

Roj: **STS 295/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:295**Id Cendoj: **28079120012016100061**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/02/2016**Nº de Recurso: **10215/2015**Nº de Resolución: **60/2016**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro 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 las representaciones legales de los procesados **Camilo y Domingo** contra Sentencia de fecha 12 de febrero de 2015 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, dictada en el Rollo de Sala núm. 8/14 dimanante del Sumario núm. 24/13 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Almería, seguido por delitos de agresión sexual, robo con violencia y falta de lesiones contra mencionados recurrentes; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan de han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes representados por: Domingo por el Procurador de los Tribunales Don Francisco Javier Marina Medina y defendido por la Letrada Doña Ana María Arroyo Sánchez-Redondo, y Camilo representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Nuria Feliu Suárez y defendido por el Letrado Don Ángel Ausin Ibáñez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Almería instruyó Sumario núm. 24/13 por delitos de agresión sexual, robo con violencia y falta de lesiones contra **Camilo y Domingo**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 12 de febrero de 2015 dictó Sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Probado y así se declara que los procesados Domingo, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia en esta causa, y Camilo, mayor de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y actuando con unidad de propósito delictivo, sobre las 2.30 horas de la madrugada del día 6 de Agosto de 2013, se dirigieron, en el vehículo matrículaWWW conducido por Domingo, a la zona de la Estación de Servicio Bayyana de Almería donde habitualmente se desarrollan actividades de prostitución. Una vez allí, los procesados convinieron con Palmira, de 27 años de edad y nacionalidad rumana, mantener relaciones sexuales con ella a cambio de dinero, retirándose para consumarlas a un lugar apartado. Palmira les solicitó el pago anticipado, negándose a ello los procesados, a la par que la golpeaban y, mientras Camilo la sujetaba con fuerza por los brazos venciendo su resistencia, Domingo, guiado por el propósito de satisfacer sus deseos sexuales y con manifiesto ánimo libidinoso se colocó un preservativo y la penetró vaginalmente. A continuación, le siguieron dando patadas y arrastrándola por el suelo y, con ánimo de lucro, le arrebataron el bolso que portaba, conteniendo en su interior 205 euros, dos teléfonos móviles, unas llaves y otros efectos personales.

Como consecuencia de estos hechos, Palmira resultó con lesiones consistentes en erosión en flanco derecho, erosiones en muñecas y dedos de ambas manos, contusión y erosiones en codo derecho, grandes placas erosivas en cara interna del glúteo derecho y cadera derecha, equimosis en ambas piernas y en primer metatarsiano del pie derecho, y dolorimiento en pómulo derecho y en ambos brazos, que precisaron de una única asistencia facultativa para su sanidad y de las que tardó en curar 10 días, sin incapacidad ni secuelas.



Sobre las 3.15 horas de ese mismo día, los procesados fueron detenidos cuando circulaban en el mencionado vehículo por el Parque Nicolás Salmerón de esta capital, interviniéndoseles los efectos sustraídos a Palmira , que han sido restituidos a su propietaria.

Domingo padece un trastorno bipolar de la personalidad de larga evolución que no anulaba ni alteraba sus facultades mentales ni volitivas en el momento de acaecer los hechos."

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

"1º) Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado Domingo como autor criminalmente responsable de:

A) un delito consumado de **VIOLACIÓN** cometido con la actuación conjunta de dos personas, ya definido, a la pena de **DOCE AÑOS Y UN MES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **prohibición de aproximarse** a menos de quinientos metros de Palmira **y comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por tiempo de quince años** que se cumplirá simultáneamente con la pena privativa de libertad.

B) un delito de **ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN**, igualmente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de **DOS AÑOS Y UN MES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

C) una **FALTA DE LESIONES**, también definida, a la pena de **UN MES DE MULTA** a razón de seis euros de cuota diaria.

2º) Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado Camilo como:

A) cooperador necesario en un delito consumado de **VIOLACIÓN**, ya definido, a la pena de **SEIS AÑOS Y UN MES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **prohibición de aproximarse** a menos de quinientos metros de Palmira **y comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por tiempo de diez años** que se cumplirá simultáneamente con la pena privativa de libertad.

B) autor de un delito de **ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN**, igualmente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de **DOS AÑOS Y UN MES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

C) autor de una **FALTA DE LESIONES**, también definida, a la pena de **UN MES DE MULTA** a razón de seis euros de cuota diaria.

3º) **CONDENAMOS** asimismo a ambos acusados a indemnizar conjunta y solidariamente a Palmira en la cantidad de **TRESCIENTOS EUROS (300 E)**, más sus intereses legales así como al pago por mitad de las **COSTAS** procesales causadas.

Les será de abono para el cumplimiento de dichas condenas todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Aprobamos por sus propios fundamentos, y con las reservas que contienen, las resoluciones de solvencia e insolvencia dados y remitidos por el Juzgado instructor".

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

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

1º y único.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 de la LECrim . evidenciándose error de hecho 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.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Camilo , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:



1º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Tribunal, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios en íntima relación con lo previsto en el artículo 851 del mismo cuerpo legal .

2º.- Al amparo del art. 5.2 de la LECrim , por infracción de derechos fundamentales, y muy concretamente los reconocidos en el art. 24 de la Constitución , en su vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa y el derecho al proceso revestido de todas las garantías.

3º.- al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por infracción de precepto sustantivo o norma que haya de tenerse en cuenta en aplicación de la Ley, y más concretamente por infracción del art 24 de la Constitución .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no consideró necesaria la celebración de vista para su resolución y se opuso a todos los motivos del mismo solicitando su inadmisión, por las razones expuestas en su informe de fecha 11 de septiembre de 2015; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 21 de diciembre de 2015 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo para el día 27 de enero de 2015; prolongándose la misma hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería condenó a Domingo y a Camilo como autores criminalmente responsables de un delito de violación, en concepto el primero de autor y en el subtipo agravado de intervención de dos o más personas, y como cooperador necesario el segundo, y además como autores de un delito de robo con intimidación y una falta de lesiones, a las penas que hemos dejado reflejadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Recurso de Domingo .

SEGUNDO.- En el único motivo de su recurso, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , como *error facti*, este recurrente comienza por alegar la falta de ánimo libidinoso en su conducta, con respecto al delito de violación, «*máxime cuando solo se puede deducir tal imputación, del testimonio de la supuesta víctima*».

Igualmente, y fuera de toda ortodoxia casacional, el autor del recurso también resalta que tal ánimo queda neutralizado «al declarar la víctima, que no vio si se colocaba o no el preservativo, pero curiosamente "al producirse la penetración si se dio cuenta que lo llevaba"», lo que le resulta sorprendente a la defensa.

De lo que acabamos de señalar, el desarrollo expositivo no es el propio de un motivo por «error facti», sino por infracción de ley.

Y respecto al elemento subjetivo en los delitos contra la libertad sexual, hemos dicho (STS 411/2014, de 26 de mayo), que la tipicidad del delito de abuso sexual no exige un elemento subjetivo distinto del dolo de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima. No puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor no sea necesariamente el de obtener una satisfacción sexual. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, afecta negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima.

Generalmente concurrirá un ánimo tendencial consistente en el propósito de obtener una satisfacción sexual, pero este ánimo no viene exigido por el tipo, y por ello no puede exigirse su acreditación en el ámbito de la presunción de inocencia, pues se puede atentar contra el bien jurídico protegido, aun cuando no concurra. Quien penetra violentamente a una mujer por odio, venganza, racismo o represalia por una conducta realizada por sus familiares o allegados, en un conflicto bélico o similar, comete un delito de violación, o agresión sexual, aun cuando en su ánimo no exista propósito alguno de obtener una satisfacción sexual, sino puro odio y deseo de causar daño.

En consecuencia, la descripción fáctica por el Tribunal de Instancia de una conducta que incluya la realización incontestada de un acto de inequívoco contenido sexual que atente contra el bien jurídico protegido, permite a este Tribunal, como una mera cuestión de subsunción, valorar la tipicidad de tal conducta.

Por lo demás, los documentos que invoca como fundamento de este motivo, unos referidos a la ausencia de lesiones, y otros, que demuestran la falta de coincidencia de perfil genético (ADN) entre las muestras dubitadas



extraídas a la denunciante y las del procesado, Domingo , hoy recurrente, no demuestran el error pretendido por el autor del recurso en la conformación de la convicción judicial de los jueces «a quibus».

También debemos rechazar afirmaciones tales como la siguiente: «habiendo sido agredida [se refiere a la víctima] sexualmente en otras ocasiones y que le han robado en el pasado, por lo que es más que ducha en dichos detalles para saber cómo declarar en contra de mi defendido por represalias a los hechos cometidos». Con ello, el autor del recurso parece referirse a la profesión que ejercía Palmira en el momento de los hechos.

En consecuencia, ni son imprescindibles las evidencias lesivas para tener como consumado un delito de agresión sexual, ni la prueba de ADN, que resultó negativa, al no advertir tal coincidencia genética ha de ser necesariamente exculpatoria.

Como documenta adecuadamente el Ministerio Fiscal en esta instancia, Sentencias de esta Sala Casacional como las siguientes: 769/2000, de 3 mayo , 58/2002, de 22 enero , 1507/2002, de 18 septiembre , 471/2004, de 12 abril , 1060/2005, de 29 julio , 1356/2005, de 14 noviembre , 219/2006, de 21 febrero , 520/2006, de 10 mayo , 42/2010, de 27 enero , etc. son perfectamente ilustrativas de esta doctrina. Si las demás pruebas son concluyentes, el informe negativo de la prueba de ADN no acredita necesariamente la inocencia del condenado, sino que, o bien no se obtuvieron en el caso huellas genéticas del procesado, o que existieron otras que daban cuenta de autorías o contactos diversos, que no anulan el primero. En el caso enjuiciado, consta como probado que el recurrente utilizó un preservativo para consumir la agresión sexual, lo que explica la ausencia de huellas de su perfil genético.

Efectivamente, los hechos probados narran que los procesados Domingo y Camilo , puestos de común acuerdo y actuando con unidad de propósito delictivo, sobre las 2:30 horas de la madrugada del día 6 de Agosto de 2013, se dirigieron, en el vehículo matrículaWWW conducido por Domingo , a la zona de la Estación de Servicio Bayana de Almería donde habitualmente se desarrollan actividades de prostitución. Una vez allí, los procesados convinieron con Palmira , de 27 años de edad y nacionalidad rumana, mantener relaciones sexuales con ella a cambio de dinero, retirándose para consumarlas a un lugar apartado. Palmira les solicitó el pago anticipado, negándose a ello los procesados, a la par que la golpeaban y, mientras Camilo la sujetaba con fuerza por los brazos venciendo su resistencia, Domingo , guiado por el propósito de satisfacer sus deseos sexuales y con manifiesto ánimo libidinoso se colocó un preservativo y la penetró vaginalmente. A continuación, le siguieron dando patadas y arrastrándola por el suelo y, con ánimo de lucro, le arrebataron el bolso que portaba, conteniendo en su interior 205 euros, dos teléfonos móviles, unas llaves y otros efectos personales.

Como consecuencia de estos hechos, Palmira resultó con las lesiones que se describen en el *factum*. A las 3:15 horas de ese mismo día, los procesados fueron detenidos cuando circulaban en el mencionado vehículo por el Parque Nicolás Salmerón de dicha capital, interviniéndoseles los efectos sustraídos a Palmira , que han sido restituidos a su propietaria.

La prueba está basada en la declaración de la víctima corroborada por la aparición en su poder de los efectos que le fueron sustraídos.

Desde esta perspectiva, el motivo no puede prosperar.

Tampoco desde el ángulo que impugna la imputabilidad del recurrente, toda vez que los hechos probados declaran que « Domingo padece un trastorno bipolar de la personalidad de larga evolución que no anulaba ni alteraba sus facultades mentales ni volitivas en el momento de acaecer los hechos».

Luego, los documentos que se invocan, como el folio 45, que dice que padece ansiedad y nerviosismo en el momento de ser detenido, folio 123, una declaración de naturaleza personal, folio 173, toma de la medicación correspondiente a su padecimiento, folio 205, diagnóstico de bipolar, y folios 138, 139 y 140, informe de psiquiatría, en donde de nuevo se pone de manifiesto tal enfermedad mental, no pueden neutralizar o desvirtuar las afirmaciones fácticas que hemos dejado transcritas, puesto que el relato de hechos probados no dice que Domingo no padezca ese trastorno bipolar, sino todo lo contrario, que lo padece, pero que no concurre el elemento psicológico, es decir, que no existe prueba que tal padecimiento le impida conocer el alcance de la norma o adaptar su comportamiento conforme a la tal comprensión.

Ha señalado la jurisprudencia con respecto a la apreciación de las atenuaciones de la responsabilidad criminal por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que el sistema del Código Penal vigente exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo).



En efecto, con la STS 937/2004, de 19 de julio, hemos de declarar que fue la propia jurisprudencia, desde tiempos antiguos (incluso anteriores a la trascendental STS de 29 de mayo de 1948), la que desarrolló, en nuestro país, el denominado "criterio mixto", "biológico-psicológico" o también denominado en otros ámbitos "normativo-psicológico", para dejar sentado que la detección de la anomalía no era siempre equivalente a la exención de la responsabilidad criminal, pues para ello se requerían otros dos elementos igualmente esenciales, consecuencia de aquella, a saber: a) la afectación o limitación severa de alguna de las facultades psíquicas del sujeto, es decir, la cognoscitiva o de conocimiento por el individuo del alcance de la ilicitud de su conducta y la volitiva o de libre voluntad para acomodar su comportamiento a ese previo conocimiento de la ilicitud del acto que llevaba a cabo; y b) la "relación de sentido" entre la enfermedad y sus consecuencias en lo psíquico con el delito efectivamente ejecutado.

De modo que una base patológica, acreditada, que en realidad no supusiera condicionamiento para las referidas facultades psicológicas o que careciera de vinculación con el concreto campo de la conducta humana a la que el hecho típico se refería, no podía ser tenida en cuenta desde el punto de vista de la consideración de la imputabilidad.

Esta doctrina, de creación estrictamente jurisprudencial en nuestro Derecho, con la sola excepción de las previsiones que se contenían en el Código Penal de 1928 que ya siguió los criterios de este método mixto, encuentra hoy plena acogida en la norma positiva, tras la publicación del Código Penal de 1995 que, en la tres primeras circunstancias contempladas en su artículo 20, recoge expresamente la exigencia de que a la probada anomalía o alteración psíquica, permanente o transitoria (art. 20.1º), intoxicación de sustancias psicoactivas o síndrome de abstinencia (art. 20.2º) o alteración de la percepción (art. 20.3º), se ha de añadir, como consecuencia, el que el sujeto que las padece "...no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión".

Lo que, por otra parte, para los supuestos de exención incompleta de la responsabilidad, contruidos a partir de la atenuante 1ª del artículo 21, en relación con cualquiera de las eximentes señaladas y, respecto de sus efectos penales, con el 68 del mismo Código Penal, significa una semejante configuración estructural, si bien, en estos casos, la afectación de las facultades psíquicas no requiere una anulación total de alguna de ellas, sino, tan sólo, su severa limitación.

Así las cosas, ante la afirmación del hecho probado, que no puede ser contradicho con tales acreditaciones documentales, el motivo no puede ser estimado.

Recurso de Camilo .

TERCERO.- El primer motivo de su recurso se articula por la vía autorizada en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como «error facti», y en el desarrollo del mismo se invocan como documentos literosuficientes, el acta y la grabación del juicio oral, el visor clínico del servicio de urgencias de 6 de agosto de 2013, y el informe de muestras de ADN de Camilo .

Como es de ver, todos esos elementos documentales no tienen la naturaleza de literosuficientes, conforme a nuestra jurisprudencia, y reproducen la propia argumentación del recurrente anterior, en el sentido de que Palmira no padeció lesiones físicas, y que la prueba genética resultó negativa.

En el caso de Camilo, la consideración negativa de la prueba de ADN tiene una vertiente más irrelevante, si cabe aun, puesto que no accede sexualmente a Palmira, sino que la sujeta para que sea el otro acusado (en este caso el autor material), quien la penetra vaginalmente contra la voluntad de la mujer, empleando violencia e intimidación adecuadas para vencer la resistencia de la víctima. Y aunque los peritos pudieran manifestar que las lesiones pueden ser compatibles con un robo con violencia, o con otro tipo de agresión, no necesariamente sexual, ello no desvirtúa el material probatorio de cargo que ha sido valorado por la Audiencia.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO.- El segundo motivo, formalizado por vulneración constitucional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia.

El desarrollo del motivo no es más que una cita de jurisprudencia, y termina por quejarse de que no apareció el cuchillo con el que la denunciante dijo que la habían intimidado, lo que, desde luego, ni deja sin efecto su imputación, contundente y reiterada, ni explica que aparecieran en poder de los acusados todos los objetos robados tras el asalto sexual de Palmira .

En consecuencia, el motivo no puede tampoco prosperar.



En el último motivo, el tercero, el autor del recurso se limita a señalar que «nos remitimos al contenido de los motivos primero y segundo del recurso como sustento y fundamento para este tercer motivo casacional».

Costas procesales.

QUINTO.- Procede su imposición a los recurrentes, dada la desestimación de ambos recursos (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los procesados **Camilo y Domingo** contra Sentencia de fecha 12 de febrero de 2015 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Manuel Marchena Gomez Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin **Ana Maria Ferrer Garcia**
Juan Saavedra Ruiz

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