

Roj: **STS 554/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:554**Id Cendoj: **28079120012014100093**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/02/2014**Nº de Recurso: **10684/2013**Nº de Resolución: **106/2014**Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 1253/2013,**  
**STS 554/2014**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende interpuesto por la representación legal del acusado **Celestino** contra Sentencia núm. 21/13, de 21 de mayo de 2013 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictada en el Rollo de Sala núm. 38/12 dimanante del Sumario núm. 4/11 del Juzgado de Instrucción núm. 11 de dicha Capital, seguido por delito de abuso sexual contra mencionado recurrente; 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 Exmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal; el recurrente Celestino representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Gloria Llorente de la Torre y defendido por el Letrado Don Nicolás Cumpa Arteseros; y como recurridos la Acusación Particular Doña Melisa y Doña Adoracion representadas por la Procuradora de los Tribunales Doña Concepción Muyiz González y defendidas por el Letrado Don Anastasio Hernández de la Fuente.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Zaragoza instruyó Sumario núm. 4/11 por delito de abuso sexual contra **Celestino**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 21 de mayo de 2013 dictó Sentencia núm. 21/13, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

*"PRIMERO.- En agosto de 2009 la familia ecuatoriana compuesta por Millán, su esposa Melisa, su hija Adoracion, que entonces contaba con 7 años de edad, y una hija más pequeña, realquiló una habitación de su domicilio sito en la CALLE000 núm. NUM000 NUM001 NUM002 de Zaragoza, a Celestino, de nacionalidad colombiana, mayor de edad y sin antecedentes penales, para ayudarse a pagar el alquiler de manera que la familia Adoracion Millán habitaba en una de las habitaciones de la vivienda y el inquilino Celestino en la otra.*

*SEGUNDO.- Durante el tiempo en que Celestino permaneció en la vivienda de la familia Adoracion Millán y que abarcó desde agosto de 2009 hasta julio de 2010, aprovechó en diversas ocasiones, cuyo número exacto no ha podido determinarse, la ausencia del matrimonio para, con ánimo de satisfacer sus apetitos libidinosos, llevar a cabo con la menor Adoracion actos tales como mostrarle los genitales a la niña y tocárselos delante de la misma, salir del baño desnudo o quitarse la toalla en su presencia, tocar a la menor las piernas y otras partes del cuerpo por encima de la ropa, coger su mano y llevarla a sus propios genitales, en alguna ocasión la sentó encima de él y le bajó los genitales, en alguna ocasión la sentó encima de él y le bajó los pantalones para tocarse sus zonas íntimas cediendo en su actitud cuando la niña mostró su oposición; en otras le ponía*



*películas eróticas donde se practicaba sexo explícito y, en una ocasión, estando en la habitación de los padres de Adoracion , le introdujo el pene en la boca eyaculando dentro y provocando el vómito de la niña.*

Celestino le decía a Adoracion que no contase esto a sus padres porque, si lo hacía, vendrían a casa muchos policías.

*TERCERO.- Así las cosas en el mes de mayo de 2010 Adoracion se fue a pasar unos días de vacaciones a Ecuador con sus familiares y, estando allí le contó lo ocurrido a un primo de su misma edad. Este, a su vez, se lo contó a su padre, hermano de Millán , poniéndose entonces la familia de Ecuador en contacto por teléfono con los padres de Adoracion y comunicándoles lo que había ocurrido en su casa, según el relato de la niña.*

*CUARTO.- Cuando Adoracion regresó a España mantuvo una conversación con su madre en el transcurso de la cual le reveló todo lo ocurrido con Celestino y le dijo que no se lo había contado antes porque no se atrevía.*

*Finalmente la madre de Adoracion se puso en contacto con las asistentes sociales y pusieron la denuncia.*

*QUINTO.- A consecuencia de lo ocurrido, Adoracion estuvo sometida a tratamiento antidepresivo y psicológico durante casi un año y en la actualidad se encuentra totalmente restablecida y sin secuela alguna."*

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

*"1º.- Absolvemos a Celestino mayor de edad y sin antecedentes penales, del delito de agresión sexual tipificado en el art. 178 en relación con el art. 179 y con el art. 180.1.3 del C. penal , del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular.*

*2º.- Condenamos a Celestino mayor de edad y sin antecedente penales, como autor de un delito de abusos sexuales tipificado en el art. 182.1 y 2 del C. penal a la pena de siete años y un día de prisión con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.*

*3º.- Condenamos a Celestino mayor de edad y sin antecedentes penales, como autor de un delito continuado de abusos sexuales tipificado en el art. 181. 1 , 2 y 4 en relación con el art. 74 del C. penal , a la pena de dos años, seis meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas incluidas las de la acusación particular.*

*4º.- Además, y en virtud de lo establecido en los arts. 48 y 57 del C. penal , procede imponer al acusado la prohibición de acercarse y comunicarse por cualquier medio a Adoracion por un periodo de 3 años.*

*5º.- Así mismo condenamos al acusado Celestino a que, en concepto de responsabilidad civil, indemnice a Adoracion en la persona de su representante legal, al ser menor de edad, en la cantidad de 10.000 euros por daños morales.*

*6º.- Se mantiene la prisión provisional acordada el día 15 de mayo de 2013 hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.*

*Reclámese la pieza de responsabilidad civil del instructor."*

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por la representación legal del acusado **Celestino** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Celestino , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1º y 2º.-** Por infracción de Ley del art. 849.1 y 2 de la LECrim., por aplicación indebida del art. 369.3 del C. penal. Por la vía del art. 849.1 se alega infracción de Ley por no haberse aplicado al caso el art. 14 del C. penal que regula los efectos del error en cuanto a la exclusión de la responsabilidad penal.

**3º.-** Por el cauce del art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. La misma cuestión se plantea, por si se estimara más acertada, por la vía del art. 852 de la LECrim. al afectar a un derecho constitucional como el referido a la motivación de las sentencias que protege el art. 120.3 de la CE.

**4º.-** Por la vía del art. 851.1 y 3 de la LECrim., en relación a los arts. 24 y 120.3 de la CE, 142 de la LECrim., y 248.3 de la LOPJ por no resolver sobre cuestión jurídica planteada en tiempo y forma por la defensa.

**QUINTO.-** Es recurrido en la presente causa la Acusación particular Doña Melisa y Doña Adoracion representadas por la Procuradora de los Tribunales Doña Concepción Muyiz González y defendidas por el Letrado Don Anastasio Hernández de la Fuente.



**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su resolución sin celebración de vista e interesó la inadmisión del mismo y subsidiariamente su desestimación, por las razones expuestas en su informe de fecha 10 de septiembre de 2013; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 29 de enero de 2014, sin vista.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 3ª dictó Sentencia por la que condenó a Celestino, como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales tipificado en el artículo 182.1 y 2 del Código Penal, a la pena de siete años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y como autor de un delito continuado de abusos sexuales tipificado en el artículo 181.1 2 y 4, en relación con el 74 del Código Penal, a la pena de dos años, seis meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas incluidas las de la acusación particular. En la sentencia se absuelve a citado acusado de un delito de agresión sexual tipificado en el artículo 178 CP, en relación con el art. 179 CP, y con el art. 180.1 3º del CP, del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular. Se le impuso al acusado la prohibición de acercarse y comunicarse por cualquier medio con la víctima menor (de siete años de edad) por un periodo de 3 años. Así mismo se condenó al acusado a la correspondiente indemnización civil.

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, se ha interpuesto recurso de casación por el citado acusado en la instancia, formalizándose cuatro motivos de contenido casacional: 1 y 2.- Infracción de ley del art. 849.1 y 2 LECr., por aplicación indebida del art. 369.3 CP. Por si se estimara más acertada por la vía del art. 852 LECr., y 5.4 LOPJ, al afectar a un derecho constitucional de motivación de sentencias del art. 120.3 CE. Y por la vía del art. 849 LECr., por infracción de ley por no haberse aplicado al caso el art. 14 CP, que regula los efectos del error, en cuanto a la exclusión de la responsabilidad penal. 3.- Por el cauce del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, y por si se estimara más acertada, por la vía del art. 852 LECr., al afectar un derecho constitucional como el referido a la motivación de las sentencias que protege el art. 120.3 CE. 4.- Por la vía del art. 851.1 y 3 LECr, en relación con los arts. 24 y 120 CE, 142 LECr y 248.3 LOPJ, por no resolver sobre cuestión jurídica planteada en tiempo y forma por la defensa. La misma cuestión planteada, por si se estimara más acertada, por la vía del art. 852 LECr., al afectar a un derecho constitucional como el referido a la motivación de las sentencias que protege el art. 120.3 de la CE.

**TERCERO.-** Los motivos son confusos en su formulación, ya que utiliza diversas vías casacionales, sin desarrollar concretamente, en algunos supuestos, la alegación formulada, y en otros denuncia la infracción de preceptos por inaplicación o aplicación, que no han sido tomados en consideración por el Tribunal en su sentencia, o incluso que específicamente han sido desestimados. No obstante de su argumentación, parece desprenderse que sus pretensiones se refieren a que no se ha respetado el derecho a la presunción de inocencia, que existe una falta de motivación, y que denuncia la vulneración del principio de proporcionalidad de las penas y de lo dispuesto en el art. 66.1 CP.

Para ello considera que no es posible tener por probada la culpabilidad del acusado sobre la base de las declaraciones de la menor, víctima de los hechos, pues se invoca que en el acto de la vista no alcanzaba a recordar lo sucedido, y considera que su madre tiene motivos espurios para mantener la acusación contra el recurrente. Alega que sin embargo Elisenda, su actual pareja, manifestó no haber observado nunca comportamientos extraños del acusado con sus hijos. Ha abonado 6.000 euros de la indemnización a la que fue condenado. Solicita se incorpore a los hechos probados que el acusado llegó a España en busca de una mejor vida y se equivocó al tener "amistades peligrosas", la familia de la menor, y que su única responsabilidad es estar en el momento equivocado y sitio incorrecto. Considera que la Sala nada ha resuelto sobre la posibilidad de apreciar el delito en grado de tentativa, y apreciar un error excluyente de la responsabilidad penal. Pero lo que ha sido desarrollado y valorado en el recurso se refiere fundamentalmente a la posible infracción del derecho a la presunción de inocencia, falta de motivación de la sentencia y falta de proporcionalidad de la pena impuesta.

En el aspecto discutido de la tentativa, la argumentación del recurrente no puede mantenerse, puesto que los abusos están consumados, en tanto que se refieren a los actos de tocamientos que lleva a cabo sobre una niña de siete años de edad, suficientemente explícitos, como es de ver en la narración histórica de la sentencia recurrida, y con respecto a la introducción del pene en la boca de la menor, llegando a eyacular dentro de ella, no puede mantenerse grado imperfecto alguno de ejecución, al ser patente la consumación criminal.



Del propio modo, si la Sala sentenciadora de instancia rechazó la continuidad delictiva en la agresión sexual, no podría ahora convertirse en un solo delito de esta naturaleza que absorbiera al de abusos sexuales sin introducción, toda vez que no podría construirse esa tesis con el relato fáctico de la sentencia recurrida.

De manera que reconducimos este confuso recurso a la tres cuestiones a las que anteriormente nos hemos referido.

**CUARTO.-** La doctrina de esta Sala sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia alcanza a los supuestos en los que hay una total ausencia de prueba y a los casos en los que no ha existido un mínimo en la actividad probatoria de cargo razonablemente suficiente. De esta manera, es revisable en casación la estructura racional consistente en la observación de las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos.

Pues, bien, ha quedado acreditado, de acuerdo con los hechos probados descritos en la sentencia, que la familia ecuatoriana compuesta por Millán, su esposa Melisa, su hija Adoración, que entonces contaba con 7 años de edad, y una hija más pequeña, realquiló una habitación de su domicilio al acusado, para ayudarse a pagar el alquiler, de manera que la familia Adoración Millán habitaba en una de las habitaciones de la vivienda y el inquilino Celestino en la otra.

Durante el tiempo en que éste permaneció en la vivienda de la familia, que abarcó desde agosto de 2009 hasta julio de 2010, aprovechó en diversas ocasiones, cuyo número exacto no ha podido determinarse, ante la ausencia del matrimonio para, con ánimo de satisfacer sus apetitos libidinosos, llevar a cabo con la menor Adoración, actos tales como mostrarle los genitales a la niña y tocárselos delante de la misma, salir del baño desnudo o quitarse la toalla en su presencia, tocar a la menor las piernas y otras partes del cuerpo por encima de la ropa, coger su mano y llevarla a sus propios genitales, en alguna ocasión la sentó encima de él y le bajó los pantalones para tocarle sus zonas íntimas, cediendo en su actitud cuando la niña mostró su oposición; en otras, le ponía películas eróticas donde se practicaba sexo explícito y, en una ocasión, estando en la habitación de los padres de la menor, le introdujo el pene en la boca eyaculando dentro y provocando el vómito de la niña. El recurrente le decía que no contase esto a sus padres porque, si lo hacía, "vendrían a casa muchos policías". Así las cosas, en el mes de mayo de 2010, la niña se fue a pasar unos días de vacaciones a Ecuador con sus familiares y, estando allí, le contó lo ocurrido a un primo de su misma edad. Este, a su vez, se lo contó a su padre, hermano de Millán, poniéndose entonces la familia de Ecuador en contacto por teléfono con los padres de la menor y comunicándoles lo que había ocurrido en su casa, según el relato de la niña. Cuando aquella regresó a España mantuvo una conversación con su madre, en el transcurso de la cual le reveló todo lo ocurrido con el ahora recurrente y le dijo que no se lo había contado antes porque no se atrevía. Finalmente su madre se puso en contacto con las asistentes sociales y pusieron la denuncia.

A consecuencia de lo ocurrido, la menor estuvo sometida a tratamiento antidepresivo y psicológico durante casi un año y en la actualidad se encuentra totalmente restablecida y sin secuela alguna.

La sentencia de instancia manifiesta cuáles han sido los elementos de prueba que han tenido en cuenta los jueces «a quibus» para considerar acreditados los hechos por los que el recurrente resulta condenado.

Así, fundamentalmente, valora la declaración de la menor. No solo las distintas declaraciones realizadas a lo largo de la fase de instrucción, primero ante las dependencias policiales y después en el Juzgado de Instrucción, sino en el amplio interrogatorio a la que fue sometida en el acto del juicio oral, tanto por las acusaciones como por la defensa. Precisó el Tribunal que se mantuvo firme, clara y contundente y sin modificaciones esenciales en sus afirmaciones referentes a los actos de que fue víctima por parte del acusado, como tocamientos, actos exhibicionistas, etc., y que, en una ocasión, le introdujo el pene en la boca eyaculando y vomitó porque le dio asco. De manera que el Tribunal no albergó, en ningún momento, duda alguna acerca de la veracidad de sus afirmaciones.

A las declaraciones de la víctima se añade abundante prueba periférica que corrobora la versión de aquella. Así, en primer lugar, obra en autos el informe pericial llevado a cabo por las peritos psicólogas del Instituto de Medicina Legal de Aragón, que fue ratificado en el acto del juicio oral, que contestaron a las preguntas que se les formularon en dicho acto, y pusieron de manifiesto que la menor es receptiva y sensata, comprende lo que es verdad y mentira, y sabe valorar la intención de los demás. En definitiva, afirmaron que el relato de la menor, en el examen psicológico practicado, presenta netas características de estructura lógica y consistente y concluyen, aplicando los protocolos vigentes al uso, que el relato de la menor sobre los hechos denunciados es perfectamente creíble. Por otra parte, obra en autos el informe psicológico de una perito, ratificado también en el acto del juicio oral, donde se ponen de manifiesto los síntomas que presentaba Adoración a consecuencia de la agresión sexual sufrida. Y finalmente obra en la causa un informe, ratificado en el acto del juicio oral, del psiquiatra infantil en el que se manifiesta que la menor estuvo en tratamiento médico durante un año.



Hemos de concluir a la vista de las pruebas practicadas por el Tribunal sentenciador que han sido valoradas de manera racional y lógica por el mismo, y permiten considerar que el recurrente es responsable de los hechos por los que ha sido condenado.

Si existen versiones de hechos completamente distintas e incompatibles entre sí, determinar la mayor o menor credibilidad de aquéllas corresponde al Tribunal de instancia y sólo una conclusión arbitraria o irracional, podría generar la censura casacional de la prueba de cargo, lo que no sucede en el presente caso. Y es que no cabe calificar la conclusión probatoria que la sentencia recoge como absurda, ilógica o arbitraria o abiertamente contraria a la lógica y la experiencia.

**QUINTO.-** Respecto al derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación, hemos señalado que para resolver cualquier petición que se formule ante un órgano jurisdiccional, éste tiene el deber de resolver de forma motivada sobre las pretensiones o cuestiones jurídicas suscitadas, por exigencia inexcusable del artículo 120.3 de la Constitución. Es decir, que la resolución dictada contenga la fundamentación suficiente y necesaria para que los litigantes conozcan las razones que condujeron a su adopción y les permita, así, configurar un recurso contra ella.

En el supuesto de autos, consta que la sentencia considera, de acuerdo con el relato de hechos probados, que se trata de dos delitos consumados y dolosos, sin que la defensa haya aportado dato alguno relevante para plantear la opción de la tentativa, o de la existencia de un error, de tipo o de prohibición, tampoco precisado. Por tanto la ausencia de manifestación expresa sobre ambos aspectos, en nada afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto la sentencia en todos sus planteamientos está convenientemente motivada, en relación con las consecuencias que se derivarían de las pretensiones planteadas.

**SEXTO.-** En lo que hace a la alegada falta de proporcionalidad de la pena impuesta, esta Sala ha manifestado en diversas Sentencias, que el principio de proporcionalidad supone la adecuación de la pena al hecho por el que se impuso, incumbiendo el juicio de proporcionalidad en inicio al Legislador, y en el momento de la aplicación de la pena al caso concreto, al juzgador, que no infringirá la proporcionalidad en la individualización de las penas si éstas se atemperan a las reglas contenidas en el Código Penal.

De acuerdo con la regulación contemplada en los arts. 182.1 y 2 y 181.1 2 y 4 ambos del CP, en su redacción dada por Ley Orgánica 15/2003, la pena que podría haberse impuesto por el primero de los delitos abarcaría un marco penológico de entre 4 a 10 años de prisión. Considerando que debe aplicarse en su mitad superior, al concurrir la agravante de víctima menor de 13 años, los 7 años y un día de prisión impuestos, cumplen con esta regla y la pena ha sido impuesta en la mínima posible. En cuanto a la pena por el delito continuado del art. 181 1, 2 y 4 CP, en relación con el art. 74 CP, y dado que se trata de una víctima menor de 13 años, el marco penológico oscila entre 1 y 3 años de prisión, siendo su imposición preceptiva en su mitad superior, lo que preceptúa una pena mínima de 2 años de prisión, habiendo sido valorada la continuación delictiva, y tal y como manifiesta el Tribunal, la especial repulsa que el delito suscita. Se supera en 6 meses y un día la mínima imponible, y ello esta dentro del marco legalmente establecido, y resulta proporcionada con la gravedad de los hechos descritos y la culpabilidad del acusado. Son por tanto penas que deben ser ratificadas en esta instancia.

Por todo lo cual, el recurso ha de ser desestimado, condenando en costas procesales al recurrente ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado **Celestino** contra Sentencia núm. 21/13, de 21 de mayo de 2013 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Comuníquese la presente resolución 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. **Juan Saavedra Ruiz Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer** Luciano Varela Castro Manuel Marchena Gomez

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sanchez Melgar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.