

Roj: **STS 607/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:607**Id Cendoj: **28079120012016100108**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/02/2016**Nº de Recurso: **10777/2015**Nº de Resolución: **108/2016**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 4097/2015,**
STS 607/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil dieciséis.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por **Luis Pedro**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, con fecha veintiuno de Abril de dos mil quince, en causa seguida contra Luis Pedro, por delitos de agresión sexual y abuso sexual, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Luis Pedro, representado por el Procurador Sr. D. Javier Cuevas Rivas y defendido por la Letrado Sra. D^a M^a Ángeles Chinarro Pulido.

I. ANTECEDENTES

Primero.- En la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2^a, en el rollo de sala número 10/2014, procedente del Juzgado de Instrucción número 5 de Vilafranca del Penedés, se dictó sentencia, con fecha veintiuno de Abril de dos mil quince, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Resulta probado y así se declara que el acusado Luis Pedro, con DNI n° NUM000, mayor de edad, ejecutoriamente condenado con anterioridad en sentencia firme de 29 de septiembre de 2008 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona por un delito de agresión sexual del art 178 del C. Penal a la pena de cinco años, once meses y veintinueve días de prisión, por otro delito de agresión sexual a la pena de nueve meses y veintinueve días de prisión, por un delito de robo con violencia en las personas a la pena de un año y seis meses de prisión y por un delito de amenazas a la pena de cinco meses de prisión, hallándose en situación de libertad condicional que fue revocada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n° 5 de Catalunya por auto de 29 de octubre de 2013, ejecutó los siguientes hechos:

a) Sobre las 7:00 horas del día 22 de octubre de 2013, hallándose en las proximidades del domicilio sito en C/ DIRECCION000 n° NUM001 de Vilafranca del Penedés donde vivía Doroteo, de 19 años de edad en cuanto nacido el NUM002 de 1994, quien padecía una disminución psíquica del 55%, con quien trabaja en el centro "Nou Verd" de Vilafranca del Penedés, esperó a que éste saliera del mismo, abordándolo en el momento en que apareció, emprendiendo ambos la marcha hacía dicho lugar de trabajo si bien, al llegar a un descampado sito en el Camí d'en Morató s/n de la indicada localidad, el Sr Luis Pedro cogió fuertemente por un brazo a Doroteo impidiéndole marchar y, movido por el deseo de satisfacer sus deseos libidinosos, tras soltarle el brazo y pese a expresar verbalmente el Sr Doroteo su oposición a ello, le quitó el jersey y le bajó los pantalones y los calzoncillos, procediendo, contra su voluntad, a tocarle los genitales y a masturbarle, materializado lo cual le dejó vestirse y marcharse.



b) Sobre las 6:45 horas del día 24 de octubre de 2013 volvió a esperar en las proximidades del domicilio del ya reseñado Doroteo a que éste saliera del mismo, momento en que le abordó como había hecho dos días antes a pesar de que Doroteo aceleró el paso al reparar en la presencia del acusado, emprendiendo ambos la marcha hacia el lugar donde trabajaban si bien, al llegar al descampado sito en el Camí d'en Morató s/n de la indicada localidad, movido una vez más por el deseo de satisfacer sus deseos libidinosos y contra la voluntad del citado Doroteo, volvió a ejercitar los mismos actos que había llevado a cabo dos días antes en la forma precedentemente descrita en el apartado a).

c) Sobre las 11:00 horas del día 27 de octubre de 2013, el acusado Sr Luis Pedro quedó citado en la estación de Renfe de Vilafranca del Penedés con Ángel Jesús, de 24 años de edad en cuanto nacido el NUM003 de 1989, quien padecía una disminución psíquica del 45% y al que conocía por trabajar igualmente en el centro "Nou Verd" de dicha localidad, dirigiéndose ambos, tras haber tomado una consumición en un bar próximo a la estación, en dirección hacia un descampado situado tras un centro comercial DIA sito en la Avda de Tarragona s/n, procediendo el acusado, una vez llegaron a dicho lugar y con el propósito de satisfacer sus propósitos libidinosos, a sentar al Sr Ángel Jesús sobre una piedra y a bajarle los pantalones y los calzoncillos, tocándole acto seguido los genitales, diciéndole luego que le hiciera él lo mismo, negándose Ángel Jesús a ello si bien el acusado le cogió su mano y se la llevó a su pene haciendo que aquél le masturbase, introduciendo tras ello el Sr Luis Pedro su boca en el pene del Sr Ángel Jesús, tras lo cual dejó que éste se fuera a su domicilio.

d) Sobre las 19:30 horas del día 31 de octubre de 2013, al salir de un estanco sito en la c/ Montpeo n° 27 de la localidad de Bellvei junto con Jorge, de 17 años de edad en esa fecha, con el que coincidió dentro del establecimiento, preguntó al menor cómo se iba a Segur de Calafell, caminando juntos unos la calle por la que tenía que ir, tras lo cual se dió la vuelta, momento en que el acusado le agarró de un brazo y se lo retorció, colocándole acto seguido un instrumento en la zona de los riñones cuyas características concretas no han quedado acreditadas al tiempo que le conminaba a que siguiera para adelante, a lo que accedió el menor ante el temor que le provocaba la conducta del acusado, conduciéndole a una zona boscosa próxima donde, guiado por el ánimo de satisfacer los deseos libidinosos que inspiraban su conducta y tras haber obligado al citado Sr Jorge a que quitara a su móvil la batería, le golpeó en las piernas haciendo que cayera de rodillas, tirándole seguidamente al suelo y atándole las manos hacia atrás valiéndose del cordón de un cigarrillo electrónico que el menor llevaba colgado, despojándole tras ello de las bambas, los pantalones y los calzoncillos, así como de la ropa que llevaba en la parte superior, para lo que le desató de forma sucesiva las manos l fin de sacar las mangas, volviendo tras ello a atárselas, tocándole los genitales, desabrochándose tras ello el Sr Luis Pedro sus pantalones, realizando una felación al menor, masturbándole y obligándole seguidamente a que a su vez le hiciera a él una felación, sin que llegara a eyacular, permaneciendo en todo momento el menor con las manos atadas. Finalizados tales actos, el Sr Luis Pedro fumó y obligó a fumar al menor lo que éste consideró marihuana, ofreciéndole en último término unos cigarrillos que aquél aceptó por si hubiera huellas, desatándole tras ello y dejándole marchar. A causa de tales hechos Jorge sufrió equimosis en la espalda, equimosis en el abdomen, dos erosiones lineales en la región torácica, erosión lineal en el antebrazo derecho de un centímetro de un cm y erosiones lineales en cada muñeca, sin que haya quedado acreditado el tiempo en que el menor tardó en curar de dichas lesiones(sic)".

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Luis Pedro en concepto de autor responsable de tres delitos de agresión sexual y un delito de abuso sexual, precedentemente definidos, con la concurrencia en todos ellos de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a las siguientes penas:

a) Por cada uno de los dos delitos de agresión sexual de que fue víctima Doroteo, a la pena de siete años y seis meses de prisión; b) Por el delito de agresión sexual de que fue víctima Jorge, a la pena de nueve años de prisión; y c) por el delito de abuso sexual del que fue víctima Ángel Jesús, a la pena de dos años y seis meses de prisión.

De conformidad con lo dispuesto en el art 76.1 del C. Penal, se fija como límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad el de veinte años de prisión.

Se condena igualmente al acusado a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante las condenas, imponiéndosele asimismo la medida de libertad vigilada de cinco años por cada uno de los tres delitos de agresión sexual y de dos años por el delito de abuso sexual, medidas que se ejecutarán con posterioridad a las penas privativas de libertad, así como las penas de prohibición de aproximarse a cada una de las víctimas Doroteo, Ángel Jesús y Jorge, a sus domicilios y a cualquier lugar frecuentado por ellas, a una distancia inferior a quinientos metros, así como a comunicarse con ellas por cualquier medio, por un periodo de cinco años más a la duración de cada una de las penas impuestas en los casos de condenas por los delitos de agresión sexual, y por un periodo de dos años más a la duración de la pena impuesta en el caso de la condena por abusos sexuales, así como al pago de las costas procesales.



En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Nicolas en la cantidad de 12.000 euros, a Ángel Jesús en 6.000 euros y a Jorge en 10.000 euros por los perjuicios morales causados a los mismos por los delitos contra la libertad sexual de que fueron víctima, así como en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por las lesiones sufridas por el Sr Jorge que se describen en el factum, a cuyo fin deberá emitirse informe médico forense concretando los días en que el lesionado curó de sus lesiones, precisando si fueron impeditivos o no, indemnizándose a tenor de las cuantías fijadas en el sistema para la indemnización de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación conforme a las cuantías estipuladas para la anualidad en que se hubiese alcanzado la sanidad, cantidades que se incrementarán con el interés previsto en el art 576 de la L.E.Civil .(sic)".

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por **Luis Pedro** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Luis Pedro , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Recurso de Casación por infracción de Ley del número 2º del Art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

2.- Recurso de casación por infracción de Ley del número 1º del Art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto, dados los hechos que se declaran probados, se han infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la ley penal, por infracción de los arts. 179 y 180.1.3 º y, 181.1 y 5 del Código Penal .

3.- Recurso de Casación al amparo del Art. 5.4 , 238.3 y 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , de 1 de Julio de 1.985, por haberse infringido el precepto contenido (.11 el Art. 24 de la Constitución , que consagra la presunción de inocencia, toda vez que falta en id causa una actividad probatoria de cargo, practicada con las debidas garantías, capaz de fundamentar la condena de nuestro representado. Subsidiariamente, de considerarse la existencia de prueba de cargo, ésta sería insuficiente para proceder a la condena de nuestro patrocinado, debiendo prevalecer el principio "in dubio pro reo".

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal, procede a impugnar la admisión del recurso de casación interpuesto, o subsidiariamente su desestimación, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día once de Febrero de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de dos delitos de agresión sexual, uno de agresión sexual con acceso carnal y un delito de abuso sexual, con la agravante de reincidencia, a las penas de siete años y seis meses de prisión por los dos delitos de agresión sexual; a la pena de nueve años de prisión por el delito de agresión sexual con acceso carnal; y a la pena de dos años y seis meses de prisión por el delito de abuso sexual. El Tribunal fijó en veinte años el límite máximo de cumplimiento. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim , denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, y alega ausencia de pruebas de cargo que justifiquen la condena. Argumenta que de la declaración de la víctima de los dos delitos de agresión sexual se desprende que no existió violencia o intimidación, por lo que se trataría de un abuso sexual. Entiende que el hecho de coger a la víctima fuertemente por el brazo no fue un acto de violencia encaminado a ejecutar la acción, sino a evitar que la víctima pudiera seguir su camino. Además sostiene que este elemento no se aprecia en las dos ocasiones por las que es condenado.

En el tercer motivo denuncia la vulneración de la presunción de inocencia, insistiendo en la ausencia de prueba respecto de los hechos de los apartados a) y b) del relato fáctico, pues entiende que la declaración de la víctima, con una seria discapacidad, no es prueba bastante en orden a la existencia de violencia o intimidación que justifican la calificación de los hechos como agresión sexual.

1. El primero de los requisitos que exige el artículo 849.2º de la LECrim , es que el error que se denuncia como cometido por el Tribunal en la apreciación de la prueba, resulte de un documento. Es claro, y así lo ha reiterado la jurisprudencia, que las declaraciones de los testigos son pruebas personales, aunque aparezcan documentadas en la causa, por lo que son inhábiles a los efectos de esta clase de motivo de casación. El



recurrente se refiere en el motivo solamente a las declaraciones de la víctima, sin designar documento alguno, lo cual conduce inexorablemente a la desestimación del motivo.

2. No obstante, las alegaciones contenidas en el desarrollo pueden ser examinadas desde la perspectiva de la alegación de vulneración de la presunción de inocencia, a la que se refiere el motivo tercero, si bien en ambos casos concretada en la existencia de prueba sobre la violencia o intimidación.

Hemos señalado en numerosas ocasiones que el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso valorativo en tanto orientado a la obtención de aquella certeza objetiva. En consecuencia, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento manifiestamente erróneo, totalmente inconsistente, caprichoso o absurdo, no es posible prescindir de la valoración de pruebas personales efectuada por el tribunal que ha presenciado directamente la práctica de las mismas y ha reconocido credibilidad a quienes han declarado a su presencia.

3. En el caso, el Tribunal ha contado con la declaración de la víctima, a la que ha reconocido credibilidad suficiente, por las razones que se exponen en la sentencia impugnada, que el recurrente solamente cuestiona, y sin argumentación alguna, mencionando la deficiencia psíquica de aquel. No se aprecia ninguna razón para considerar que al reconocer esa credibilidad el Tribunal ha obrado de forma caprichosa o manifiestamente errónea, pues la existencia de una disminución psíquica, como ocurre en el caso, no es razón suficiente en sí misma para negar credibilidad al testigo. Por lo tanto, el Tribunal declara probado que el recurrente, una vez en el descampado, sujetó fuertemente a Doroteo " *impidiéndole marchar* " basándose en prueba de cargo que no hay razón para no considerar suficiente.

Cuestión distinta es si esa conducta es bastante a los efectos de afirmar la existencia de la violencia o intimidación requeridas por el artículo 178 del Código Penal . La cuestión se examina en el fundamento jurídico siguiente, en relación al motivo por infracción de ley, pero puede adelantarse que aunque es cierto que la violencia descrita lo fue para impedir al sujeto que siguiera su camino y abandonara el descampado donde se encontraban, también lo es que precisamente esa conducta fue lo que permitió al recurrente retener a la víctima y ejecutar los actos contra su libertad sexual.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la indebida aplicación del artículo 179 , 180.1.3 º y 181.1 y 5 del Código Penal . En el desarrollo del motivo precisa que respecto de los hechos a) y b) no concurren las exigencias del artículo 179, pues no existió violencia o intimidación ni tampoco acceso carnal. Considera aplicable el artículo 181.1 y 5 respecto de los mismos hechos al no existir violencia o intimidación.

1. Como hemos reiterado, este motivo de casación solamente permite corregir errores de subsunción, verificando si el Tribunal de instancia ha interpretado y aplicado correctamente los preceptos penales que resultan pertinentes, pero siempre en relación con los hechos que se han declarado probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

Respecto a la entidad de la violencia necesaria para apreciar la existencia de una agresión frente al abuso sexual, hemos dicho que " ... *la violencia típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación*" (STS 578/2004, 26 de abril), lo que habrá de ser establecido en función de las circunstancias del caso, sin necesidad de que sea objetivamente irresistible, y sin exigir



tampoco que la víctima resistiera hasta el límite de sus posibilidades. También ha de entenderse que violencia e intimidación no son incompatibles, pues la exhibición de la primera puede dar lugar a la segunda, por la amenaza que supone de su reiteración, facilitando de esta forma que la víctima ya no se resista a las pretensiones del autor.

2. En el caso, el Tribunal no afirma la existencia de acceso carnal en los casos descritos bajo los apartados a) y b) de los hechos probados, por lo que no aplica el artículo 179, sino el 178. No existe en ese sentido infracción legal alguna.

En cuanto a la existencia de violencia o intimidación, requisito del artículo 178 aplicado a los hechos, en el primero de ellos se declara probado que la víctima, Doroteo , que presenta una disminución psíquica del 55%, conocía al acusado por trabajar ambos en el Centro Nou Verd, en Villafranca del Penedés, y que, caminando juntos en dirección a su trabajo, cuando llegaron a un descampado el recurrente lo cogió fuertemente por el brazo "impidiéndole marchar", realizándole seguidamente los tocamientos que se describen tras soltarle el brazo y pese a expresar la víctima verbalmente su oposición a ello. Existió, pues, fuerza física encaminada a evitar que la víctima pudiera abandonar el lugar, un descampado donde existían escasas posibilidades de recibir ayuda de terceros, y donde el recurrente, una vez retenido Doroteo , pudo ejecutar los actos atentatorios a su libertad sexual.

En el segundo hecho, el descrito bajo el apartado b), el Tribunal de instancia declara probado que dos días después del primer hecho, el recurrente volvió a esperar a Doroteo en las proximidades de su domicilio, abordándolo como había hecho dos días antes, emprendiendo ambos la marcha hacia el lugar de trabajo y al llegar al descampado, " *movido una vez más por el deseo de satisfacer sus deseos libidinosos y contra la voluntad del citado Doroteo , volvió a ejercitar los mismos actos que había llevado a cabo dos días antes en la forma precedentemente descrita en el apartado a)* ", (sic). Es decir, que, aunque no describe nuevamente lo ocurrido, al remitirse a la descripción anterior debe entenderse que repitió la forma de retener a Jaime mediante el empleo de fuerza física, para luego ejecutar los mismos actos atentatorios a su libertad sexual.

Por todo ello, el motivo se desestima.

III. FALLO

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuesto por la representación procesal del acusado **Luis Pedro** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, con fecha 21 de Abril de 2.015 , en causa seguida contra el mismo, por delitos de agresión sexual y abuso sexual. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, 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 firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez