



Roj: **STS 2316/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2316**

Id Cendoj: **28079120012016100448**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2016**

Nº de Recurso: **2109/2015**

Nº de Resolución: **448/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º **2109/2015**, interpuesto por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, de fecha 21 de septiembre de 2015. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, Teodosio, representado por la procuradora doña Beatriz Prieto Cuevas, bajo la dirección letrada de doña Guadalupe Sánchez Gómez.

Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

### **I. ANTECEDENTES**

**1.-** EL Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 1 de Navalmoral de la Mata, incoó sumario con el número 2/2014, por el delito de abusos sexuales contra Teodosio y concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cáceres, cuya Sección Segunda dictó sentencia en fecha 21 de septiembre de 2015, en el Sumario Ordinario n.º 5/2015, con los siguientes hechos probados:

*<<Se declaran como hechos probados que Andrea, nacida el NUM000 de 1996, y con una minusvalía psíquica apreciable a simple vista, venía observando que un vecino de la localidad de Navalmoral de la Mata, localidad en la que ambos residen, en concreto Teodosio, nacido el NUM001 de 1944, venía persiguiéndola encontrándose en todos los lugares que la misma frecuentaba, estando en las inmediaciones de la academia de estudios a la que esta menor acudía en los cursos 2006-07 y 2007-08, tanto a la hora de entrar, como de salir de ese lugar, también se lo encontraba en el parque en sucesivas ocasiones, y en la piscina municipal, pidiéndole el mismo que le acompañase.*

*Estos hechos han provocado en Andrea miedo de salir a la calle sola y de dormir también sola, teniendo que cambiar cuando era pequeña de academia para intentar evitar que Teodosio la esperase a la salida, dejar de acudir a la piscina de Navalmoral de la Mata, así como cambiar de número de teléfono cuando ya era algo más mayor.*

*Cuando Andrea contaba con unos 9 años de edad, y estando en el parque de la localidad en compañía de otro menor y un perro que habían sacado a pasear, estando en un banco mientras el otro menor jugaba, se sentó Teodosio en el mismo banco que ella, muy próximos ambos cuerpos, al desagradarle ese contacto a Andrea, la misma se cambió de banco, haciéndolo también Teodosio con la misma actitud de proximidad corporal, volviendo Andrea a cambiar de banco, poniéndose en ese caso Teodosio por detrás del banco, tocándole los*



glúteos, y sujetándola, le tocó los pechos y los genitales por encima de la ropa, consiguiendo la menor desasirse, y cogiendo al menor se dirigió a un establecimiento en el que dijo que Teodosio les venía siguiendo.

En otra ocasión, y en el verano que Andrea tenía 11 años, en la piscina municipal, y cuando Teodosio la había llamado para que estuviera con él, negándose la menor, la misma se estaba bañando cuando también se introdujo en la piscina Teodosio, que acercándose a ella, le ha tocado por debajo del bikini, tanto los pechos, como los genitales, saliendo la menor de la piscina y comunicándole a una de las socorristas que Teodosio la había tocado.

Cuando Andrea tenía 12 años, también en la piscina municipal, Teodosio la tenía cogida estando éste sentado en una hamaca, sobre su pubis, sujetándola por las caderas, haciendo movimientos propios de una relación sexual.

El citado Teodosio seguía con su persecución a Andrea, principalmente en el parque, mandándole mensajes de voz a su móvil, queriendo quedar con ella diciéndole que tenía un anillo para ella, así como que la quería, hasta que el día 16 de julio de 2012 en el parque, cogió a Andrea del brazo para impedir que se fuera, y con ánimo libidinoso, le dio un beso en la mejilla, soltándola cuando la misma le dijo que le iba a denunciar, y haciendo además de darle una patada en los genitales, denuncia que su abuela-tutora terminó presentando días después.

Teodosio padece una demencia mixta frontotemporal de predominio frontal y con componente vascular, de carácter progresivo y permanente, teniendo sus facultades psíquicas alteradas de forma general, y muy disminuidas de forma particular en relación con los presentes hechos, con una génesis patológica que le impide conocer y querer los actos que realiza.>>

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

< <Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Teodosio, por concurrir la eximente de enajenación mental; imponiéndole, por el delito de coacciones, ya definido, la medida de internamiento en un centro médico adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que padece por tiempo no superior a 2 años, la prohibición de acercamiento a Andrea, a su lugar de residencia, trabajo o estudios, o algún otro que frecuente a una distancia inferior a 300 m, y prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio o procedimiento, o a través de terceros por un período de 4 años.

Por el delito de agresión sexual agravado, ya definido, la medida de internamiento en un centro médico adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que padece por tiempo no superior a 6 años, la prohibición de acercamiento a Andrea, a su lugar de residencia, trabajo o estudios, o algún otro que frecuente a una distancia inferior a 300 m, y prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio o procedimiento, o a través de terceros por un período de 16 años.

Por el delito de abuso sexual, ya definido, la medida de internamiento en un centro médico adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que padece por tiempo no superior a 2 años, la prohibición de acercamiento a Andrea, a su lugar de residencia, trabajo o estudios, o algún otro que frecuente a una distancia inferior a 300 m, y prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio o procedimiento, o a través de terceros por un período de 4 años.

Por el último delito de agresión sexual agravada, ya definido, la medida de internamiento en un centro médico adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que padece por tiempo no superior a 8 años, la prohibición de acercamiento a Andrea, a su lugar de residencia, trabajo o estudios, o algún otro que frecuente a una distancia inferior a 300 m, y prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio o procedimiento, o a través de terceros por un período de 18 años.

Las costas de este procedimiento se imponen al condenado.

En concepto de responsabilidad civil el condenado indemnizará a Andrea en la cantidad de 10.000 euros, cantidad que devengará el interés legal correspondiente desde la fecha de esta resolución hasta su total pago.>>

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación del acusado, 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.

4.- La representación procesal de Teodosio, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del art. 24 C.E.

Segundo.- Al amparo del art. 849-1º L.E.Cr., por infracción del art. 172.1 C.P., en relación con el art. 24 C.E.



Tercero.- Al amparo del art. 849-1° L.E.Cr ., por infracción del art. 178, en relación con el art. 180.3° C.P ., en su redacción anterior a la L.O. 5/10.

Cuarto.- Al amparo del art. 849-1° L.E.Cr ., por infracción del art. 181.1.2 C.P ., en su redacción anterior a la L.O. 5/10.

Quinto.- Al amparo del art. 849-1° L.E.Cr ., por infracción del art. 178, en relación con el art. 180.3 C.P .

Sexto.- Al amparo del art. 849-2° L.E.Cr ., por error en la valoración de las pruebas.

Séptimo.- Al amparo del art. 849-1° L.E.Cr ., por infracción del art. 72 C.P ., en relación con el art. 120 C.E .

Octavo.- Al amparo del art. 849-1° L.E.Cr ., por infracción del art. 101, en relación con el art. 95.2 y 96.2 C.P .

5.- Instruido el Ministerio Fiscal, solicita la inadmisión y subsidiaria desestimación de los motivos del recurso. La Sala lo admitió quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 18 de mayo de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.* Por el cauce de los arts. 852 Lecrim y 5,4 LOPJ , se ha denunciado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, porque -se dice- la declaración de la supuesta perjudicada no reúne condiciones de credibilidad, de modo que faltaría base probatoria para la condena por cuatro delitos (de coacciones, dos de agresión sexual agravados y una de abuso sexual) impuesta a Teodosio . Al respecto, se entiende que no basta la expresión de confianza en las manifestaciones de aquella, por parte del tribunal; cuando no existen datos objetivables; y los testigos no denunciaron nunca los hechos que dijeron haber presenciado.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito. Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciara, para que una conclusión incriminatoria con este fundamento resulte atendible, según jurisprudencia asimismo muy conocida, es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

Pues bien, hay que ver si el tratamiento del material probatorio en la sentencia responde o no a este canon, y la respuesta es que sí, por lo que se dirá.

Es cierto que en el criterio de la sala ha pesado lo declarado por Andrea , pero también lo es que, aun cuando ha referido una serie de hechos relativamente difusos en sus perfiles y de alguna lejanía temporal, el relato versa sobre acciones repetitivas, de indudable afectación personal y de un significado que no debió plantearle ninguna dificultad de comprensión. Por otro lado, sus manifestaciones, aun sin ser demasiado precisas, tienen el suficiente detalle para concluir que cuentan con un referente real. Además, concurren varias aportaciones testificales que, a pesar de hallarse aquejadas de alguna vaguedad en la localización temporal de los hechos, permiten inferir que estos, en efecto, ocurrieron. En fin, la sala contó asimismo con información pericial apta para avalar la fiabilidad de lo dicho por Andrea , no obstante su minusvalía, en el sentido de que a lo largo de años fue objeto de un persistente interés de naturaleza sexual por parte del ahora recurrente; que acudió de forma regular a los lugares que ella frecuentaba, que buscaba el contacto físico y que, en algunas ocasiones, llegó a tocarla fugazmente, por encima y por debajo de la ropa en sus zonas erógenas.

En la sentencia se pasa revista, con pormenor bastante, a esas aportaciones probatorias, señalando en cada caso la fuente, y asimismo se deja constancia del porqué de haberlas considerado atendibles y fiables.

El resultado es la existencia de diversas fuentes personales de prueba, que el tribunal pudo examinar directamente, y que las plurales aportaciones convergen en el sentido de dar respaldo a la hipótesis acusatoria acogida en la sentencia.

Es por lo que el motivo no puede acogerse.

*Segundo.* Bajo los ordinales segundo a quinto, se ha alegado otras tantas infracciones de ley, de las del art. 849,1° Lecrim , en concreto, del art. 172 Cpenal , en relación con la condena por delito de coacciones; de los



arts. 178 y 180,3º Cpenal , en relación con las condenas por agresión sexual; y del art. 181.1 , 2º Cpenal , en relación con la condena por delito de agresión sexual agravada.

Los motivos son de infracción de ley y, por tanto, solo aptos para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción de los hechos en uno o varios preceptos legales. Por eso, están fuera de lugar las objeciones que, en distintos momentos, se vierten acerca de la debilidad del soporte probatorio; asunto sobre el que, por lo demás, ya se ha discurrido en el examen del primer motivo.

Ahora bien, hay un aspecto que se reitera en todos los que ahora son objeto de examen, y es el referente a la falta de concreción de los momentos en que se produjeron las acciones y a la, ya aludida, relativa imprecisión de los perfiles de estas. En efecto, pues salvo el beso en la mejilla, datado el 16 de julio de 2012, las que se describen como actos de persecución y búsqueda de encuentros se sitúan en los cursos 2006-2008; el tocamiento de los glúteos y genitales por encima de la ropa "cuando Andrea contaba con unos nueve años de edad"; y los producidos en la piscina, en los pechos y en los genitales, por debajo del bikini, "en otra ocasión y en el verano en que Andrea tenía once años"; y "cuando Andrea tenía doce años" el consistente en que Teodosio la sentó sobre su pubis e hizo los movimientos propios de una relación sexual.

Como es de ver, todas esas vicisitudes, incluso las jurídicamente tratadas como coacciones están presididas por el patente interés sexual despertado en Teodosio por Andrea , y, en tal sentido, forman un *continuum* , integrado por una pluralidad de intervenciones de aquel sobre esta, en distintas indeterminadas ocasiones. Y, en tal sentido, son del género de las que la jurisprudencia de esta sala ha tratado como integrantes a efectos penales de una cierta unidad de acción ( SSTS 1394/2004, de 24 de noviembre y 553/2007, de 18 de junio , entre otras).

Así las cosas, los hechos probados, en su conjunto, deben ser tratados como constitutivos de un delito continuado, aquí de agresión sexual de los arts. 178 y 180,3º Cpenal , en la redacción vigente en la época de los hechos. Esto porque el ahora recurrente manoseó, valiéndose de la fuerza física, las zonas erógenas de Andrea , buscando un placer sexual; y prevaliéndose de que esta se halla aquejada de una minusvalía psíquica que la hace particularmente vulnerable.

Y en este sentido, de manera solo parcial, por tanto, deben estimarse los motivos examinados.

*Tercero.* Bajo los ordinales sexto, séptimo y octavo, con carácter subsidiario, y para el caso de desestimación de los motivos anteriores, por el cauce del art. 849,1º y 2º Cpenal se ha cuestionado la condena del acusado a penas de prisión y que no se haya optado alguna medida no privativa de libertad, al amparo de los arts. 101 y 96.3 Cpenal ; dado que padece una minusvalía psíquica que en 2013 estaba calificada administrativamente como de un 60%.

Este dato figura en la sentencia, como probado, en el sentido de que Teodosio padece una demencia mixta frontotemporal de predominio frontal y con componente vascular, de carácter progresivo y permanente, con sus facultades psíquicas alteradas de forma general, y muy disminuidas de forma particular en relación con los hechos de la causa.

Por lo que se refiere a la opción del tribunal por el internamiento, hay que decir que está perfectamente razonada en la sentencia y que cuenta con un más que razonable fundamento, a tenor de la naturaleza del padecimiento de Teodosio y de las particularidades de su conducta en relación con Andrea . En efecto, pues el tribunal ha considerado que ya estaba siendo tratado, en régimen ambulatorio, puesto que, según resulta de los hechos, disfrutaba de libertad de movimientos, precisamente la que le permitió obrar como consta en perjuicio de aquella. Y, por tanto, debe concluirse que la actuación terapéutica desarrollada en todo el dilatado periodo que comprenden las acciones de esta causa no fue efectiva. Por eso, dice bien la sala, el tratamiento ambulatorio no resultaría suficiente para conjurar el riesgo de reiteración de comportamientos como los enjuiciados. Por eso, el motivo no puede acogerse.

### III. FALLO

Se estiman parcialmente los motivos segundo a quinto del recurso interpuesto por la representación de Teodosio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, de fecha 21 de septiembre de 2015 , seguida por delito continuado de agresión sexual. En consecuencia se anula esa resolución que se casa y se sustituye por la que a continuación se dicta. Se desestima el recurso en todo lo demás y se declara de oficio las costas causadas en su recurso.

Comuníquese ambas resoluciones a la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez José Ramón Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Pablo Llarena Conde Perfecto Andres Ibañez

## SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo de dos mil dieciséis.

En la causa número 5/2015, con origen en las diligencias de sumario número 2/2014, procedente del Juzgado de Instrucción número 1 de Naval Moral de la Mata, seguida por delito continuado de agresión sexual, contra Teodosio , con D.N.I nº NUM002 , nacido en Santa Elena, (Jaén), el día NUM001 de 1944, la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, dicto sentencia de fecha 21 de septiembre de 2015 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, Teodosio debe ser absuelto, por su enajenación mental de un delito continuado de agresión sexual de los arts. 178 y 180,3º Cpenal , en la redacción vigente en la época de los hechos, con la imposición de la medida de internamiento por un tiempo no superior a siete años y seis meses, en un centro terapéutico adecuado a su padecimiento, en el que quedará sujeto a la indicación médica, si bien cualquier posible modificación de ese régimen deberá ser consultada con el tribunal de instancia. En aplicación de lo dispuesto en el art. 192 Cpenal , a Teodosio se le impondrá también la medida de libertad vigilada, en concreto la prohibición de acercarse a Andrea , de una duración de cinco años, a contar desde la finalización del internamiento ( arts. 106 y 106 Cpenal ).

### III. FALLO

Las acciones cometidas por Teodosio serían constitutivas de un delito continuado de agresión sexual, del que, por su enajenación mental, se le absuelve, imponiéndosele la medida de internamiento por un tiempo no superior a siete años y seis meses, en un centro terapéutico adecuado a su padecimiento, en el que quedará sujeto a la indicación médica, si bien cualquier posible modificación de ese régimen deberá ser consultada con la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres. Se le impone también las medida de libertad vigilada consistente en la prohibición de acercarse a menos de trescientos metros de los lugares que frecuente Andrea y de comunicar con ella por cualquier medio, incluso a través de otras personas, por un periodo de cinco años contados a partir del cese de la medida de internamiento. En concepto de responsabilidad civil deberá indemnizarla con la cantidad de diez mil euros, cantidad que devengará el interés legal correspondiente desde la fecha de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Pablo Llarena Conde Perfecto Andres Ibañez

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Perfecto Andres Ibañez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.