

Roj: **STS 619/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:619**Id Cendoj: **28079120012018100095**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/02/2018**Nº de Recurso: **1543/2017**Nº de Resolución: **99/2018**Procedimiento: **Recurso de casación penal**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1543/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 99/2018**

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 28 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1543/2017 interpuesto por **D. Genaro** representado por el procurador Sr. Trujillo Castellano, bajo la dirección letrada de D.ª Amalia Alejandre Casado contra Sentencia de fecha 11 de mayo de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Vizcaya en causa seguida contra el recurrente por un delito de agresión sexual y un delito de lesiones en el ámbito familiar. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 2 de Bilbao instruyó Sumario con el nº 96/2015, contra Genaro . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Sexta) que con fecha 11 de mayo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< Sobre las 3:00 horas del día 19 de marzo de 2015, el acusado Genaro , natural de Ecuador y con nacionalidad española, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, encontrándose en el interior del domicilio sito en la PLAZA000 , NUM000 , NUM001 - NUM002 de Bilbao en compañía de su pareja sentimental Cecilia , tuvo con ésta una discusión acalorada, pretendiendo inmediatamente a continuación mantener relaciones sexuales, a lo que Cecilia se negó rotundamente. Con la intención de doblegar esta negativa obligándola a acceder a sus deseos sexuales ejerció sobre ella violencia física consistente en



empujones y golpes y sujetándola con violencia, consiguiendo de este modo penetrarla vaginalmente en el dormitorio, al tiempo que le profería expresiones tales como "eres una puta y un malnacida".

Al poco tiempo, como quiera que el acusado no cesaba en su actitud violenta, Cecilia se escapó refugiándose en el cuarto de baño cerrándose con el pestillo. El acusado, tras coger un cuchillo de la cocina, consiguió romper el pestillo y entrar en el interior, cogiendo a la víctima a quien arrastró conduciéndola nuevamente al dormitorio y, dirigiéndose a ella esgrimiendo el cuchillo que llegó a ponerle en el cuello, le dijo que la iba a matar.

A consecuencia de tales hechos, Cecilia sufrió lesiones consistentes en hematomas en diversas zonas anatómicas y extremidades: un hematoma en cuero cabelludo, un hematoma de un centímetro en región frontal media y otros dos hematomas en antebrazo derecho, en dorso de muñeca, y en tercio proximal, tumefacción en pómulo izquierdo y hematoma en brazo izquierdo, así como dolor en región púbica y vaginal y en la cara interna de ambos muslos.

El acusado, en el momento de comisión de los hechos, se hallaba bajo la influencia del alcohol»

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

<< **FALLO.** - Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a Genaro :

-como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez, a la pena de **PRISIÓN DE SIETE AÑOS**, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de las penas accesorias de prohibición de acercarse a Cecilia , al lugar donde ésta resida y a su lugar de trabajo a una distancia no inferior a quinientos metros y a comunicarse con ella por cualquier medio tiempo de quince años, y

-como autor penalmente responsable de un delito de amenazas en el ámbito de violencia sobre la mujer, con la circunstancia atenuante de embriaguez, a la pena de **PRISIÓN DE NUEVE MESES**, con la con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de las penas accesorias de prohibición de acercarse a Cecilia , al lugar donde ésta resida y a su lugar de trabajo a una distancia no inferior a quinientos metros y a comunicarse con ella por cualquier medio tiempo de dos años y privación del derecho a la tenencia y porté de armas por tiempo de dos años.

Se acuerda la imposición al acusado de las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

Se acuerda la absolución por el delito de lesiones en el ámbito familiar y falta de injurias por los que se formuló acusación.

Se acuerda imponer al acusado la medida de libertad vigilada que se concretará y ejecutará una vez cumplida la pena privativa de libertad.

Procédase a señalar a la mayor brevedad día para la celebración de vista previa a la posible adopción de medidas cautelares, de acuerdo con lo establecido en el fundamento de derecho noveno de esta resolución.

Notifíquese esta sentencia en forma legal a las partes, previéndoles que contra la misma podrán interponer recurso de casación en el plazo de cinco días».

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el condenado que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Genaro .

Motivo único.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 849.1º LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

CUARTO .- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, impugnando su único motivo; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 8 de febrero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Un único motivo se hace valer: la presunción de inocencia que ha de abrirse paso en casación a través del art. 852 LECrim (aunque se cita de forma imprecisa el art. 849.1 del citado cuerpo Legal : a partir



del año 2000 es el entonces reformado art. 852 el cauce específico para las quejas con relieve constitucional como es la presunción de inocencia).

Siendo elogiable el esfuerzo del recurso por buscar alguna grieta u orificio para alcanzar su objetivo, no puede triunfar en casación una queja por presunción de inocencia cuando la condena viene basada en una prueba personal, rodeada de corroboraciones, y racionalmente valorada por la Audiencia. No es tarea compatible con el recurso de casación revisar esa valoración probatoria, salvo que adolezca de incongruencias, falta de lógica o puntos oscuros o quebras que la conviertan en objetivamente frágil para desmontar la presunción constitucional de inocencia. En el resto de supuestos hemos de limitarnos a constatar la presencia de la prueba y la coherencia y racionalidad de la ponderación efectuada por el Tribunal que ha presenciado la totalidad de la prueba.

La Audiencia basa la condena en la testifical de la víctima, corroborada por una serie de elementos externos objetivos.

Es verdad que la víctima se retractó de sus iniciales manifestaciones. Primero, en una comparecencia realizada en fase de instrucción; posteriormente, en el acto del juicio oral.

Pero esa realidad no convierte en material inservible o desechable las declaraciones vertidas con anterioridad, siempre que se hubiesen realizado como sucede aquí, a presencia judicial. Cosa distinta es que esa oscilación en el testimonio obligue al Tribunal a indagar sobre las razones de los cambios -en este caso, abierta disparidad- y a explicar por qué le merece pleno crédito una de las versiones -que llevará a la condena si es la declaración inculpatoria-; o por qué da prevalencia a la versión exculpatoria o le surgen dudas - casos ambos en que la decisión habrá de consistir en un pronunciamiento absolutorio-.

Lo hace el Tribunal de forma suasoria y convincente en el presente supuesto.

SEGUNDO.- Recuerda primeramente de la mano de la STS 584/2014, de 17 de junio la posibilidad de que una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, desactive la presunción de inocencia. El viejo axioma *testis unus testis nullus* ha sido erradicado del moderno proceso penal. Eso, empero, no puede desembocar ni en la disminución del rigor con que debe examinarse la prueba, ni en una debilitación del *in dubio*. La palabra de un solo testigo puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Pero junto a ello la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace improcedente fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. Deviene imprescindible una valoración especialmente profunda, rigurosa y esmerada de la credibilidad. Cuando una condena se apoya, en lo esencial, en una declaración testifical ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica cuyas exigencias se acrecientan.

En ese contexto encaja bien el triple test -del que se hacen eco sentencia y recurso- que se viene estableciendo por la jurisprudencia para valorar la credibilidad del testigo víctima -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores, ausencia de motivos de incredulidad-. No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad, sino enunciando meras orientaciones que han de ser ponderadas pues ayudarán a acertar en la decisión. Son puntos de contraste que no se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, que cuando falle una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, *ex lege*, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.

Ni lo uno ni lo otro. Es posible que no se confiera capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr), pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es imaginable que una sentencia condenatoria tome como prueba esencial la única declaración de la víctima huérfana de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a identificarse una animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique por qué, a pesar de ellos, no tiene dudas de la realidad de los hechos y la autoría (aunque desde luego no es frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor).

TERCERO.- Que exista una retractación del testimonio inculpatario es dato significativo y en absoluto despreciable. Pero no conlleva inexorablemente la imposibilidad de valorar manifestaciones anteriores si, sopesando todas las circunstancias, se revelan aquellas como las adecuadas para establecer la realidad de lo sucedido.

Evocan también los jueces *a quibus* con toda corrección la jurisprudencia tanto constitucional como ordinaria que, basándose en el art. 714 LECrim, conviene que la convicción del órgano judicial puede formarse sobre



la base de una declaración sumarial luego retractada. La doctrina es bien conocida lo que hace innecesario reproducirla: está recogida con extensión en el pasaje que la sentencia toma prestado de la STS 250/2017, de 5 de abril . Cuando se producen contradicciones -o, incluso, una abierta retractación- entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción de la causa por el acusado, testigos o peritos, si se interroga sobre esas divergencias y se procede a dar lectura a aquella declaración (art. 714 LECrim), que de esa forma se convierte en cierta manera en prueba practicada también el plenario, el Tribunal puede sopesar unos y otros elementos para edificar su convicción sobre las declaraciones iniciales (por todas y entre muchas más, STS 142/2015, de 7 de febrero).

CUARTO.- Desde esas dos premisas la Audiencia vierte su motivación fáctica de forma tan sólida como convincente: la declaración inicial le merece total crédito. No puede explicarse más que por ser ajustada a lo sucedido; siendo así, sin embargo, que la retractación posterior sí presenta un indisimulable aroma de ser fruto de un bienintencionado deseo de evitar graves consecuencias penales a la persona con quien mantuvo una estrecha relación afectiva.

A la testigo se le brindó la posibilidad de acogerse a la dispensa del art. 416 LECrim lo que impide detectar algún defecto que pudiera invalidar su declaración.

Hace ya muchos años que nuestro ordenamiento privó de eficacia al perdón en los delitos de agresión sexual, que, aunque siguen constituyendo delitos semipúblicos -aquí está cubierto el requisito de la denuncia- paulatinamente van acercándose a los delitos públicos por cuanto son muy intensos los intereses sociales implicados: toda la sociedad -y es una forma de tutelar no solo a la víctima actual sino también a víctimas potenciales- exige que esa grave infracción merezca una reacción que sea disuasoria y que cumpla también funciones de prevención general.

Esa exégesis basada en el mecanismo del art. 714 LECrim , por otra parte, sintoniza bien por otra parte, en esta clase de delitos con alguna de las exigencias plasmada en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE 6 de junio de 2014). En concreto la previsión contenida en su art. 55.1 : "*Las Partes velarán por que las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos previstos en los artículos 35 , 36 , 37 , 38 y 39 del presente Convenio no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y por que el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia*".

El delito de violación aparece en el art. 36 del Convenio.

La Audiencia explica cómo la víctima acabó por ceñir la retractación a los hechos más graves -la agresión sexual- posiblemente porque las lesiones estaban refrendadas por datos objetivos innegables. Que se produjo una relación sexual es algo aceptado también por el acusado. Es difícil concebir unas relaciones consentidas en ese marco de violencia del que no se ha llegado a desdecir totalmente la testigo.

Razona así la Audiencia:

"Apenas una semana después, sin embargo, la víctima rectificó, se retractó y, como hemos visto, sobre la agresión sexual que dijo haber sufrido manifestó en el Juzgado que "no fue cierto lo de la violación" y que "exageró demasiado", manteniendo las amenazas con el cuchillo y los insultos y vejaciones pero afirmando que el contacto sexual fue consentido. Preguntada ya en esta ocasión sobre el cambio radical de rumbo indicó:

"El dolor que presentaba en la cara interna de los muslos al tiempo de la exploración fue por los golpes que recibió en la discusión, manifiesta que él la golpeó en la cabeza. Aclarándole que la pregunta que se le efectúa se refiere al dolor que presentaba en la cara interna de los muslos, manifiesta que ese día le dolía todo el cuerpo".

Antes había dicho que "quiere quitar la denuncia y la orden porque estas cosas le afectan mucho y porque se va a ir a Suiza". Al término de la declaración indicó que "se ratifica en la agresión, los insultos, y en las amenazas con el cuchillo".

En la declaración en el juicio oral, la denunciante, en una declaración llena de evasivas e imprecisiones, aludiendo constantemente a su falta de recuerdo y al intento de borrar de su mente u olvidar todo lo sucedido, llega a indicar, por un lado, que fue al juzgado porque quiso quitar la denuncia ya que la abogada le dijo que era un tema muy fuerte y delicado y, por otro, que la denuncia la interpuso por la rabia que sentía y por efecto de lo que tenía por dentro, hablando, igualmente, de "sexo consentido".

En definitiva, la Sala en absoluto puede apreciar en todas estas explicaciones una razón válida y admisible para la retractación que pudiera poner en entredicho la veracidad de lo que se dijo en los momentos iniciales. Es la propia denunciante la que en el juicio oral aporta una razón plausible de la variación del sentido de sus manifestaciones dando a entender que se produjo cuando fue consciente de la gravedad de los hechos y de



la repercusión que podría tener el mantenimiento de su versión en la posición del acusado. Es plenamente compatible con esta explicación el afán exculpatorio manifiesto en lo que se refiere a la agresión sexual manteniendo únicamente, aun dentro de una declaración confusa a partir de ese momento, lo relativo al resto de conductas denunciadas, la agresión y la amenaza. Esa minimización no se explica convincentemente ni por la marcha a Suiza, que finalmente no se ha producido, ni tampoco por la rabia o por el sentimiento que tenía por dentro. Mucho más razonable resulta, en efecto, que esa indignación por lo sucedido fue lo que en este caso le llevó a comparecer rápidamente ante la Policía, ante la que efectuó una descripción sin paliativos de una violación, en un relato en el que no encaja la exageración que se manifiesta después, así como tampoco resulta comprensible, como se señala por el Ministerio Fiscal, una versión de una relación sexual consentida donde momentos antes habían tenido lugar agresiones y amenazas".

Luego va desmenuzando las declaraciones iniciales de la víctima resaltando su coherencia, y explicando por qué algunas discrepancias o divergencias carecen de la entidad requerida como para tildarlas de muestra de mendacidad.

Por fin, ve definitivamente consolidada su convicción por los elementos periféricos corroboradores que *in casu* gozan de singular vigor. De una parte, la constatación objetiva de lesiones compatibles y absolutamente congruentes con las manifestaciones de la víctima, así como las expresiones del forense en su informe tras la exploración de la víctima. Solo alcanzan una explicación plausible desde la realidad de los hechos. La admisión, aunque sea con reticencias y a regañadientes, del acusado de algún empujón o alguna dosis de violencia física, aunque insuficiente para explicar las lesiones que presentaba la víctima, es otro dato que puede añadirse a los apuntados.

Otra testifical que, valorada también desde su expresión en fase de instrucción, podía servir para apuntalar más esa convicción es apartada por la Sala del bagaje probatorio desde un escrupuloso y exquisito respeto al principio de contradicción: en aquella declaración sumarial no intervino la dirección letrada de la defensa del acusado pudiendo haber estado presente.

La condena no vulnera la presunción de inocencia pues se basa en una actividad probatoria suficiente, concluyente y razonada. El recurso debe ser **desestimado** en consecuencia.

QUINTO.- La desestimación del recurso implicará la condena en costas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Genaro** , contra Sentencia de fecha 11 de mayo de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Vizcaya en causa seguida contra el recurrente por un delito de agresión sexual y un delito de lesiones en el ámbito familiar.

2.- IMPONER el pago de las costas al recurrente.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco