



Roj: **STS 2612/2004** - ECLI: **ES:TS:2004:2612**

Id Cendoj: **28079120012004100444**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/04/2004**

Nº de Recurso: **1082/2003**

Nº de Resolución: **511/2004**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Abril de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de Ángel Jesús , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, Sección Segunda, que le condenó por delito de agresión sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Roch Nadal y como recurrida Dña. Esther representada por el Procurador Sr. Navarro Gutierrez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de La Laguna, instruyó sumario 1/02 contra Ángel Jesús , por delito de agresión sexual, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, que con fecha 28 de septiembre de dos mil tres dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "El procesado, Ángel Jesús , mayor de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, sobre las 7#00 horas del día 1 de marzo de 2002 regresó al domicilio familiar (sito en el nº NUM000 de la C/ DIRECCION000 de Punta del Hidalgo) después de haber llevado al trabajo a su esposa Esther .

En el domicilio familiar se encontraba únicamente una de las hijas del procesado, Amanda , nacida el 29 de mayo de 1987, quién se disponía a ir al colegio.

El procesado apenas cruzó un par de palabras con su hija la expetó:"sabes que venía pensando en el coche, en echarte un polvo e irme de la isla", para despues proponerla que podía ayudarle a dejar el alcohol echando un polvo".

El procesado agarró fuertemente por las manos a su hija, haciéndola sangrar por lo que ésta fue a lavarse al baño corriendo, siguiéndole aquél, y preguntándole si esa sangre se la había hecho él.

El procesado le preguntó "si le quería ayudar", a lo que Amanda contestó que no, dirigiéndose a su habitación para coger los libros, adonde el procesado la sigue, con una toalla le tapa la boca, dificultándole la respiración, la empuja fuertemente contra una litera para luego tirarla al suelo, colocándose encima de la menor y teniéndola así inmovilizada le quita la totalidad de las ropas, repitiéndole que era su "obsesión", y que no le llamara "papi" sino Ángel Jesús .

El procesado le dijo que la desnudaba sólo para verla; Amanda intentó vestirse, impidiéndoselo el procesado.

Acto seguido la llevó a la habitación de matrimonio, se quitó los pantalones mientras la tenía agarrada con una mano, y después de tocarle todo el cuerpo con las manos y la lengua, la penetró por vía vaginal.

Como la situación de forzamiento no le daba al procesado el placer que pretendía acabó masturbándose y eyaculando fuera de la vagina de la menor, pero sobre el cuerpo de ésta.



Amanda comunicó el hecho, mediante su teléfono móvil, a su madre, Esther , dirigiéndose ambas con carácter inmediato al Hospital Universitario, donde explorada por los facultativos observaron a la menor las siguientes lesiones:

Contusión en región infraorbitaria y molar izquierda, contusión paranasal derecha; erosiones en dorso de la mano derecha a nivel de metacarpiano y base del segundo dedo; erosión lineal oblícua en la cara paramilar interna de la mama derecha que afecta a la aureola; dos erosiones lineales en fosa ilíaca izquierda, erosión en forma de L en fosa ilíaca derecha y contusión en cara externa del muslo derecho.

En la zona genital se apreció zona eritematosa a nivel de la horquilla (?) del introito vaginal. En la exploración médico-forense se recogió del muslo derecho de la menor semen, cuyos marcadores genéticos coinciden con los correspondientes al acusado.

El procesado con anterioridad al hecho relatado, guiado por el ánimo de obtener una satisfacción sexual, de forma reiterada y desde que Amanda contaba con ocho años de edad acudía a su dormitorio, la desnudaba y tocaba todo su cuerpo pero en especial la zona genital.

Los hechos ocurrieron con frecuencia, siendo desde luego en más de tres ocasiones, acaeciendo la última aproximadamente dos meses antes del hecho ocurrido el 11 de marzo de 2002.

Los hechos fueron denunciados en las dependencias de la Policía Nacional el día 11 de marzo de 2002, por la madre de la menor Esther ."

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Ángel Jesús como autor responsable de un delito de agresión sexual, (violación), y otro continuado de abuso sexual sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de:

a) Por el primer delito doce años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre referida hija por tiempo de 6 años; b) y por el delito continuado de abuso sexual, 2 años y 6 meses y 1 día de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo.

Codenándolo igualmente al pago de las cotas procesales así como que abone a Amanda la cantidad de 3.000 €.

Reclámese del Instructor la Pieza de Responsabilidad Civil, y para el cumplimiento de la pena principal que se impone en esta Resolución, le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta Causa."

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Ángel Jesús , que se tuvo 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 del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del art. 24 de la Constitución Española (derecho a la presunción de inocencia).

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los arts. 178, 179, 180 y 181 del Código Penal, en relación con el art. 666.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los arts. 20.2, 21.1, 66.4 y 68 del Código Penal.

CUARTO.- Al amparo del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (falta de claridad en los hechos probados).

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 15 de Abril de 2004.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia cuya impugnación casacional conocemos condena al recurrente como autor de un delito continuado de abusos sexuales y otro de agresión sexual contra la que formaliza una impugnación



que articula en cinco motivos, sustancialmente referidos a la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En el primero, formalizado al amparo del art. 24 de la Constitución denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. En el desarrollo de la impugnación refiere que la declaración inculpativa de la víctima, la hija, su declaración no es persistente, variandola en las sucesivas declaraciones, y no aparece corroborada por elementos de prueba ajenos a esa declaración y los que existen son insuficientes. Así relata que las periciales psicológicas no son contundentes en el contenido inculpativo de la declaración; la pericial médico forense relata unas lesiones en la zona vaginal que pueden ser compatibles con relaciones sexuales consentidas y la pericial sobre localización de líquido seminal, como fue encontrado en la cama es compatible y no es extraño que fuera del propio recurrente aunque no relacionado con la penetración forzada de la hija.

El motivo se desestima. Al respecto hemos señalado que, la presunción de inocencia, señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia. 31/81, de 28 de julio, "ha dejado de ser un principio general del derecho que ha informado la actividad judicial (in dubio pro reo) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos". En reiterados precedentes hemos declarado que la presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es imputada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico, antijurídico, penado por la ley y que pueda ser atribuido, en sentido objetivo y subjetivo, al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En términos generales, la jurisprudencia ha destacado la naturaleza reaccional del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo tanto no necesitado de un comportamiento activo de su titular, que se extiende sobre dos niveles:

- a) fáctico, comprensivo tanto de la acreditación de hechos descritos en un tipo penal como de la culpabilidad del acusado, entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho de una persona.
- b) normativo, que abarca tanto a la regularización en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizará a través de la necesaria motivación que toda sentencia debe tener.

Corresponde al tribunal de casación comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo.

La sentencia impugnada fundamenta, en los términos prevenidos en el art. 717 de la Ley procesal, la convicción obtenida por las testificales que ha percibido directamente. Así destaca la testifical de la víctima y ha tenido en cuenta la documentación de las actuaciones de investigación, las periciales médicas y los informes psicológicos realizadas por los psicólogos adscritos al Decanato de los Juzgados. También ha tenido en cuenta la declaración de la madre de la menor que corrobora los extremos de la declaración de la víctima.

Esta declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Encuadrada en la prueba testifical, su valoración corresponde al



tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la practica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre hechos percibidos sensorialmente.

Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial. Por ello las afirmaciones del recurrente negando credibilidad a las declaraciones de la perjudicada son de difícil aceptación en la medida en que sólo el tribunal de instancia ha dispuesto de esta herramienta esencial de la valoración de la prueba. En ocasiones, la jurisprudencia de esta Sala ha suministrado criterios de valoración, como los que recoge la propia sentencia y que el recurrente, a su vez, reitera, como son la ausencia de incredibilidad subjetiva, derivadas de relaciones entre agresor y víctima u otras circunstancias; persistencia en la incriminación a lo largo de las sucesivas declaraciones y, en la medida posible, que el testimonio incriminatorio aparezca corroborado por acreditamientos exteriores a la declaración de la víctima.

Estos criterios no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y ha de ser racional (art. 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la ley exige sea racional. Señalado lo anterior comprobaremos respecto en los dos delitos objeto del proceso, los abusos sexuales y la agresión sexual la existencia de la precisa actividad probatoria. El recurrente centra su empeño en negar credibilidad a la perjudicada, hija del acusado y de una edad al tiempo de los hechos de 13 años. Afirma que la pericial médica niega patología alguna en el acusado y que tiene hijas mayores con las que ha convivido sin que haya existido ningún problema, antes al contrario, las hijas declararon en el juicio a favor del acusado, desconociendo los hechos y manifestando su extrañeza sobre la denuncia. Estos particulares expresados no pueden conferir una especie de impunidad para hechos posteriores por lo que el motivo se centra sobre la credibilidad de la víctima y ese apartado es difícil de valorar por esta Sala, u otra que no haya estado presente en el desarrollo de la prueba personal, pues no ha presenciado esa prueba, aunque sí puede realizar una valoración sobre la suficiencia de la prueba y sobre el sentido de cargo que la misma tiene, así como sobre la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal de instancia. En otros términos la constatación documental de las afirmaciones no permiten afirmar, o negar, la credibilidad de su testimonio. Ahora bien esa constatación documental y la motivación del tribunal en la sentencia permite adentrarnos en la suficiencia y en la racionalidad de la actividad probatoria.

Desde esta perspectiva comprobamos estas exigencias en los dos delitos por los que ha sido condenado.

En primer lugar el delito de abusos sexuales. La actividad probatoria básica es la declaración de la víctima que relata lo hechos, los sitúa temporal y espacialmente, indicando el lugar en el que ocurrieron y la fecha de su ejecución. Esta declaración, de por sí suficiente para enervar el derecho fundamental, aparece corroborado por la declaración testifical de la madre que relata uno de los hechos que el recurrente admitió. Aquel hecho determinó una separación de los padres, desconociendo otros sucesos porque la misma hija se los negó por miedo a ser responsable de la separación de los padres. La pericial psicológica realizada, si bien manifiesta que no puede pronunciarse sobre la credibilidad de la menor, por la edad que tiene y no ser fiables los estudios, sí que expresa que la menor presenta una sintomatología acorde con experiencias de abuso, las cuales narra y somete al tribunal.

Esta pericial psicológica aporta un elemento de corroboración a la declaración de la víctima de singular importancia. Se trata de una pericial que suministra datos ajenos al círculo de afectados, de la familia, que corrobora la conducta que se denuncia.

Las notas de persistencia, corroboración y ausencia de incredibilidad subjetiva que han sido apreciadas por el tribunal de instancia, extraídas desde la valoración de la testifical de la víctima aparecen corroboradas por la pericial que tras su intervención llega a la misma conclusión sobre la realidad de los hechos probados. Podemos afirmar, pues, el funcionamiento de controles que permiten confirmar la convicción del tribunal.

Con relación al delito de agresión sexual su acreditación resulta de las declaraciones de la menor, de la madre de la menor, que inmediatamente después de los hechos manda a su hija al hospital para un reconocimiento médico y los médicos conforman la existencia de lesiones, en la zona vaginal y en otras partes del cuerpo, concluyendo con la existencia de la agresión, no tanto por las lesiones vaginales sino por las expuestas en los informes médicos ratificados en el juicio oral. Además, el Instituto Nacional de Toxicología conforma la presencia de líquido seminal en la sábana que fue recogida por la policía tras la denuncia también este líquido seminal fue recogido en los muslos de la menor. El propio recurrente en sus iniciales declaraciones en comisaría de policía y en el juzgado no niega la realidad de la denuncia sino que se limita a decir que no



recuerda y que si su hija lo dice será verdad, lo que es conformado por los funcionarios policiales que acudieron al lugar de los hechos y detuvieron al acusado.

Esta actividad probatoria es objeto de una valoración racional, conforme al art. 717 de la Ley procesal, por el tribunal de instancia que llega a la convicción sobre su realización por lo que el derecho en el que fundamenta la impugnación ha sido correctamente enervado.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos de la oposición denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba para lo que designa el informe psicológico, en relación con el delito de abusos sexuales, y el informe medico de urgencias con relación a la agresión sexual.

El motivo se desestima. Hemos de recordar que la prueba pericial puede ser considerada, de manera excepcional, documento acreditativo de un error cuando verse sobre aspectos científicos de los hechos, sean coincidentes en sus conclusiones y el tribunal, careciendo de otros acreditamientos en la materia, se aparte de sus conclusiones de forma acientífica o irracional. Desde esta premisa hemos de constatar que el juicio sobre la credibilidad de un testigo no es un hecho científico aunque sí un instrumento de ayuda a la valoración de la prueba testifical que el tribunal debe percibir de forma inmediata, atento al contenido de la declaración, tanto en lo referente a lo relatado por el testigo, como a la seguridad de su afirmación, reacciones que provoca etc., en definitiva, el contenido de la inmediación que es un instrumento de la valoración de la prueba por el tribunal de instancia. En esa función no puede ser sustituido por un perito aunque los criterios que proporciona puedan ser tenidos en cuenta, como así ha ocurrido y el tribunal se refiere a ellos en la argumentación de la prueba.

El informe psicológico, no obstante lo anterior, sí refleja en la menor un alto grado de credibilidad, aunque no se hayan realizado estudios concretos por las razones que expresa, en función de la objetivización de situaciones compatibles con abusos en el seno de la familia. Con relación a la agresión sexual, el informe detalla el alto nivel cognitivo en la narración de los hechos.

Las periciales médicas sobre las lesiones padecidas por la menor adquieren en este supuesto una especial relevancia pues se trata de una imputación de hechos que ha dejado vestigios lesivos en ella. Los médicos en el juicio oral afirman la corroboración de la denuncia de agresión no tanto por las lesiones vaginales, que pueden ser compatibles con una relación consentida sino por el resto de las lesiones en el cuerpo.

Ningún error resulta de los periciales designadas y el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- En el tercer motivo denuncia el error de derecho producido en la sentencia al aplicar indebidamente los arts. 178, 179, 180, 181 y 20.2 y 21.1 del Código penal.

Toda la argumentación del motivo va referida a negar la condición de hecho probado del relato fáctico de la sentencia, lo que ya aboca a la desestimación del motivo que, precisamente, ha de partir del respeto al hecho declarado probado y que afirma, como tal hecho probado, la realización de un acto agresivo contra la libertad sexual de la hija del acusado y de anteriores actos atentatorios a esa misma libertad.

Respecto a las eximentes y atenuantes postuladas carecen de reflejo en el hecho probado y la pericial sobre las mismas evidencia la normalidad del acusado en la ejecución de los hechos.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

CUARTO.- Denuncia en el cuarto de los motivos la falta de claridad del relato fáctico al que tacha de oscuro y de no expresar de forma concluyente o categórica los hechos que se sometieron a debate.

El motivo se desestima. El vicio procesal que denuncia parte de una redacción fáctico de difícil comprensión de manera que las afirmaciones contenidas en el relato resulten incomprensibles y se dificulte la formalización de una defensa, a través del recurso de casación, por la falta de claridad del relato que se ataca.

No es este el supuesto del hecho probado de la sentencia impugnada que refiere de forma clara unos hechos ocurridos con anterioridad. Así, la relación sobre la existencia de la agresión contiene los datos precisos para la subsunción en el tipo penal, la agresión, el empleo de intimidación y fuerza para la consecución de un acto agresivo a la libertad sexual, describiendo la penetración y la fuerza. Con relación a los hechos subsumidos en el tipo penal de los abusos se relatan las ocasiones en que se produjo y en qué consistieron los hechos, desnudándola y tocándola sobre todo en la zona genital, hechos que ocurrieron desde los ocho años hasta dos meses antes de la agresión sexual.

QUINTO.- Denuncia en el último motivo el quebrantamiento de forma por la incongruencia omisiva en el que incurre la sentencia.

La sentencia penal debe dar respuesta a todos y cada una de las pretensiones jurídicas sostenidas por las partes del enjuiciamiento. La sentencia incongruente, por falta de respuesta a esas pretensiones lesiona, desde



esta perspectiva, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en cuanto el tribunal deja de dispensarla al no responder a una pretensión que se integra como elemento del objeto del proceso.

Son requisitos del motivo impugnatorio:

- a) La incongruencia denunciada debe referirse a cuestiones jurídicas planteadas a la calificación jurídica.
- b) La sentencia impugnada no resuelve adecuadamente la pretensión deducida.

La lectura de los escritos de calificación evidencia que el tribunal ha dado respuesta a las pretensiones de la defensa. Así consta que ésta planteó una calificación de defensa en sentido absolutorio, negando la realidad de los hechos imputados y, alternativamente, la conformidad con la calificación de la acusación, a excepción de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y a esa calificación da respuesta el tribunal de instancia afirmando la realidad de los hechos y la no concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sin que la alegada prescripción de los hechos subsumidos en el abuso forme parte de los escritos de defensa, por otra parte inexistente dada la relación fáctica que se relaciona.

El motivo, consecuentemente, se desestima.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación del acusado Ángel Jesús , contra la sentencia dictada el día 28 de Septiembre de dos mil tres por la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, en la causa seguida contra el mismo, por delito de agresión sexual. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Martín Pallín Andrés Martínez Arrieta Juan Saavedra Ruíz Francisco Monterde Ferrer Diego Ramos Gancedo

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.