

Roj: **STS 3126/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3126**Id Cendoj: **28079120012014100571**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/07/2014**Nº de Recurso: **10168/2014**Nº de Resolución: **560/2014**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 674/2014,**
STS 3126/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Alejandro**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual con acceso carnal y uso de arma peligrosa; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida Benita, representada por el Procurador Sr. Valentin Iglesias; y dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. González Díez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 22 de Barcelona, instruyó sumario con el número 3 de 2010, contra Alejandro, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección 21ª, con fecha 8 de enero de 2014, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Se declara probado que sobre las 00:48 horas del día 29 de octubre de 2010, Dña. Benita se encontraba acompañada por su amigo D. Esteban en la playa de la Barceloneta de Barcelona a la altura del Moli Nou cuando en un momento determinado, dejando apartadas algunas de sus pertenencias, decidieron aproximarse a la orilla para mojarse los pies. Aprovechando esta circunstancia una persona desconocida enterró el bolso de la Sra. Benita en la arena, bolso del que desaparecieron varios efectos. Cuando la Sra. Benita y su amigo regresaron a donde habían dejado sus pertenencias se percataron de la desaparición del bolso por lo que, mientras la Sra. Benita permanecía en la playa buscándolo, el Sr. Esteban se alejó hasta el Paseo Marítimo para, aprovechando la iluminación, llamar al 112, lo que efectivamente hizo.

En ese momento y aprovechando la soledad de la Sra. Benita en la playa, se aproximó a ella el acusado, D. Alejandro que también es conocido como Matías, Romualdo, Jose Ignacio, Juan Ramón, Anselmo y Clemente, mayor de edad, con antecedentes penales no computables, quien la abordó por la espalda y mostrándole un cuchillo que llevaba en una de sus manos, le dijo que o bien hacía lo que le dijera o le clavaría el cuchillo a su amigo y le mataría, llevándola seguidamente hacia unas instalaciones próximas donde se sentaron. Al regresar el Sr. Esteban, la Sra. Benita atemorizada por las amenazas y el cuchillo que le acaba de exhibir, le dijo a aquél, quien se extrañó al verla acompañada de un desconocido, que pasaba nada, siguiendo las instrucciones del acusado quien le indicaba que "a dónde estaba su bolso y que podría recuperar su documentación si le acompañaba. El acusado entonces amenazando discretamente con el cuchillo a la Sra. Benita y aprovechando que el Sr. Esteban contestaba al teléfono, se llevó a la Sra. Benita avanzando por el



paseo. Al ver que se alejaban el Sr. Esteban les siguió, extrañado, siendo abordado por un grupo de vendedores de cerveza que hizo que perdiera de vista al acusado y a la Sra. Benita, haciendo el primero que la segunda volviese a meterse en la playa e indicándole que el Sr. Esteban estaba en manos de compatriotas suyos y que él ordenaría que le matasen si ella no hacía lo que le dijese; la joven había visto a su amigo rodeado de gente en el paseo y creyó las palabras del acusado. En su búsqueda de la Sra. Benita y del acusado el Sr. Esteban se encontró con una patrulla de la Guardia Urbana a quien relató lo sucedido. Siguiendo indicaciones de los agentes, se introdujo en el coche policial, en la parte trasera donde los cristales tintados impedían que fuera visualizado desde el exterior y encontraron así a la Sra. Benita a quien el acusado sujetaba muy pegada a él, como si de su pareja se tratase. Habiendo reiterado sus amenazas el acusado a la Sra. Benita sobre que matarían al Sr. Esteban si ella alertaba a los agentes, se limitó a contestar lacónicamente que sí a la pregunta sobre si se llamaba Benita y que no a la de si había denunciado el robo de un bolso, hablando el acusado con los agentes para tranquilizarles y prosiguiendo la marcha luego ambos, llevándose a la Sra. Benita del lugar la cual, por miedo, no pudiendo ver al Sr. Esteban quien tampoco pudo bajar del coche y pensando que seguía en poder de los amigos del acusado, no se atrevió a decir nada a los funcionarios policiales.

Después de que esto ocurriera, el acusado, con ánimo de satisfacer sus deseos lúbricos, obligó a la Sra. Benita a situarse detrás de unos contenedores que les ocultaban del paseo y amenazándola con el cuchillo le bajó el pantalón y la braga y la penetró vaginalmente contra la voluntad de la Sra. Benita quien, por temor a la realización de las amenazas recibidas o a recibir ella misma un daño físico, no agredió al acusado ni se resistió físicamente.

Seguidamente el acusado volvió a ver al Sr. Esteban que por no encontrar la situación normal, se había bajado del coche policial y había vuelto a buscar a la Sra. Benita por la zona, indicándole el acusado, quien dejó a la Sra. Benita en otro lugar oculta unos instantes bajo nuevas amenazas de muerte hacia el Sr. Esteban al que dijo que los secuestradores habían dejado marchar pero que podrían cambiar de idea y matarle, que estaba en el siguiente chiringuito, consiguiendo que se marchase.

Acto seguido y bajo amenazas nuevamente reforzadas por la presencia del cuchillo, se llevó a la Sra. Benita a un piso cercano, sito en la CALLE000 n° NUM000, NUM001 NUM002 donde estaba otro hombre. El acusado llevó a la Sra. Benita a una habitación esgrimiendo allí el cuchillo nuevamente y manteniendo el móvil junto a él en todo momento, indicando a la citada que una sola llamada y el Sr. Esteban sería asesinado y seguidamente, con intención de satisfacer sus deseos sexuales, le quitó la ropa y la penetró vaginalmente primero, para luego obligarla a practicarle una felación y volver a penetrarla vaginalmente en tercer lugar. La Sra. Benita, bloqueada y atemorizada, no ejerció una resistencia física activa por este motivo, permitiendo el acusado cuando estuvo satisfecho que se vistiera y marchara.

A consecuencia de las manipulaciones violentas ejercidas por el acusado para abrir las piernas de la Sra. Benita y conseguir penetrarla, ésta sufrió lesiones consistentes en dos equimosis redondeadas de 2 cm de tamaño y morfología digiforme en la cara interna del muslo derecho en su tercio medio de las que tardó 10 días en curar con una primera asistencia facultativa, presentando igualmente una mínima erosión en la zona perineal-horquilla posterior.

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

FALLO: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Alejandro que también usa los siguientes nombres: Matías, Romualdo, Jose Ignacio, Juan Ramón, Anselmo y Clemente, como responsable en concepto de autor de dos delitos de AGRESIÓN SEXUAL CON ACCESO CARNAL y uso de arma peligrosa para la integridad o vida de la víctima de los artículos 178, 179 y 180.1.5ª CP y una falta de lesiones del artículo 617.1º CP, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de: a) PRISIÓN DE 12 AÑOS con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a menos de 1000 metros de la persona, domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la Sra. Benita y prohibición de comunicarse con la misma de forma directa o indirecta por plazo de 17 años por el primer delito de agresión sexual; b) penas de PRISIÓN DE 13 AÑOS Y 6 MESES con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a menos de 1000 metros de la persona, domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la Sra. Benita y prohibición de comunicarse con la misma de forma directa o indirecta por plazo de 18 años y 6 meses por el segundo delito de agresión sexual; c) pena de multa de 1 mes y cuota diaria de 4 euros así como responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas por la falta e imposición de las costas.

El acusado deberá indemnizar a la Sra. Benita en la cifra de 288,20 euros por los daños físicos y en la de 19.000 euros por el daño moral causado con los intereses del artículo 576 LEC desde sentencia y hasta completo pago.

Devuélvase los efectos y ropas incautadas en la vivienda de la CALLE000 hasta donde puedan ser conocidos y destrúyanse los no reconocidos por los moradores de la vivienda.



Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Alejandro 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 DE CASACIÓN.

PRIMERO .- Al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO .- Al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

TERCERO .- Al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

CUARTO .- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los artículos 178 , 179 y 180.1.5ª del Código Penal .

QUINTO .-Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los artículos 178 , 179 y 180.1.5ª del Código Penal .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día dos de julio de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Alejandro

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim , en relación con el art. 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

Se afirma en el motivo que la valoración de la prueba realizada por el Tribunal "a quo" no deriva de un razonamiento lógico deductivo sino que deriva de apreciaciones del Tribunal sin respaldo fáctico suficiente, apartándose de los cánones de la lógica y de las máximas de experiencia, al fundamentarse la condena del recurrente exclusivamente en una declaración de la denunciante que no puede ser prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia de éste y en la de su amigo Esteban , pues ni los agentes que confeccionaron el atestado policial y que participaron en la entrada y registro, ni los compañeros de piso de la denunciante pueden aportar nada respecto a cómo sucedieron los hechos, siendo testigos únicamente del estado en el que se encontraba la Sra. Benita después del suceso.

Y considera que las circunstancias que relata la víctima resultan inverosímiles al no escapar en las dos oportunidades que tuvo (cuando se acercó el coche patrulla de la Guardia Urbana y ella estaba con el acusado, y cuando éste le obligó a esconderse en un lugar cercano al ver que Esteban se acercaba a ellos), y no haber tenido en cuenta el Tribunal la versión del acusado que reconoció haber mantenido relaciones sexuales consentidas y con protección con la víctima, no siendo relevantes las contradicciones en que incurre para negarle toda credibilidad como hace el Tribunal -a su declaración, cuales son la relativa a cual era su domicilio y a que la denunciante iba bajo los efectos del alcohol-. Por último destaca que el cuchillo presuntamente utilizado por el acusado para amenazar a la denunciante no ha aparecido y respecto a las lesiones sufridas por la víctima, los informes médicos no hacen constar lesiones típicas de una violación al no tener ningún tipo de lesión a nivel corporal ni tampoco en la zona genital.

1º.- Como afirma la jurisprudencia, por todas (SSTS. 142/2013 de 26.2 y 625/2010 de 6.7), cuando se alega la infracción del derecho a la presunción de inocencia, ese Tribunal debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos



con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86 , 107/89 , 384/93 , 206/94 , 24/97 , 81/98 , 189/98 , 1/99 , 235/2002 , 300/2005 , 66/2006).

En definitiva trayendo a colación lo señalado por la STS. 35/2012 de 2.1 , por remisión a su vez a la STC. 9/2011 de 28.2 , y otras anteriores, habrá de ser reconocida la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado.

El control casacional ha de quedar limitado en tales casos a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. La prueba será adecuada cuando no haya sido obtenida respetando los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y deviene bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. La Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Pero el examen por esta Sala de casación de la racionalidad de la inferencia del juzgador nunca puede implicar la sustitución del criterio valorativo de aquél por el nuestro, de modo que el juicio de inferencia del Tribunal *a quo* sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (en igual sentido STS. 70/2011 de 9.2).

2º.- En casos como el presente en los que se analizan hechos relacionados con la libertad sexual es altamente frecuente -como recuerda la STS. 845/2012 de 10.10 - que el testimonio de la víctima -haya sido o no denunciante de los mismos- se erija en la principal prueba sometida al examen del Tribunal, habitualmente por oposición de quien es denunciado y niega la realidad del objeto de la denuncia.



En el caso del acusado sus manifestaciones se encuentran amparadas por el elenco de garantías y derechos reconocidos en el art. 24 CE, y, entre ellos, los derechos a no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo.

La versión de la víctima debe ser valorada, en cambio, desde el prisma propio de un testigo, que se encuentra por ello obligado a decir verdad; pero sin olvidar las cautelas propias del status de quien asume la doble condición de testigo y denunciante, pues estamos ante un testigo en cierto modo implicado en la cuestión, al ser su testimonio la noticia misma del delito. Ahora bien, según apuntaba el Tribunal Constitucional en sus SSTC núm. 126/2010, de 29 de noviembre, ó 258/2007, de 18 de diciembre, lo expuesto no es óbice para que la declaración de la víctima, practicada con plenas garantías, pueda erigirse en prueba de cargo que habilite un pronunciamiento de condena, incluso cuando actúe como acusador particular. Desde esta misma Sala de Casación también hemos declarado insistentemente que el testimonio de la víctima puede ser tenido como prueba capaz, por sí misma, de enervar la presunción de inocencia, incluso cuando sea la única prueba disponible. Son incontables las ocasiones en que hemos apuntado ciertos aspectos de posible valoración en el testimonio de la víctima, notas que no son más que pautas orientativas, sin vocación excluyente de otras y sin desconocer la importancia de la inmediación, dirigidas a objetivar la conclusión alcanzada. Son éstas la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud de su versión y la persistencia en la incriminación. Pero incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, eso sí, que motive suficientemente las razones de su proceder.

Por ello tiene aquí singular importancia la consignación de una motivación concreta y suficientemente desarrollada. En suma, el propósito último es que «valoración en conciencia» no signifique ni sea equiparable a «valoración irrazonada», por lo que es el adecuado razonamiento del Tribunal lo que en todo caso deviene imprescindible (en parecidos términos, STS núm. 259/2007, de 29 de marzo). Conviene finalmente precisar que, como siempre que nos hallamos ante el problema de medir la eficacia probatoria de alguna prueba consistente en declaraciones prestadas ante el propio Tribunal que las preside y que ha de valorarlas, como regla general debe prevalecer lo que la Sala de instancia haya decidido al respecto, lo que no es sino lógica consecuencia de las exigencias propias del principio de inmediación procesal al que antes hacíamos referencia: En efecto la declaración de la víctima dice la STS. 625/2010, encuadrable en la prueba testifical, su valoración corresponde al tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

Por ello la credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por esta Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba, pero su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que la misma tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal de instancia.

3º.- En el puesto sometido a nuestra consideración, la sentencia de instancia, fundamento jurídico segundo, valora la declaración de la víctima que considera **creíble en sí misma, detallada, reiterada, sin que medie sospecha alguna de mendacidad y analiza los indicios de corroboración periférica, como son los testimonios de su amigo, Sr. Esteban, que esa noche estaba con la víctima y la estuvo buscando, mientras estaba retenida por el acusado, y que vio en la actitud de Benita, tras la aparición del recurrente algo extraño, al hallarse llorosa, parca en las respuestas e incluso parecía asustada, lo que provocó la alarma del testigo que no solo demandó el auxilio policial sino que llamó a los amigos y compañeros del piso de aquella para decirles que Benita estaba retenida contra su voluntad; de los Mossos d'Esquadra y de los compañeros del piso María Virtudes y Alvaro en orden a la situación de ansiedad y (solo) shock llorosa, templando cuando la encontraron y su reacción en la reconstrucción de los hechos y al identificar al acusado, sufriendo un ataque de llanto y nervios, la localización del piso en el que se produjo la segunda agresión sexual, gracias a las indicaciones de la víctima, piso en el que el acusado reconoció residir en su declaración en instrucción -aunque en el plenario lo negase-; las lesiones que la Sra. Benita presentaba -dos equimones de 2 cm. de tamaño y morfología digiforme en cara interna del muslo derecho en su tercio medio-, que revelan que alguien le separó por la fuerza los muslos (parte medico ratificado en el plenario), rastros de cromosomas en zona vaginal, aun no pudiendo identificarse ADN, y una erosión en zona peritoneal (informe de asistencia en urgencias ginecológicas aportado en la vista), la documentación medica obrante en la causa en relación al tratamiento medico psiquiátrico y medicación que tuvo que seguir tras el hecho, y a que en el momento de ser asistida en urgencias, al día siguiente de los hechos, presentaba rasgos de alarma sobre de estrés posttraumático secundario al incidente compatible y derivado de una agresión sexual.**



Igualmente sobre los dos puntos que para la parte recurrente resultan inverosímiles de que no tratase de huir en esas dos ocasiones que tuvo (cuando la guardia urbana le preguntó si estaba bien y cuando el acusado la dejó oculta a escasos metros para ir al encuentro del Sr. Esteban en el paseo y despistarle sobre la ubicación de la joven), la sentencia razona que: " se explica perfectamente por las manifestaciones de la joven sobre una extraordinaria concatenación de sucesos, que por más de ser insólita en su acumulación, no deja de ser posible. Así en primer lugar el hecho de que al Sr. Esteban lo rodease cuando les seguía por el paseo un grupo de vendedores de cerveza de la misma o similar etnia que el acusado, escena que la Sra. Benita a quien llevaba cogida y amenazada por un cuchillo el acusado, refrendó las palabras de éste sobre que el Sr. Esteban había sido secuestrado y retenido por amigos del Sr. Alejandro , haciendo plausibles las amenazas de éste. El hecho de que la Sra. Benita provenga de un país (Colombia) en el que el nivel de violencia e inseguridad la hace especialmente sensible a las amenazas que afectan a su integridad física o a la de terceros (porque como señaló en el plenario, en su país si dicen que van a clavarle un cuchillo a alguien se lo clavan) reforzó eficazmente su miedo por el Sr. Esteban , dejándola inerte ante el acusado. Y finalmente, la circunstancia de que los agentes mantuvieran al Sr. Esteban dentro del coche en la parte trasera, con las puertas bloqueadas y los cristales tintados sin posibilidad de ser visto por la Sra. Benita impidió a ésta comprobar la irrealidad de las amenazas del Sr. Alejandro y motivó eficazmente su conducta, negando necesitar ayuda. Por todo ello la conducta de la víctima durante el episodio no sólo no puede estimarse incoherente sino que es perfectamente compatible con la realidad de las amenazas como elemento determinante de su falta de resistencia".

Conclusión alcanzada por el tribunal sentenciador que es en sí misma, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque pueden exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTS. 220/2004 , 711/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009 , 104/2010 , 365/2011).

4º.- Por último en el fundamento jurídico tercero analiza la prueba de descargo tal como previene la doctrina de esta Sala por todas STS. 354/2014 de 9.5 , bien entendido por la versión de los hechos, que proporciona el acusado cuando se enfrenta con determinados indicios suficientemente acreditados y significativos habrá de ser examinada cuidadosamente, toda vez que explicaciones no convenientes o contradictorias, aunque por sí solas no son suficientes para declarar culpable a quien las profesa, si pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido.

Así la STC. 136/99 de 28.7 , se argumenta que "en lo que concierne a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por los acusados, importa recordar los extremos siguientes:

a) La versión que de los hechos ofrezca el acusado deberá ser aceptada o rechazada por el juzgador de modo razonado (SSTC 174/1985 , 24/1997 y 45/1997); b) los denominados contraindicios -como, v.gr., las coartadas poco convincentes-, no deben servir para considerar al acusado culpable (SSTC 229/1988 y 24/1997), aunque sí puede ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo en prueba directa o indiciaria, que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado (v.gr., SSTC 76/1990 y 220/1998); c) la coartada o excusa ofrecida por el acusado no tiene que ser forzosamente desvirtuada por la acusación, ya que la presunción de inocencia exige partir de la inocencia del acusado respecto de los hechos delictivos que se le imputan, *pero en absoluto obliga a dar por sentada la veracidad de sus afirmaciones* (SSTC 197/1995 , 36/1996 , 49/1998 , y ATC 110/1990). En otras palabras: *la carga de la prueba de los hechos exculpatorios recae sobre la defensa.*

Por su parte esta Sala Segunda, STS. 528/2008 de 19.6 , tiene dicho que "nada se opone desde la lógica a que la desarticulación positiva de una coartada, porque exista una fuente probatoria que permite sostener un hecho incompatible con la misma, resta fuerza argumental a la conclusión final, sino que la refuerza en la medida que se añade al indicio principal la inveracidad del contraindicio que deja sin fuerza la versión de quien lo sustenta".

En efecto se debe insistir en que la valoración de la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatorias del acusado, no implica invertir la carga de la prueba, cuando existen otros indicios relevantes de cargos. Se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino por el contrario las manifestaciones del acusado, que en total ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada (STS 29.10.2001).

Y en el caso que se analiza la sentencia de instancia concluye que la versión del acusado, confrontada con la de la víctima, no es verosímil, destacando las contradicciones en que incurre sobre a que domicilio llevó a la víctima y si ésta se encontraba o no embriagada, y la falta de explicación sobre el hallazgo de restos cromosómicos en la vagina de la víctima cuando el sostuvo que en las relaciones sexuales consentidas utilizó



protección, y sobre la razón de presentar la víctima erosiones en parte interna del muslo, producto de la fuerza empleada para separarlos, lo que permite inferir que fue para vencer la resistencia de la víctima, resultando incompatible con esas relaciones consentidas.

Siendo así la convicción de la Sala de la Benita fue víctima de dos episodios de agresión sexual por parte del recurrente, debe entenderse lógica, racional y conforme a las máximas de experiencia, por cuanto el hecho de que la Sala dé valor prevalente a aquellas pruebas frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Antes al contrario -decíamos en STS. 920/2013 de 11.12-, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el tribunal de las manifestaciones y pruebas de descargo del acusado.

SEGUNDO: Los motivos segundo por infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ, por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al no argumentar en modo alguno los motivos por los que pudiendo condenar al recurrente como autor de un solo delito de agresión sexual cometido en unidad natural de acción, la sentencia castiga por dos delitos separados; y cuarto por infracción de Ley por indebida aplicación de los arts. 178, 179, 180.1.5 CP, en cuanto denuncia la sentencia recurrida sanciona los hechos objeto de la causa como dos delitos de agresión sexual independiente, cuando deberían haberse penado como uno solo al haberse producido en unidad natural de acción, habida cuenta que el comportamiento típico del sujeto activo se repitió dentro de un mismo marco espacial y de manera cronológicamente cercana, debiendo ambas agresiones a un dolo unitario del autor, pueden y deben ser objeto de un análisis conjunto.

Como primera precisión -y con independencia de que puede ser suscitada en esta vía casacional al ser una cuestión estrictamente jurídica- debemos señalar que no puede entenderse producida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no motivar porqué existen dos delitos de agresión sexual y no uno solo, pues tal cuestión no fue suscitada por la defensa en su escrito de conclusiones al limitarse a pedir la libre absolución del acusado.

1º No obstante en cuanto a la denuncia de no haberse apreciado la unidad natural de acción, como hemos dicho en reciente STS. 354/2014 de 9.5 el problemático supuesto en la dogmática penal de la unidad natural de acción parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración. Será natural o jurídica dice la STS. 18.7.2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todos a un designio común que aglutine los diversos actos realizados, STS. 820/2005 de 23.6.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En la jurisprudencia se destaca como el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba este concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad por cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de *unidad de resolución* del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica. (SSTS. 213/2008 de 5.5, 1349/2009 de 25.1.2010).

En definitiva el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma, la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos. Un solo disparo, por ejemplo, que por la fuerza del proyectil atraviesa dos cuerpos



humanos, originando su muerte, constituye dos delitos de homicidio, cuando la acción *natural* era solo una. Lo propio sucede al revés: una multitud de actos naturales (una gran cantidad de golpes sobre una misma persona), es el resultado de un solo delito de lesiones (STS. 566/2006 de 9.5).

En cuanto a su aplicación en los delitos contra la libertad sexual la STS. 739/2011 de 14.7 , analiza la cuestión, recordando que esta Sala en STS. 1295/2006 , ha apreciado la unidad natural de acción cuando la actividad delictiva se reitera en el mismo lugar y en un escaso periodo, siempre bajo el mismo designio y afectando al mismo sujeto pasivo, esto es **"cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha "**, o sea cuando, cuando se dan dos o más penetraciones en la misma situación y contexto (STS 553/2000).

En efecto, el acceso carnal por las distintas vías del art. 179 CP , practicado en un mismo acto, con la misma persona y con una única intención libidinosa, constituye un solo delito (STS. 42/2007 de 16.1). La razón la explican diversas sentencias (STS. 396/2004 de 26.4), porque ante una secuencia ininterrumpida, donde progresivamente se suceden los ataques a la libertad sexual de la víctima, de forma que no es posible distinguir diferentes ámbitos espacio-temporales, encadenándose sucesivamente las actuaciones libidinosas, deben considerarse las sucesivas penetraciones como una sola acción, o bien porque "al ser un mismo sujeto pasivo, si los ataques se ejecutan en un marco único de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedece a un dolo único o unidad de propósito, bajo la misma situación intimidatorio o de violencia, debe igualmente calificarse de un solo delito".

En este sentido, expresaba la STS núm. 1295/2006, de 13 de diciembre , que existirá unidad natural de acción cuando la actuación delictiva se reitere en el mismo lugar y en un escaso período de tiempo, siempre bajo el mismo designio y afectando al mismo sujeto pasivo. En tal caso, el acto delictivo no puede descomponerse en tantos hechos como reiteraciones de la misma conducta, afirmándose la existencia de una sola infracción criminal.

También apuntaba la STS núm. 935/2006, de 2 de octubre , que en caso de múltiples penetraciones y agresiones sexuales de menor grado, cuando el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal, por ser todo ello realizado en el seno de una misma situación y como consecuencia de un mismo dolo, no hay una pluralidad de acciones, sino una sola, según esta misma teoría de la unidad natural de acción que analizamos. Cuando se dan tales presupuestos, no cabe hablar de pluralidad de delitos, como tampoco de delito continuado, sino de un solo delito que absorbe o consume a través de la infracción penal más gravemente apreciada aquella otra que resulte más leve. Este mismo criterio acogía ya la más antigua STS núm. 1560/2002, de 24 de agosto , en el sentido de considerar un delito unitario, y no continuado, las varias penetraciones por la misma o diferentes vías anatómicas cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose la acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal, sin que exista prácticamente solución de continuidad entre unas y otras, correspondiendo el conjunto de éstas a un dolo unitario, no renovado, que abarca una misma situación, y no las diversas ocasiones idénticas que caracterizan la continuidad delictiva.

La misma línea recoge más recientemente la STS núm. 994/2011, de 4 de octubre , afirmando que *"con expresiones tales como "secuencias ininterrumpidas", "ataques progresivos", "encadenamiento sucesivo de agresiones" o "iteración inmediata", por designar algunas, esta Sala II sigue asumiendo la doctrina de la "unidad natural de acción" o mejor como la ha designado algún sector doctrinal "unidad típica" de acción. Sin embargo, al objeto de integrar o delimitar el concepto de unidad típica de acción en el delito de violación que nos atañe, sería provechoso acudir a otros temperamentos o criterios que permitan completar o contribuir a discernir hipótesis de posible "concurso interno" entre las diversas modalidades comisivas del art. 179 CP . La doctrina de la unidad natural de acción o unidad típica en términos generales podría entenderse como "la concurrencia (simultánea o sucesiva) de varias acciones u omisiones que se hallan en estrecha conexión espacial y temporal, que puedan reconocerse objetivamente, y que con una vinculación de significado, se las puede considerar como unidad de valoración jurídica y ser juzgadas como una sola acción". Los aspectos que podrían contribuir a delimitar el concepto los podemos agrupar, sin mayores pretensiones dogmáticas, en dos apartados: a) estructura de la conducta delictiva; b) dolo del autor del hecho. Desde el primer punto de vista la doctrina científica ha venido considerando a los delitos de agresión sexual como delitos integrados "por varios actos", concepto próximo al de los "tipos mixtos alternativos", en los que resulta indiferente la utilización de una o más modalidades comisivas para la consecución del resultado. El efecto o resultado de estos delitos estaría integrado por la "instrumentalización sexual de la víctima sometiéndola a la satisfacción sexual del sujeto o sujetos agresores", resultando irrelevante que a esa situación interpersonal hayan coadyuvado uno o varios actos sexuales, siempre que estén abarcados por un mismo y persistente dolo y que el resultado producido no se descontextualice de algún modo. Consiguientemente la doctrina científica mayoritaria y esta Sala considera que la realización*



reiterada de los elementos integrantes del comportamiento típico dentro del mismo contexto circunstancial no es obstáculo para calificar el conjunto como una única infracción (véase, por todas, STS 578/2004, de 26 de abril).

Desde el punto de vista del dolo del autor sería suficiente la conciencia y voluntad de penetrar a la víctima por la vía expresada en el Código contra su voluntad. Con la simple introducción del órgano en la cavidad del sujeto pasivo el delito estaría consumado, por lo que el dolo en sentido estricto se limita a la conciencia y voluntad de ese inicial acoplamiento entre el órgano u objeto y la cavidad.

Sin embargo, se dice en relación al dolo o propósito del agente que los delitos de agresión sexual son "delitos de tendencia interna intensificada", lo que nos indica, que aún cuando la consumación bastaría el comportamiento que acabamos de referir, para el "agotamiento" del delito se debería contemplar la conducta sexual castigada, integrada por la "ilícita satisfacción de un ánimo lúbrico" del sujeto que en la generalidad de los casos estaría integrado por la "expresión de una descarga lasciva que lleva al agente a buscar sin freno alguno para el instinto la completa satisfacción de sus apetencias libidinosas, "normalmente identificados por el orgasmo o eyaculación".

Es interesante sigue diciendo la STS. 994/2011, tomar en consideración este dato, como circunstancia fáctica, sin influencia en la tipicidad, ya que en muchas ocasiones podremos diferenciar el agotamiento de un delito o el surgimiento o nacimiento de un dolo renovado para cometer otro. Así, frente a una interacción agresiva sexual en el contexto de una misma ocasión de entorno, ambiente, lugar y circunstancias, el lapso de tiempo que transcurre entre el primer ataque sexual y el coito consumado y agotado no permite dotar de significación jurídica a las diversas agresiones progresivas, encadenadas, sucesivas o de iteración inmediata, como respuesta individualizada a impulsos eróticos diferentes.

2º En el caso presente en los hechos probados de la sentencia se describen dos episodios diferenciados.

Una primera agresión sexual en la que el acusado, que portaba un cuchillo, y había reiterado sus amenazas a Benita sobre que unos compatriotas suyos matarían a su amigo Esteban si ella alertaba a los agentes de la Guardia Urbana, obligó a aquella a situarse detrás de unos contenedores que se ocultaban en el paseo y amenazándola con el cuchillo le bajó el pantalón y la braga y la penetró, vaginalmente, y una segunda en la que el acusado volvió a ver al Sr. Esteban que por no encontrar la situación normal, se había bajado del coche policial y había vuelto a buscar a la Sra. Benita por la zona, indicándole el acusado - quien había dejado a la Sra. Benita en otro lugar oculta unos instantes bajo nuevas amenazas de muerte hacia el Sr. Esteban al decirle que los secuestradores habían dejado marchar pero que podrían cambiar de idea y matarle, que Benita estaba en el siguiente chiringuito, consiguiendo que se marchase para acto seguido y bajo amenazas reforzadas por la presencia del cuchillo llevó a la Sra. Benita a un piso cercano donde estaba otro hombre, y en una habitación, esgrimiendo el cuchillo y manteniendo el móvil junto a él, con la amenaza de que una sola llamada suya y el Sr. Esteban sería asesinado, se quitó la ropa y la penetró vaginalmente primero, para luego obligarla a practicarle una felación y volver a penetrar vaginalmente en tercer lugar.

Con este presupuesto fáctico no se cumplimentan los requisitos objetivos de la unidad especial y la intermediación temporal para configurar lo que se entiende como una unidad natural de acción. El traslado de la víctima desde el lugar de la primera violación -playa- a una vivienda en la que se produjo la segunda, y el tiempo de intervalo entre las dos agresiones sexuales cuestiona en gran medida la unidad de acción que, como criterio normativo, permitiría unificar lo que son dos actos -en el segundo más bien un conjunto de actos- desde una perspectiva naturalista o fenomenológica en uno solo.

Sin embargo aunque aplicaríamos con cierta flexibilidad y laxitud -como se ha hecho en ocasiones, el requisito a la estrechez o inmediatez temporal- al no recogerse en el hecho probado el tiempo transcurrido entre los actos del primer episodio y los del segundo, no podría hacerse lo mismo con respecto a la aplicación del elemento subjetivo del dolo a los efectos de aplicar la unidad natural de acción para condenar por un solo delito de agresión sexual.

En efecto, el hecho relevante de que el acusado después de realizar la primera agresión sexual en la playa, al divisar al amigo de la víctima y obligar a esta a ocultarse, hablase con el mismo indicándole que la Sra. Benita se había marchado al siguiente chiringuito, logrando así llevar a ésta a una vivienda cercana, en la que reinició su conducta de agresión sexual contra esta, supone un cambio espacial claramente diferenciado, una clara desconexión entre los dos episodios y un dolo renovado en su comportamiento delictivo. De modo que perpetró el segundo episodio de actos sexuales con una voluntad renovada de agredir sexualmente a la víctima y menoscabar el bien jurídico que tutela la norma penal. Ello impidió integrar estos actos del segundo episodio en los del primero, por medio del criterio de la unidad natural de acción ya que no solo se trataría de entrelazar o unificar lo que naturalísticamente es claramente plural, sino de fusionar dos episodios conductuales que constan ejecutados merced a decisiones subjetivas claramente discernibles y que han de atribuirse separadamente a cada grupo o conjunto de actos, sin que pueda por consiguiente apreciarse un



único dolo extensible a todos los actos sexuales perpetrados por el acusado en la fecha de los hechos. Y es que el componente de normatividad que alberga el concepto de unidad natural de acción no tiene un margen de operatividad suficiente para unificar o fusionar dos voluntades o decisiones delictivas que presentan una autonomía propia a la hora de ejecutar los dos episodios. De modo que si bien el segundo de ellos -en el que hubo hasta tres accesos carnales- si ha de ser comprendido como una unidad natural de acción- no ambos conjuntamente que es lo que sostiene erróneamente la tesis del recurso. La progresividad previa de la unidad natural de acción ha quedado, pues fragmentada en este caso.

TERCERO: Los motivos tercero por infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim , en relación con el art. 5.4 LOPJ , al entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial del art. 24.1 CE , y el motivo quinto , por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , por falta de aplicación del art. 74 CP , en cuanto postulan, en el caso de que los motivos anteriores fueran desestimados, que estaríamos en presencia de un delito de violación continuado y no dos ilícitos independientes entre si al existir un dolo unitario al aprovechar en una segunda ocasión la situación violenta creada y el temor generado con anterioridad en la víctima, deben ser analizados conjuntamente.

Los motivos deben ser estimados.

Respecto a la continuidad delictiva, la STS. 609/2013 de 10.7 , hace un resumen de la doctrina jurisprudencia en la materia.

Así señala: "En su evolución jurisprudencial esta Sala considera aplicable el delito continuado en supuestos de agresiones sexuales realizadas bajo una misma presión intimidativa en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de 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 mismo sujeto activo.

En las SSTS núm. 463/2006, de 27 de abril , se clasifican los diversos supuestos señalando: "*En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar:*

a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena.

b) Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva.

c) Finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos".

Es decir que debe aplicarse el delito continuado ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes (STS de 18 de Junio de 2007).

Y en caso de aplicación del delito continuado, no procede desglosar algunas de las conductas encuadradas en el mismo dolo unitario por el hecho de resultar identificables en cuanto a las fechas, para sancionarlas adicionalmente, pues en tal caso se produce una exacerbación punitiva contraria al principio de proporcionalidad.

En este sentido la STS. 984/2012 de 10.12 , considera la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva en un supuesto de dos agresiones sexuales producidas con un mes de separación y declara que "aunque el art. 74 CP , es tenido en cuenta de forma muy excepcional cuando de agresiones a la libertad sexual de carácter violento se trata, no debe olvidarse la existencia de precedentes en este sentido dentro de la doctrina jurisprudencial.

De hecho, si bien la posibilidad del delito continuado en el caso de los delitos contra la libertad sexual no deja de ser una " *excepción a la excepción* ", como se ha repetido en diversas ocasiones, ante la previsión a este respecto, contenida en el apartado 3 de dicho artículo 74, que permite dicha construcción de continuidad en los casos de " *infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales* ", a pesar de la previa exclusión de tal instituto cuando se trate de ofensas a " *bienes eminentemente personales* " y de igual modo una serie de Resoluciones de esta Sala han excluido de la mentada posibilidad las agresiones sexuales, remitiéndola



tan sólo a las conductas no intimidatorias ni violentas, es decir, a los meros abusos, lo cierto es que, también nos encontramos con pronunciamientos que, de modo puntual, admiten la extensión de ese artículo 74 a las agresiones sexuales.

En concreto las SSTs de 17 de Julio y 18 de Diciembre de 1991 , 22 de Octubre de 1992 , 2 de Febrero de 1998 , 23 de Diciembre de 1999 , 23 de Febrero de 2002 o, la mucho más reciente, de 18 de Junio de 2012 , de una u otra forma constituyen claro ejemplo de ello.

Si indagamos en todas esas Resoluciones, de ambos sentidos, el por qué de semejante discriminación entre las agresiones sexuales y los abusos de cara a la posible aplicación del delito continuado, cuando la literalidad del artículo 74, en su referencia genérica a las infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales no establece diferencia de trato alguna entre ellas, llegamos a la conclusión de que semejante criterio no se apoya, en realidad, en una base ontológica propia de la esencia de cada forma de ataque al bien jurídico protegido, la libertad e indemnidad sexuales, igual en ambos supuestos, sino más bien a consecuencias de orden probatorio y de fijación de los hechos que se relacionan con la mayor facilidad de individualización de las agresiones, con su concreto y específico contenido intimidatorio o violento, frente a la más difusa para una secuencia de abusos sexuales a lo largo del tiempo, lo que lleva a esta Sala a concluir razonando lo impropio que resulta castigar individualmente una serie indeterminada de actos delictivos sucedidos a lo largo del tiempo como dos, tres o más delitos insuficientemente concretados, obligando la lógica " *pro reo* ", en estas ocasiones, a concluir en la existencia de un único delito continuado de abuso sexual.

En tanto que aquella mayor facilidad para la individualización de las agresiones permite identificar el número de ilícitos y proceder a su castigo como tales entidades delictivas independientes.

Pero, como se dice en la STS de 18 de Junio de 2007 , referida a un caso de abusos pero utilizando argumentos perfectamente extrapolables al que aquí nos ocupa, tal solución puede conducir a situaciones de grave injusticia comparativa pues "*... si la interpretación de las normas debe estar presidida por la racionalidad y recto criterio, que excluya la sinrazón y el absurdo, se incurriría en esos errores al agrupar en un único delito continuado los supuestos en los que durante casi dos años y medio se mantuvieron de forma muy reiterada relaciones sexuales ilegítimas y negarlo cuando se ha hecho esporádicamente en dos ocasiones, lo que significaría tanto como decirle en este caso al penado que se le condena por dos delitos, con mayor pena, porque han sido sólo dos las acciones delictivas y que para conseguir una condena por un único delito continuado tendría que haber repetido la conducta criminal muchas más veces con suficiente cercanía temporal entre ellas .*"

De modo que podemos afirmar que resulta erróneo entender que exista un criterio absoluto, no previsto además en la norma, que excluya en todas las ocasiones la posibilidad de construir una continuidad delictiva cuando de agresiones sexuales se trata, al igual que esa construcción no puede tampoco depender del grado de individualización o no de tales conductas de modo exclusivo, por las erróneas e injustas consecuencias que hemos visto que pueden producirse.

Por tanto, si el tipo de delito sexual de que se trate, agresión o abuso, no ha de ser determinante por sí sólo y de manera absoluta para la presencia o no del delito continuado, máxime cuando las penas respectivas de tales ilícitos ya marcan suficientemente, a la hora de aplicar la regla de determinación de la pena del artículo 74, la diferente gravedad de cada injusto, y tampoco lo será, con carácter determinante, la mayor o menor concreción de los hechos, se hace preciso establecer cuáles serían requisitos válidos para la aplicación de dicha continuidad delictiva.

Y así, hay que recordar que la propia literalidad del precepto de referencia alude a la hipótesis de la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que "*... infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza ...*" y que se lleven a cabo "*... en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión ...*", lo que en el terreno de la delincuencia sexual se interpreta como "*... una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes*" (STS de 18 de Junio de 2007).

De modo que puede sostenerse que son tres los requisitos o exigencias imprescindibles para poder hablar de la existencia de un delito continuado, en los delitos contra la libertad sexual como los que aquí nos ocupan, a saber:

a) uno de carácter personal, en concreto el que la víctima ha de ser siempre la misma persona, pues la "*excepción a la excepción*" que para esta clase de infracciones rige, expresamente requiere, a tenor del apartado 3, párrafo 1º "in fine", del artículo 74 que la "*ofensa*" afecte "*... al mismo sujeto pasivo*", tras la reforma operada por la LO 1572003, vigente al tiempo de los hechos que aquí se enjuician.



b) otro requisito circunstancial, que hace referencia no sólo al dolo y plan de ejecución unitarios y a la identidad entre los diferentes tipos penales infringidos sino también a la semejanza comisiva en cuanto a las circunstancias de lugar, ocasión, etc. que las caractericen.

c) y un tercero de naturaleza temporal, de modo que no se produzcan importantes censuras o soluciones de continuidad dilatadas entre los distintos hechos, o grupos de ellos, que habrán de integrar la continuidad delictiva.

Dicho todo lo cual, en el presente supuesto comprobamos cómo se cumplen tales requisitos, habida cuenta de que la víctima de los dos delitos es la misma persona, éstos se cometieron con una diferencia temporal de un mes aproximadamente entre ambos (fecha no concretada de Noviembre de 2010 y otra de Diciembre de ese mismo año antes de Navidades) y sus circunstancias, lugar, ocasión, mecánica comisiva, etc. fueron de todo punto semejantes, como se desprende claramente del " *factum* " de la recurrida.

Por lo que resulta de plena aplicación el artículo 74 del Código Penal , conformando los dos delitos cometidos por el recurrente un delito continuado y no dos infracciones independientes como entendió la Sala de instancia en su día".

Situación similar a la presente en la que el dolo propio de la continuidad delictiva concurre en el acusado pues lo que realmente hace es aprovechar en la segunda ocasión la situación violenta creada y el temor generado con anterioridad en la víctima. De modo que se inicia una nueva actividad delictiva movido por una renovada voluntad o decisión criminal, acción voluntaria que si bien no puede aglutinarse a través de una unidad natural de acción con los actos delictivos anteriores, ya que se trata de dos voluntades o decisiones claramente discernibles y autónomas, aunque en los dos casos se aproveche del clima de violencia generado, las dos manifestaciones volitivas evidenciadas impiden, pues, hablar de un delito único con pluralidad de actos, si puede acudir a la figura del delito continuado.

CUARTO: Estimándose parcialmente el recurso las costas se declaran de oficio. (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación**, interpuesto por **Alejandro** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de dos delitos de agresión sexual con acceso carnal y uso de arma peligrosa; y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS meritada resolución dictando nueva sentencia con declaración de oficio costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamosD. Julian Sanchez Melgar D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez D. Antonio del Moral Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 22 de Barcelona, instruyó sumario con el número 3 de 2010, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección 21ª, con fecha 8 de enero de 2014, dictó sentencia , contra Alejandro , con Pasaporte nº NUM003 , en prisión provisional comunicada desde el 1.11.2010 hasta 28.3.2012 fecha a partir de la cual se encuentra en libertad provisional; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** , integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero.- Tal como se ha explicitado en los fundamentos jurídicos de la sentencia precedente los hechos constituyen un delito continuado de agresión sexual con acceso carnal y uso de arma peligrosa, arts. 178 , 179 , 180.1.5 y 74 CP .

Segundo.- En la necesaria nueva individualización penológica habrá de partirse del límite mínimo de la mitad superior de la pena prevista en el art. 180.1.5, 13 años y 6 meses, conforme lo dispuesto en el art. 74.1, con posibilidad de llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado -18 años y 9 meses- y dentro de este marco penológico se considera adecuada la de 15 años prisión, atendiendo la reiteración de las agresiones sexuales y la situación de desprotección y vulnerabilidad de la víctima, con las accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximación a menos de 1000 m, de la persona, domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la Sra. Benita y prohibición de comunicarse con la misma de forma directa o indirecta por plazo de 20 años, art. 57 CP .

III. FALLO

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección 21ª, de fecha 8 de enero de 2014 , debemos **condenar y condenamos a Alejandro - que también usa el nombre de Matías , Romualdo , Jose Ignacio , Juan Ramón , Anselmo y Clemente -**, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de agresión sexual con acceso carnal y uso de arma peligrosa para la integridad o vida de la víctima, ya definido, sin circunstancias modificativas a las penas de 15 años prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a menos de 1000 m, de la persona, domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la Sra. Benita y prohibición de comunicarse con la misma de forma directa o indirecta por plazo de 20 años.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Julian Sanchez Melgar D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez D. Antonio del Moral Garcia

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.