



Roj: **STS 8588/1993** - ECLI: **ES:TS:1993:8588**

Id Cendoj: **28079120011993111101**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/1993**

Nº de Recurso: **2346/1992**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Diciembre de mil novecientos noventa y tres.

En el recurso de casación por INFRACCION DE LEY, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Melisa , como acusación particular, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, que condenó a José por delito de Abusos deshonestos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro siendo también parte el Ministerio Fiscal estando dicha recurrente representada por la Procuradora Sra. SANZ AMARO y el procesado José como recurrido, representado por el Procurador Sr.DELEITO GARCIA.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Cáceres instruyó sumario con el número 29/88 contra José y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cáceres que, con fecha 19 de junio de 1.992 dictó sentencia que contiene el siguiente HECHO PROBADO: "Que al mediodía del diecinueve de junio de mil novecientos ochenta y ocho, el procesado José , mayor de edad y sin antecedentes penales, tras presenciar un partido de fútbol Sala, con los componentes del equipo ganador tomó diversas cervezas en varios establecimientos de Aldea Moret. Más tarde, sobre las cinco aproximadamente en unión de su amigo Sebastián regresaron a Cáceres y se dirigieron al Bar la Giraldilla, en donde siguieron tomando otras cervezas y algún que otro bocadillo. Posteriormente se trasladaron a la Plaza Mayor, en donde estuvieron tomando cervezas y algún que otro cubalibre hasta aproximadamente las doce de la noche, hasta que Sebastián decide marchar a casa.

Una vez que Sebastián se marchara a su domicilio, el procesado se dirige con su vehículo a la barriada de la Madrila entrando en el pub Luis, ya en un estado de ingestión alcohólica no habitual ni buscado de propósito que mermaba sus capacidades volitivas e intelectivas, percatándose de la presencia en dicho bar de Melisa a la que conocía por haber trabajado con su mujer, la que se encontraba sola y acercándose a ella le dijo que la podría llevar a casa con su coche, contestándole aquella que no que se iba sola, marchando Melisa y quedando José para terminar la consumición que tenía en la barra. Acto seguido y sobre la una treinta del veinte de junio de mil novecientos ochenta y ocho, José decide marchar a su domicilio y cuando circulaba con su vehículo por la calle Gil Cordero a la altura del bar Lido, divisó de nuevo a Melisa invitándola a subir al coche, a lo que accedió aquella y sin oposición marcharon a la carretera de Salamanca desviándose al polígono de las Capallanias, donde José aparcó el vehículo iniciando una charla con Melisa , indicándole que le contara lo que le pasaba porque le parecía que se encontraba triste y deprimida en el transcurso de dicha conversación el procesado trata de atraerla hacia sí a Melisa con el objeto de besarla siendo repelido por aquella que le indicó la llevara a su casa. Como quiera que José siguiera insinuándose Melisa sale del vehículo diciéndole que se marchaba a casa a pie, el procesado igualmente sale del mismo y trata de asir a Melisa con la finalidad de hacerla subir de nuevo al vehículo, dando lugar a un forcejeo entre ambos cayendo al suelo. En tal posición poniendo una fuerte resistencia Melisa al extremo de tenerle el procesado que sujetar los brazos para posteriormente levantarla la falda y bajando así mismo la cremallera del pantalón



logrando sacar su miembro viril que poniéndolo en contacto entre los muslos de aquella y en un estado de gran excitación desparramó el semen en la parte inferior del bañador que Melisa vestía. Una vez recuperado José se quitó de encima de Melisa y empezó a vomitar y después de tomar un poco de aire fresco regresa al vehículo donde lo esperaba Melisa regresando a casa.

A la mañana siguiente Melisa denuncia lo ocurrido en comisaría, siendo trasladada a la Residencia San Pedro de Alcántara, donde es examinada ginecológicamente no observándose lesiones externas y extrayéndole el flujo vaginal en el que una vez examinado no se aprecian resto de semen".

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

FALLAMOS: Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al procesado José como autor criminalmente responsable de un delito de abusos deshonestos, ya definido con la concurrencia de la atenuante de embriaguez a la pena de SIETE MESES DE PRISION MENOR con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, pago de costas sin comprender las de la acusación particular y a que indemnice a la perjudicada en la suma de doscientas mil pesetas por los daños morales inferidos, siendo de abono para el cumplimiento de dicha pena todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa y se aprueba, por sus propios fundamentos, el auto de insolvencia que el Juez Instructor dictó y consulta en el ramo de responsabilidad civil.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por INFRACCION DE LEY, por Melisa 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.

4.- La representación de Melisa, basó su recurso de Casación en un UNICO MOTIVO:

Amparado en el número 1º del Art. 849 de la Ley, por entender infringido por aplicación indebida el art. 430 del Código penal, cuando debió aplicarse el art. 429.1º del mismo Cuerpo legal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y la representación del recurrido del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el oportuno señalamiento se celebró la votación prevenida el día 1 de diciembre de 1.993.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- El recurso plantea en un único motivo, amparándose en el nº 1º del art. 849.L.E.Cr., la infracción por su indebida aplicación del art. 430 C.P. y por falta de aplicación, la del art. 429.1º del mismo texto legal. Tras una confusa argumentación, en la que cita el art. 52 C.P. y parece aceptar que la violación se considere cometida en grado de tentativa, termina interesando se declare que los hechos constituyen un delito de violación, con la agravante 13ª del art. 10 y solicitando la condena de 20 años de reclusión menor, accesorias y costas.

Lo primero que hay que dejar claro es que, dada la vía casacional elegida y el obligado respeto a los hechos probados que tal vía impone, cualquier pretensión de calificar tales hechos como constitutivos de una violación consumada debe ser rechazada. La consumación de tal delito exige la totalidad de la acción típica, esto es la penetración del órgano sexual del sujeto activo en alguna de las cavidades típicas - "vaginal, anal o bucal" -, penetración que aunque no es exigible sea total, si requiere al menos una "conjunctio merubrorum", y contacto del órgano penetrante con los umbrales de la cavidad penetrada y un principio de "introito", de modo que, tratándose de una penetración vaginal, se superen los "labium majus", a partir de cuyo punto habrá que entender se produce ya una penetración vaginal (Ver, por todas, la Sentencia de 22 de septiembre de 1.992, que viene a recoger la tradicional doctrina de la Sala al respecto: así, Sentencias de 27 de diciembre de 1.984, 8 de febrero de 1.990 o 4 de abril de 1.991). Y es evidente que en el hecho de autos no sólo no hubo penetración ni siquiera mínima, sino tampoco aproximación de los órganos, en cuanto consta expresamente que el acusado "logrando sacar su miembro viril que poniéndolo en contacto entre los muslos de aquella, y en un estado de gran excitación desparramó el semen en la parte inferior del bañador" que la víctima vestía.

Lo único, pues que hay que dilucidar es si, dados los hechos probados, existió un delito de agresiones sexuales violentas y como entiende la Sala "a quo", o se dió una tentativa de violación, interrumpida por la eyaculación precoz del sujeto agente. La distinción entre esas dos modalidades delictivas, en las que la objetividad del comportamiento puede coincidir, radica en el elemento subjetivo o intencional: ánimo de penetrar a la víctima, propio de la violación, o simple ánimo de obtener por otro medio una satisfacción sexual o invadir la sexualidad de la víctima en forma distinta a la que prevé el art. 429. Lo que, como todo elemento subjetivo, perteneciente por ello al arcano de la interioridad intelectual y volitiva del sujeto, ha de inducirse de los elementos objetivos y externos de que el juzgador pueda disponer. Inducción que significa un ejercicio racional de valoración de tales elementos, en cuya valoración deben primar los criterios del Juez que percibió en forma inmediata la prueba



siempre que motive adecuadamente aquella inferencia. Por lo que, aunque como todo juicio de valor sea discutible en casación, no puede discreparse del juicio de la Sala sentenciadora más que cuando se evidencie como irracional o erróneo o dicha Sala haya prescindido de otros datos objetivos que aparezcan también probados y contradigan sus conclusiones.

En este caso el Tribunal "a quo" ha llegado a través de la inmediación y del uso del "principio pro reo" a la conclusión de que el acusado únicamente tenía el propósito de obtener un goce lúbrico a través de "los besos y toqueteo que ejerció sobre el cuerpo de la perjudicada", juicio de valor coherente con los hechos probados en los que sólo consta que le levantó la falda, pero no que intentara despojarla del bañador que vestía - condición que hubiera sido necesaria para poder realizar la penetración vaginal que le atribuye el recurso -, obteniendo una satisfacción sexual por el mero roce del pene con los muslos de su víctima. Por lo que, y no apareciendo como ilógica o incoherente esa apreciación de la Sala juzgadora, procede mantener la inferencia de la no existencia de un ánimo de yacimiento carnal y sí el propio de una agresión sexual.

El recurso debe ser desestimado.

### III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por INFRACCION DE LEY, interpuesto por Melisa , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 19 de junio de 1.992, en causa seguida a José , por delito de abusos deshonestos. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Y comuníquese la presente resolución a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa, que en su día se remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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