

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 13 May. 2005, rec. 9/2004

Ponente: Sánchez Melgar, Julián.
Nº de Sentencia: 626/2005
Nº de Recurso: 9/2004
Jurisdicción: PENAL

AGRESIÓN SEXUAL. Posibilidades de apreciar el delito continuado. Cooperación necesaria. DETENCIÓN ILEGAL. Tentativa. ROBO DE USO. Reincidencia. PENALIDAD. Individualización. Gravedad del hecho por la cantidad de autores, variedad de delitos y brutalidad desplegada.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil cinco

SENTENCIA

En los recursos de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones legales de los procesados Rosendo , Alejandro , Luis Andrés y Gerardo , contra Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2003 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictada en el Rollo de Sala núm. 2/2002 dimanante del Sumario núm. 1/2002 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de dicha Capital seguido contra dichos recurrentes por delito continuado de robo de uso, delito de falsedad, faltas de hurto, delitos de detención ilegal, delito de robo con violencia e intimidación, delito de daños, delitos de agresión sexual en concurso real con un delitos de detención ilegal y faltas de lesiones; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes representados por: Rosendo por el Procurador de los Tribunales Don Argimiro Vázquez Guillén y defendido por la Letrada Doña María Luz Canal Paz, Alejandro representado por el Procurador de los Tribunales Don Andrés Fernández Rodríguez y defendido por el Letrado Don Fernando Calvo, Luis Andrés representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Adelaida Yolanda Girbal Martín y defendido por Don José Manuel Ferreiro Novo y Gerardo representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María José Millán Valero y defendido por el Letrado Don José Manuel Ferreiro Novo.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Pontevedra instruyó sumario núm. 1/02 por delito de agresión sexual contra Gerardo , Alejandro , Rosendo y Luis Andrés , y una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que con fecha 21 de noviembre de 2003 dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declaran probados los siguientes: Los procesados Gerardo , mayor de edad y anterior y ejecutoriamente condenado en sentencia de fecha 7-7-99 (firme el 4-5-1999) por un delito de robo con violencia o intimidación a la pena de 4 años de prisión, Luis Andrés , mayor de edad y anterior y ejecutoriamente condenado en sentencia de 1.7.1998 (firme el 4-5-99) por un delito de robo con violencia o intimidación a la pena de 4 años de prisión, Alejandro y Rosendo , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, en el mes de noviembre de 2001, puestos de común acuerdo, protagonizaron los siguientes hechos:

1.- Sobre las 18.40 horas del día 21-11-01 se apoderaron con el ánimo de usarlo y tras forzar la cerradura derecha, haciéndole a continuación "el puente" del turismo Opel Kadett matrícula W-....-EM propiedad de Alexander , que estaba aparcado en el aparcamiento de la empresa UMENCA sita en el lugar de Canosa-Rus-Carballo (La Coruña) y al que le colocaron las placas de matrícula del Peugeot 205 G-....-GB propiedad de Juan Antonio , sustraído el mismo día en A Illa-Freixeiro-Santa Comba. El vehículo referido fue recuperado sobre las 7.30 horas del día 24- 11-01 en el lugar de Prado do Crego-Zas (La Coruña) en donde lo abandonaron por sufrir un accidente al salir de la calzada causándole desperfectos valorados en 293.173 pts, siendo el valor del vehículo de 1.549 euros.

2.- Entre las 0 horas y las 3 horas del día 24 de noviembre de 2001, los mismos procesados también con el propósito de usarlo, se apoderaron del vehículo todo terreno marca Suzuki modelo Samurai, matrícula X-....-IL propiedad de María Esther que se hallaba aparcado con las llaves puestas en el interior de un garaje sito en Villardemoto-Zas-Santa Comba, y que la dueña había dejado a unos amigos, no constando que no tuvieran fácil acceso al vehículo y se apoderaron con el propósito de beneficiarse económicamente de una pistola de aire comprimido que estaba en su interior, y que aunque la dueña del vehículo dijo no ser suya podía pertenecer a los amigos a quienes le había dejado el vehículo, y este mencionado vehículo fue recuperado por la Guardia Civil en el lugar de A Lagoa-Vimianzo (La Coruña) sobre las 3 horas del día 24 en donde lo habían abandonado por haberse quedado sin combustible. La dueña renunció a cualquier indemnización.

3.- Una vez abandonaron el vehículo referido, sobre las 4 horas del mismo día 24 de noviembre de 2001 y en la calle Villar de Vimianzo (La Coruña) los cuatro procesados se apoderaron tras manipular una de las puertas y hacerle el puente, del Ford Fiesta de color blanco matrícula N-....-N propiedad de Romeo .

4.-Entre la tarde del domingo 25 y la madrugada del día 26 de noviembre de 2001 los procesados Gerardo , Alejandro y Rosendo , siempre de común acuerdo se apoderan, tras manipular la cerradura y hacerle el puente, del vehículo Opel Kadett de color rojo matrícula N-....-U que su propietario David había dejado aparcado en la calle Lagoa de Carballo y que fue recuperado sobre las 19 horas del día 27 de noviembre de 2001 en Val de Dubro (La Coruña) con diversos desperfectos debidos a su mal uso y a cuya indemnización renunció el titular.

5.- Una vez que estuvo en su poder el vehículo N-....-U los tres procesados prendieron fuego al vehículo matrícula N-....-N en el lugar de Rial-Val de Dubro (La Coruña) quedando totalmente calcinado y siendo su valor de 1875 euros.

El turismo Ford Fiesta color blanco matrícula N-....-N es el empleado por los cuatro procesados cuando fueron a Lugo.

El turismo Opel Kadett de color rojo matrícula N-....-U es el empleado por los tres procesados cuando fueron a Pontevedra.

6.-Alrededor de las 7 horas 30 minutos del día 24 de noviembre de 2001 Julieta , se dirigía a su trabajo en la ciudad de Lugo encontrándose en espera del autobús en La Ronda de la Muralla, momento en el que los procesados Gerardo , Luis Andrés , Rosendo y Alejandro , que habían venido a ésta ciudad en el turismo Ford Fiesta de color blanco matrícula N-....-N , la observaron y se pararon bajándose del turismo dos de los cuatro procesados, y uno de los que se apearon se dirigió inmediatamente a Julieta y al tiempo que la sujetó por el cuello le dijo "vente conmigo para el coche", pero Julieta logró zafarse de la actuación del procesado y echó a correr hacia La Avenida de La Coruña, por lo que pudo escapar y los procesados no lograron su propósito. Julieta tomó la matrícula del vehículo.

7.- Poco tiempo después, sobre las 7 horas 40 minutos cuando Sara caminaba por la calle Montirón cerca de La Ronda de las Mercedes, de la ciudad de Lugo, fue avistada por los mismos procesados y, entonces, del vehículo Ford Fiesta blanco, bajaron los procesados Gerardo y Rosendo , que abordaron a Sara y seguidamente Amable ayudado por Rosendo , metieron a la fuerza en el coche a Sara sujetándola por los brazos, y dentro del vehículo Amable la golpeó con el puño en el ojo derecho y en la mandíbula y asimismo le bajó bruscamente la cabeza para que no pudiera verlos, y en tal circunstancia le cogieron 700 pesetas y la tarjeta de crédito y le pidieron el número secreto que facilitó por el miedo que le infundían, estando situada en la parte trasera entre

Gerardo y Luis Andrés , pues delante iban Alejandro como conductor y Rosendo de copiloto, entonces Gerardo le dijo que se quitara la ropa a lo que accedió Sara presa del miedo, quedando en sujetador y Gerardo le dio un beso en la boca, mientras los procesados que iban delante miraron hacia atrás y vieron cómo estaba ocurriendo todo esto mientras circulaban en dirección a Santa Comba (La Coruña), deteniéndose en un descampado próximo a éste pueblo, y entonces Rosendo , Luis Andrés y Luis Andrés , se bajaron del coche y ella pasó al asiendo del conductor, diciéndole Gerardo mientras los demás permanecían fuera, que no la quería forzar pero que era mejor que lo hiciera con él porque peor sería con los otros, indicándole como peligroso el que tenía en ese momento un cuchillo en la mano, que era Rosendo . Luego Gerardo salió del coche y habló con los otros procesados que se ausentaron, quedando Gerardo con Sara en el lugar por espacio de una hora, logrando Sara convencer a Gerardo de que no le hiciera nada, pues no se produjo el acto sexual.

Los otros tres procesados mientras tanto se dirigieron al cajero automático de Santa Comba consiguiendo con la tarjeta de Sara la suma de 300,51 euros, intentando posteriormente, sobre las 16,40 horas efectuar un reintegro en la oficina de Caixa Galicia de Vilaboa lo que no consiguieron por quedar la tarjeta retenida, y una vez de vuelta se metieron todos en el turismo dejando a Sara en la Ronda de la Muralla de Lugo sobre las 14,30 horas. A consecuencia de los hechos relatados Sara tuvo lesiones que precisaron tratamiento médico para su curación, tardando en curar 115 días, de los cuales 30 fueron de impedimento y restándole como secuelas una leve cervicalgia sin irritación braquial y leve neurosis postraumática importando los gastos del Sergas por la atención médica a Sara 223,37 euros.

8.- Sobre las 7 horas 30 minutos del día 26 de noviembre de 2001 cuando Carina , caminaba por la calle Poeta Uxio Novoneira, confluencia con la calle Eduardo Pondal, de Pontevedra, pues se dirigía a coger el autobús para ir a Vigo por razón de sus estudios, fue asaltada por dos de los tres procesados, Gerardo y Rosendo que se bajaron del turismo en el que habían venido a Pontevedra, Opel Kadett de color rojo matrícula N-....-U , quedando al volante el otro procesado Alejandro , y aquellos dos procesados Gerardo y Rosendo golpearon y tiraron al suelo a Carina agarrándole la introdujeron en el vehículo, colocándola en el asiento trasero entre los dos procesados Gerardo y Rosendo que le bajaron la cabeza, y seguidamente tomaron dirección a Orense, de lo que pudo cerciorarse Carina tan pronto la dejaron incorporarse al salir de la ciudad y ver la señalización de la carretera, de la que se desviaron, parándose en el lugar de Dorna-Santa María de Sacoa, donde para satisfacer su apetito sexual le exigieron que se desnudara, dándole un puñetazo en la cara Gerardo , a lo que accedió Carina , tanto por el golpe como porque estaba presa del miedo, y una vez que se quitó la ropa, Gerardo la penetró vaginalmente y a continuación Alejandro también la penetró vaginalmente, dando muestras este procesado de una frialdad que se imponía a la atemorizada Carina , y presenciando éstos hechos el procesado Rosendo que no hizo el acto sexual y tampoco se enfrentó con los otros, después de dirigieron a Orense, y estuvieron en un bar en el que solo estaba la empleada, razón por la que Carina nada le dijo pues temía que las mataran por encontrarse además en un sitio apartado, luego de Orense regresaron a Pontevedra, y se detuvieron en un camino próximo la ITV, y con igual ánimo lúbrico, volvieron a penetrarla vaginalmente Gerardo y Alejandro a la atemorizada Carina , y también ante la presencia de Rosendo que la llegó a apuntar con una pistola de aire comprimido y no hizo el acto sexual; después se dirigieron a Pontevedra y los procesados se apoderaron del teléfono móvil, del dinero en cantidad que no consta y de la documentación de Carina , a quien dejaron en la calle Joaquín Costa de Pontevedra, sobre las 15 horas, advirtiéndola de que conocían su teléfono, apellidos y dirección. A consecuencia de estos hechos Carina tuvo lesiones que precisaron asistencia facultativa tardando en curar siete días y quedándole como secuelas un transtorno de ansiedad para el cual no puede determinarse el tiempo de curación."

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

"Se condena a los procesados Gerardo , Alejandro , Rosendo y Luis Andrés , como autores criminalmente responsables de un delito continuado de robo de uso, con la concurrencia agravante de reincidencia, a las penas de TRES AÑOS de prisión a Gerardo , Alejandro , Rosendo , y DOS AÑOS de prisión Luis Andrés .

Se condena a los procesados Gerardo , Alejandro , Rosendo y Luis Andrés , como autores criminalmente responsables de un delito de falsedad a las penas de TRES AÑOS de prisión y multa de doce meses, a razón de una cuota diaria de seis euros a cada uno de

ellos.

Se condena a Gerardo , Alejandro y Rosendo como autores de un delito de daños a las penas de multa de veinticuatro meses a razón de una cuota diaria de seis euros, a cada uno de ellos.

Se condena a los procesados Gerardo , Alejandro , Rosendo y Luis Andrés , como autores criminalmente responsables de un delito de detención ilegal en grado de tentativa a las penas de veintitrés meses de prisión a cada uno de ellos.

Se condena a Gerardo , como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual (del art. 178 del C. Penal), a Alejandro , como cooperador necesario de un delito de agresión sexual, a Rosendo como cooperador necesario de un delito de agresión sexual y a Luis Andrés como cooperador necesario de un delito de agresión sexual a las penas de CUATRO AÑOS de prisión a cada uno de ellos.

Se condena a los procesados Gerardo , Alejandro , Rosendo y Luis Andrés como autores criminalmente responsables de un delito de detención ilegal a las penas de SEIS AÑOS de prisión a Gerardo , Alejandro , Luis Andrés y a la pena de CINCO AÑOS de prisión a Rosendo .

Se condena a los procesados Gerardo , Alejandro , Rosendo y Luis Andrés , como autores de un delito de robo con violencia e intimidación, con la concurrencia en AMABLE y Luis Andrés de la circunstancia agravante de reincidencia, a las penas de CINCO AÑOS de prisión a Gerardo , Alejandro y a Luis Andrés y a la pena de CUATRO AÑOS de prisión a Rosendo .

Se condena a los procesados Gerardo , Alejandro , Rosendo y Luis Andrés , como autores criminalmente responsables de un delito de lesiones a las penas de DOS AÑOS y once meses de prisión, a cada uno de ellos.

Se condena al procesado Gerardo como autor criminalmente responsable de dos delitos de agresión sexual (del art. 179 y 180.2 del C.penal) a las penas por cada uno de ellos de QUINCE AÑOS de prisión y se condena al procesado Alejandro como autor criminalmente responsable de dos delitos de agresión sexual (del art. 179 y 180.2 del C.penal) a las penas por cada uno de ellos de QUINCE AÑOS de prisión y asimismo se condena al procesado Gerardo , como cooperador necesario de dos delitos de agresión sexual (del art. 179 y 180.2 del C. Penal) a las penas para cada uno de ellos de QUINCE AÑOS de prisión, y asimismo se condena al procesado Alejandro como cooperador necesario de dos delitos de agresión sexual (del art. 179 y 180.2 del C.penal) a la penas a cada uno de ellos de QUINCE AÑOS de prisión.

Se condena al procesado Rosendo , como cooperador necesario de cuatro delitos de agresión sexual a la penas por cada uno de ellos de DOCE AÑOS de prisión.

Se condena a los procesados Gerardo , Alejandro y Rosendo , como autores criminalmente responsables de un delito de detención ilegal a las penas a Gerardo y Alejandro de SEIS AÑOS de prisión a cada uno de ellos y a Rosendo de CINCO AÑOS.

Se condena a los procesados Gerardo , Alejandro y Rosendo como autores criminalmente responsables de un delito de robo con violencia e intimidación, con la concurrencia en AMABLE de la circunstancia agravante de reincidencia a las penas de Gerardo y Alejandro , de CINCO AÑOS de prisión, a cada uno de ellos y a Rosendo de CUATRO AÑOS de prisión.

Se condena a los procesados Gerardo , Alejandro y Rosendo como autores de una falta de lesiones a las penas de arresto de seis fines de semana a cada uno de ellos.

Se aplica a cada uno de los procesados el límite del art. 76 del C.penal, y el art. 78 del mismo texto legal sobre la totalidad de las penas impuestas en esta sentencia.

Se condena a los procesados Gerardo , Alejandro , Rosendo y Luis Andrés , a que indemnicen conjunta y solidariamente a Sara en 3820 euros por los días de incapacidad y curación de sus lesiones y en 12.020, 24 euros por daños morales y secuelas, así como en 300,51 euros por la cantidad obtenida con el robo, al SERGAS en 223,37 euros y a Alexander en 1762,20 euros por los daños del vehículo de su propiedad.

Se condena a los procesados Gerardo , Alejandro y Rosendo a que indemnicen conjunta y solidariamente a Carina en 210,35 euros por los días de lesiones, en 24.040,48 euros por las secuelas y daños morales, y en el dinero y valor del teléfono móvil que se acredita, y a Romeo en la cantidad de 1875 euros por el vehículo de su propiedad.

Se condena a los procesados al pago de las costas procesales."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los procesados, que se tuvieron anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación interpuesto por la representación legal del procesado Alejandro , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim., y 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la CE.

2º.- Infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim., por vulneración de los arts. 16, 242, 244, 237, 238, 240, 392, 390, 178, 180, 263, 617 y 22 del C. penal.

3º.- Infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim., por vulneración de los arts. 120.3 y 24 de la CE, y 66 del C. penal.

El recurso de casación interpuesto por la representación legal del procesado Luis Andrés se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por considerar indebidamente aplicados los arts. 240, 392, 163, 178, 242, 147, 179 y 180 del C. penal. 2º.- Por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, ante la ausencia de prueba de cargo que acredite la participación del recurrente en los hechos por los que fue condenado.

El recurso de casación interpuesto por la representación legal del procesado Gerardo se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por considerar indebidamente aplicados los arts. 240, 392, 163, 178, 237, 242, 147, 179 y 180 del C.penal.

2º.- Por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, ante la ausencia de prueba de cargo.

El recurso de casación interpuesto por la representación legal del procesado Rosendo , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por infracción de Ley con base en el núm. 1 del art. 849 de la LECrim., y art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la CE, derecho a la presunción de inocencia.

2º.- Por infracción de Ley en base al núm. 1 del art. 849 de la LECrim. por aplicación indebida del art. 22.8 del C. penal, agravante de reincidencia.

3º.- Por infracción de Ley en base al núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por aplicación indebida del art. 163.1 en relación con los arts. 16 y 62 del C. penal, en cuanto al delito de detención ilegal en grado de tentativa.

4º.- Por infracción de Ley en base al núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por aplicación indebida del art. 178 del C. penal en relación con el art. 28 b) del C. penal, en cuanto al delito de agresión sexual como cooperador necesario.

5º.- Por infracción de Ley, con base en el núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por aplicación indebida del art. 147 del C. penal, en

cuanto al delito de lesiones.

6°. - Por infracción de Ley en base al núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por aplicación indebida del art. 179 y 180.2 del C. penal en relación con el art. 28 B) del C. penal, en cuanto a los cuatro delitos de agresión sexual como cooperador necesario.

7°. - Por infracción de Ley en base al núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por aplicación indebida del art. 78 del C. penal.

8°. - Por infracción de Ley del art. 849.1 de la LECrim., por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, no estimó necesaria la celebración de juicio oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiaria desestimación de todos los motivos de los mismos excepto del 2º del recurso del procesado Rosendo que apoyó, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 6 de abril de 2005.

SÉPTIMO.- Esta Sala con fecha 6 de abril de 2005 dicta Auto en la presente causa prorrogando el término para dictar Sentencia por UN MES.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección cuarta, condenó a Gerardo , Luis Andrés , Alejandro y Rosendo , como autores criminalmente responsables de una multitud de delitos que se relacionan en la parte dispositiva de dicha resolución judicial, que dejamos expuestos en nuestros antecedentes, formalizándose este recurso de casación por todos los aludidos acusados en la instancia, que pasamos seguidamente a resolver.

SEGUNDO.- Estudiaremos y daremos respuesta casacional, en primer lugar, a los diversos reproches casacionales por vulneración de la presunción de inocencia, que todos ellos han formalizado: así, en el primer motivo de Rosendo , el primero también de Alejandro , el segundo de Luis Andrés , y el propio ordinal de Gerardo .

Como hemos dicho en Sentencia 1210/2003, de 18 de septiembre, Sentencia 251/2005, de 25 de febrero, y últimamente, en Sentencia de 25 de abril de 2005, ya sabemos que cuando este tipo de alegaciones se realizan en casación, esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no puede proceder a revisar la valoración de la prueba que en la instancia hizo el tribunal que la presidió y presenció, por impedirlo el necesario respeto al principio de inmediación, que tiene su particular realización en las pruebas testificales, periciales, inspecciones oculares y declaraciones de los acusados, en las que tiene mayor significación el contacto directo del órgano judicial con el elemento probatorio utilizado. Por ello, las facultades de este tribunal se encuentran limitadas a la realización de una triple comprobación:

1ª. Comprobación de que se practicaron esas pruebas, que ha de expresar la sentencia recurrida en su propio texto, con el contenido de cargo que, para condenar, se les atribuyó, para lo cual han de examinarse las actuaciones correspondientes (prueba existente).

2ª. Comprobación de que esta prueba de cargo fue obtenida y aportada al proceso con observancia de las correspondientes normas constitucionales y legales (prueba lícita).

3º. Comprobación de que tal prueba de cargo, existente y lícita, ha de considerarse razonablemente bastante como justificación de la condena que se recurre (prueba suficiente).

En el caso enjuiciado, vemos que Rosendo confesó los hechos, y únicamente alega que no llevó a cabo actividad alguna que lesionara a Sara . Alejandro también ha reconocido los hechos, incluso su participación en la sustracción de dos vehículos (los

correspondientes a las matrículas N-....-N y N-....-U), admisión que se mantiene en su propio recurso. Igualmente admitió los hechos Luis Andrés , quien reprocha que no existan corroboraciones a las declaraciones inculpatorias de los diversos acusados, pero las declaraciones de las víctimas son actos procesales suficientes para entender que existieron tales corroboraciones, y finalmente, Gerardo , en el propio acto del plenario, como se lee en el acta levantada al efecto, reconoció aquéllos, señalando no estar de acuerdo únicamente con las penas que se solicitaban y con las indemnizaciones pedidas.

Analizaremos a continuación, por si tales elementos probatorios, consistentes en los expresados reconocimientos, no fueran suficientes, cuáles son las pruebas que ha valorado el Tribunal de instancia.

La Sala sentenciadora de instancia ha tenido en consideración los siguientes elementos probatorios: con relación al episodio correspondiente a Julieta , que es el que se produce en Lugo, a las 7:30 horas del día 24 de noviembre de 2001, en cuanto le ven a la espera del autobús, y encontrándose los cuatro procesados dentro del Ford Fiesta blanco (N-....-N), bajan dos de ellos, y uno le intenta meter en el coche, pero logra escapar y tomar la matrícula del mencionado vehículo, la víctima reconoció en rueda a Alejandro y a Rosendo; la víctima Sara después identificó a los cuatro, y afirmó el comentario que realizaron más adelante, diciendo "ahí se nos escapó la otra puta". Con relación a los delitos cometidos frente a la citada víctima, Sara , la cual es introducida a la fuerza en el mismo vehículo, por Gerardo y Rosendo , golpeándola a continuación el primero en un ojo y en la mandíbula, apoderándose de 700 pesetas y de su tarjeta de crédito, obteniéndose mediante actos de intimidación su número secreto, realizándose después los episodios de contenido sexual que se describen en el "factum", a pesar de que en caso de esta víctima, logra convencer a Gerardo de que no la fuerce sexualmente, mientras los otros tres procesados van, mientras tanto, al cajero automático y consiguen apoderarse de 50.000 pesetas, hasta que la tarjeta queda retenida, regresando a Lugo horas más tarde (sobre las 14:30 horas), el Tribunal de instancia basó su convicción en los reconocimientos en rueda de los cuatro procesados (Alejandro , al folio 631; Luis Andrés al folio 633; Rosendo al folio 640; y Gerardo al folio 642), manteniendo tales reconocimientos en el curso del plenario, con contundencia y persistencia apreciados por el Tribunal, y la confesión de todos ellos en el propio acto, a excepción de Luis Andrés . Finalmente, con respecto a la víctima llamada Carina , que fue abordada por tres de los cuatro procesados (en concreto, Gerardo , Alejandro y Rosendo), en Pontevedra el día 26-11-2001, sobre las 7:30 horas, cuando iban a bordo del Opel Kadett, de color rojo, N-....-U , siendo asaltada inicialmente por Gerardo y Rosendo , tirándola al suelo e introduciéndola en el citado vehículo, y tras ello, previa una parada para desayunar, se producen dos rondas de penetraciones vaginales, que trataremos más adelante, en motivos por infracción de ley, dejándola alrededor de las 15:00 horas; las pruebas que en este caso ha barajado la Sala sentenciadora de instancia, están constituidas por los reconocimientos en rueda que la propia Carina lleva a cabo de los tres individuos que participan en su agresión (Gerardo , al folio 247; Rosendo , al folio 251; y Alejandro , al folio 249), y aunque tuvo dudas en el acto del juicio oral entre los dos hermanos (Gerardo y Luis Andrés), es lo cierto que el perfil genético de Amable dio como resultado que era a éste a quien se refería, pues, además, todos ellos reconocieron los hechos al comienzo del plenario.

De modo que las pruebas son suficientes para enervar el principio constitucional a la presunción de inocencia, y en consecuencia, los motivos por este reproche casacional, han de ser desestimados.

Recurso de Rosendo .

TERCERO.- Analizado ya su primer motivo, comenzaremos por dar respuesta casacional al motivo octavo, que se formaliza por error de hecho en la apreciación de la prueba, por el cauce autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando como documentos a estos efectos casacionales pruebas personales documentadas, como son las declaraciones de Sara , de Carina , y las propias declaraciones en concepto de detenido del recurrente, así como el acta del juicio oral. El motivo se evidencia como carente de fundamento: el acta del juicio oral no es documento a estos efectos casacionales, por cuanto constituye el reflejo documentado de pruebas personales, acreditando lo acaecido en el plenario, pero no la exactitud de las declaraciones y pruebas allí practicadas (Sentencias de 27 septiembre 1991, 7 noviembre 1992, 22 julio 1993 y 14 mayo 1996, entre otras, y últimamente 989/2003, de 4 de julio). Conviene recordar que esta Sala Casacional tiene repetido hasta la saciedad

que las declaraciones de imputados o testigos no alcanzan nunca la categoría documental a efectos del núm. 2.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y así se han excluido en las Sentencias 373/1994, de 25 febrero, 703/1994, de 23 marzo, 190/1996, de 4 marzo, 245/1996, de 14 marzo, 511/1996, de 5 julio, 595/1997, de 30 abril, 1388/1997, de 10 noviembre, entre otras muchas resoluciones, habiéndose negado siempre el valor documental a las actas del juicio oral (Sentencias de 15 marzo, 3 julio, 18 y 27 septiembre 1991, 7 noviembre 1992, 1882/1993, de 22 julio, 274/1996, de 20 mayo, 550/1996, de 16 julio, 142/1997, de 5 febrero y 273/1997, de 25 febrero).

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO.- El segundo motivo, formalizado por infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la aplicación indebida del art. 22.8º del Código penal, invocando que se le ha considerado reincidente en el delito continuado de robo de uso, cuando en realidad carece de antecedentes penales. El motivo ha sido apoyado por el Ministerio fiscal, y merece ser estimado. En efecto, en el "factum" de la sentencia recurrida se lee que tanto Alejandro , como el ahora recurrente, Rosendo , carecen de antecedentes penales. La parte dispositiva de la condena que revisamos impone, por un delito continuado de robo de uso (arts. 244 y 74 del Código penal), la pena de tres años de prisión a Gerardo , Alejandro y Rosendo , y dos años de prisión a Luis Andrés . Ahora bien, procede, en virtud de la estimación del motivo, situar la pena del recurrente, por este delito, en la dosificación de dos años de prisión. Lo mismo debe hacerse con Alejandro , porque igualmente carece de antecedentes penales, ya que también este último plantea lo mismo, al final de su motivo segundo, por lo que habrá serle impuesta también la pena de dos años de prisión, al cometer el propio error la Sala sentenciadora de instancia, pero ello no posibilitará que Luis Andrés , que se ha visto beneficiado con tal confusión, pueda subírsele la pena, por imperativo del principio que impide la "reformatio in peius", y claro es que no existe recurso de la acusación pública en este sentido (art. 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Veremos en el motivo correspondiente a Alejandro que se ha de estimar en los episodios de robo con violencia o intimidación, en los cuales el Tribunal de instancia ha impuesto menor pena al ahora recurrente, que se ha de igualar con respecto a aquél. Por lo demás, los antecedentes penales no tienen incidencia alguna en el resto de los delitos sancionados.

QUINTO.- El tercer motivo de contenido casacional (formalizado por "error iuris"), invoca la indebida aplicación del art. 163.1, en relación con los arts. 16 y 62 del Código penal, en cuanto al delito de detención ilegal en grado de tentativa. El recurrente manifiesta que admite su participación en los hurtos y en los robos con intimidación para los que reconoce que existió un plan conjunto con los otros recurrentes, incluso en las detenciones ilegales en las cuáles también admite su participación, pero no así en la primera, en la cual la víctima es Julieta , apeándose dos de ellos del coche, pero la víctima logra escapar y tomar la matrícula del vehículo en el cual viajaban los cuatro procesados. En realidad, está planteando un reproche casacional más por falta de elementos probatorios que estrictamente jurídico. Porque en esta vertiente, y acatando los hechos probados, no hay duda de que el plan es conjunto y se deduce de la ejecución material de los restantes episodios, incluso del comentario que consta en la sentencia, acerca de que al regresar por idéntico punto, los procesados dijeron "ahí se nos escapó la otra puta", lo que revela bien a las claras la ideación criminal que concebían con respecto a la primera, que consistía en secuestrarla, agredirla sexualmente y robarla, como así se repitió tal mecánica operativa con las restantes víctimas, lo que permite afirmar que el plan que inicialmente concebían los recurrentes, también en el caso de Julieta , era el mismo.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SEXTO.- El cuarto motivo casacional, formalizado por idéntico cauce que el anterior, y en consecuencia, con pleno respeto a los hechos declarados probados, denuncia la indebida aplicación del art. 178 del Código penal, al ser considerado el recurrente autor por cooperación necesaria, con respecto al episodio correspondiente a la víctima Sara .

Los hechos probados narran que yendo en el vehículo robado (los cuatro procesados), y una vez que abordaron a citada víctima, y tras golpearla Gerardo en un ojo y en la mandíbula, este último le dijo que se quitara la ropa, a lo que accedió presa de pánico, quedándose en sujetador, dándole un beso en la boca, a la fuerza, situación que fue contemplada por todos ellos, sin que hicieran

nada por impedirlo. No cabe duda de la situación de presión e intimidación ambiental que ejercían todos en tal incidente, habiendo provocado la situación de riesgo para la víctima, por lo que se considera correcta la condena de todos ellos, aún cuando solamente uno practicara los actos de acometimiento de contenido sexual, por el acuerdo previo o simultáneo de voluntades en el "pactum sceleris", e incluso por aplicación de la teoría de la comisión por omisión (art. 11 del C. penal), conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, al provocar la situación de riesgo para la víctima ("cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente"). Lo propio ha de aplicarse en el motivo siguiente, el quinto, que por la misma vía impugnativa, y mezclando el reproche con la presunción de inocencia, trata de sustraerse al delito de lesiones, siendo así que se está en el caso de comunicabilidad de los medios empleados, por su cabal conocimiento, a que se refiere el art. 65.2 del Código penal. En suma, no puede olvidarse existe una clara intimidación ambiental, que todos ellos tenían conocimiento de los hechos, y en definitiva, que uno de ellos, y precisamente el ahora recurrente, Rosendo , portaba un cuchillo, aún cuando se encontrara fuera del vehículo, pero a la vista de la víctima.

En consecuencia, se desestiman ambos motivos.

SÉPTIMO. - El sexto motivo, formalizado por pura infracción de ley, del art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de los arts. 179 y 180.2 del Código penal, en relación con el art. 28 B) del propio Cuerpo legal, en cuanto a los cuatro delitos de agresión sexual a los que fue condenado, en concepto de cooperador necesario, y todo ello en relación con la víctima llamada Carina .

Los hechos probados narran que en este episodio, en el que participan tres de los cuatro procesados, en concreto Gerardo , Rosendo y Alejandro , una vez que es abordada e introducida en el vehículo Opel Kadett de color rojo (N-....-U), robado, se produce un primer acometimiento sexual de contenido intimidatorio, siendo penetrada vaginalmente en dos ocasiones: en ambas, son Gerardo y Alejandro , por este orden, quienes la violan, mientras el ahora recurrente, en la primera de ellas, aparece en situación de pasividad, sin enfrentarse a los otros, o tratar de defenderla, según el "factum", y en la segunda ocasión, muy próxima temporalmente a la primera, tras entrar en un bar en Orense, y en un camino solitario que conduce a la ITV, se vuelve a repetir el suceso, siendo la participación de Rosendo la de apuntar con una pistola de aire comprimido a la víctima. No cabe duda de los actos directos de los otros dos procesados, como ejecutores materiales de la reiterada violación, pero el recurrente también tomó parte activa en la intimidación con este comportamiento, que si bien en el primer acontecimiento consistió en participar en tal intimidación ambiental, de la que hemos tratado en el fundamento jurídico anterior, e incluso de la comisión por omisión que igualmente hemos apuntado, no es menos cierto que en el segundo episodio, su participación intimidatoria es ya resueltamente activa.

Ahora bien, la Sala sentenciadora de instancia calificó todo ese acontecimiento delictivo de contenido sexual con respecto a Carina , como constitutivo de cuatro delitos de agresión sexual, de los arts. 179 y 180.2 del Código penal, cada uno de los dos procesados que llevaron a cabo los actos de ejecución directa, se les condena como autores de dos delitos de agresión sexual en el subtipo agravado de actuación conjunta de dos o más personas, y en otros dos, por cooperación necesaria de los precedentes, en total, pues, cuatro delitos, de tal configuración jurídica, y a Rosendo como cooperador necesario de cada uno de los cuatro delitos indicados.

El motivo ha de estimarse desde esta última vertiente calificatoria, estimando que nos encontramos con un delito continuado de agresión sexual (hoy violación), en el subtipo agravado de actuación de conjunta, del que son responsables los tres procesados citados, los dos primeros por la ejecución material que lleva a cabo, y el ahora recurrente en concepto de cooperador necesario, de incuestionable concurrencia dada su participación en la intimidación, al punto de que apunta con una pistola, reforzando la conjunta intimidación de la que es objeto la víctima, en un episodio delictivo, de acusada brutalidad y vejación.

El art. 74 del Código Penal, tras definir el delito continuado en su apartado 1, dice en el apartado 3 que «quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones

contra el honor y la libertad sexual»; precisando que, «en tales casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

Sobre la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva en este tipo de delitos, la jurisprudencia de esta Sala no ha sido lo suficientemente clara y pacífica que sería de desear (véase la Sentencia 578/2004, de 26 de abril), lo que no es óbice para destacar las siguientes directrices fundamentales: A) En principio, debe partirse de que el delito de violación no admite la posibilidad de estimar la continuidad delictiva. Cada agresión constituye una ofensa personal y merece la imposición de una pena individualizada (v. SSTS de 27 de marzo de 1987, 4 de octubre de 1993 y de 22 de septiembre de 1995). B) Ello no obstante, en un segundo momento de la evolución de la doctrina jurisprudencial, se ha apreciado lo que se ha denominado unidad natural de acción en aquellos casos en los que, de hecho, se han producido varias agresiones, pero en el marco de una misma ocasión, con análogas circunstancias de tiempo y lugar, y bajo la misma situación de fuerza o intimidación (supuestos de «iteración inmediata», en la que todos los actos responden al mismo impulso libidinoso), apreciando la comisión de un único delito, con la lógica posibilidad de individualización de la pena en atención a la gravedad del hecho (v. SSTS de 10 de diciembre de 1986 y 16 de diciembre de 1991). Y, C) finalmente, existe también una línea jurisprudencial más matizada que, sin desconocer el carácter excepcional que en cualquier caso cabe reconocer en este tipo de infracciones penales a la continuidad delictiva, la admite en aquellos supuestos en que exista una relación sexual duradera, que obedezca a un dolo único o suponga el aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando al mismo sujeto pasivo; concurriendo la homogeneidad de los hechos con la imposibilidad (en algunos supuestos) de concretar las ocasiones en que los mismos se cometieron (v. SSTS de 29 de febrero y 25 de mayo de 1998 y de 26 de enero de 1999); es decir, en supuestos en los que «se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo» (v. STS de 10 de julio de 2002 y la en ella citadas).

Bajo el prisma de esta dirección jurisprudencial, los hechos enjuiciados deben ser calificados bajo este concurso delictivo especial, siendo los tres citados procesados autores, en el caso de Carina , de un delito continuado de violación de los arts. 179 y 180.2 del Código penal, ya que el subtipo agravado de actuación conjunta aparece igualmente evidente, y en consecuencia, imponer la penalidad, como lo razonaremos en segunda sentencia, de 15 años de prisión a cada uno de los dos primeros, ejecutores materiales, Gerardo y Alejandro , y 12 años de prisión a Rosendo , por razón de su comportamiento atenuatorio de colaboración, que concurre en el caso de este recurrente.

Se estima, pues, el motivo, que tiene el correspondiente efecto expansivo (art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en los otros recurrentes (Gerardo y Alejandro).

OCTAVO.- Finalmente, queda por analizar y resolver el motivo séptimo de su reproche casacional, que es formalizado por la vía autorizada por el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que denuncia la indebida aplicación del art. 78 del Código penal, a cuyo tenor, y según la redacción original del Código penal, si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76, la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente, con las particularidades que el propio precepto refiere en su párrafo segundo.

El motivo no puede prosperar. Primeramente, porque el recurrente basa su queja casacional en el arrepentimiento y confesión de los hechos delictivos, siendo así que la razón de este precepto, que ha sido reformado por LO 7/2003 de 30 junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, estriba en corregir la excesiva disminución efectiva en el cumplimiento de las penas como consecuencia de las reglas de la acumulación jurídica del art. 76 del Código penal, en casos de concursos reales muy extensos, y que se basa en la peligrosidad criminal del reo y no en su arrepentimiento. En segundo lugar, porque esta operación jurídica es más propia de la ejecución del fallo que de la sentencia condenatoria, en tanto que no se han

realizado las pertinentes operaciones acumulativas a tal efecto, sin perjuicio de que el Tribunal en su resolución judicial, ya se posiciona jurídicamente en tal sentido, lo que puede ser objeto de interés casacional en un motivo por infracción de ley, como el esgrimido por el recurrente. Y finalmente, porque, como acertadamente mantiene el Ministerio fiscal en esta instancia, dada la gravedad intrínseca de los hechos en su conjunto, absolutamente reprochables, y de la indudable alarma social que crearon en su momento, la medida es perfectamente mantenible en esta sede casacional, sin perjuicio en su día de la aplicación del precepto contenido en el apartado segundo del aludido art. 78 del Código penal, en su redacción originaria, que es la procedente, dada la fecha de ocurrencia de los hechos enjuiciados.

Recurso de Alejandro .

NOVENO.- El segundo motivo de contenido casacional (el primero ya ha sido analizado de forma conjunta en precedentes fundamentos jurídicos), se formaliza por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se exponen varios reproches casacionales, que analizaremos a continuación.

Plantea, entre otros, dos temas jurídicos, que ya hemos resuelto con anterioridad y que le afectan plenamente. En primer lugar, aduce que existe un error en la sentencia de instancia en tanto que figurando como carente de antecedentes penales ha sido condenado a la pena de tres años de prisión, junto a Gerardo , Rosendo y el propio recurrente, y dos años para Luis Andrés , como autor de un delito continuado de robo de uso, y a la pena de cinco años de prisión en los robos de contenido violento. El reproche tiene que ser estimado y la pena imponible debe ser, como para el caso de Rosendo , ya que están en la misma situación, de cuatro años de prisión en el segundo delito, aspecto éste ya resuelto en el fundamento jurídico cuarto de nuestra resolución judicial, como puede verse más arriba, de modo que ha de imponerse la penalidad de dos años de prisión (en el caso del primer delito), al figurar en efecto en el "factum" como carente de antecedentes penales. Lo propio hemos de señalar con respecto a la construcción jurídica que corresponde definir para el delito afectante a la víctima Carina , como delito continuado de agresión sexual.

En lo restante, como es de ver, no respeta los hechos probados, y esta forma de articular el motivo le convierte en causa de inadmisión, que en esta fase procesal se traduce en desestimación. Ya hemos dicho que la dinámica delictiva en que se ve envuelta la víctima Sara , en el aspecto de delito de agresión sexual sin penetración, si bien el autor material es indudablemente Gerardo , los actos que contribuyen a ejecutar los otros tres intervinientes, procesados en estos autos, son perfectamente calificables como de cooperación necesaria (art. 28, b) del Código penal), conforme a lo ya argumentado, dado el conocimiento que todos tienen de los acontecimientos delictivos, y la correspondiente intimidación ambiental. Lo mismo ocurre en la falta de lesiones, de la que es sujeto pasivo Carina , falta de la que deben responder los tres encausados en este hecho.

DECIMO.- El tercer motivo, formalizado por idéntica vía que el anterior, denuncia la indebida aplicación del art. 66 del Código penal, regla primera, a la sazón, vigente, y se queja de la insuficiente motivación que la Sala sentenciadora de instancia a la hora de proceder a la individualización penológica.

Hemos dicho (entre otras, en Sentencia 1297/2003, de 9 de octubre, y últimamente en Sentencia 24-2-2005) que el art. 66, regla primera, del Código penal, dispone que "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia". Esta es la redacción en la fecha de la sentencia de instancia; hoy, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha retocado dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta, y si bien es cierto que desaparece el aserto: "razonándolo en la sentencia", no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del art. 120.3 de la Constitución española, y el art. 72 modificado por la LO 15/2003, obliga a los juzgadores al oportuno razonamiento de la concreta dosimetría penal.

Evidentemente, la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad"

habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas. Aquí, el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Su inexistencia no determina la nulidad de la Sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la Sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente. Ello no significa, naturalmente, que se releve a los redactores de las Sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función, que tiene una suma importancia práctica, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código penal prevé en la medida que considere justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuiciado, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad.

El motivo no puede prosperar. En efecto, no hace falta sino leer el undécimo fundamento jurídico de la sentencia recurrida, para observar que existe tal motivación, escueta pero suficiente. La enorme brutalidad desplegada por los acusados, junto a la gravísima entidad de los hechos enjuiciados, son dos elementos, por sí mismos, suficientes, para imponer la penalidad en el grado con el que ha sido individualizada, valorando del propio modo el sufrimiento de las víctimas. Un simple repaso a los hechos declarados probados nos llevan de igual forma a idéntica conclusión sin esfuerzo argumental alguno. Postular penas de contenido mínimo, como hace ahora el recurrente, está indudablemente fuera de lugar.

Recurso de Luis Andrés .

UNDECIMO.- Analizado y resuelto ya el motivo segundo de su reproche casacional, por vulneración de la presunción de inocencia, en el curso del cual señaló que no existían las oportunas corroboraciones a las declaraciones inculpatórias de los coimputados que colaboraron en la investigación, sin tener en cuenta que las versiones de cargo ofrecidas por las propias víctimas eran contundentes (¿qué mayor corroboración?), nos encontramos con el motivo primero, que formalizado por la vía autorizada por el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y de nuevo desde la vertiente de la perspectiva de la prueba, se antoja indebidamente formalizado, al no respetar los hechos probados, alegando cuestiones fácticas, como que ambos hermanos son muy parecidos, y pudo existir algún tipo de confusión, a lo que ya hemos respondido con anterioridad, y que en consecuencia no estuvo en Lugo con los demás, a pesar de que lo afirman Alejandro y Rosendo , y de que igualmente así lo atestiguan las víctimas Julieta y Sara , conforme admite el propio recurrente. De manera que esta queja casacional no tiene el más mínimo fundamento y tiene que ser desestimada, y con él su completo recurso.

Recurso de Gerardo .

DUODECIMO.- Resta únicamente por resolver el primer motivo, formalizado por estricta infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en realidad es un desarrollo del siguiente, esgrimido por vulneración de la presunción de inocencia, ya analizado y resuelto con anterioridad. En el curso de este primer motivo, sin respetar los hechos probados, lleva a cabo una serie de consideraciones fácticas que contradicen el "factum", cuando es lo cierto que reconoce en el desarrollo del mismo que la Sala sentenciadora de instancia contó con la declaración incriminatoria de dos testigos, víctimas de los hechos, y aún de una tercera, si bien proclama que con dudas, aparte del interrogatorio de dos inculpados que reconocieron su

participación, inclusive su liderazgo en la perpetración de los hechos, como así evidentemente fue, tal y como se observa de la lectura del relato histórico de la sentencia recurrida, de modo que su reproche casacional, está fuera de lugar en todo caso, y merece ser desestimado, aunque le beneficiarán, por el efecto expansivo previsto en el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, algunas correcciones penológicas. Dígase finalmente que, como consta en el acta del plenario, reconoció los hechos, señalando únicamente no estar de acuerdo con las penas y las consecuencias civiles derivadas del suceso enjuiciado.

Por las razones expuestas, procede su desestimación, con las connotaciones anteriormente expuestas.

DECIMO TERCERO.- Al proceder la estimación parcial de algunos motivos de ciertos recurrentes, como ya hemos dejado expuesto, que tienen su reflejo en el fallo que ha de dictarse, debemos declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional para todos los recurrentes.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, por estimación parcial, a los recursos de casación interpuestos por los procesados Gerardo , Luis Andrés , Alejandro y Rosendo , contra Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2003 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que será sustituida por otra más conforme en Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, 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 . Siro Francisco García Perez Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Gregorio García Ancos

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil cinco

SEGUNDA SENTENCIA

El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Pontevedra instruyó sumario núm. 1/02 por delito de agresión sexual contra Gerardo , con DNI núm. NUM000 , nacido en Santa Comba-La Coruña el día 2 de agosto de 1978, hijo de Ramón y Clementina, Alejandro , con DNI núm. NUM001 , nacido en Carballo-La Coruña, el día 18 de diciembre de 1977, hijo de José y María Pilar, Rosendo , con DNI núm. NUM002 , nacido en Cardoya La Coruña el día 12 de abril de 1979, hijo de José y María del Carmen y Luis Andrés , con DNI núm. NUM003 , nacido en Santa Comba La Coruña el día 4 de abril de 1973, hijo de Ramón y Clementina, y una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que con fecha 21 de noviembre de 2003 dictó Sentencia, la cual ha sido recurrida en casación por las representaciones legales de dichos procesados y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con los razonamientos de nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de realizar algunas correcciones en las penas, concretamente en el delito continuado de robo de uso, condenando a Rosendo , Alejandro y Luis Andrés a la pena de dos años de prisión, y a Gerardo a la pena de tres años de prisión. Igualmente, por lo que hace a los episodios de robos violentos, la pena de Alejandro y de Rosendo se ha de situar en cuatro años de prisión, al carecer ambos de antecedentes penales por este tipo de delitos, ya que este aspecto fue un error de la Sala sentenciadora de instancia. Véase que el Tribunal "a quo" ya condenó a cuatro años a Rosendo , lo que se mantiene en esta instancia, y sin embargo, dispuso la pena inmotivada de cinco años en el caso de Alejandro , que como este último carecía de antecedentes penales por estos delitos, luego la solución debe ser idéntica. Y finalmente, por el acontecimiento delictivo de contenido sexual cuya víctima fue Carina , y que debe ser construido como delito continuado de agresión sexual, en la modalidad de violación, de los arts. 179 y 180.2 del Código penal, dada la diversa entidad participativa, quince años de prisión para cada uno de los autores materiales, que son Gerardo y Alejandro , y doce años por autoría en cooperación necesaria, en el caso de Rosendo . En lo restante, se mantienen y dan por reproducidos los pronunciamientos del fallo de instancia, y se llevarán a efecto en fase de ejecución de sentencias las operaciones correspondientes a los artículos 76 y 78 del Código penal. Mantenemos, pues, las graves penas impuestas a los acusados por la Audiencia Provincial de Pontevedra, dada la brutalidad que los recurrentes desplegaron en su conjunta actuación, merecedora de una firme y contundente respuesta judicial, como acertadamente llevó a cabo el Tribunal de instancia.

III. FALLO

Que manteniendo y dando por reproducidos todos los pronunciamientos del fallo de instancia, hemos de realizar las siguientes modificaciones de contenido penológico:

Como autores de un delito continuado de robo de uso, se imponen las siguientes penas: dos años de prisión a Luis Andrés , Rosendo y Alejandro y tres años de prisión a Gerardo .

Con relación al primer delito de robo con violencia e intimidación, los procesados, Gerardo y Luis Andrés , en quienes concurre la agravante de reincidencia, deben ser condenados a la pena de cinco años de prisión, a cada uno, y a los procesados Rosendo y Alejandro , que carecen de antecedentes, la pena de cuatro años de prisión, cada uno de ellos.

Y con respecto al segundo delito de robo con violencia e intimidación, el procesado Gerardo , en quien concurre la agravante de reincidencia, debe ser condenado a la pena de cinco años de prisión, y los procesados Alejandro y Rosendo , que carecen de antecedentes penales, a la pena de cuatro años de prisión, a cada uno de ellos.

Finalmente, con relación a los delitos de agresión sexual, en la modalidad de violación, que afectan a la víctima Carina , en continuidad delictiva, ya definido, sin circunstancias modificativas, se condena a Gerardo y a Alejandro a la pena de quince años de prisión, a cada uno de ellos, y a Rosendo , en concepto de cooperador necesario, a la pena de doce años de prisión.

Damos, pues, por reproducidos los pronunciamientos condenatorios que se refieren a los delitos de falsedad, daños, faltas de hurto, delito de detención ilegal en grado de tentativa, este último con respecto a Julieta , delito de agresión sexual relativo a la víctima Sara , así como su detención ilegal, robo y lesiones, y con respecto a Carina , el aludido delito continuado de agresión sexual, detención ilegal, robo y una falta de lesiones. De igual modo, se mantiene la responsabilidad civil declarada en la sentencia recurrida y las previsiones sobre los límites penológicos y de cumplimiento a que se refieren los arts. 76 y 78 del Código penal.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Siro Francisco García Pérez Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Gregorio García Ancos

PUBLICACIÓN.-

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