



Roj: **STS 3387/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3387**

Id Cendoj: **28079120012017100654**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2017**

Nº de Recurso: **134/2017**

Nº de Resolución: **634/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 134/2017, interpuesto por **D. Iván** representado por la procuradora D.ª María Luisa Martín Burgos, bajo dirección letrada de D. Francisco Javier Carrasco Gómez contra la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera. Interviene el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria tramitó Sumario (Procedimiento Ordinario núm. 4300/2013) contra **D. Iván** por delito continuado de agresión sexual; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, cuya Sección Primera (Rollo de Sumario Ordinario núm. 18/16) dictó sentencia en fecha 10 de noviembre de 2016 que contiene los siguientes **hechos probados**:

« **PRIMERO.-** Probado y así se declara que desde el año 2007, el procesado don Iván (mayor de edad y sin antecedentes penales), cuando con ocasión del régimen de visitas que estipulado a su favor respecto de su hija Joaquina (nacida el día NUM000 de 2000), se la llevaba consigo a su domicilio (sito en el n° NUM001 de la CALLE000, de Las Palmas de Gran Canaria), aprovechaba para mantener diversos tipos de contactos sexuales con la niña.

Inicialmente, esos contactos se limitaban a tocamientos por encima de la ropa. Sin embargo, a partir de noviembre de 2012, cuando Joaquina tenía doce años, en numerosas ocasiones el acusado le realizó tocamientos en la zona genital, introduciéndole los dedos en la vagina y, al menos en una ocasión, introdujo su pene en la boca de la menor. Además, en dos ocasiones el acusado trató de penetrarla por vía vaginal, no consiguiéndolo debido a la resistencia que ofrecía Joaquina.

Asimismo, el acusado algunas de esas veces le pedía a su hija que le tocara el pene, a lo que la niña accedía.

Tales actos cesaron a principio de julio de 2013, cuando Joaquina le contó a su madre lo que sucedía cuando su padre se la llevaba.

SEGUNDO.- El acusado tiene antecedentes médicos de dependencia a la heroína y a las benzodiazepinas y desde febrero de 2012 hasta noviembre de 2014 se mantuvo abstinente al consumo de la heroína y con un consumo abusivo de benzodiazepinas sin criterios de dependencias».

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

«Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a don Iván, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito continuado de abusos



sexuales previsto y penado en los artículos 183.1 , 3.4.d) y 74 del Código Penal , a las penas de ONCE AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ABSOLUTA DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DE su hija Joaquina y PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE, a una distancia no inferior a 500 metros, a Joaquina en cualquier lugar en que aquélla se encuentre, así como COMUNICARSE con ella por cualquier medio o procedimiento durante QUINCE AÑOS, condenándole, asimismo, al pago de las costas procesales.

Igualmente, se impone a don Iván la medida de seguridad de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de DIEZ AÑOS, debiendo procederse a su ejecución, con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad, en los términos previstos en el artículo 106.2 del Código Penal .

Don Iván deberá indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a Joaquina en la cantidad de quince mil euros (15.000 ?) por los daños morales causados.

La indemnización acordada devengará los intereses previstos en el artículo 576.1 del Código Penal .

Para el cumplimiento de las penas impuestas le será de abono al penado el tiempo que hubiese estado preventivamente privado de derechos por la presente causa».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Iván , teniéndose por 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del principio de presunción de inocencia conforme a los artículos 24.1 y 2 de la Constitución Española .

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio acusatorio que forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal consagradas en la Constitución Española (arts. 24.1 2 CE).

Motivo Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 ° y 2° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de los art. 21.2 y 21.6 del C. Penal en relación con el artículo 66 del mismo cuerpo legal y en relación con el artículo 9.3 de la CE , por la no ponderación racional de la prueba y omisión de razonamientos sobre pruebas obrantes en el expediente.

Motivo Cuarto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3° la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haber omitido la Sala de instancia pronunciarse sobre la atenuante invocada al amparo del artículo 21.7° del Código Penal .

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, solicitando subsidiariamente la desestimación de sus motivos de conformidad con las razones expuestas en su informe de fecha 14 de marzo de 2017; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 20 de septiembre de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en casación el condenado en la instancia como autor de un delito continuado de abusos sexuales con acceso carnal e introducción de miembros corporales en la persona de su hija, menor de trece años, donde formula el primer motivo por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del principio de presunción de inocencia conforme a los artículos 24.1 y 2 de la Constitución Española .

1. Argumenta que la prueba se basa como expresamente indica la sentencia, en las declaraciones de la menor, pero concretamente en las emitidas como prueba preconstituida durante la instrucción del sumario, donde



si bien fue citada la defensa, no se le permitió participar, sin que existiera justificación especial para ello, a diferencia de lo sucedido con el Ministerio Fiscal, quien sí intervino en el interrogatorio; y sin que posteriormente se diera lectura al acta de esa prueba ni se reprodujera la grabación audiovisual en la vista oral, donde la menor sí declaró, pero exclusivamente manifestó "yo le tocaba y él me tocaba a mí, porque él me lo decía", lo que resulta insuficiente como prueba de cargo para tipificar los hechos a través del art. 183.3 por el que se le sanciona, que recoge conductas de acceso carnal o introducción de miembros.

2. El motivo debe ser desestimado, pues si bien el criterio general de la jurisprudencia y especialmente la del TEDH, tal como expone el § 38 en el caso de *Gani c. España*, de 19 de febrero de 2013, es que *todas las pruebas se deben practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas*, no obstante, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6 §§ 1 y 3 d) CEDH, siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le dé la *oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra*, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver *Unterpertinger c. Austria*, 24 de noviembre de 1986, § 31).

Igualmente, esta Sala tiene establecido que, normalmente, las manifestaciones hechas en ese momento procesal se vierten al debate de la vista oral mediante el trámite del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero esta exigencia no debe interpretarse de manera formalista, en el sentido de que incumplido este trámite, ya no cabría tomar circunstancias de hecho de las manifestaciones anteriores al acto de la vista oral para construir el relato de hechos probados; y así tanto la jurisprudencia de esta Sala Segunda como la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del Art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación) ese dato que se incorpora al relato de hechos probados (STS 499/2014, de 17 de junio).

Tal como ha sucedido en autos, donde si bien la prueba preconstituida, sin razón explicitada, se practicó sin contradicción, la menor ha testimoniado en la vista oral y en el curso de la misma se ha ratificado en las declaraciones anteriores (en las que especificó que cuando cumplió doce años esos tocamientos fueron sin ropa, que su padre le introducía los dedos en la vagina, que en una ocasión le introdujo el pene en la boca y varias veces intentó, sin conseguirlo, penetrarla vaginalmente) y la defensa que había presenciado y conocía la prueba preconstituida, pudo interrogarla sin limitación alguna.

SEGUNDO. - El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio acusatorio que forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal consagradas en la Constitución Española (arts. 24.1 2 CE).

1. Argumenta que el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, interesó en sus conclusiones definitivas la imposición al acusado de una pena de 10 años y 1 día de prisión y sin embargo, por el Tribunal finalmente se impone la pena superior de 11 años y 1 día de prisión, por los motivos especificados en la sentencia, lo que entiende que conculca el principio acusatorio.

2. La sentencia de instancia, justifica así la imposición: *La pena tipo prevista en el artículo 183.1 para los abusos sexuales contra menores de trece años es de prisión de dos a seis años y el apartado 3 del mismo artículo contempla para los abusos sexuales que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías la imposición de pena de prisión de ocho a doce años.*

Al concurrir la circunstancia de agravación contemplada en el artículo 183.4 d) la pena ha de imponerse en la mitad superior (esto es, prisión de diez años y un día a doce años).

Y, existiendo continuidad delictiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 74.1 del Código Penal, procede la imposición de la pena prevista para la infracción más grave (en este caso, el subtipo agravado del artículo 183.4 del CP) en su mitad superior (esto es, prisión de once años y un día a doce años).

Ahora bien, la pena que resulta imponible, resultante de la calificación efectuada por la única parte acusadora, supera la interesada por el Ministerio Fiscal (diez años y un día de prisión), debiendo prevalecer el principio



de legalidad sobre el acusatorio, si bien la pena ha de imponerse en la cuantía mínima prevista legalmente para conjugar el respeto del principio de legalidad con el respeto al principio acusatorio, procediendo, en consecuencia, imponer la pena de once años y un día de prisión.

3. Razonamiento y solución concorde con la doctrina jurisprudencial que resulta tras el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 27 de febrero de 2007: "el anterior Acuerdo de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena".

Criterio pacíficamente recogido por la jurisprudencia de esta Sala, que en glosa de tal criterio establece que se viene así a permitir que el juzgador corrija al alza -si bien sólo hasta el límite punitivo mínimo del tipo penal objeto de acusación y condena- la petición errónea de pena efectuada por las acusaciones, ya fuere por la solicitud de la pena en una extensión menor de la legal o inclusive por la omisión de petición de una de las procedentes (STS 492/2016, de 8 de junio).

Siempre con observancia de este criterio, la STS 733/2016, de 5 de octubre , argumenta ampliamente su conciliación con la jurisprudencia constitucional y la STS 440/2015, de 29 de junio , con cita de la 731/2013, de 7 de octubre , describe de manera pormenorizada la evolución y el contenido de la doctrina jurisprudencial sobre la necesaria congruencia entre acusación y sentencia respecto al quantum de pena.

En idéntico sentido, por citar sentencias recientes, la 312/2017, de 3 de mayo ; y la 423/2017, de 8 de febrero , al tratarse de pena prevista para el delito y de obligada imposición, si bien en su duración mínima, como sucede y se impone en autos, concorde los adecuados criterios dosimétricos expuestos por la Audiencia Provincial.

TERCERO. - El tercer motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 ° y 2° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de los art. 21.2 y 21.6 del C. Penal en relación con el artículo 66 del mismo cuerpo legal y en relación con el artículo 9.3 de la CE , por la no ponderación racional de la prueba y omisión de razonamientos sobre pruebas obrantes en el expediente.

1. Alega que debe estimarse la atenuante por causa de drogadicción, pues es consumidor de larga duración de determinadas sustancias estupefacientes; sin que el informe médico forense que consta a los folios 211 a 213 y que se practicó dos años después de la comisión de los hechos, se ajuste a la realidad de su estado en aquel momento. Incide en el carácter adictivo de las sustancias que consumía y en base a ello entiende del todo ajustado la aplicación de la atenuante solicitada. A la vez que señala que su condición de toxicómano resulta de los documentos obrantes en la causa, haciendo especial hincapié en el presentado en el propio acto de juicio (firmado por el psicólogo, la pedagoga y la trabajadora social del Servicio Integral de Atención a las Personas sin Hogar de Tenerife) con un larguísimo historial de adicción a las drogas, siendo consumidor de heroína desde los 18 años. Recalca también que la propia menor siempre declaró que su padre se encontraba drogado y que tomaba alcohol y es que en aquella época el recurrente consumía a diario Rohipnol, para tratar de soportar el síndrome de abstinencia provocado por la heroína.

2. Hemos reiterado (vd. SSTS 492 /2016, de 8 de junio ; 2 794/2015, 3 de diciembre ; 860/2013 , con cita de la STS 539/2013 de 27 de junio , etc.) que el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECr ., se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron; pero para la estimación del recurso de casación por este motivo de *error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios* , la doctrina de esta Sala reiteradamente exige entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento; es decir, resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

En cuya consecuencia carecen de naturaleza documental a estos efectos casacionales:

- Las diligencias policiales (por todas, cfr. STS 480/2003, 4 de abril).
- La diligencia de inspección ocular (STS 16 de noviembre de 2011).



- Las sentencias judiciales, sean o no del orden penal (STS 18 de febrero de 2009).
- Las pruebas personales, como las testificales, por mucho que estén documentadas (STS 11 de abril de 2011).
- Los informes periciales; pues en cuanto que pruebas personales, no integran naturaleza de documento literosuficiente a estos efectos; aunque la jurisprudencia de forma excepcional ha admitido como tal el informe pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen (STS 259/2016, de 1 de abril).

o Esa excepcional reconducción del informe pericial a la categoría asimilada a prueba documental, no autoriza a una nueva valoración de la prueba pericial documentada, sino que el Tribunal de casación ha de partir del enunciado reflejado en el informe.

o Además, cuando como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 LECr). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

- Las fotografías; no tienen carácter documental a efectos casacionales, pues su contenido se halla matizado por el lugar desde donde se toman, de la iluminación, el color, lo que obviamente, sólo puede ser valorado por el Tribunal de Instancia (STS 134/2016, de 24 de febrero , con cita de 766/2008, 27 de noviembre y 335/2001, 6 de marzo).
- El soporte auditivo o audiovisual en el que se ha grabado el juicio (cfr. SSTS 78/2016, de 10 de febrero ; 196/2006, de 14 de febrero y 284/2003, de 24 de febrero).
- El acta del juicio, pues aunque acredita la realidad procesal que en ella se refleja y por tanto el de las pruebas practicadas y el modo en que se desarrollaron, ello difiere de la eficacia y alcance demostrativo de esas pruebas respecto de los hechos que constituyen su objeto (STS 15 de febrero de 2010).

El error de hecho pues, sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba; pero siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECr ., lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediación.

En definitiva, el art. 849.2 de la LECr ., como explicita en su último inciso exige que esos documentos no resulten contradichos por otros elementos de prueba (por todas, STS 21/2016, de 16 de marzo).

3. Consecuentemente el motivo basado en el art. 849.2, no puede prosperar por cuanto ningún "documento" relevante a estos efectos casacionales aparece, pues se invocan meramente pruebas personales, manifestaciones propias y testificales; y aunque se remarca especialmente una prueba de naturaleza pericial, la presentada en la vista, frente a la misma, existe otra de sentido contrario, el informe emitido por el Instituto de Medicina Legal de Santa Cruz de Tenerife ratificado en al plenario, donde se niega la dependencia del recurrente a las benzodiacepinas desde febrero de 2012 hasta noviembre de 2014; y es a partir de noviembre de 2012, cuando se suceden los abusos con introducción de miembros corporales.

En definitiva, ningún documento literosuficiente que permita concluir que el recurrente actuaba a causa de su grave adicción.



Además, en cualquier caso, aunque se hubiera acreditado una grave adicción, que trascendiera el mero consumo abusivo, aún resultaría necesario conectar esa adicción con el concreto delito cometido; que en el específico caso de autos resultaría harto extraño, encontrar la relación de causalidad entre la adicción a la heroína o las benzodiazepinas y los abusos sexuales continuados sobre la menor.

4. En cuanto al motivo sustentado en el art. 849.1 CP , que permite examinar en esta sede el ejercicio de subsunción jurídica realizado en la sentencia de instancia, exige un respeto absoluto al relato de los hechos declarados probados, a la intangibilidad del relato histórico; y sucede que en su contenido ninguna alusión se contiene a que actuase a causa de sus adicciones, sino al contrario, que expresamente se indica:

El acusado tiene antecedentes médicos de dependencia a la heroína y a las benzodiazepinas y desde febrero de 2012 hasta noviembre de 2014 se mantuvo abstinentes al consumo de la heroína y con un consumo abusivo de benzodiazepinas sin criterios de dependencias.

Consecuentemente el motivo necesariamente ha de desestimarse.

CUARTO. - El cuarto motivo lo formula por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3º la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haber omitido la Sala de instancia pronunciarse sobre la atenuante invocada al amparo del artículo 21.7º del Código Penal .

1. Argumenta que se ha omitido por la Sala la resolución o pronunciamiento correspondiente, al respecto de la atenuante invocada en relación con el artículo 21.7º del Código Penal , a pesar de haberse interesado en las conclusiones definitivas que en caso de desestimación de la atenuante segunda, se aplicara entonces esa circunstancia de drogadicción del acusado como atenuante por analogía.

2. Motivo que debe ser desestimado, pues como informa el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, el razonamiento del Tribunal supone el rechazo de forma absoluta de la incidencia que el consumo de tóxicos por parte del Sr. Iván haya tenido algún tipo de incidencia en los hechos. Tal consideración supone el rechazo a valorarlo en cualquier intensidad que se pretenda; pues como indica la jurisprudencia de esta Sala no existirá incongruencia omisiva cuando los razonamientos de la Audiencia son incompatibles con una pretensión jurídica sostenida por la parte en sus conclusiones, de forma que los argumentos empleados sirvan simultáneamente no solo para afirmar otra alternativa sino también para negar la pretensión cuya falta de respuesta se denuncia. Ello es consecuencia del análisis lógico de la respuesta judicial (STS 579/2017, de 19 de julio).

Así, además del análisis de informe pericial del Instituto de Medicina Legal de Santa Cruz de Tenerife, argumenta como tanto la menor refiriéndose a los episodios de abusos, como su madre en el momento inmediato de recoger a la menor finalizado el régimen de visitas, indican que el acusado, "unas veces venía drogado y tras no"; lo que conlleva que ni siquiera resulte acreditado el mero consumo abusivo de estupefacientes en todas las ocasiones de abuso.

Y sucede además, que la parte recurrente no ha acudido previamente a las previsiones del artículo 161 de la LECr . y 267 de la LOPJ , lo que esta Sala ha considerado necesario, en la medida en la que tratan de evitar la devolución de las causas a los Tribunales de origen por razones que pueden examinarse y resolverse por el mismo Tribunal que dictó la resolución que ha omitido la debida respuesta a una pretensión oportunamente planteada (vd STS 550/2017, de 12 de julio entre otras muchas).

QUINTO. - En materia de costas rige el art. 901 LECr ., que para caso de desestimación del recurso, prevé su imposición al recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

NO HABER LUGAR al recurso de casación formulado por la representación procesal de **D. Iván** contra la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera , seguida por delito de abusos sexuales contra el mismo. Condenamos a dicho recurrente al abono de las costas ocasionadas por su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco