

Roj: **STS 518/2002** - ECLI: **ES:TS:2002:518**Id Cendoj: **28079120012002102401**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/01/2002**Nº de Recurso: **1583/2000**Nº de Resolución: **104/2002**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil dos.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Gregorio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Primera, por delito de agresión sexual y violación, 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. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Puyol Montero.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Molina de Segura, instruyó Sumario nº 1/97, contra Gregorio, por delito de agresión sexual y violación, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Primera, que con fecha 10 de Mayo de 1999 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Que son hechos probados y así se declaran en la presente instancia, que Dña. Teresa y sus dos hijas Carolina y Lina, nacidas el 27 de marzo de 1.981 y 24 de diciembre de 1.983, respectivamente, venían conviviendo desde el mes de septiembre de 1.987, con el procesado Gregorio, nacido el 26 de septiembre de 1.952 y sin antecedentes penales, como pareja, en la vivienda propiedad de la familia de éste, sito en la CASA001, próxima a Canteras, término municipal de Cartagena. Como consecuencia de tal relación el procesado gozaba de plena confianza y aceptación de los miembros de dicha familia.- En fechas no determinadas exactamente pero comprendidas entre el verano de 1.994 y el mes de septiembre de 1.996, el procesado aprovechando la circunstancia de cuando todos los moradores estaban dormidos, iba al dormitorio de las niñas y se introducía en la cama en la que dormía Carolina, comenzando a tocarle los pechos y la vagina, llegando a besarla y a coger la mano de la menor para que le tocara los genitales. Hechos que vino el procesado realizando de forma habitual quedando acreditado 6 veces.- Asimismo en fechas no determinadas pero comprendida en el mismo periodo de tiempo ya citado y antes del verano de 1.996, y en dos ocasiones el procesado después de introducirse en la cama de Carolina, consiguió por la fuerza vencer su resistencia y penetrarle vaginalmente, causándole a la menor un fuerte dolor.- La vivienda en donde convivían tenía dependencias sin puertas en las habitaciones.- Como consecuencia de lo acontecido, la menor Carolina ha padecido unas secuelas psíquicas, presentando una personalidad insegura, además con dificultades para volver a la normalidad, estando recibiendo tratamiento terapéutico a través de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Cartagena.- SEGUNDO.- Las consecuencias fácticas que anteceden han sido declaradas de conformidad con el uso de lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de lo establecido en el art. 120.3 de la Constitución, tras valorar las manifestaciones de los asistentes al acto del juicio oral, la declaración del acusado, y los testimonios de la perjudicada, su hermana, madre, y demás prueba pericial practicadas de indicios médico-forenses, y psicológicos y la documental aportada a los autos, y dada por reproducida". (sic)

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



"FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado Gregorio , como autor de dos delitos de violación ya definidos, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a dos penas de TRECE AÑOS cada una de reclusión menor, y accesorias correspondientes, y como autor de seis delitos de agresión sexual, ya definidos a la pena de DOS AÑOS de prisión por cada uno de ellos. Debiendo indemnizar en concepto de daño moral a la menor en la representación de su legal representante en la cantidad de DIEZ MILLONES de pesetas, con expresa condena en las costas causadas en la presente instancia, incluyendo las de la acusación particular.- Para el cumplimiento de la pena personal que se impone, sea de abono la totalidad de tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, sino le ha sido computada en otra, con los límites contenidos en el Código Penal de 1.973, por ser la legislación penal aplicable, más beneficiosa, y firme que sea esta sentencia, comuníquese la causa al Registro Central de Penados". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Gregorio , 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 CASACION:

PRIMERO: Por error en la apreciación de la prueba del art. 849.2 de la LECriminal.

SEGUNDO: Por Quebrantamiento de Forma del art. 850.1º de la LECriminal.

TERCERO (apartado B del recurso): Por Quebrantamiento de Forma del art. 851.1º de la LECriminal.

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

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 23 de Enero de 2002.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia el día 10 de Mayo de 1999 condenó a Gregorio como autor de dos delitos de violación y seis delitos de agresión sexual a las penas de trece años de prisión por cada delito de violación y dos años por cada uno de los seis delitos de agresión, con los demás pronunciamientos contenidos en el fallo.

Contra dicha resolución se ha formalizado recurso de casación por el condenado, a través de dos motivos.

El primer motivo, por el cauce del error fundado en prueba documental trata de cuestionar la credibilidad de la víctima –la hija, Carolina , de su compañera sentimental–, que a la sazón tenía entre 13 y 15 años en los años en los que ocurrieron las agresiones sexuales enjuiciadas –verano 1994 a Septiembre de 1996–.

Como documentos acreditativos del error en el que se dice ha incurrido la Sala de instancia, se citan por el recurrente unos recortes de periódicos obrantes a los folios 97 y 98 de las actuaciones, en relación a unas supuestas denuncias de la menor/víctima contra su abuelo que tuvieron resonancia en la prensa regional, cita que se efectúa con la finalidad de cuestionar la credibilidad de la menor Carolina , y su capacidad de fabulación. También se citan los folios 136 y 137 referidos al testimonio de una sentencia recaída en juicio de faltas sobre vacaciones en la que la madre de la menor, Teresa , contra Evaristo , Olga y Marcos .

El motivo no puede prosperar por falta del documento en el preciso sentido casacional del término –por todas STS de 10 de Noviembre de 1995– que actúa como presupuesto de admisibilidad. En efecto, los dos documentos citados, ni lo son a efectos casacionales, ni son literosuficientes, ni se refieren a los hechos enjuiciados. En realidad la argumentación discurre por cauce diferente a los propios del motivo casacional empleado, pues todo el se centra en cuestionar la credibilidad del testimonio de la víctima, para extraer de ello la violación del derecho a la presunción de inocencia, ello supone una patente contradicción del recurrente, pues si el cauce del motivo parte de un error en la valoración de la prueba –prueba existente y de naturaleza documental–, no puede en la argumentación alegar vulneración del derecho a la presunción de inocencia pues esta descansa en un vacío probatorio.

Al respecto, debemos recordar que existe una reiterada doctrina que estima suficiente como prueba de cargo la declaración de la víctima en delitos contra la libertad sexual, por ser lo usual que se produzca en la soledad entre agresor y víctima, no debiendo sufrir ésta las consecuencias de un escenario elegido por el agresor. Dicho en palabras de la sentencia de esta Sala de 24 de Noviembre de 1987, nadie ha de sufrir el perjuicio de que el suceso que motive el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado –idem STS 1845/2000 de 5 de Diciembre–.



Esta Sala, en relación al testimonio de la víctima ha determinado que su credibilidad debe venir acreditada desde la triple perspectiva de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia. En este control casacional se comprueba que la Sala de instancia ha examinado dicha declaración desde este triple aspecto, con el resultado de superar el examen, ya que la declaración de la menor fue persistente y sin contradicciones tanto en fase sumarial –incluido un careo con el recurrente, folio 115– verosímil y sin existencia de datos que pudieran acreditar una previa enemistad u otro motivo espurio, existen además otras corroboraciones como las declaraciones de la hermana y de la prima, la propia contradicción en que incurre el recurrente al afirmar o insinuar que su hijo ha tenido relaciones con Carolina, lo que el propio hijo del recurrente niega, y, en fin, la pericial médica relativa a la infección vaginal sufrida por Carolina y la pericial psicológica –folio 194– que es contundente en el sentido de no existir vestigios de fabulación en el relato que ofrece Carolina coincidente con el informe forense emitido en el Plenario, todo este acervo constituye el suficiente caudal probatorio en el que se fundamentó de forma cumplida la sentencia condenatoria.

Procede la desestimación del motivo.

Segundo.- El segundo motivo, por el cauce del Quebrantamiento de Forma –850-1º y 851-1º– se integra en realidad por dos denuncia autónomas que serán estudiadas separadamente.

La primera denuncia, por inadmisión de pruebas que la conecta con la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa, a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba.

Fueron tres las pruebas denegadas en la instancia. La primera se refería a la no incorporación de una serie de fotografías tendentes a acreditar la ubicación de las distintas habitaciones y que estas carezcan de puertas. La segunda se refería a la confección de un estudio psiquiátrico del acusado, para valorar su personalidad, y la tercera se refería también a la pericial médica propuesta de la doctora Mariana, que atendió a Carolina unos cuatro meses antes de la denuncia, con ocasión de una infección vaginal. Consta al folio 60 el parte médico, y al folio 72 la declaración de la doctora en sede judicial, en la que manifiesta, que a la vista de la infección que presentaba Carolina, y que la misma suele tener por causa las relaciones sexuales, en un momento en que la doctora se quedó sola con Carolina le preguntó si había mantenido relaciones sexuales, respondiéndole aquella que no. Es en base a esta manifestación que el recurrente propuso la pericial médica de la citada doctora.

En relación a la primera, su innecesariedad es patente pues el dato que se pretendía acreditar –que las habitaciones carecían de puerta– es un hecho probado y como tal consta en el factum.

La prueba pericial psiquiátrica propuesta para su práctica antes del Plenario fue rechazada en el auto de 21 de Diciembre al no venir propuesta en forma, no efectuándose protesta alguna ante la denegación, si bien en el Plenario reiteró la petición de dicha prueba pericial-psiquiátrica.

La prueba pericial médica de la doctora Mariana, fue admitida, si bien el día anterior al inicio del Plenario primero por telegrama y seguidamente por fax comunicó la doctora la imposibilidad de asistir por encontrarse en Barcelona. También en este caso la representación del recurrente solicitó la suspensión de la Vista y señalamiento de otro día en el que pudiera asistir la perito para la práctica de la pericia.

En ambos casos, la decisión de la Sala, tras el trámite de audiencia al resto de las partes personadas, que se opusieron, fue el de no acceder a la suspensión, con protesta de la representación del recurrente. Ello supone que desde un punto de vista formal, constan cumplidos los requisitos legales de petición de prueba y protesta por la inadmisión, exigidos para la admisibilidad del motivo, previstos en el art. 884-5º LECriminal, en relación a la pericial de la doctora Mariana, no así en relación a la pericial-psiquiátrica del recurrente porque no se formuló protesta temporáneamente tras la denegación por auto de 21 de Diciembre, y la protesta formulada en el Plenario, al hilo de la ausencia de la doctora antes citada, no cubre las exigencias legales pues hubo un previo aquietamiento con la denegación, ello supone que en relación a la pericial-psiquiátrica el motivo incurre en la causa de inadmisión quinta del art. 884 de la LECriminal.

Debemos pasar seguidamente al estudio de la necesidad de la prueba pericial denegada relativa a la doctora Mariana.

En efecto, partiendo del principio comúnmente admitido de que el derecho a la prueba no es ilimitado –la misma noción de derecho es contraria a la de exceso o abuso–, existe una consolidada y unánime doctrina jurisprudencial, tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional, que estima que sólo la prueba necesaria, es decir, aquella que es fundamental e imprescindible para la formación de la convicción del juzgador y por tanto capaz de producir una efectiva lesión en sus derechos, tiene relevancia constitucional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa, a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios – SSTS 148/2000 de 31 de Enero y 642/2000 de 19 de Abril y las en ella citadas, tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional–.



Ello exige del postulante de indefensión por la denegación indebida de pruebas, que ha de demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas, y de otro lado debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia.

Al respecto, nada ha razonado ni argumentado de forma convincente el recurrente. En relación a la pericial de la doctora Mariana –no propuesta en forma pues tratándose de Sumario ordinario tendrían que haber sido dos peritos como exige el art. 459 LECriminal–, debemos recordar que su pericia sólo podía tener relación con la infección vaginal de que trató a la menor Carolina. Se refiere el recurrente en el motivo a la conversación que mantuvo con ella relativa a si había mantenido relaciones sexuales y a la respuesta recibida en sentido negativo. De un lado, este dato ya constaba a la Sala sentenciadora al obrar al folio 72 la declaración de la doctora, y de otro la naturaleza de este conocimiento no constituye un dictamen pericial sino más bien una declaración propia de un testigo que narra lo que otro le ha contado, porque no hubo una exploración ginecológica, más allá del tratamiento médico por la infección que Carolina presentaba –vulvovaginitis–.

La prueba, desde estas reflexiones aparece claramente como innecesaria con la consecuencia de no haberse producido ninguna de las vulneraciones de derechos alegadas.

Sobre la prueba pericial-psiquiátrica del propio recurrente, con lo razonado más arriba es suficiente para la desestimación, no obstante, y con el fin de dar una más cumplida respuesta desde el principio de tutela judicial efectiva y eliminar toda duda sobre una lesión a derechos protegidos constitucionalmente, pasaremos brevemente a estudiar dicha prueba desde su necesidad. Un examen de las actuaciones pone de manifiesto que en el momento de la detención rechazó el reconocimiento médico –folio 10–, durante la tramitación del Sumario, en la que el recurrente dispuso de asistencia letrada, no se solicitó examen psiquiátrico ni de ningún otro tipo respecto del mismo, antes bien toda la estrategia de defensa fue dirigida a acreditar una confabulación contra el recurrente –en tal sentido, escrito obrante al folio 57 y siguientes–.

Ni en el escrito de proposición ni en la formalización del motivo, el recurrente ha argumentado mínimamente la existencia de hechos cuya probanza haya sido obstaculizada por la denegación de la prueba que denuncia, ni tampoco ha efectuado razonamiento alguno en el sentido de que el resultado final hubiera podido ser otro, al respecto basta reseñar que en el motivo, por toda explicación dice textualmente en favor de la práctica de la prueba: "...ya que se entendía vital un estudio psiquiátrico sobre el propio acusado, para valorar su personalidad y estudiar las posibilidades de que cometiera tan horribles crímenes....".

En tal situación, la prueba ni era pertinente ni necesaria.

Procede la desestimación de la primera denuncia que integra el motivo.

La segunda denuncia, por el cauce del art. 851-1º dentro del mismo motivo denuncia como infringido el derecho a la motivación de sentencia y al principio acusatorio en relación a la indeterminación de la forma y fechas en las que se produjeron los hechos, lo que supone falta de claridad en los hechos probados.

La censura se centra en que en el factum se señala como épocas de comisión de los delitos el periodo comprendido entre el verano de 1994 y el mes de Septiembre de 1996, y que se señalan dos penetraciones vaginales y seis tocamientos en vagina y pechos.

El error in procedendo que se denuncia no existe. El relato es claro, comprensible y sin oscuridad alguna. El recurrente confunde la indeterminación en cuanto a los días concretos en los que se produjeron los hechos, con oscuridad en el relato. Aquella falta de precisión no lleva a esta. En efecto, suele ser frecuente en agresiones sexuales producidas dentro del ámbito familiar, que la denuncia se produzca después de un largo periodo de tiempo, en el que por razones obvias se ha perdido la memoria en la víctima de las fechas concretas en que se produjeron las mismas, reteniéndose sólo, la entidad de la agresión y el número, aproximado de agresiones. Esto es lo que ha ocurrido en el caso de autos.

La menor, Carolina, en relación a las penetraciones vaginales, concreta desde el principio –exploración en sede judicial de fecha 14 de Enero de 96, folio 3–, y reitera en el Plenario, que fueron en dos ocasiones, y ese es el número que consta en el factum, aunque sin precisar la fecha. En relación a los tocamientos, siempre se refiere a varias ocasiones. Concretamente en el Plenario se refiere a dos o tres veces por semana el primer año. Se trata de un número indeterminado pero que ha tenido una drástica disminución fijándose en el factum en seis veces durante todo el periodo, bien que en la fundamentación no de explicación de tal número. No obstante, tal silencio no convierte en falta de claridad el factum, ni en carente de fundamentación y atentatorio del principio acusatorio porque se concretó una muy importante disminución del número de agresiones sexuales en relación a las peticiones de las partes acusadoras, que fijaron en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas 104 agresiones y en el factum se señalaron seis, y porque en definitiva los efectos prácticos en el orden penológico, todavía se reducen más desde la regla que determina el máximo de cumplimiento efectivo



de la pena en atención al triple de la máxima, que en este caso, incluso excede del límite objetivo de treinta años que se señala en el art. 72 del Código Penal de 1973, por el que se han sancionado los hechos.

El motivo debe ser desestimado.

Tercero.- De conformidad con el art. 901 LECriminal procede la imposición de las costas al recurrente.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación legal de Gregorio contra la sentencia dictada el día 10 de Mayo de 1999 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia, con imposición de las costas al recurrente.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y recurrente y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Primera, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Enrique Bacigalupo Zapater Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Pefecto Andrés Ibáñez Eduardo Moner Muñoz

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