y la acusación particular lo impugnaron.

### **CUARTO:**

Mediante providencia del pasado 6/09/2022 la Sala acordó que se formase el rollo correspondiente con testimonio de particulares de los autos, designándose Magistrado Ponente.

### **QUINTO**

Por auto de fecha 14/09/2022 la Sala acordó no haber lugar a la práctica de la prueba solicitada por el recurrente en esta segunda instancia.

### **SEXTO**

La Sala, en providencia de fecha 13/10/2022 acordó conceder a las partes un plazo de diez días para formular alegaciones al amparo de la [Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre \(RCL 2022, 1711, 1860\)](#).

**SÉPTIMO:**

En providencia del día 3/11/2022, la Sala señaló el siguiente 7 de noviembre para la votación y fallo del recurso.

**HECHOS PROBADOS**

Se acepta el relato de hechos de la [sentencia \(PROV 2022, 271408\)](#) recurrida.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS****PRIMERO:****SOBRE LA CUESTION CONTROVERTIDA**

Como ha quedado reseñado, la [sentencia \(PROV 2022, 271408\)](#) cuya revisión nos ocupa condena al aquí único recurrente como autor sendos delitos: uno de agresión sexual y otro contra la intimidad.

Frente a tales pronunciamientos, en el recurso de apelación se articulan varios motivos cuyo análisis cumple efectuar a esta sala:

- a) error en la valoración de la prueba
- b) vulneración de la presunción de inocencia
- c) falta de motivación y de tipicidad respecto del delito del artículo 197.1
- d) falta de motivación en relación con el subtipo agravado del artículo 197.5

**SEGUNDO:****SOBRE EL ERROR EN LA VALORACION DE LA PRUEBA**

Entiende el recurrente que la valoración efectuada por el Tribunal de instancia es arbitraria a la hora de interpretar los elementos de convicción practicados, vulneración que estaría dañando su fundamental derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#).

Interesa recordar, en este punto, con carácter preliminar, cuál es el ámbito revisor que nos corresponde en este trámite de apelación.

La reciente [STS 570/2022 de 8 de Junio \(RJ 2022, 3224\)](#), con remisión a otras anteriores, nos lo recuerda:

" <<Por lo que se refiere al contenido devolutivo del recurso de apelación, este varía esencialmente en atención al tipo de sentencia, absolutoria o condenatoria, contra la que se interpone. Hasta el punto de poder afirmarse, sin riesgo a equívoco, que coexisten dos submodelos de apelación con más diferencias que elementos comunes.

Cuando el recurso de apelación se interpone contra una sentencia absolutoria, la reforma de 2015 ha vedado, en términos concluyentes, que el tribunal de segunda instancia reconstruya el hecho probado a partir de una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, cualquiera que sea la naturaleza de esta. La acusación solo puede pretender la revocación de la sentencia absolutoria y la condena del absuelto, cuestionando el fundamento normativo de la decisión a partir de los hechos que se declaran probados.

Por contra, cuando los gravámenes afectan al cómo se ha conformado el hecho probado o cómo se ha valorado la prueba solo pueden hacerse valer mediante motivos que posibiliten ordenar la nulidad de la sentencia recurrida. Lo que solo acontecerá si, en efecto, se identifican defectos estructurales de motivación o de construcción que supongan una fuente de lesión del derecho de quien ejerce la acción penal a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 CE ...

... Por su parte, cuando la apelación se interpone contra una sentencia de condena el tribunal ad quem dispone de plenas facultades revisoras.

El efecto devolutivo transfiere también la potestad de revisar no solo el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena, como sostiene el apelante, sino también la de valorar todas las informaciones probatorias resultantes del juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia, o no, para enervar la presunción de inocencia. Afirmación de principio que solo permite una ligera modulación cuando se trata del recurso de apelación contra sentencias del Tribunal del Jurado.

Este es el sentido genuino de la doble instancia penal frente a la sentencia de condena. La apelación plenamente devolutiva es garantía no solo del derecho al recurso sino también de la protección eficaz de la presunción de inocencia de la persona condenada. Esta tiene derecho a que un tribunal superior revise las bases fácticas y normativas de la condena sufrida en la instancia.

Como destaca el Tribunal Constitucional en la importante [STC 184/2013 \(RTC 2013, 184\)](#) -por la que, en términos contundentes, se sale al paso de fórmulas reductoras del efecto devolutivo de la apelación contra sentencias de condena, extendiendo indebidamente el efecto limitador que frente a sentencias absolutorias

estableció la [STC 167/2002 \(RTC 2002, 167\)](#), "el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de novum iudicium, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba (...) pues toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior y a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (...). Negarse a ello, como ocurrió sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra [STC 167/2002 \(RTC 2002, 167\)](#), no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE ), por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria".

Alcance devolutivo que no viene sometido a ninguna precondición valorativa derivada de la no inmediación, como también parece sostener el recurrente.

Debe insistirse en que la inmediación constituye, solo, un medio o método de acceso a la información probatoria. La inmediación nunca puede concebirse como una atribución al juez de instancia de una suerte de facultad genuina, intransferible e incontrolable de selección o descarte de los medios probatorios producidos en el plenario. Ni puede confundirse, tampoco, con la valoración de la prueba, desplazando las exigentes cargas de justificación que incumben al juez de instancia. La inmediación no blinda a la resolución recurrida del control cognitivo por parte del tribunal superior...

Pues bien, tras realizar dicho examen, la sala no puede compartir la valoración crítica al recurrente, antes al contrario, entiende correcta, razonable y lógica la conclusión y el discurso argumentativo a través del que llega la Sala de instancia a la conclusión condenatoria que nos ocupa.

En efecto, en primer lugar, se ha valorado como prueba esencial la declaración de la víctima, sin descuidar los criterios orientativos acuñados por la jurisprudencia, especialmente relevantes ante lo sensible de la materia, que comporta que pueda servir de prueba de cargo suficiente que el único testigo y al tiempo perjudicado y

víctima de los hechos, pueda destruir la presunción de inocencia, frente a la versión exculpatoria en sentido contrario del acusado. Dicha tarea la efectúa la sala de instancia a través de un detenido análisis de las declaraciones de la víctima, en contraste con las del recurrente, apreciando que no hay razones que la devalúen, al carecerse de circunstancias de incredibilidad subjetiva, mantenerse constante el relato desde el inicio, y la verosimilitud del mismo, reforzada por elementos periféricos corroboradores.

Además, la propia víctima reconoce que estuvo dispuesta a "enrollarse", pero tenía claro que no quería mantener relaciones "sin condón", por lo que reconoce una primera fase consentida, con actos sexuales inequívocos como una felación, y la introducción de dedos en la vagina, pero añadiendo el forzamiento contra su explícita voluntad y resistencia respecto a las penetraciones vaginales y anales posteriores, llegando a un momento en que se queda paralizada, en shock, y solo desea que acabe cuanto antes.

Como elementos de corroboración dispone la sala del testimonio de las amigas, que estaban por la zona, y con las que queda al mandarles la ubicación, y presencian la actitud y tensión que se detecta entre acusado y víctima, así como que, a pesar de su silencio, acaba reconociendo a una de ellas que efectivamente el acusado la violó, y que luego acude con ella a solicitar a un centro médico la píldora del día después.

En el mismo sentido el informe de los peritos del IMELGA, que constatan un agravamiento de su cuadro depresivo previo, en relación con una situación de acoso escolar, descartando cualquier posible contenido delirante en su pensamiento que pudiese distorsionar su apreciación de la realidad. Estos peritos aprecian un cuadro psicológico en la víctima completamente compatible con los hechos enjuiciados, y en igual sentido la psiquiatra que la venía tratando.

Todas estas pruebas, de naturaleza personal, han podido ser valoradas con las ventajas de la inmediación por la sala de instancia, y el visionado del soporte audiovisual remitido y visionado en esta segunda sirve para excluir el error que tacha el recurrente.

En lo que atañe al elemento de la violencia o intimidación que ha de concurrir para integrar el tipo objeto de condena, y que se desprende del relato de hechos probados, tampoco procede efectuar una interpretación diferente, siendo irrelevante el consentimiento otorgado en la primera fase de la relación acaecida, el cual no se mantiene cuando ella conoce que no tienen preservativo, pues entonces se efectúa por su parte una inequívoca negativa verbal y gestual, que no evita que, gracias a la superioridad física del acusado, la sujeté y la empuje hacia una mesa, consumando

los actos sexuales referidos, ya no deseados ni consentidos. Tal forzamiento, efectuado en la forma descrita en los hechos probados, y que no ha sido desvirtuado, comporta que se colmen las exigencias del tipo penal según la interpretación reiterada por la jurisprudencia.

A título de ejemplo la [STS 216/2019 de 24 de Abril \(RJ 2019, 1381\)](#):

" En cualquier caso, el delito de agresión sexual requiere violencia o intimidación, pero en modo alguno que se ocasionen lesiones a la víctima. La ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, según tiene declarado esta Sala, no empece para la existencia del delito la agresión sexual, que ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones ([STS 686/2005, de 2 de junio \(RJ 2005, 5625\)](#), entre otras).

Recuerda la [STS 749/2010, de 23 de junio \(RJ 2010, 7164\)](#), con cita de otras precedentes, que la violencia a que se refiere el artículo 178 [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#), ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto.

También hemos declarado que la fuerza que se exige ha de ser eficaz y de suficiente entidad objetiva, pero este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior posición y dominio del actor, lo que supone valorar la vía física más con criterios más relativos y circunstanciales alejados de la nota de la irresistibilidad criterio ya superado como se ha dicho.

En tal sentido, la [STS 1564/2005, de 27 de diciembre \(RJ 2006, 2602\)](#), así como las [SSTS de 4 de septiembre de 2000 \(RJ 2000, 7922\)](#), [21 de septiembre de 2001 \(RJ 2001, 7836\)](#), [15 de febrero de 2003\(sic\) \(RJ 2002, 3644\)](#), [23 de septiembre de 2002 \(RJ 2002, 8996\)](#), 21 de septiembre de 2001, 15 de febrero de 2003(sic), [23 de septiembre de 2002 \(RJ 2002, 8996\)](#) ó [11 de octubre de 2003 \(RJ 2003, 7466\)](#), entre otras muchas."

El motivo en consecuencia se desestima.

### TERCERO:

### SOBRE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCION DE NO

## CENCIA EN RELACION CON LA AGRESION SEXUAL

Pretende el recurrente conectar la situación de ansiedad y depresión de la víctima, con la entidad de su declaración como prueba de cargo, impidiendo a través de ella desvirtuar la presunción de inocencia

Como quiera que se alega expresamente que la prueba es insuficiente para destruir la citada presunción de la que siempre se parte en el proceso penal, resulta pertinente recordar que esta Sala ha indicado en [sentencia 8/2019, de 22 de enero \(PROV 2019, 46751\)](#), que " Sobre el derecho a la presunción de inocencia es reiterada la doctrina expuesta tanto por el Tribunal Supremo (por todas, [sentencia 118/2018 de 13 de marzo \(RJ 2018, 882\)](#)) como por el Tribunal Constitucional (por todas , [sentencia 125/2017 de 13 noviembre \(RTC 2017, 125\)](#)) que expone que tal derecho implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, mediante un proceso justo, en los términos que se exponen en el artículo 11 de la [Declaración Universal de los Derechos Humanos \(LEG 1948, 1\)](#), artículo 6.2 del [Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales \(RCL 1999, 1190, 1572\)](#), y del artículo 14.2 del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos \(RCL 1977, 893\)](#), lo que entraña que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, que tal prueba haya sido valorada razonablemente con arreglo a las normas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos de tal modo que el Tribunal pueda alcanzar determinada certeza de contenido objetivo sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, excluyendo la presencia de dudas razonables que impidan su consideración en contra de los intereses de éste. En esas circunstancias, el control que un tribunal superior debe llevar a cabo sobre la resolución sometida a su revisión debe verificar la validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, pero sin que sea posible proceder a un nuevo análisis de la prueba practicada. Es más un juicio sobre el juicio que no un nuevo juicio del juicio. Consiste, en definitiva, en verificar si el tribunal se ha ajustado a las reglas de la lógica, si no ha omitido injustificadamente las máximas de experiencia y si no ha orillado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, la valoración de las pruebas se ajusta a un canon de racionalidad y no es manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente. A lo anterior debe añadirse que para que una resolución considere enervada la presunción de inocencia deberá plasmar en su contenido la motivación, las razones por las que se ha considerado culpable al acusado. Estas posiciones, se reitera, aparecen contestes en la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional ([SSTC 137/2005, de 23 de mayo \(RTC 2005, 137\)](#) , [300/2005, de 21 de noviembre \(RTC 2005, 300\)](#) , [328/2006,](#)

de 20 de noviembre (RTC 2006, 328) , 117/2007, de 21 de mayo (RTC 2007, 117) , 111/2008 de 22 de septiembre (RTC 2008, 111) y 25/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 25) ; y SSTS 544/2015, de 25 de septiembre (RJ 2015, 4367) , 822/2015, de 14 de diciembre (RJ 2015, 5820) , 474/2016, de 2 de junio (RJ 2016, 3098) y 948/2016, de 15 de diciembre (RJ 2016, 5912) )".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo 671/2019, de 15 de enero (RJ 2020, 41) , sintetizando la doctrina que se refleja en las sentencias del Tribunal Constitucional 68/2010, de 18 de octubre (RTC 2010, 68) , 107/2011, de 20 de junio (RTC 2011, 107) , 111/2011, de 4 de julio (RTC 2011, 111) , 126/2011, de 18 de julio (RTC 2011, 126) y 16/2012, de 13 de febrero (RTC 2012, 16) , determina que "se vulnerará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena: a) con ausencia de pruebas de cargo; b) con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; c) con la base de actividad probatoria no revestida de las debidas garantías; d) sin motivar la convicción probatoria; e) sobre la base de pruebas insuficientes; o f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente. Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos"

Pues bien, únicamente procede reiterar lo expuesto en relación con este extremo en el fundamento anterior: los peritos del IMELGA descartan cualquier connotación delirante que pudiese distorsionar su apreciación de la realidad. El dato del cuadro ansioso y depresivo preexistente no tiene porqué comportar una ausencia de credibilidad, cuando los hechos han sido acreditados por la apreciación conjunta de toda la prueba, sin que concurran circunstancias que devalúen la sustancial aportación a dicha conclusión del relato de la víctima coadyuvado con igual consistencia en el juicio oral con las corroboraciones explicadas

En definitiva, existe prueba suficiente, de carácter incriminatorio, la cual fue obtenida con respeto de las garantías del derecho de defensa, y que ha sido valorada de forma racional por el Tribunal.

#### **CUARTO:**

#### **SOBRE LA APLICACIÓN DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LEY(sic) 10/2022 (RCL 2022, 1711, 1860)**

La Sala, ante la entrada en vigor de la reforma Penal reseñada, dio traslado a las partes para su dictamen sobre en qué medida dicha reforma podía influir, en caso de confirmación de la sentencia, sobre la pena a imponer, evacuando dicho traslado en el sentido que obra en autos.

Se comparte con el Ministerio Fiscal que, siendo más favorable al reo ha de aplicarse de oficio, y al ser, la pena mínima tras dicha reforma de CUATRO AÑOS, habrá que modificar en dicho extremo la sentencia pues en dicho grado fue el fijado por la Sala de instancia.

## QUINTO:

### **SOBRE LA FALTA DE MOTIVACION Y TIPICIDAD EN RELACION CON LA CONDENA POR EL DELITO CONTRA LA INTIMIDAD**

Para el recurrente está ausente, en relación con el delito contra la intimidad del art 197.1 del [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#),el elemento subjetivo consistente en llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad.

Además, el video aportado por la policía permite comprobar que la grabación fue consentida por la víctima, y nunca se llegó a divulgar o a pasar a otras personas.

Señala el art 197.1:

"el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.".

Ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia y doctrina sobre la naturaleza este delito que engloba una relación múltiple de conductas, a través de las cuales se puede dañar el bien jurídico y ello por su peculiar configuración

Así la doctrina señala de forma pacífica que se trata de un delito que, en cualquiera de sus versiones, no precisa para su consumación descubrimiento del secreto o la intimidad, bastando el dato objetivo de la grabación, junto a la finalidad de vulnerar la intimidad (elemento subjetivo). De ahí que se haya venido conceptualizando como delito intencional de resultado cortado, sin perjuicio de los subtipos agravados en caso de difusión.

Como quiera que se ataca el núcleo duro de la intimidad la barrera defensiva que supone el Derecho Penal se adelante y sin necesidad de lesión efectiva, la mera puesta en peligro del bien jurídico se constituye como suficiente para integrar el tipo penal.

La reciente [STS 597/2022 de 15 de Junio \(RJ 2022, 3413\)](#) ilustra sobre este delito

en los siguientes términos:

"... art. 197.1 y 5 CP , delito que, según la jurisprudencia, por todas [STS 351/2021, de 28-4 \(RJ 2021, 2298\)](#), describe una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto o vulnerar la intimidad; el otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse.

Por ello, el apartado 1º del mismo, contiene en realidad dos tipos básicos, definidos por modalidades comisivas distintas, como son el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o la interceptación de las telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, 2º inciso de dicho párrafo, que es el aplicado en este caso en su modalidad comisiva de utilización de artificios técnicos para la reproducción de la imagen. Lo relevante es que se trata de un delito en cualquiera de sus versiones que no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o en el presente caso, de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación de la imagen (elemento objetivo) con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), es decir, en este supuesto, el tipo básico se consuma por el solo hecho de la captación de las imágenes de la víctima, con la finalidad de vulnerar la intimidad. Por ello se le ha calificado como delito intencional, de resultado cortado, cuyo agotamiento tendría lugar -lo que da lugar a un tipo compuesto- si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, supuesto de agravación previsto en el apartado 3.1 del mismo precepto, lo que conlleva la realización previa del tipo básico."

No aprecia la sala ni error, ni falta de motivación en la [sentencia \(PROV 2022, 271408\)](#) apelada tampoco en relación con este extremo. Se trata de un video en el que el acusado graba, contra la voluntad de la víctima, según figura en los hechos probados, una escena de contenido inequívocamente sexual. No desmerece tal conclusión que en el visionado la víctima estuviese hablando por teléfono. No resulta creíble que la cámara del móvil se activase sola, cuando el enfoque es tan acertado y además el contenido como se ha dicho es inequívocamente sexual pues la escena consiste en que el acusado tiene el pene erecto y está terminando de eyacular y la víctima, medio desnuda, se está limpiando.

Se colman así las exigencias del tipo pues existe una grabación no autorizada, de

un ámbito íntimo, y el elemento intencional emana de forma natural de la acción ejecutada y el contexto en el que se produce, tras la finalización de la relación sexual, cuya segunda parte no fue consentida por la víctima, por lo que esa intención de invasión de la intimidad resulta incontestable

El motivo en consecuencia se desestima

**SEXTO:****SOBRE LA FALTA DE MOTIVACION DEL SUBTIPO PENAL AGRAVADO**

Considera la recurrente injustificada la incardinación en él subtipo agravado del párrafo 5 del artículo 197 que señala:

"Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior."

En la sentencia antes reseñada se explica la justificación de tal agravación

"En definitiva "vida sexual" es un concepto amplio que abarca cualquier orientación sexual (heterosexual, homosexual o bisexual), siendo el fundamento de la agravación contenida en el artículo 197.5 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) la especial importancia que tiene este dato de carácter personal que pertenece al denominado "núcleo duro de la privacidad".

Según se recoge en el Diario de Sesiones, en la tramitación parlamentaria para la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, durante la propuesta y debate sobre la introducción del tipo penal comentado en el nuevo Código Penal, se atendió a la necesidad de recoger de forma individualizada y estructurada las figuras delictivas referentes al tratamiento de los datos de carácter personal más sensibles, esto es, aquellos recogidos en el Título I de la Constitución: ideología, religión y creencias, por un lado; origen racial, salud y vida sexual por, otro. Datos denominados "sensibles" en el lenguaje doctrinal y en el lenguaje especializado que por su transcendencia, y en aplicación precisamente de un conjunto de normas concatenadas de nuestra Carta Constitucional, se consideraba que debían tener una protección suficientemente estricta y rigurosa en el conjunto de nuestro ordenamiento penal. De esta forma no se estableció ni se discutió el contenido concreto de los datos objeto de protección que deberían afectar a la "vida sexual", ni se limitó a la orientación sexual del individuo, confiriéndose a los mismos igual protección que a otros datos relacionados con otros derechos fundamentales

recogidos en el mismo Título I y Capítulo II de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#), por el hecho de afectar de manera sensible a la intimidad de la persona cualquiera que sea su orientación sexual.

Nuevamente habrá que reiterar los expuesto en relación con el fundamento anterior, pues el contexto sexual es inequívoco, como se pone de manifiesto con la escena que hemos reseñado, y así lo dice ya la sentencia tras citar la jurisprudencia atinente a supuestos similares, así como el concepto amplio de vida sexual y su conexión con el núcleo duro de la privacidad. Resulta indudable que captar a través de un dispositivo de grabación la parte final de la relación sexual mantenida contra la voluntad de la víctima supone una modalidad agravada respecto al tipo básico del número 1, no siendo necesario ni la difusión ni la cesión a terceros (número 3) que constituiría un supuesto agravado de distinta naturaleza.

## **SEPTIMO:**

### **COSTAS**

Por lo expuesto, el recurso es desestimado y, no advirtiéndose temeridad procesal en su planteamiento, procede declarar de oficio las costas devengadas ante este Tribunal ( artículo 240 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) ).

En atención a lo expuesto, en nombre de S. M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

### **FALLO**

**Desestimamos** el recurso de apelación interpuesto por la defensa de D. Fernando contra la [sentencia de fecha 25 de mayo de 2022 \(PROV 2022, 271408\)](#), dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Segunda) en los autos del procedimiento sumario número 71/2020, sin costas de la segunda instancia.

Se modifica, de oficio, la pena por el delito de Agresión Sexual que se fija en CUATRO AÑOS de prisión, manteniéndose los demás pronunciamientos

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.