

Roj: **STS 992/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:992**Id Cendoj: **28079120012010100150**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/01/2010**Nº de Recurso: **10728/2009**Nº de Resolución: **1399/2009**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JOSE MANUEL MAZA MARTIN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Enero de dos mil diez.

En el recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal y por Eduardo , Amparo y Belarmino contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 3ª) por delitos de coacciones, amenazas, maltrato, contra la integridad moral y violación, 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. Jose Manuel Maza Martin, y estando dicho recurrentes representados por la Procuradora Sra. Montes Agusti.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Puerto Real instruyó Sumario con el número 3/2007 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Cádiz, con fecha 19 de marzo de 2009 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: " Fidela nació en Cádiz el 26 de noviembre de 1992. Desde muy temprana edad sus padres, los procesados Amparo y Eduardo , la confiaron al cuidado de la familia formada por Héctor y Rosana que vivía en Puerto Real. Fidela comenzó a ir al colegio en esta localidad pero no perdió la relación con sus padres con quienes permanecía en contacto y con quienes solía pernoctar los fines de semana.

Esta situación se mantuvo hasta aproximadamente marzo de 2005 cuando Amparo y Eduardo decidieron trasladar a Fidela a Mauritania, país del que son naturales. Una vez allí, Fidela conoció al procesado Belarmino con quien contrajo matrimonio en diciembre de 2005. Fidela permaneció en Mauritania hasta mediados del mes de abril de 2006 en que fue trasladada a España por su madre para que recibiese asistencia médica, pues se encontraba mal de salud sufriendo frecuentes mareos y desvanecimientos. Como la familia de Fidela no tenía dinero para el regreso, les fue facilitado por familia Héctor Rosana con quienes habían seguido manteniendo contacto.

Ya en España Fidela volvió al colegio y a residir, como antes de marcharse, con la familia Héctor Rosana , quienes se ocuparon de llevarle al médico para tratarle de sus dolencias observandole muy cambiada y retraída notando que se orinaba en la cama.

Mientras Fidela residía con la familia Héctor Rosana su madre Amparo la visitaba en ocasiones para obligarle a llamar por teléfono a Belarmino con el aparato que la propia Amparo le facilitaba. Como Fidela no quería y así se lo hacía saber a su madre Amparo , esta le forzaba a hacerlo dándole empujones y pellizcos en las piernas, diciéndole que si no accedía a ello le volvería a llevar a Mauritania, que le rompería la tarjeta de residencia, que le iba a quemar o que le iba a lapidar y la primera piedra la iba a tirar ella.

A finales del mes de mayo de 2007 ante la inminente llegada de Belarmino a España los procesados Amparo y Eduardo hicieron regresar a su domicilio de Puerto Real a Fidela , que estaba viviendo con la familia Héctor Rosana . Fidela les dijo que no quería mantener relaciones sexuales con Belarmino pero tanto Amparo como Eduardo le decían que tenía que hacerlo, que si no le pegarían, le llevarían a Mauritania y le lapidarían.



En la noche del dos al tres de junio de 2007 para conseguir Amparo que Fidela entrara en el dormitorio con Belarmino le pegó, le mordió en un pecho y amenazó con pegarle más con un cable de televisión. Esta agresión causó a Fidela equimosis redondeada de 2 por 1 cms. en cuadrante superoexterno de la mama izquierda y diversos hematomas en el muslo derecho. Ante esta situación, Fidela entró en el dormitorio donde a continuación lo haría desnudo Belarmino que sabía del enfrentamiento que Fidela acababa de tener con Amparo. Fidela le dijo que no quería mantener relaciones sexuales pero Belarmino le ignoró, y arrojándole sobre la cama, le quitó el vestido y las bragas y le penetró vaginalmente eyaculando. Esta penetración produjo a Fidela una lesión erosiva de pequeño tamaño en la horquilla vulvar."[sic]

SEGUNDO. - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Eduardo como autor criminalmente responsable de un delito de AMENAZAS con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco a la pena de un año y seis meses de prisión; inhabilitación especial para los derechos de la patria potestad por el tiempo de la condena; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena; privación del derecho a la tenencia y porte de armas por cinco años; prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de 500 metros y de comunicar con ella, en cualquier forma por un periodo de cuatro años y pago de una décima parte de las costas procesales y le ABSOLVEMOS de los delitos de coacciones, integridad moral y agresión sexual por los que venía siendo acusado sin que deba satisfacer cantidad en concepto de responsabilidad civil a Fidela .

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Amparo como autora criminalmente responsable de un delito de COACCIONES con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de la patria potestad por el tiempo de la condena; prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de 500 metros, y de comunicar con ella, en cualquier forma por un periodo de cuatro años; como autora criminalmente responsable de un delito de AMENAZAS con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco a la pena de un año y seis meses de prisión; inhabilitación especial para los derechos de la patria potestad por el tiempo de la condena; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena; privación del derecho a la tenencia y porte de armas por cinco años; prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de 500 metros y de comunicara con ella, en cualquier forma por un periodo de cuatro años como autora criminalmente responsable de un delito de AGRESIÓN SEXUAL con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco a la pena de trece años y seis meses de prisión; inhabilitación especial para los derechos de la patria potestad por el tiempo de la condena; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena; prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de 500 metros, y de comunicar con ella, en cualquier forma por un periodo de diez años y pago de tres décimas parte de las costas procesales y la ABSOLVEMOS de los delitos contra la integridad moral y maltrato por lo que venía siendo acusada.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Belarmino como autor criminalmente responsable de un delito de AGRESIÓN SEXUAL con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco a la pena de trece años y seis meses de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena; prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de 500 metros, y de comunicar con ella, en cualquier forma por un periodo de diez años y pago de una décima parte de las costas procesales. Las otras quintas décimas partes de las costas las declaramos de oficio.

Amparo y Belarmino indemnizarán a Fidela por daños morales en la cantidad de 15.000 euros."[sic]

TERCERO. - Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. - El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 173.2 y 3 del Código Penal respecto de los procesados Eduardo y Amparo. Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECrim, por inaplicación indebida del artículo 153.2 y 3 del Código Penal respecto de Amparo .

El recurso interpuesto por Eduardo , Amparo y Belarmino se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por quebrantamiento de forma. Al amparo de lo establecido en el art. 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse denegado una diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma, resultaba absolutamente pertinente para la defensa de nuestros representados, así como también al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infringirse lo dispuesto en el artículo



24.1 y 24.2 de la Constitución Española, al colocarse a esta parte en situación de indefensión al vulnerarse su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. Segundo.- Por quebrantamiento de forma. Al amparo de lo establecido en el art. 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula de forma subsidiaria el presente motivo, al haberse denegado una diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma, resultaba absolutamente pertinente para la defensa de nuestros representados, así como también al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infringirse lo dispuesto en el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución Española, al colocarse a esta parte en situación de indefensión al vulnerarse su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. Tercero.- Se formula por la vía especial del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denunciándose la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24, párrafo 2 de la Constitución, al haber sido condenados mis representados sin prueba procesalmente válida en que pudiera sustentarse el fallo condenatorio. Cuarto.- Por infracción de ley. El presente motivo se articula en nombre y representación de Doña Amparo , al amparo de lo establecido en el art. 849, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es por indebida aplicación de los arts. 178, 179 y 180.2, en relación con el art. 28.b) del CP, al considerarse a mi defendida cooperadora necesaria del delito de agresión sexual por el que ha sido condenado. Quinto.- El presente motivo se articula en nombre y representación de mi defendido Belarmino , al amparo de lo establecido en el art. 849, número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es por infracción de Ley del art. 14.3 del CP, al concurrir en la conducta de nuestro representado un error invencible sobre la antijuridicidad del hecho, por lo que procede la libre absolución del delito de agresión sexual por el que ha sido condenado. Sexto.- Al amparo del nº 2, del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al entender, la Sala de Instancia que a consecuencia de una agresión proferida por Amparo , ocurrida en la madrugada del 2 al 3 de junio de 2007, Fidela presentaba equimosis redondeada de 2 por 1 cmts en cuadrante superoexterno de la mama izquierda y diversos hematomas en el muslo derecho. Séptimo.- Al amparo del nº 2, del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al considerar la Sala de Instancia como probado los hechos denunciados sobre los abusos sexuales, entendiéndose que la declaración de la perjudicada se encuentra corroborada por el informe psicológico emitido por Doña Inmaculada y Doña Rosalia , respecto de la validez y verosimilitud de la declaración de la perjudicada. Octavo.- Se formula este motivo por infracción del derecho fundamental contemplado en el art. 24, párrafo 2º de la Constitución, esto es, por conculcación del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, invocándose como cauce casacional escogido del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Noveno.- Se formula subsidiaria y alternativa y para el caso de que se desestimen los motivos de presente recurso, en nombre y representación de Doña Amparo y Don Eduardo al amparo de lo establecido en el art. 849, número 1, de la Ley Enjuiciamiento Criminal, esto es por indebida aplicación de la del art. 169.2º del CP, toda vez que los hechos que se declaran probado no son constitutivos del delito de amenazas que era objeto de acusación. Décimo.- El presente motivo de formula subsidiaria y alternativa y para el caso de que se desestimen los motivos presentes recurso, en nombre y representación de Doña Amparo al amparo de lo establecido en el número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es por indebida aplicación del art. 172.1º del CP, toda vez que los hechos que se declaran probados no son constitutivos de un presunto delito de coacciones que era objeto de acusación. Undécimo.- El presente motivo se articula de forma subsidiaria y alternativa, para el supuesto de que la Sala inadmita los motivos relativos a la presunta agresión sexual, del presente recurso, se formula, en nombre y representación de Doña Amparo y Don Belarmino al amparo de lo establecido ene. art. 849, número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es por indebida aplicación de la agravante específica del apartado 2º del artlo 180 del CO, comisión deshecho por dos o más personas.

QUINTO. - Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal apoya el motivo undécimo y solicita la inadmisión, impugnación y desestimación del resto de motivos interpuestos por los recurrentes representados por la Procuradora Sra. Montes Agusti; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 22 de diciembre de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) RECURSO DE LOS CONDENADOS Amparo , Eduardo Y Belarmino :

PRIMERO.- Los recurrentes, condenados por el Tribunal de instancia, como autores de delitos de amenazas, con la agravante de parentesco, en el caso de Eduardo , de agresión sexual, con la agravante de parentesco, en el de Belarmino , y de amenazas, coacciones y agresión sexual, con la misma agravante, para Amparo , fundamentan su Recurso de Casación conjunto en once diferentes motivos de los que los dos primeros, por referirse a cuestiones relativas a supuestos quebrantamientos de forma, deben ser examinados con carácter previo.



En efecto, ambos motivos, con idéntico fundamento legal (arts. 851.1 LECr y 24.1 y 2 CE), plantean la vulneración del derecho a la prueba y a la defensa, en un caso por no haberse admitido prueba pericial psicológica solicitada por los recurrentes acerca de la credibilidad que merecía la declaración testifical de quien es tenida como víctima de los hechos enjuiciados (motivo Primero) y, en el otro, al haberse denegado en el acto del Juicio oral el careo entre la referida víctima y los acusados, interesado en su momento por la Defensa (motivo Segundo).

Respecto de estas alegadas infracciones del derecho de defensa y a las pruebas pertinentes ha de recordarse cómo la Jurisprudencia de esta Sala ha venido afirmando la indudable importancia que el debido respeto a la iniciativa probatoria de la parte merece "...desde la perspectiva de las garantías fundamentales y el derecho a un "juicio justo" con proscripción de la indefensión, que garantiza nuestra Constitución (art. 24.2) y los Convenios internacionales incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico por vía de ratificación" (SsTS de 16 de Octubre de 1995 o 23 de Mayo de 1996).

Pero también se insiste con frecuencia que ni ese derecho a la prueba es un derecho absoluto o incondicionado ni desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar la pertinencia, necesidad y posibilidad de práctica de las pruebas propuestas, procediendo, en consecuencia, a su admisión o rechazo.

Es por ello por lo que, para la prosperidad del Recurso basado en el cauce abierto por el referido artículo 850.1 de la Ley procesal penal, ha de comprobarse o que la prueba que se inadmite lo haya sido con carencia de motivación alguna, lo que nos aproximaría más al campo del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad, o que esa motivación haya de considerarse incorrecta, pues el medio probatorio era en realidad: a) **pertinente**, en el sentido de concerniente o atinente a lo que en el procedimiento en concreto se trata, es decir, que "venga a propósito" del objeto del enjuiciamiento, que guarde auténtica relación con él; b) **necesario**, pues de su práctica el Juzgador puede extraer información de la que es menester disponer para la decisión sobre algún aspecto esencial, debiendo ser, por tanto, no sólo pertinente sino también influyente en la decisión última del Tribunal, puesto que si el extremo objeto de acreditación se encuentra ya debidamente probado por otros medios o se observa anticipadamente, con absoluta seguridad, que la eficacia acreditativa de la prueba no es bastante para alterar el resultado ya obtenido, ésta deviene obviamente innecesaria; y c) **posible**, toda vez que no es de recibo el que, de su admisión, se derive un bloqueo absoluto del trámite o, en el mejor de los casos, se incurra en la violación del derecho, también constitucional, a un juicio sin dilaciones indebidas, en tanto que al Juez tampoco le puede ser exigible una diligencia que vaya más allá del razonable agotamiento de las posibilidades para la realización de la prueba que, en ocasiones, desde un principio se revela ya como en modo alguno factible. (SsTS de 22 de Marzo de 1994, 21 de Marzo de 1995, 18 de Septiembre de 1996, 3 de Octubre de 1997 y un largo etcétera; así como las SsTC de 5 de Octubre de 1989 o 1 de Marzo de 1991, por citar sólo dos; además de otras numerosas SsTEDH, como las de 7 de Julio y 20 de Noviembre de 1989 y 27 de Septiembre y 19 de Diciembre de 1990).

En este caso se trataba, como ya hemos dicho, de una prueba psicológica acerca de la credibilidad atribuible al testimonio de la víctima y de la diligencia de careo entre ésta y los acusados, a practicar en el propio acto del Juicio oral.

Y respecto de ello ha de concluirse en que ambas pruebas fueron correctamente rechazadas puesto que, tanto aquella pericia psicológica como el careo, no son en realidad sino medios auxiliares en la tarea de valoración de las pruebas llevada a cabo por el Juzgador, que resultan tan sólo de aplicación cuando éste abriga dudas acerca del sentido que ha de dar al material probatorio disponible y que, por ello mismo, en criterio reiterado de esta Sala, se han considerado, desde tiempo atrás en el caso del careo (SsTS de 17 de Junio de 1994 y 4 de Marzo de 1998, por ejemplo y STC de 7 de Mayo de 1984) y más recientemente para la pericial sobre credibilidad de testigo (vid. STS de 14 de Diciembre de 2009), como facultades del propio Tribunal de enjuiciamiento a cuya discrecionalidad se remite la decisión sobre la admisión para su práctica.

Cosa distinta será, posteriormente, la evaluación relativa a la suficiencia probatoria afirmada en su conclusión por la Sala de instancia y, por ende, de su acierto o desacierto al prescindir de tales auxilios.

De modo que no habiéndose apreciado por dicho Tribunal, en este caso, la necesidad de su práctica o razones que, al menos, las hicieran aconsejables, máxime cuando respecto de la pericial ya existía un informe sobre el mismo objeto que el que pretende la Defensa en este Recurso, aunque elaborado por especialistas distintos de los que ahora se designan, las decisiones cuestionadas ni pueden, ni deben, ser corregidas en esta sede casacional.

Por lo que ambos motivos se desestiman.

SEGUNDO.- Por su parte, los motivos Tercero y Octavo de este mismo Recurso alegan, con base en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sendas vulneraciones de derechos fundamentales, a saber:



1) La del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ante la insuficiencia probatoria para sustentar la conclusión de condena, pues la Audiencia habría valorado de un modo irracional y arbitrario, según el Recurso, las pruebas practicadas durante el Juicio oral, al otorgar una credibilidad que no merece a la testigo Fidela , principal prueba de cargo en la que se apoya dicha conclusión condenatoria del Tribunal (motivo Tercero).

Baste, para dar respuesta a tales alegaciones, recordar cómo la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y, por tanto, válido a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por consiguiente, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal "a quo", no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración del significado de los elementos de prueba disponibles alternativa.

En este caso nos encontramos con una argumentación, contenida esencialmente en los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo de la Resolución de instancia, en la que se enuncian y analizan una serie de pruebas, todas ellas, conforme a lo que acaba de decirse, válidas en cuanto a su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar en su integridad el Fallo condenatorio, entre las que, es cierto que ocupa un lugar central la declaración prestada por la mencionada testigo, al narrar los hechos de los que fue víctima, pero que, a su vez, se ve reforzada en su credibilidad por una serie de datos incuestionables y objetivamente corroborada por otros elementos probatorios.

Y es que el criterio acerca de que el testimonio de la víctima, especialmente en relación con hechos cometidos en circunstancias de cierta clandestinidad, como los agravios sufridos por un miembro de una comunidad familiar en el opaco y reducido ámbito de intimidad de ésta, puede erigirse en eje central del pronunciamiento inculpatario, ha sido de sobra afirmado por esta Sala, aún cuando, en los tiempos más recientes, se advierte también, en aras de dotar al juicio de una mayor certeza, la exigencia de ciertos elementos externos de carácter objetivo que, además de los clásicos requerimientos subjetivos e internos a la propia declaración, tales como la persistencia, la ausencia de contradicciones esenciales, la verosimilitud y, sobre todo, la inexistencia de circunstancias que pudieran hacer pensar en un interés incriminatorio ajeno a los hechos enjuiciados, supongan una corroboración suficiente de aquella credibilidad.

Pues bien, de igual modo que la presencia de los referidos elementos o características internas que dotan de inicial credibilidad a la declaración no ofrece duda alguna, máxime si tenemos en cuenta la absoluta ausencia inicial de voluntad de denuncia de la declarante que sólo vino a referir su versión cuando un examen médico levantó la sospecha sobre lo acontecido, la concurrencia, por otra parte, de los elementos objetivos corroborados tampoco puede discutirse, dado que, resumiendo los argumentos de la recurrida, se dispone, por un lado, de informes psicológicos que coinciden, de manera reiterada y rotunda, en afirmar la inexistencia de datos caracteriológicos, conductuales o de otro tipo que permitan sospechar una elaboración mendaz de la narración de la testigo que, por otra parte, resulta en todo momento coherente, de igual forma que se corresponden con esa versión las leves lesiones advertidas por los facultativos en el cuerpo de la joven, tales como los hematomas y equimosis producidos por las mordeduras en el pecho y pellizcos en muslos que le realizaba la madre con la finalidad de que se sometiera, contra su voluntad, a los deseos del esposo, como la lesión leve en la horquilla vulvar, propia de una relación sexual forzada.

Todo ello junto con los padecimientos psíquicos de Fidela , constatados por los especialistas que, a su vez, los valoran como absolutamente compatibles con las consecuencias propias de unas vivencias como las relatadas por ella.

También se dispuso de los testimonios ofrecidos por miembros de la familia española que acogió, desde muy niña, a la muchacha y que siguieron tan de cerca la evolución de ésta, antes y después de su viaje a Mauritania para contraer matrimonio, con la ulterior repatriación para ser atendida por el profundo deterioro sufrido con aquella experiencia, y que también percibieron tanto los malos tratos y amenazas de que era objeto por parte de sus propios progenitores como el temor ante la llegada del esposo, recibiendo una llamada telefónica de la propia Fidela , en la madrugada, refiriendo que acababa de ser violada, razón por la que se le trasladó al Hospital.



Y, finalmente, se contó, tanto con la versión ofrecida por los tres acusados, que coinciden sustancialmente con la de la víctima, excepto en el importante extremo relativo al uso de la violencia, como la de los funcionarios policiales actuantes, que observaron la situación de gran nerviosismo de la joven.

De modo que no puede, en definitiva, calificarse de insuficiente, infundado o ilógico el discurso valorativo de la Audiencia, que le lleva a concluir aceptando la veracidad del relato de la muchacha.

Frente a lo anterior, el Recurso se extiende en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, alegaciones que, en definitiva, se alejan del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste.

2) Así mismo, igualmente se alega la vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías (art. 24.2 CE), con base en el hecho de que la referida declaración de la víctima en el acto del Juicio oral se llevó a cabo a través de videoconferencia y que la de los testigos de la acusación, en concreto los miembros de la familia que acogió a Fidela, se produjeron con ocultación de sus fisonomías, sin petición de parte ni motivación al respecto (motivo Octavo).

Argumentos que han de ser de nuevo rechazados toda vez que, en cuanto a la testifical de la menor de edad, practicada a través de videoconferencia, se encuentra contemplada expresamente en el artículo 707.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma operada por la LO 8/2006, al disponer que *"La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba"*, por lo que no se requería para ello mayor solicitud ni fundamentación que la que el propio texto legal otorgaba al Tribunal en protección de la menor.

No indican los recurrentes en qué forma o por qué razón ello le habría producido indefensión de clase alguna, cuando además la práctica de dicha prueba no se desplazó temporalmente del acto de la Vista, adelantándose a ella o impidiendo el derecho al interrogatorio de las partes o a la intervención directa del propio Tribunal en su práctica, sino que se llevó a cabo en el transcurso del Juicio oral, con respeto escrupuloso de los principios de inmediación temporal, simultaneidad y contradicción.

De igual modo que el uso de biombo o mampara para la incomunicación visual entre los testigos y los acusados, por razones tanto de seguridad como de una mayor libertad en los dichos del declarante que redundan en un efecto procesal tan trascendente como el de la mayor calidad de la información transmitida en esa declaración, es práctica reiteradamente admitida por este Tribunal (por todas, la STS de 26 de Diciembre de 2008), siempre que la misma no impida la comunicación directa y sin obstáculos entre quien presta el testimonio, los miembros del Tribunal, el fedatario judicial, Ministerio Público y Letrados actuantes, pues se entiende que con ello quedan debidamente satisfechos las garantías y los principios rectores del proceso, como en esta ocasión aconteció.

Máxime cuando, una vez más, tampoco aquí se especifica la lesión concreta que hubiera podido ocasionarse al derecho de defensa de los acusados por esa forma de proceder.

Razones por las que ambos motivos han de desestimarse también .

TERCERO.- A su vez, los motivos Sexto y Séptimo sostienen la existencia de dos errores de hecho (art. 849.2º LECr), al haber incurrido la Audiencia en sendas contradicciones con el contenido de documentos obrantes en las actuaciones, que revelarían, sin lugar a la duda, la equivocación de los Juzgadores al afirmar la existencia de un delito de agresión sexual.

Y es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SsTS de 23 de Junio y 3 de Octubre de 1997, por citar sólo dos).



Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "literosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de Julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de Diciembre de 1992 y 24 de Enero de 1997, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de Junio y 24 de Septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, los motivos que aquí se analizan claramente aparecen como infundados, ya que, no sólo carecen inicialmente del carácter de literosuficiencia, por sí solos, los informes de carácter pericial, como aquellos a los que el Recurso alude, que exclusivamente en excepcionales supuestos de univocidad y ausencia de otros elementos probatorios discrepantes, lo que aquí no sucede, pueden acceder a ese carácter, sino que, además, estos informes, en el presente caso, no contradicen los Hechos consignados por la Audiencia.

Por un lado, los relativos a la exploración médica de la denunciante y la constancia del padecimiento por ésta de lesiones en pecho y muslo, así como en la vulva (motivo Sexto), además de venir incorporados, como hemos dicho, al propio relato de hechos de la recurrida, por lo que su contenido en modo alguno puede calificarse como contradictorio con éste, no sólo no debilitan el pronunciamiento alcanzado por el Tribunal, sino que, como ya vimos al analizar la suficiencia del material probatorio, en el apartado 1) del anterior Fundamento Jurídico, lo afianzan, al venir a corroborar la versión ofrecida por la víctima.

Mientras que la alegación de que resulta incorrecto que la Sala de instancia apoye su convicción acerca de la credibilidad que merece la víctima en los informes psicológicos practicados en su día (motivo Séptimo), en realidad versa no sobre la contradicción entre el relato fáctico y el contenido de unos determinados documentos sino, todo lo contrario, en la crítica sobre la valoración de tales informes llevada a cabo por los Jueces "a quibus".

Lo que, evidentemente, no sólo no es materia propia del cauce casacional aquí utilizado (art. 849.2º LECr) sino que incluso tampoco puede constituir, como ya expusimos en el mencionado apartado 1) del Fundamento Jurídico anterior, objeto de debate en un Recurso de las características del presente.

De modo que nos hallamos, de nuevo, ante motivos que han de desestimarse.

CUARTO.- Y, finalmente, los motivos Cuarto, Quinto, Noveno, Décimo y Décimo Primero se refieren a otras tantas infracciones de Ley (art. 849.1º LECr), por indebida aplicación, en la recurrida, de los artículos 14.3, 169.2, 172.1, 178. 179 y 180.2 del Código Penal

El cauce casacional aquí utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, desde la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido y respecto de cada uno de tales motivos cumple afirmar lo siguiente:

1) En cuanto al delito de amenazas (art. 169.2 CP), que se atribuye a ambos progenitores de la víctima, es clara la improcedencia del motivo (ordinal Noveno del Recurso), puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia en orden a este ilícito es de sobra bastante e idónea



para alcanzar su conclusión condenatoria, habida cuenta de que literalmente se refiere en esa narración cómo Hawa, ante la actitud de su hija que, tras el regreso de Mauritania, no quería mantener contacto telefónico con el marido, le decía "...que si no accedía a ello le volvería a llevar a Mauritania, que le rompería la tarjeta de residencia, que le iba a quemar o que le iba a lapidar y la primera piedra la iba a tirar ella", mientras que en otras ocasiones y ante las palabras de la muchacha diciendo que no quería mantener relaciones con Belarmino , su marido, ambos padres, Amparo y Eduardo "...le decían que tenía que hacerlo, que si no le pegarían, le llevarían a Mauritania y le lapidarían."

2) Otro tanto ocurre con el delito de coacciones (art. 172.1 CP), por el que es condenada exclusivamente Amparo (motivo Décimo), ya que se declaran como hechos probados por la Audiencia que, cuando Fidela se negaba a hablar por teléfono con Belarmino , la recurrente "...le forzaba a hacerlo dándole empujones y pellizcos en las piernas...", además de dirigirle las amenazas antes referidas, lo que indudablemente integra el referido ilícito.

3) Por último, en cuanto al delito de agresión sexual (arts. 178, 179 y 180.2 CP), objeto de condena tanto respecto de la propia Amparo como de Belarmino , tres son las cuestiones que plantean otros tantos motivos del Recurso que vamos a analizar separadamente.

a) En primer lugar (motivo Cuarto), se niega que los hechos cometidos por Amparo sean constitutivos de un delito de agresión sexual (arts. 178 y 179 CP), cometido por cooperación necesaria (art. 28 b) CP), pero de nuevo la descripción de los hechos probados es tan elocuente, en este sentido, relatando una conducta cooperante del todo necesaria para la ejecución de dicha agresión, de manera que sin ella tal hecho nunca hubiera podido producirse, al menos en la forma en la que se llevó a cabo, que el motivo carece de sustento alguno.

En efecto, recordemos de nuevo cómo en esa narración se lee que "...para conseguir Amparo que Fidela entrara en el dormitorio con Belarmino le pegó, le mordió en un pecho y amenazó con pegarle más con un cable de televisión", a consecuencia de lo cual "... Fidela entró en el dormitorio donde a continuación lo haría desnudo Belarmino ...", consumando sobre la joven la agresión sexual.

Resulta pues, evidente, que Amparo cooperó de manera tan activa como eficaz en la violación sufrida por su propia hija, haciéndose responsable de la misma en la forma de participación que la Audiencia le aplicó.

b) Belarmino , por su parte (motivo Quinto), demanda la aplicación del artículo 14 del Código Penal, en sus dos modalidades de error sobre el hecho y sobre el carácter ilícito del mismo.

Respecto de la primera de tales alegaciones, no sólo no es en modo alguno creíble que el recurrente ignorase que su esposa, de catorce años de edad al tiempo de acaecimiento de los hechos, no deseaba mantener la relación sexual a la que fue forzada, sino que el propio relato fáctico de la recurrida expresamente afirma que en el dormitorio entró " Belarmino que sabía del enfrentamiento que Fidela acababa de tener con Amparo " y, además, que " Fidela le dijo que no quería mantener relaciones sexuales pero Belarmino le ignoró, y arrojándole sobre la cama, le quitó el vestido y las bragas y le penetró vaginalmente eyaculando. Esta penetración produjo a Fidela una lesión erosiva de pequeño tamaño en la horquilla vulvar."

Por lo que resulta del todo inaceptable la alusión acerca de ese error respecto de la clara oposición de la joven a yacer con su esposo.

De igual modo que tampoco puede ser de recibo el "error de prohibición" igualmente esgrimido, con base en el desconocimiento por parte del recurrente de la ilegalidad de su grave conducta, al amparo de un elemento circunstancial, el breve tiempo que llevaba residiendo en nuestro país, y otro cultural, a saber, el que en las normas rectoras de su tribu de origen a la esposa, considerada prácticamente, al parecer, como un objeto propiedad del marido, no se le reconoce capacidad alguna para negarse a los deseos de éste, por lo que allí, según se nos dice, un hecho como éste carece de reproche alguno.

En este sentido hay que proclamar, del modo más firme y concluyente, que la vulneración de un derecho tan elemental del ser humano, como el de su libertad sexual, no puede de ninguna forma quedar condicionado a circunstancias tales como la del origen cultural de quien lo agrede, máxime cuando el país de origen de éste, Mauritania en el caso presente, tiene en la actualidad suscrito y ratificado, al menos, el Convenio de la Organización de Naciones Unidas, de 20 de Noviembre de 1989, de Derechos del Niño, entre los que expresamente se recoge, para los menores de dieciocho años de edad, el "*Derecho a la protección contra todas las formas de explotación y abuso sexual*".

El "error de prohibición" podrá predicarse de aquellas figuras delictivas propias de un concreto ordenamiento jurídico que suponen la especial protección penal de aquellos bienes que, en términos relativos, son tenidos por tales a efectos de la norma punitiva, en una determinada sociedad y momento histórico, y que, por tanto, de



acuerdo con los criterios culpabilísticos de nuestro Derecho Penal, no pueden predicarse con carácter absoluto y general para todas las personas, culturas o sistemas jurídicos, pero que en modo alguno ha de reconocérsele como causa de exoneración, ni total ni parcial, en relación con infracciones atentatorias contra principios tan básicos, hoy en día y superadas ya antiguas y rechazables prácticas pretéritas, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad en sus diferentes ámbitos, etc.

El Estado de Derecho nunca debe abdicar, obviamente, de sus más elementales esencias, como lo es sin duda el respeto a la dignidad del ser humano, en aras de un relativismo cultural que aloje el fundamento de la decisión penal en las creencias, opiniones o costumbres de un determinado grupo, con el grave riesgo que ello por añadidura supondría para la adecuada protección de las víctimas, como titulares últimos de tales valores básicos.

Razones por las que este motivo también ha de desestimarse en su integridad.

c) Finalmente, en el motivo Undécimo del Recurso, se plantea, con el apoyo parcial del Ministerio Fiscal en este caso, la indebida aplicación por la Audiencia del subtipo agravado del artículo 180.1 2º del Código Penal, referente a la comisión de la agresión sexual "...por la actuación conjunta de dos o más personas."

A tal respecto, en tanto que no ofrece ninguna duda esa aplicación en el caso de Belarmino, autor de la infracción con la participación incuestionable, como cooperadora necesaria, de Amparo, lo que satisface las exigencias de dicha agravación específica al tratarse de dos personas en actuación conjunta, no ocurre lo mismo con la referida cooperadora, a quien el Fiscal otorga su apoyo, pues, como tiene ya dicho esta Sala en ocasiones anteriores:

"La calificación que recoge la sentencia estima que el hoy recurrente es autor, por cooperación necesaria, de un solo delito, consistente en la agresión sexual materialmente llevada a cabo por el coacusado, condenándole como a éste, conforme al art. 179 y art. 180-2º, imponiendo a cada uno, pena de cinco años de prisión, dado que la previsión legal se extiende entre los 4 y los 10 años.

Tal calificación implica que la consideración de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo. Dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta en grupo que describe el subtipo agravado. Por ello, en casos como el presente en el que existe una cooperación necesaria a la agresión o agresiones concertadas, cada persona debe responder -en su caso- de su propia agresión sexual y de las de aquellos en las que hubiese cooperado, pero sin la concurrencia del subtipo previsto en el núm. 2 del art. 180 por la incompatibilidad expuesta."

O como se exponía igualmente en nuestra Sentencia de 16 de Marzo de 2007:

"En cuanto a la calificación de los Hechos enjuiciados como constitutivos de sendos delitos de Agresión sexual, con la agravante específica de la concurrencia de una pluralidad de sujetos en su comisión, a la vista del relato fáctico de la Resolución recurrida, la misma no puede sino ser considerada parcialmente correcta.

Evidentemente, la víctima fue sometida a sendos ataques a su libertad sexual, en presencia de ambos sujetos activos, el recurrente y el menor que le acompañaba, concurriendo la razón que mueve al Legislador a establecer este supuesto agravado, por el reforzamiento de la circunstancia intimidativa que supone esa doble presencia y resultando del todo irrelevante el hecho de que uno de los agresores se encontrase en el interior del vehículo y el otro fuera de él pues es indudable la presencia de ambos en el escenario propio de los delitos.

Sin embargo, el dato de que fuera Oscar condenado como autor de la infracción que comete como protagonista directo y, a la vez, como cooperador necesario de la realizada por su compañero, marca una importante diferencia en orden a la aplicación de la referida agravante específica, pues si bien en el primero de esos casos, aquel en el que el recurrente actuó como autor, el supuesto agravado no supone, en modo alguno, infracción del principio «non bis in idem», pues una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo, ya que, en efecto, Oscar es autor de una agresión en la que toman parte dos distintos agentes, él mismo y su acompañante, por el contrario, en aquella infracción en la que su forma de participación tiene el carácter de cooperación necesaria, la agravante de pluralidad de ofensores sí que supone la vulneración del principio «non bis in idem», toda vez que esa clase de participación siempre requiere un autor al que se ofrece la colaboración y, por ende, en todo caso la colaboración necesaria implica la comisión del ilícito con pluralidad de sujetos.

En otras palabras, resultando siempre concebible la ejecución de un delito de estas características por un único autor, cuando concurren a ella otros partícipes se produce la circunstancia añadida que al Legislador le merece un mayor reproche, satisfecho mediante el supuesto de especial agravación, mientras que cuando nos hallamos ante un caso de cooperación necesaria no adiciona esa pluralidad subjetiva conlleva, de por sí, la necesaria concurrencia de la pluralidad de partícipes, por lo que la sanción por ambos conceptos (participación plural y



cooperación a la ejecución de otro) supone una redundancia o doble punición inaceptable a la luz del repetido principio «non bis in idem».

En resumen, el recurrente es partícipe diferenciadamente, a título de autor y de cooperador necesario, en sendos delitos contra la libertad sexual, en los que, de una parte, concurre la agravante específica de haber sido cometido por más de un agente cuando ocupó el lugar de autor, no pudiendo ser ésta tenida en cuenta, de otro lado, en el que actuó como cooperador necesario, procediendo, en consecuencia, la estimación del Recurso en este concreto aspecto."

En definitiva, este motivo, en lo que a Amparo se refiere, ha de ser estimado, dando lugar con ello a la correspondiente Segunda Sentencia, que habrá de dictarse a continuación, consignando en ella las consecuencias de orden punitivo derivadas de esta estimación.

QUINTO.- Una vez resueltos, en la forma que antecede, los motivos formulados por los recurrentes, hemos de pasar ahora al estudio de un aspecto que, si bien no ha sido objeto propio de impugnación expresa, sí que ha de considerarse implícito en esa categoría amplia de la denominada "voluntad impugnativa" de quienes recurren, a la que en tantas ocasiones ha acudido este Tribunal, para reparar errores graves en la aplicación de la Ley, aunque no hubieran sido suscitados expresamente como tales por las partes.

Nos referimos, en este caso, a la concurrencia en todos los delitos que fueron objeto de condena por la Audiencia del parentesco (art. 23 CP) como circunstancia agravante.

El hecho de que los delitos cometidos por los recurrentes, incluida la agresión sexual, se produjeran dentro del ámbito familiar y, por ende, de las relaciones parentales que sirven de base a la aplicación de la referida agravante, da lugar, por imperativo del ya antes mencionado último inciso del apartado 2 del artículo 173 del Código Penal, a la sanción, como delito independiente, concurrente y superpuesto a cada uno de los restantes, del ilícito del maltrato familiar castigado en este precepto.

Ello lleva a que, en el caso de los padres de la víctima, esa relación de parentesco, que ya ha sido tenida en cuenta en cada uno de los delitos, coacciones y amenazas, para agravar los correspondientes tipos delictivos y que, a continuación, es utilizada como núcleo esencial para la consideración del delito de maltrato habitual, no deba ser tenida en cuenta, con triple eficacia sancionadora, también como circunstancia de agravación genérica.

Caso distinto es, evidentemente, el del esposo de la víctima, que tan sólo resulta condenado por el delito de agresión sexual y no por ninguno de los otros, de clara vinculación familiar.

Pero incluso en este supuesto, hay que tener en cuenta que nunca el desvalor de esa acción, agresión sexual cometida por el propio esposo de la víctima, por grave que obviamente resulta y así viene ya sancionada con una elevada pena, puede considerarse superior al que, por ejemplo, concurriría en la misma acción llevada a cabo por una persona completamente ajena a la víctima, a la que ésta no conociera o con la que, aún conociéndola, no han existido relaciones sexuales consentidas previas.

No se trata, por supuesto, de desconocer en absoluto la referida importancia penal y la seriedad de la necesidad de reproche frente a una conducta semejante, sino tan sólo de ponderar hasta qué punto una circunstancia de naturaleza anfibológica como la de parentesco, que puede actuar tanto como agravante como atenuante, según y cada uno de los delitos en los que la relación de esa naturaleza concurra, en casos como el presente, de atentados contra la libertad sexual del cónyuge, y cuando no había existido prácticamente convivencia previa alguna, ha de permanecer como circunstancia neutra, sin efectos atenuatorios ni agravatorios de la conducta.

Argumentos con base en los que debe, por consiguiente, excluirse de todos los hechos aquí enjuiciados dicha agravación, que en su día, fue apreciada por la Audiencia.

Exclusión de la circunstancia de parentesco con efectos agravatorios, que será evidentemente tenida en cuenta en relación con las penas a aplicar en nuestra Segunda Sentencia.

B) RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL:

SEXTO.- Por lo que se refiere al Recurso del Ministerio Fiscal, sus motivos, que son tan sólo dos, se refieren a las infracciones de Ley en las que habría incurrido le Resolución de instancia, por no aplicar a los hechos que en ella se declaran probados, y cuya integridad se respeta, los artículos 153. 2 y 3 y 173.2 y 3, relativos a los delitos de lesiones en el ámbito familiar y maltrato doméstico, de los que serían responsables, como autores, los padres de la víctima, Amparo de ambas infracciones y Eduardo respecto tan sólo de la segunda de esas infracciones.

Y así:



1) En lo que respecta al delito de lesiones del artículo 153.2 y 3, que se atribuye a Amparo, en los hechos declarados probados se narran dos tipos de lesiones, sufridas por Fidela: en primer lugar, la *"lesión erosiva de pequeño tamaño en la horquilla vulvar"*, cuya producción en ese mismo relato se atribuye a la penetración vaginal que sufrió en contra de su voluntad, de la que fue autor Belarmino y que, evidentemente, ha de ser considerada parte integrante de la propia agresión sexual, por su levedad e íntima relación con la comisión de tal ilícito, de acuerdo con abundante doctrina de esta Sala en ese sentido (STS de 7 de Noviembre de 1997, por ejemplo).

Pero, así mismo, también se constatan una *"equimosis redondeada de 2 por 1 cms. En cuadrante superoexterno de la mama izquierda y diversos hematomas en el muslo derecho"*, lesiones ocasionadas a la muchacha por su madre que *"...le pegó, le mordió en un pecho y amenazó con pegarle más con un cable de televisión..."*, lesiones ajenas a la propia agresión sexual a la que de ese modo empujaba a la joven y que, aunque sustancialmente de carácter leve, al cometerse dentro del ámbito familiar descrito en el artículo 153.1 y 2 del Código Penal constituyen delito, por venir calificadas de esa forma en el referido precepto, de acuerdo con lo interesado por el Fiscal, con aplicación del subtipo agravado del apartado 3 del citado artículo, al haberse cometido tales lesiones en el propio domicilio de la víctima.

2) De igual modo que el otro ilícito cuyo castigo el Ministerio Fiscal interesa para ambos esposos y padres de la víctima, es decir, el maltrato doméstico del artículo 173.2 y 3 del Código Penal, también ha de ser objeto de sanción, habida cuenta de que los diferentes malos tratos, amenazas y coacciones que, de manera insistente y habitual, prodigaban los padres, en algunos de ellos directamente Amparo y, en concreto, en las amenazas como ya ha quedado dicho también el propio Eduardo, e incluso la agresión sexual a la que cooperó de modo tan relevante la madre de la víctima, integran, sin duda, el tipo descrito en dicho artículo 173.2 del Código Penal, y dentro de él en el subtipo agravado del apartado 3 de ese mismo precepto al haberse cometido los hechos en el domicilio de la víctima, delito que, por otra parte, como se dice en el referido apartado 2 "in fine", ha de ser castigado *"...sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica."*

Por todo ello, este "Recurso" ha de admitirse en su integridad, recogiendo sus consecuencias tanto de calificación de los hechos como punitivas en la Segunda Sentencia que seguirá a la presente Resolución.

C) COSTAS:

SEXTO.- A la vista del contenido parcialmente estimatorio de la presente Resolución, procede la declaración de oficio de las costas ocasionadas por el Recurso conjunto de los condenados en la instancia, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, vistos los preceptos legales mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos estimar y estimamos íntegramente el Recurso de Casación del Ministerio Fiscal y parcialmente el interpuesto por la Representación de Amparo, Eduardo y Belarmino contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, el 19 de Marzo de 2009, por delitos amenazas, coacciones y agresión sexual, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas por el Recurso parcialmente estimado.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Manuel Marchena Gomez. Jose Antonio Martin Pallin

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Enero de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Puerto Real con el número 3/2007 y seguida ante la Audiencia Provincial de Cádiz por delito de Coacciones, continuado de amenazas, maltrata, contra la integridad moral y violación, contra Amparo, con pasaporte nº NUM000, hijo de Estanislao y Zienbou, nacida en Mauritania en 1966 en Nouachott (Mauritania); Eduardo, con pasaporte número NUM001, hijo de Abdallahi



y Selem, nacido en 1957 en Rkiz (Mauritania) y Belarmino , con pasaporte nº NUM002 , nacido en Nouachott (Mauritania) con fecha 19 de marzo de 2009, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo**, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico Quinto de los de la Resolución que precede, en lo que para esta Resolución interesa y dando por reiteradas las razones allí expuestas así como el relato de hechos de la recurrida en su integridad, los acusados Amparo y Eduardo , han de ser condenados como autores de un delito de maltrato doméstico, previsto y penado en el artículo 173.2 y 3 del Código Penal, así como Amparo , exclusivamente, por la comisión de lesiones tipificadas en el artículo 153.2 y 3 del mismo Cuerpo legal.

Sin que en ambos casos concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que las respectivas penas a imponer lo serán en el mínimo previsto legalmente para tales infracciones, si bien dentro de los supuestos especialmente agravados del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 173, para el caso del maltrato, y del apartado 3 del artículo 153, para las lesiones, al haberse perpetrado tales actos en el domicilio de la víctima y con aplicación de la privación del ejercicio del derecho a la patria potestad, interesado por el Ministerio Fiscal y previsto como pena facultativa en atención al interés de la menor respecto de ambas figuras delictivas, ante el comportamiento para con Fidela , tan alejado de los deberes propios de su condición de padres, que evidenciaron ambos progenitores con la comisión de los hechos enjuiciados.

TERCERO.- Así mismo, en cuanto a la condena de Amparo como cooperadora necesaria del delito de agresión sexual cometido por Belarmino , procede, de acuerdo con lo argumentado en el Fundamento Jurídico Quinto de los de la anterior Sentencia, la exclusión del subtipo especialmente agravado del artículo 180.2 del Código Penal.

CUARTO.- De igual modo que, con base en los razonamientos expuestos en la parte final del mismo Fundamento Jurídico Cuarto, al excluir de las diversas condenas la circunstancia agravante de parentesco (art. 23 CP), las penas respectivas se impondrán en la mitad inferior de las legalmente previstas para cada infracción, dentro de los márgenes que autoriza la regla 6º del artículo 66 del Código Penal, pero atendiendo también a la indudable gravedad de los hechos enjuiciados y manteniendo así mismo las diversas medidas de alejamiento de la víctima ya solicitadas en su día por el Fiscal y acordadas por el Tribunal de instancia (art. 57 en relación con el 48 CP), al considerarse totalmente adecuadas para la protección ulterior de ésta, dadas las concretas circunstancias concurrentes y el peligro latente que para ella indudablemente supondría el acceso a su persona de los autores de las infracciones enjuiciadas.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a:

1) Amparo :

- Como cooperadora necesaria de un delito de agresión sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho años de prisión, con inhabilitación especial tanto para el ejercicio del derecho a la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, como para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como con prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de quinientos metros y de comunicar con ella, en cualquier forma, por un periodo de diez años.

- Como autora responsable de un delito de maltrato familiar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año y nueve meses de prisión, con inhabilitación especial para



el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, tres años de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, y tres años y seis meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, así como con prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de quinientos metros y de comunicar con ella, en cualquier forma, por un periodo de cinco años.

- Como autora responsable de un delito de lesiones leves a familiar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de ocho meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, un año y nueve meses de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, y dos años y un día de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, así como con prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de quinientos metros y de comunicar con ella, en cualquier forma, por un periodo de tres años.

- Como autora responsable de un delito de coacciones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como con prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de quinientos metros y de comunicar con ella, en cualquier forma, por un periodo de cuatro años.

- Como autora responsable de un delito de amenazas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante cinco años, así como con prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de quinientos metros y de comunicar con ella, en cualquier forma, por un periodo de cuatro años.

2) Eduardo :

- Como autor responsable de un delito de maltrato familiar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año y nueve meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, tres años de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, y tres años y seis meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, así como con prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de quinientos metros y de comunicar con ella, en cualquier forma, por un periodo de cinco años.

- Como autor responsable de un delito de amenazas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante cinco años, así como con prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de quinientos metros y de comunicar con ella, en cualquier forma, por un periodo de cuatro años.

3) Belarmino :

- Como autor responsable de un delito de agresión sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de doce años de prisión, con inhabilitación especial tanto para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como con prohibición de acercarse a Fidela y a su domicilio en un radio de quinientos metros y de comunicar con ella, en cualquier forma, por un periodo de diez años.

Manteniendo el resto de pronunciamientos relativos a Responsabilidad civil y costas de la Sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Antonio Martin Pallin

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.