



Roj: **STS 2883/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2883**

Id Cendoj: **28079120012017100579**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2017**

Nº de Recurso: **10135/2017**

Nº de Resolución: **544/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 12 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10135/2017P, interpuesto por D. Luis Antonio , representado por la procuradora Dª Leticia Calderón Naval, bajo la dirección letrada de Dª Gemma Pedraza Bergilios, contra la sentencia dictada por la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, con fecha 26 de enero de 2017 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4, instruyó Sumario nº 1/2015, contra **D. Luis Antonio** , por delitos de detención ilegal y agresión sexual, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, que en la causa nº 7/2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**PRIMERO-** Sobre las 16.30 horas del día 3 de diciembre de 2014 el procesado, Don Luis Antonio , mayor de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, se encontró a la menor Doña Mariana , entonces de 11 años de edad, y que es hija de una sobrina política del propio encausado, Don Paula , en cuyo domicilio había convivido incluso algún tiempo antes, relación ésta de confianza que aprovechó el procesado para convencer a la menor para que se subiera en su coche, el cual condujo inicialmente hacia una gasolinera, donde se aprovisionó de distintas bebidas y golosinas, mientras la menor permanecía fuera del establecimiento, dentro del vehículo.

SEGUNDO.- Tras ello el acusado condujo hasta un descampado ubicado en un lugar indeterminado, donde, una vez estacionado el vehículo y entre las 17:00 y las 21:00 horas, facilitó a la menor, Doña Mariana , una cantidad indeterminada de cocaína y la obligó a esnifar la sustancia.

Acto seguido, movido por el ánimo de satisfacer sus instintos sexuales y prevaliéndose de su posición de superioridad, el procesado obligó a Doña Mariana a quitarse los pantalones, la subió a horcajadas sobre él mientras se encontraba sentado en el asiento del conductor del vehículo, y empezó a besarla por la espalda, para finalmente amedrentarla y obligarla a practicarle una felación.

TERCERO.- Seguidamente, y pese a la negativa de la menor, fue el acusado con ésta al Hostal Pelayo, sito en la Calle Redes de la localidad de Guadarranque (San Roque), al cual llegaron sobre las 21:00 horas, entrando sólo Don Luis Antonio a recepción para coger una habitación, mientras que Doña Mariana permanecía en el coche, para después dirigirse ambos a dicha habitación, que era en concreto la número NUM000 , lo que sucedió exactamente a las 21:08:55 horas del mismo día.

Una vez dentro de la habitación el procesado ofreció a la menor 150 euros, a cambio de que no dijera nada de lo sucedido, dinero que ésta rechazó.



Tras ello el Sr. Luis Antonio facilitó nuevamente a Doña Mariana una cantidad indeterminada de cocaína, colocando la sustancia en uno de los muebles de la estancia, y la obligó a consumirla por vía nasal.

Seguidamente el procesado, actuando movido por el ánimo de satisfacer sus instintos sexuales, y aprovechándose de la posición de superioridad que le daban su edad y la relación que tenía con la menor, obligó a Doña Mariana a desnudarse, y, una vez desnuda, comenzó a tocarla por todo el cuerpo, incluyendo tocamientos vaginales y en sus pechos, y después de echarse cocaína y chocolate en su pene, la obligó a practicarle una felación, llegando incluso, en un momento determinado, a atarla y a intentar penetrarla vaginalmente, lo que no consiguió ante la resistencia desplegada por Doña Mariana, que se revolvió cerrando las piernas.

Ante las súplicas de la menor por contactar con su madre, el procesado finalmente salió de la habitación, y acudió a su automóvil para recoger un teléfono móvil, en el que introdujo una tarjeta de telefonía con el número NUM001, con el que el procesado permitió a la menor llamar a su madre, Doña Paula, al número NUM002, produciéndose dicha llamada a las 00.32 horas del día 4 de diciembre de 2014. En dicha llamada, Doña Mariana le comunicó a su madre, por indicaciones del procesado, que no se preocupara porque estaba en casa de una amiga, y que volvería al día siguiente al domicilio familiar.

Como consecuencia de los besos que dio el procesado a Doña Mariana, siempre dentro de la habitación, y ante la resistencia de ésta, concretamente por el roce de la barba del Sr. Luis Antonio, con la cara de la menor, sufrió ésta una lesión consistente en excoriación a nivel de la zona mentoniana, lesión para cuya curación no precisó asistencia sanitaria alguna.

Una vez satisfechos sus propósitos sexuales, el procesado trasladó a la menor a las inmediaciones del domicilio de unos familiares de Doña Mariana, dentro del municipio de La Línea de la Concepción, donde finalmente fue encontrada por dichos familiares en un alto estado de miedo y nerviosismo sobre las 02.00 horas del día 4 de diciembre de 2014.

Antes de liberar a la menor, el procesado amenazó en reiteradas ocasiones a la misma, manifestándole que como dijera algo iba a despedir a la pareja de su madre, el cual trabajaba con el propio Sr. Luis Antonio, y se iba a quedar muerta de hambre e iba a perder todo.

CUARTO.- Como consecuencia de los hechos descritos, la menor presenta numerosa sintomatología propia de las víctimas de violencia sexual, tales como: intromisión de pensamientos y recuerdos de la violencia sexual que le impiden el disfrute de sus actividades diarias, tristeza, sentimientos de rabia hacia el agresor, miedo a sus posibles represalias, intranquilidad motriz y nerviosismo, sentimientos de vergüenza al narrar lo sucedido, sentimientos de culpabilidad, y temor a la reacción de su entorno ante la posibilidad de que se tuviera conocimiento de la experiencia vivida.

QUINTO.- Aunque no ha sido posible determinar la cantidad exacta de sustancia estupefaciente que el procesado facilitó a la menor, ésta fue obligada a ingerir, al menos, dos dosis de cocaína.

Doña Paula, en su condición de representante legal de la menor, reclama en nombre de la misma las acciones civiles que pudieran corresponder a la menor, Doña Mariana, como víctima perjudicada.»

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

«**FALLAMOS.-** Que debemos absolver y absolvemos al acusado, Don Luis Antonio, de la falta de malos tratos por la que venía acusado, declarando de oficio la parte de las costas que se refiera a la misma.

Que, debemos condenar y condenamos a Don Luis Antonio, como autor de un delito de detención ilegal, cometido sobre una menor, de los artículos 163 y 165 del Código Penal, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y con imposición de la PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A MENOS DE 500 METROS DE Mariana, A SU DOMICILIO, FUTURO LUGAR DE TRABAJO, O CUALESQUIERA OTROS LUGARES QUE ÉSTA FRECUENTE, ASÍ COMO DE COMUNICARSE CON ELLA POR CUALQUIER MEDIO por tiempo de DIEZ AÑOS.

Que igualmente debemos condenar y condenamos a dicho procesado, como autor responsable criminalmente de un delito continuado de agresión sexual a menor de 13 años, de los artículos 74.1, 74.3 y 183.2, 183.3 y 183.4, apartados c) y d) del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A MENOS DE 500 METROS DE Mariana, A SU DOMICILIO, FUTURO LUGAR DE TRABAJO, O CUALESQUIERA OTROS LUGARES QUE ÉSTA FRECUENTE, ASÍ COMO DE COMUNICARSE CON ELLA POR CUALQUIER MEDIO DURANTE EL MISMO TIEMPO, por plazo de 20 AÑOS.



Asimismo, se impone al condenado, por ese mismo delito, la pena de SIETE AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

Que, finalmente, debemos condenar y condenamos también al acusado, ya mencionado, como autor responsable criminalmente de un delito contra la salud pública, de los artículos 368 y 369.4, sin apreciar tampoco en este caso circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, y MULTA DE 160 EUROS, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se imponen al penado todas las costas, con la excepción de las relativas a la falta de malos tratos, y la obligación de indemnizar a la menor, Doña Mariana , a través de su representante legal, en la cantidad de 50.000 EUROS por el menoscabo sufrido y las secuelas psíquicas padecidas como consecuencia de los hechos, cifra ésta que habrá de devengar los intereses legales previstos en el artículo 576 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil .»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por el procesado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

2.- Al amparo del artículo 850.3 y 4 LECrim , por denegación de preguntas a testigos. Concretamente al Policía Nacional NUM003 , instructor del atestado, y al encargado del hostel al que el acusado llevó a la niña.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 6 de julio de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y de conformidad con lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** , contemplado en el artículo 24.2, de la Constitución Española .

Niega que haya cometido el delito de detención ilegal sobre víctima menor de edad, y también que cometiera el delito de agresión sexual continuado a menor de trece años por el que se le condena. Alega que no existe en la causa prueba de cargo bastante que acredite la comisión de los referidos delitos por mi representado.

Advierte de que el Tribunal de instancia se basa principalmente en la declaración de la propia menor; y que si, como dice la sentencia, tuviese intención de cometer todos los actos por lo que se le ha condenado en instancia, *le faltó facilitar entradas para el espectáculo* , lo que se compadece mal con la imputación; y también que el testigo, del hotel, el Sr. Nicanor sí vio a la menor en compañía de mi mandante en la habitación del hotel, cuando éste subió a arreglar la televisión, lo que se compadece mal con la situación de secuestro de la misma por el acusado.

También llama la atención respecto a que por el Tribunal no se quiera admitir que las fotos aportadas por los agentes actuantes y que proceden de las cámaras de seguridad del Hotel son claras. De ellas colige el recurrente que sin ningún género de dudas la menor acompañaba de forma voluntaria al acusado, yendo detrás de él de forma tranquila sin que se pueda observar nada que indique que la menor estaba siendo obligada a acompañar a mi mandante.

Respecto el testimonio de la menor, recuerda que no reúne las notas esenciales base de su crédito, negando que sea verosímil ni persistente, conclusión que funda en la propia argumentación del Tribunal sentenciador. En particular recuerda que la menor dio hasta cuatro o cinco versiones diversas.

Tampoco admite que existan datos objetivos de corroboración. Inexistente, en su parecer, en el informe forense.

No existe evidencia física como en el caso que nos ocupa, no hay más que examinar el informe forense.



Afirma que existió una declaración espontánea de la menor en el primer momento que la policía habla con la menor. La que otorga al agente NUM003 quien se entrevista privadamente con la menor y a quien manifiesta que «está cansada y aburrida de que su madre siempre la deje al cuidado de sus hermanos menores mientras ella se marcha por ahí».

2.- El recurso de casación no es el escenario para la actividad de reconstrucción del pasado en relación a los hechos imputados. En la casación no se practica prueba. La función de este recurso es determinar si la que se lleva a cabo en las resoluciones recurridas se acomoda a las exigencias de aquella garantía constitucional. En definitiva si existen razones que legitimen lo imputado y la decisión.

Suele decirse que ello se lleva a cabo mediante lo que se considera un triple juicio: **a)** El «juicio sobre la prueba», para constatar si existió prueba de cargo; **b)** «El juicio sobre la suficiencia», referido a la consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y **c)** «El juicio sobre la motivación y su razonabilidad», sobre si se explicitaron los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Todo ello para determinar si la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

Pero una tal construcción quizás puede considerarse insuficiente.

La garantía de presunción de inocencia implica, en efecto, una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya **válidamente** por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La **justificación de la conclusión probatoria** establecerá los datos de procedencia **externa** aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa **credibilidad y verosimilitud** no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación **interna** de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión **coherente** que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una **certeza** que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de **objetiva**.

En definitiva la argumentación de la conclusión probatoria debe partir de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente como premisas correctas (justificación externa) y desde aquéllas las inferencias (justificación interna) se debe acomodar al canon de coherencia lógica y a la enseñanza de la experiencia, entendida como «una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes».

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La certeza alcanzada **puede, sin embargo, no excluir dudas**, por lo demás consustanciales al conocimiento humano. Ciertamente las dudas pueden surgir por un lado respecto de aquella **justificación interna**, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de **otros datos externos** con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son **razonables las dudas sobre la afirmación acusadora**. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.



Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero, y de ahí la relativización antes mencionada, fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si *debió* dudar.

No es acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria.

3.- Pues bien, frente a la tesis del recurrente cabe resumir la argumentación con la que el tribunal funda su decisión.

3.1.- Al respecto es de subrayar que el tribunal de instancia, con notorio apartamiento de la estructura que ha de tener una resolución jurisdiccional como la sentencia, incide en el error de describir el resultado de cada medio probatorio producido. con una extensión no solamente prolija sino inútil.

Prolija en exceso ya que, cuando la sentencia asume la tarea de justificar su conclusión, reitera el resultado probatorio descrito, pero ya para su valoración y no mera constatación, lo que hace encomiablemente y con la deseada preterición de las partes inútiles de aquellos resultados.

Inútil porque en todo caso el abigarrado discurso descriptivo carece de autoridad para poder ser asumido como efectivamente producido. Tal autentificación de esa literatura corresponde de manera exclusiva en el fedatario y no en los magistrados.

3.2.- Atendemos pues a lo expuesto al respecto a partir solamente del fundamento jurídico séptimo. Ciertamente según el Tribunal de instancia la prueba fundamental en este caso es la declaración de la menor víctima, D^a Mariana , de la que predica verosimilitud, persistencia y ausencia de motivos espurios que hagan dudar de su veracidad.

Y añade como datos o elementos de juicio los siguientes:

a) La declaración del propio acusado.

Éste reconoció haber mantenido desde siempre una relación de confianza con la menor.

b) No hay signos de espurias motivaciones.

En el contexto de aquella relación, que el acusado admite, ni tan siquiera después de los hechos hay razones para estimar que guía la conducta de la menor ningún tipo de ánimo espurio, sino que **trató de no delatarlo**, lo que después **se vio en cierta medida forzada a hacer**, ante el hecho de que la Policía había conseguido fotos de la cámara del hotel y estaba, por tanto, en situación de identificar al Sr. Luis Antonio como el supuesto agresor.

c) De manera quizás genérica, afirma la conclusión de que la menor mantuvo un discurso coherente, constante y prolijo en detalles.

d) Especial relevancia confiere a los siguientes datos o corroboraciones objetivos:

1º) Dijo la menor que entró su tío solo, a por la llave del hotel, y que después entró ella con él, y resulta que, efectivamente, en las fotos de la cámara del Hostal Pelayo se aprecia que **entra sólo el procesado primero, y después éste con la menor**.

2º) Relató D^a Mariana que la obligo el procesado a **esnifar cocaína** y resulta que en la analítica que se le practicó -folio 80- dio positivo la menor a dicha sustancia.

3º) Narró igualmente la víctima que el acusado, antes de llamar a su madre, **cambió la tarjeta del móvil**, y resulta que en el análisis de llamadas efectuado por la Policía se constata que, ciertamente, en el mismo terminal se introdujo otra tarjeta.

4º) La menor narró que el procesado trató de besarla y al hacerlo la arañó en la cara, y se ha constatado, en el parte de lesiones -folio 13- y en el informe de la Sra. Médico Forense -folio 22- que la menor presentaba **«erosión a nivel del mentón»**.

5º) Manteniendo la menor que también en la habitación la obligó el acusado a practicarle una felación resulta que se halló -folio 328- **en las sábanas semen con restos de ADN del acusado**.

6º) Que el ADN de víctima y agresor estén mezclados apunta hacia que tuvieron que tener un contacto físico muy directo e íntimo.



7º) habiendo declarado la menor que el acusado se echó chocolate en el pene, resulta que el mismo **admite que compró «huesitos»**, que tienen, efectivamente, chocolate.

8º) El acusado después de los hechos **se ausentó de su domicilio**, siendo detenido algún tiempo después, en concreto al mes, en Gibraltar.

4.- Este elenco de datos son reportados por prueba directa integrando la justificación externa respecto de la cual incluso poca duda se suscita por el recurrente.

Las más relevantes, desde esta perspectiva, son las que afectan a la tacha que formula sobre persistencia en el contenido de la declaración de la víctima.

No obstante pese a la reiteración en tal versatilidad, el motivo no expone contraponiéndolos cuales sean los datos incurso en contradicción. Bien en su relato expreso, bien por incluir añadiduras sorprendentes en una de las declaraciones sobre lo dicho en la otra. Menos aún que tales aludidas contradicciones, pero también de eludida exposición, afecten a los datos esenciales que constituyen los tipos penales por el que viene condenado. A saber: **a)** agresión sexual en el vehículo en un descampado antes de llegar al hotel; **b)** privación de libertad de la menor para decidir marcharse una vez en el hotel; **c)** suministro de cocaína a la menor que la consumió en su presencia, y **d)** reiteración de agresión sexual en el hotel.

Tampoco el motivo nos suministra un argumento que justifique desautorizar el crédito conferido a la declaración de la víctima para tener por veraz el dato que ella aporta. Desdeña la pericia al efecto, partiendo de que tal crédito debería referirse a alguna de las versiones que, insiste el recurrente, son diversas. Desechada, como dejamos expuesto, tal falta de coincidencia, al menos en lo esencial, se desbarata esta argumentación del motivo sobre la pericia.

Aventura otra crítica al respecto tratando de extraer consecuencias de la diversidad de conceptos de «credibilidad» del testigo y «verdad» de lo testimoniado. La diversidad es obvia. La diferenciación es aceptable, pero inútil para desvirtuar la pericia que, desde luego, no informa si es verdad lo que la menor dijo, sino si ésta declara lo que estima ella verdadero. Desde luego en absoluto compete a la perito proclamar si lo dicho por la menor es lo ocurrido, exigencia injustificadamente proclamada por el recurrente.

5.- El resto del motivo se centra en la justificación interna de la argumentación sostenida por la sentencia. Y ello en relación a un dato de indudable trascendencia en la justificación de la sentencia: si la menor actuó con libertad, en el sentido de voluntad no constreñida por violencia o intimidación procedente de actos del recurrente.

Y es interna esa perspectiva de la argumentación porque concierne a la inferencia que, partiendo de los datos aportados por la prueba, lleva concluir con acomodo a canon de lógica y experiencia que tal libertad fue excluida.

Y ello lo hace el motivo, a su vez, desde una doble estrategia impugnativa.

La primera desvinculando de aquellos datos probados la conclusión también con argumentos extraídos de lógica y experiencia. Y, por otro lado, invocando otros datos desde los que funda el recurso la tesis alternativa que, cuando menos, suscita, según el recurrente, dudas razonables sobre la certeza proclamada por el Tribunal de instancia.

Una y otra línea de defensa llevan al fracaso.

La primera porque no cabe decir que el comportamiento fue tan «visible» que no se compeadece con la naturaleza de los hechos que se le imputan. Porque la intimidación determinante de la sumisión de la víctima a los actos de naturaleza sexual son perfectamente compatibles desde la experiencia con la ausencia de vestigios lesivos en el cuerpo de la víctima.

La segunda porque la certeza sobre la verdad de la imputación se cohonesta, en el particular de la ausencia de voluntad no coaccionada, tanto por el crédito conferido al testimonio, cuanto porque, como subraya el Tribunal de instancia, la asimetría de capacidad para la autodeterminación entre un personaje adulto como el acusado y una niña de once años, hace que la voluntad de ésta pueda tenerse por intensamente limitada ante el protagonismo asumido por el mayor en la conducción de los acontecimientos. Le basta a éste con apenas insinuar que en su decisión no admitirá negativas efectivas por ser evidente su disposición a neutralizarlas de raíz incluso por la fuerza o la amenaza de acontecimientos que causan temor en una víctima de tal edad. Como ocurre si anuncia que lo pretendido se hará sin miedo por el autor a una denuncia posterior ya que le afirma que su versión tendrá por las circunstancias personales mucha más credibilidad ante la familiar o cualquier otra persona. Tanto más si esa verbalización de la hegemonía se refuerza con el acto de llegar a atar a la menor o encerrarla dentro de un habitáculo (baño) de la habitación del hotel como ha declarado la



víctima. O si el hecho ocurre en un descampado y encerrados en el habitáculo del vehículo, como ocurre con la primera agresión sexual.

Por todo ello debemos concluir que el relato de lo que el Tribunal ha declarado probado se acomoda a las exigencias que antes expusimos impone la garantía constitucional de presunción de inocencia. Por la indiscutida concurrencia de datos sobre los que cabe inferir que la víctima se vio privada de una voluntad libre en el devenir de los hechos que se vio así obligada a soportar. Esa certeza es asumible como correcta y frente a la misma no se erige relato alguno asumible como verdadero que suscite una duda que pueda calificarse de razonable.

Y ello porque entendemos que la compulsión que ejerce sobre la voluntad de la menor es activa y va más allá de lo que pueda considerarse un mero prevalimiento más bien pasivo de la superioridad que ostentaba, por edad, fuerza y relación con la víctima.

El motivo se rechaza.

SEGUNDO.- 1.- El segundo de los motivos se formula al amparo de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 850, apartados 3 y 4 , al negarse el Presidente del Tribunal a que el testigo conteste, durante el juicio oral, a preguntas de la defensa, siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa y habiéndose, además, desestimado preguntas no siendo estas capciosas ni impertinentes y teniendo esta verdadera importancia para el resultado del juicio.

Protesta el recurrente que procedió a interrogar al testigo propuesto por el Ministerio Público, Agente Policía Nacional, n° NUM003 , acerca de su intervención en lo que a las cámaras del Hotel Pelayo se refiere, respecto al visionado de las cintas. También al inquirirle sobre el interrogatorio que aquel realizó al encargado Sr. Nicanor con el fin de poder llegar a demostrar que la menor no fue, ni se encontraba contra su voluntad en compañía del acusado en el citado hotel. La protesta se funda en que no pudo realizar dicho interrogatorio de forma completa y en el ejercicio pleno del derecho de defensa porque no se lo permitió el Ilmo Sr. Presidente del Tribunal, ante lo que esta parte formuló la oportuna y respetuosa protesta.

En consecuencia, se queja, no se pudo conocer la razón que llevó al testigo, Agente de Policía n° NUM003 , a realizar aseveraciones sobre cuestiones que afectaban al testigo que deponía tras él, el encargado del hotel.

En el mismo sentido pero esta vez cuando la defensa preguntaba directamente al Sr. Nicanor sobre las innumerables contradicciones y lagunas sobre lo acontecido el día de autos en el hotel de su propiedad tampoco pudo la defensa someter a contradicción dicho testimonio.

2.- No resulta imaginable qué dato podría adquirirse en el juicio oral que trascendiera al sentido de la resolución de haberse desenvuelto el interrogatorio por la defensa sin traba alguna. Y sin la imaginación no nos ayuda, menos lo hace el recurrente que omite exponer en el motivo esa eventual pérdida de relato histórico para él favorable. Pese a que atribuye a la supuesta información abortada una «manifiesta influencia» en la causa.

En cuanto a la desenvoltura en plena libertad de la menor, el Tribunal no cuestiona la secuencia de movimientos que llevan a su acceso al Hotel, con posterioridad a una primera del acusado. Las fotografías de las cámaras estuvieron a disposición del Tribunal, de las partes y hasta de este de casación, conforma al artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Y de su examen nada deriva en cuanto a dato percibido de lo que el acusado manifiesta, sino solamente en cuanto al dato inferido (voluntad libre) ya que la intimidación no tiene por que percibirse en el reflejo plástico de lo que la cámara graba. Y tampoco resulta determinante -para afirmar libérrima autodeterminación de la menor- constatar si el conserje vio o no a la menor en la habitación.

Como dejamos dicho más arriba, la libertad de la menor no solamente resultó limitada por la superioridad de que disfrutaba el autor, que pudo prevalerse de ella. Más allá llevó a cabo actos de fuerza activos inequívocos, como atar a la menor o dejarla encerrada cuando aquél sale momentáneamente de la habitación llevándose la llave. Aspectos que, aunque no expuestos con el deseable detalle en el apartado de hechos probados, resulta de la prueba practicada y se dice en el fundamento jurídico catorce expresando que en el hotel el acusado encerró y ató a la menor.

También serían estériles las preguntas sobre aquellos otros aspectos que relata en la exposición del motivo (por qué no requirió el testigo policial al testigo empleado del hotel el libro de ingresos, etc..)

El motivo que ampara el recurso exige, además de la constancia escrita de las concretas preguntas denegadas, la trascendencia sobre el sentido de la resolución de la eventual respuesta. Lo que, como dejamos dicho no ocurre.

Por ello hemos de rechazar el motivo.



TERCERO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas de este recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Luis Antonio , contra la sentencia dictada por la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, con fecha 26 de enero de 2017 . Condenar al recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso. Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ