



Roj: **STS 6774/2002 - ECLI:ES:TS:2002:6774**

Id Cendoj: **28079120012002103392**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2002**

Nº de Recurso: **448/2001**

Nº de Resolución: **1667/2002**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Octubre de dos mil dos.

En el recurso de casación por INFRACCION DE LEY que ante Nos pende, interpuesto por Rosendo y Pedro Miguel , contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, por delitos de AGRESION SEXUAL, DETENCION ILEGAL, ROBO CON VIOLENCIA, AMENAZAS y FALTAS DE LESIONES, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo prevenido por la ley, bajo la Presidencia del primero de los integrantes y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, siendo parte recurrida el MINISTERIO FISCAL y estando los recurrentes representados respectivamente por los Procuradores Sres. Dorremocha Aramburu y Argüelles González.

### I. ANTECEDENTES

1.-El Juzgado de Instrucción nº 19 de Barcelona, instruyó Sumario 2/2000 y una vez concluso lo remitió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 28 de marzo de 2001, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Se declara probado que los procesados Pedro Miguel e Rosendo , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de acuerdo y con la intención de satisfacer sus deseos libidinosos, realizaron los siguientes hechos:

En fecha 25 de marzo de 2.000 sobre las 22.50 horas ambos procesados fueron con un taxi a la zona del campo de fútbol del "Barcelona" de esta ciudad, y contactaron con una prostituta, llamada Lucía , de 42 años, acordando un servicio de 10.000 pesetas por una hora, la cual fué en busca de otra joven prostituta albanesa, de 25 años a la que llamaba Daniela , llamada en realidad Marí Jose , terminando por convenir también sus servicios, siendo el precio pactado de 10.000 pesetas por cada mujer y por una hora, y consistiendo ambas mujeres porque el taxista les dijo que los procesados eran muchachos educados, normales. Y así se dirigieron en dicho taxi al apartamento donde vivía Rosendo , sito en la CALLE000 NUM000 NUM001 , pagando este último el taxi, entregando cinco mil pesetas y diciéndole a Lucía , que se quedara con el cambio, la cual dió 500 pesetas de propina al taxista como es usual por traerla clientes y quedándose con el resto que era de 1.000 pesetas. Acto seguido entraron en el apartamento referido tras abrir con la llave Rosendo , consistiendo dicho apartamento en una habitación con una cama grande y otra cama pequeña, una cocina americana y un baño, todo ello de pequeñas dimensiones. Cuando Lucía se encontraba sentada en el sofá junto a Pedro Miguel , Marí Jose antes de empezar el servicio contratado les pidió que les pagaran el dinero acordado, entregándole Rosendo la mitad de lo acordado, es decir cinco mil pesetas de las 10.000 pesetas acordadas para cada mujer, a lo cual Marí Jose dijo que se iban porque no estaban conformes con dicha cantidad menor y al hacer ademán de marcharse la joven, Rosendo le dió un empujón contra la pared a ésta, ante lo cual Lucía se puso en pie para ir en defensa de su compañera momento en que Rosendo le propinó una fuerte patada en la boca que la hizo sangrar rompiéndole la dentadura postiza que llevaba Lucía , procediendo Rosendo a coger un cuchillo con mango blanco del cajón del armario de la cocina americana amenazando a ambas mujeres diciendo que ya bastaba y que se sacaran la ropa, cerrando la puerta con las



dos cerraduras, momento en que Marí Jose le dijo que "por favor no la hiciera daño que haría lo que quisiera Rosendo " y fuertemente amedrantadas ambas mujeres optaron por hacer lo que se les pedía. Y así, siempre con preservativos, primero tuvo relaciones sexuales completas y continuadas con acceso carnal vaginal y anal Rosendo con Marí Jose , llegando a eyacular, mientras Pedro Miguel tuvo relaciones sexuales con acceso vaginal con Lucía , cambiando de pareja y, teniendo entonces relaciones sexuales con acceso carnal vaginal Rosendo con Lucía , a la cual obligó a hacerle varias felaciones con el preservativo puesto, y Pedro Miguel tuvo relaciones sexuales con Marí Jose , la cual también masturbó a este último, permaneciendo ambas mujeres hasta las 5.30 horas del día 26 de marzo de 2.000, hasta que se rompió el preservativo que llevaba Rosendo cuando penetraba vaginalmente a Lucía , preguntándola si tenía anticuerpos del VIH, a lo que ésta refirió que no, a pesar de tenerlos, decidiendo Rosendo terminar, si bien en el intervalo Rosendo salió un par de minutos del apartamento cerrándolo con llave a comprar tabaco y bebida, mientras quedaron dentro del apartamento ambas mujeres desnudas con Pedro Miguel , acudiendo Rosendo a la gasolinera que hay al lado de dicho apartamento donde compró cocacola y tabaco "Marlboro" a D. Hugo , y volvió enseguida al apartamento, donde estuvo comiendo bombones que sacó del bolso de Marí Jose . Finalmente a las 5.30 horas ambos procesados dejaron marchar a las dos mujeres, pero conminándolas a no denunciar los hechos, pues "sabían donde trabajaban", pagándoles Rosendo a Lucía 1.000 pesetas para coger un taxi de vuelta al lugar de origen, mostrando su enfado por el hecho de que ésta hubiera dado 500 pesetas al taxista al principio. Tras salir del apartamento Lucía se cayó al suelo golpeándose su hombro izquierdo y llamó con el móvil a la Guardia Urbana y como quiera que tardaba mucho optaron ambas mujeres para tomar un taxi que pasaba a por allí, yendo Lucía al SAM (Servicio de Atención a la Mujer) sobre las 6 de la mañana del día 26 de marzo de 2000 y denunciando los hechos, efectuándosele un reconocimiento por el médico forense que dió como resultado: una TUMEFACCION RECIENTE del labio superior con afectación dental dudosa, erosión reciente en hombro izquierdo, hematoma reciente de pequeño tamaño en el muslo derecho y eritema vulvar, extrayendo el resto de un preservativo intravaginal. Dichas lesiones sólo necesitaron una primera asistencia médica. No se ha acreditado suficientemente que los procesados se apoderaran de 40.000 pesetas del bolso de Lucía

El día 27 de marzo de 2000 a las 18.45 minutos se personó la policía con Lucía en la CALLE000 NUM000 NUM001 , donde se detuvo por una identificación errónea de Lucía a Iván , quien convivía con Rosendo , siendo éste y Pedro Miguel reconocidos fotográficamente el 29 de marzo de 2.000 por Lucía , compareciendo ambos procesados con su letrado a la comisaría el 30 de marzo de 2000 al saber por Iván que la policía les buscaba.

2.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Rosendo y a Pedro Miguel , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales como autores de A) un delito de violación en la persona de Lucía de los artículos 178, 179 y 180.1 nº 2º y 5º y 2 del Código Penal; y B) de un delito de violación en la persona de Marí Jose , del os artículos 178, 179, 180.1.nº 2º y 5º, 2 del Código Penal; y a Rosendo como autor de C) una falta de lesiones del art. 617.1 Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiendo a los mismos las siguientes penas:

A Rosendo y a Pedro Miguel la pena de TRECE AÑOS Y SIETE MESES DE PRISION por cada uno de los dos delitos de violación A y B, e INHABILITACION ABSOLUTA por ambos delitos.

A Rosendo la pena de arresto de tres meses de fin de semana por la falta de lesiones. Todo ello hasta el máximo legal de 20 años de privación de libertad.

Y acordamos que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a ambos acusados de la falta de hurto de que ambos venían acusados por el Ministerio Fiscal.

Ambos condenados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Lucía y a Marí Jose a cada una de ellas en la cantidad de UN MILLON DE PESETAS. Asimismo se les condena por mitad al pago de las costas procesales. Compútese a ambos condenados, en su caso, todo el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa.

3.- Notificada dicha sentencia a las partes se interpuso recurso de casación por INFRACCION DE LEY 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 Pedro Miguel basó su recurso de casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el art. 24 de la Constitución.



SEGUNDO Y TERCERO.- Ambos por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por indebida aplicación de los arts. 179 y 180.1.nº 2º y 5º y 180.2º del Código Penal.

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.nº 1. inciso 3º de la L.E.Criminal, por predeterminación del fallo.

QUINTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1. inciso 3º de la L.E.Criminal, por contradicción en el relato de los hechos probados.

La representación de Rosendo basó su recurso de casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, en relación con lo dispuesto en el art. 5. número 4º de la L.O.P.J., denunciándose infracción de precepto constitucional de presunción de inocencia, art. 24.2º de la Constitución Española.

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, al denunciarse la infracción del principio in dubio pro reo.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por indebida aplicación de los arts. 178, 179 y 180 2º y 5º todos ellos del Código Penal.

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el art. 851.3º de la L.E.Criminal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, los impugna en su totalidad. Igualmente son instruidos los recurrentes de sus respectivos recursos. La Sala los admite a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno corresponda.

6.- Hecho el oportuno señalamiento se celebró la votación prevenida el día 3 de octubre del presente año,

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Rosendo alega vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Realiza el recurrente un detenido análisis de las declaraciones de las víctimas, en contraste con las manifestaciones y comportamiento de los acusados, para concluir que a su entender la prueba de cargo practicada es insuficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

Esta Sala ha señalado reiteradamente que la declaración de la víctima es hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide generalmente disponer de otras pruebas, si bien para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha prueba es necesario que el Tribunal valore la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre;

2º) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento ( art. 109 y 110 L.E.Criminal); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho;

3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones. ( Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de Septiembre de 1988, 26 de Mayo y 5 de Junio de 1992, 8 de Noviembre de 1994, 27 de Abril y 11 de Octubre de 1995, 3 y 15 de Abril de 1996, 16 de febrero de 1998, núm. 190/1998, etc.).

SEGUNDO.- En el caso actual la denuncia de infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia se fundamenta por la parte recurrente en supuestas contradicciones que viciarían las declaraciones de las víctimas como única prueba de cargo. Ahora bien, lo peculiar del supuesto analizado es que la declaración de la víctima no es única sino que las víctimas fueron dos y ambas proporcionan una versión coincidente de los hechos, lo que indudablemente refuerza el valor probatorio de sus declaraciones.

Por otra parte no cabe apreciar móvil alguno de resentimiento, enemistad, venganza o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre, pues las denunciadas no conocían a



sus agresores con anterioridad, por lo que no existe razón alguna que, de un modo mínimamente relevante, cuestione la credibilidad subjetiva de sus declaraciones.

Además las declaraciones vienen avaladas por un conjunto de corroboraciones objetivas que, si bien no versan sobre el núcleo central de la acción típica, sí confirman una serie de aspectos periféricos dotando de verosimilitud a dichas declaraciones. Así el informe pericial médico confirma la lesión en la boca sufrida por Lucía , y coincide con las declaraciones de ésta que reiteradamente se refiere a una fuerte patada que le propinó en la boca Rosendo , y que le hizo sangrar. La inmediatez de la denuncia y la constatación médica del estado anímicamente afectado que presentaba la denunciante constituyen asimismo indicios corroboradores del empleo de intimidación y violencia, pues atendiendo a que la denunciante era profesional de la prostitución, una relación pacífica no habría lógicamente determinado afectación o alteración síquica médicamente constatable.

Junto a ello ha de atenderse a que los acusados admiten su participación en los hechos, con la salvedad de negar la utilización de violencia o intimidación. En relación con el carácter contradictorio de sus declaraciones la valoración de la credibilidad de los testimonios se encuentra muy vinculada a la inmediación, y en este aspecto es necesario constatar que el Tribunal de instancia, que pudo valorar dichos testimonios de modo personal y directo, con las ventajas y garantías de la inmediación y la contradicción, le otorga plena credibilidad a la víctima Lucía , que declaró en el juicio oral, dada su persistencia, contundencia en lo esencial y ausencia de titubeos, siendo corroborada íntegramente su versión por las manifestaciones, prestadas en el sumario y leídas en el juicio oral, de la otra víctima que no pudo comparecer.

Por el contrario tras oír las versiones detalladas de ambas partes concluye expresamente el Tribunal de instancia en la absoluta inverosimilitud de las manifestaciones de los acusados, cuyo relato de cómo se produjeron los hechos carece de credibilidad.

Y, por último, por lo que se refiere a la persistencia en la incriminación, ha de señalarse que ésta fué prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones relevantes, pues en las tres declaraciones prestadas en la causa por la víctima Lucía con anterioridad al juicio oral relata de una forma persistente y coincidente la violencia de que fue objeto, concretando siempre la patada en la boca que le propinó Rosendo , tanto en su declaración policial (folios 14 y 15), como en su primera declaración sumarial (folio 60), en la que precisa que la patada en el labio superior le rompió la dentadura postiza y le dejó el amoratamiento en el labio que aún en ese momento resultaba visible, o en la segunda (folios 103 y siguientes), en la que persiste en afirmar que Rosendo le propinó una patada "como si fuese una coz, alcanzando a la declarante a la altura de la boca". Se trata de manifestaciones totalmente contestes, y con apariencia de veracidad, y por ello la parte recurrente solo puede señalar ligeras divergencias acerca de la posición en que se encontraba el agresor cuando le dio a su víctima la patada en la boca, posición que es absolutamente irrelevante.

TERCERO.- En consecuencia la declaración de la víctima cumple en el caso actual con los parámetros que la doctrina de esta Sala viene estableciendo como garantía para que pueda desvirtuar la presunción de inocencia. En primer lugar, como ya se ha dicho, no existen datos significativos que permitan apreciar un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que priven a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre, al margen de la reacción de rechazo que es lógico esperar de la propia naturaleza de los hechos; en segundo lugar existen una serie de pruebas que dotan a las manifestaciones de la víctima de verosimilitud al avalar objetivamente determinados aspectos, periféricos pero muy relevantes, de las referidas declaraciones; y en tercer lugar, el testimonio de la víctima ha sido apreciado por la Sala sentenciadora como categórico, persistente, sin titubeos, lógico y razonable, no apreciándose contradicciones relevantes y presentando, por el contrario una minuciosidad y detalle, ausente de ambigüedades e inconcreciones, que ratifican su credibilidad.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

CUARTO.- El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, alega la vulneración del principio general del Derecho Penal, "in dubio pro reo".

La apelación al principio "in dubio pro reo" es impropia de este cauce casacional, y carece de eficacia suasoria pues dicho principio únicamente puede estimarse infringido, en su aspecto normativo, cuando reconociendo el Tribunal sentenciador la existencia de una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integradores del tipo, opta por la solución más perjudicial para el acusado pero no cuando, como sucede en el caso actual, el Tribunal sentenciador no alberga duda alguna.

El principio "in dubio pro reo" nos señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal



sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (S 21-05-1997, núm. 709/1997).

QUINTO.- El tercer motivo de recurso, por infracción de ley, alega vulneración de los arts 178, 179 y 180 2º y 5º del CP 95.

En el desarrollo del motivo impugna el recurrente, en primer lugar, la aplicación del subtipo agravado prevenido en la circunstancia primera del párrafo primero del art 180 del CP 95, es decir que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Se trata de una agravación polémica, pues difícilmente puede acometerse una agresión sexual que, en si misma, no sea degradante y vejatoria, por lo que la determinación jurisdiccional de los supuestos en que concurre puede ocasionar bien una redundancia punitiva, si se aplica de forma amplia o generalizada, o bien una cierta contestación o perplejidad social en los supuestos en que se deniegue su aplicación, como ya se ha apreciado en la práctica. Por ello mismo, para que la acción del sujeto activo sea merecedora de la agravación legal, es menester la concurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda violación ejecutada con fuerza o con intimidación (S 17-01-2001, núm. 33/2001).

Pero lo cierto es que en el supuesto actual dicha circunstancia no se ha aplicado, ya que el Tribunal estima las agravaciones segunda y quinta del art 180, y no la primera, razón por la cual la impugnación del recurrente carece manifiestamente de fundamento.

SEXTO.- Cuestiona en segundo lugar el recurrente la concurrencia de la circunstancia segunda, pero lo cierto es que la comisión de los hechos por la actuación conjunta de dos personas es manifiesta, según el relato fáctico, por lo que la impugnación carece de fundamento.

Es cierto que esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio "non bis in idem" cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación 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 que describe el subtipo agravado (S 12-03-2002, núm. 486/2002).

Pero en el caso actual el recurrente no ha sido condenado como cooperador necesario en las agresiones sexuales consumadas por su compañero sino exclusivamente como autor directo de aquellas en las que ha sido autor material, es decir que ha sido condenado exclusivamente por dos agresiones, una por cada una de las víctimas o sujetos pasivos a las que de modo personal y directo ha penetrado sexualmente. En consecuencia la apreciación de la agravación no vulnera en este caso el principio "non bis in idem".

SEPTIMO.- Cuestiona en tercer lugar el recurrente la concurrencia de la agravante quinta, "cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas". La impugnación de esta circunstancia se realiza negando la utilización del cuchillo, lo que determina su necesaria desestimación, pues en este cauce casacional el respeto al relato fáctico es obligado.

Desde otra perspectiva, no alegada por el recurrente, ha de recordarse que esta Sala ha alertado también frente al riesgo de que la apreciación automática de esta agravación ante el empleo de cualquier arma con efectos meramente intimidatorios determine una injustificada exacerbación punitiva, con eventual vulneración del principio "non bis in idem" al determinar la acción intimidatoria al mismo tiempo la calificación de la conducta como agresión sexual y su cualificación como agresión agravada.

Por ello lo determinante no es solamente el "instrumento", sino el "uso" que el sujeto activo haga del mismo, de tal manera que la mera exhibición del instrumento no es suficiente para integrar el subtipo agravado, cuando no se aprecie un peligro especialmente relevante y constituya el único elemento que integra la intimidación, señalando la sentencia de esta misma Sala de 23 de marzo de 1999, núm. 431/1999, que "... habrá de ponderarse en cada caso con suma cautela el instrumento utilizado por el agente, analizando no sólo las características del medio empleado, sino también la forma o manera en que éste es utilizado, así como las circunstancias que concurren en el episodio....".

Añade esta resolución de 23 de marzo de 1999, núm. 431/1999, que " La experiencia judicial nos enseña que en la inmensa mayoría de agresiones sexuales mediante intimidación, el medio empleado por el autor del hecho para quebrar la voluntad de la víctima y someterla a sus deseos no es otro que la amenaza contra la vida o la integridad corporal de aquélla, utilizándose a tal fin instrumentos como navajas, cuchillos, punzones y un sinfín de objetos perfectamente aptos para causar la muerte o lesiones graves. Este "modus operandi" puede



considerarse como "standard" por su frecuencia, y en tal condición, esta clase de ilícitos, en general, estarían comprendidos en el tipo básico del atentado con intimidación contra la libertad sexual que contempla el art. 178 C.P., precisamente por ser el modo más habitual de intimidación en esta clase de ilícitos. Es cierto que el núm. 5 del art. 180 C.P. exagera la pena a aplicar "cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones...", lo que obliga a plantearnos la duda de si la aplicación indiscriminada de este precepto no llevaría a pervertir la voluntad del legislador elevando a la categoría de regla general lo que se contempló por la "mens legislatoris" como una excepción".

En el caso a que dicha resolución se refería, y que no acogió la agravación, el autor de la agresión sexual se limitó a mostrar a la víctima una navaja cerrada en los primeros instantes del suceso, que se prolongó durante varias horas, sin que después de aquella fugaz exhibición -sin duda intimidatoria- volviese a hacer uso de la navaja en cuestión.

Ahora bien, en el supuesto actual no es el uso de un cuchillo el que determina la calificación como agresión sexual, ya que ésta no se deriva de la intimidación con el arma sino de la violencia ya previamente empleada. En efecto en un primer momento de la acción el recurrente golpeó brutalmente a su víctima, dándole una patada en la boca, provocándole la ruptura de su dentadura postiza y haciéndola sangrar, violencia que neutralizó cualquier resistencia que pudiera ofrecer, y que por si misma integra el tipo delictivo de agresión sexual. En consecuencia, la utilización posterior del cuchillo de cocina, que llegó a ponerse al cuello de una de las víctimas según las manifestaciones de éstas, constituye un riesgo o peligro adicional, que justifica en este caso la especial agravación.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

OCTAVO.- El cuarto motivo de recurso, por quebrantamiento de forma al amparo del art 851 3º alega incongruencia omisiva por no haber analizado la sentencia detalladamente, a juicio del recurrente, las contradicciones y mentiras de las víctimas que según señala fueron alegadas verbalmente en el acto del juicio oral.

La llamada "incongruencia omisiva" o "fallo corto" constituye un "vicio in iudicando" que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte -integrado en el de tutela judicial efectiva- a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 de junio, 8/1998, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1997, entre otras muchas).

La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este "vicio in iudicando", las siguientes:

- 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho;
- 2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno;
- 3) que se trate efectivamente de pretensiones y no de meros argumentos o alegaciones que apoyen una pretensión,
- 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución ( S.T.S. 771/1996, de 5 de febrero, 263/96, de 25 de marzo o 893/97, de 20 de junio ).

Pues bien, en el caso actual no es que no se cumpla alguno de los requisitos del motivo, sino que nos encontramos ante un caso verdaderamente especial en el que no se cumple ninguno:

- 1º) la supuesta omisión no afecta a cuestiones jurídicas sino a extremos de hecho;
- 2º) Las pretensiones supuestamente ignoradas no se formularon en el momento procesal oportuno, la calificación definitiva o provisional, sino que se refieren a argumentaciones expuestas verbalmente en el informe oral. Informe en el que la Lecrim no permite introducir ninguna nueva pretensión que no figure en las previas conclusiones ( Artículo 737 de la Lecrim, los informes de los defensores de las partes se acomodarán a las conclusiones que definitivamente hayan formulado).
- 3º) La supuesta omisión no afecta efectivamente a pretensiones sino a meros argumentos o alegaciones relativos a la credibilidad de los testimonios acusatorios.



4º) La cuestión está resuelta en la sentencia, pues ésta valora expresamente la credibilidad del testimonio de las víctimas.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

NOVENO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Pedro Miguel , alega también vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Dado que las pruebas de cargo existentes contra este acusado son las mismas que las ya analizadas para el anterior recurrente, se impone la desestimación del motivo por las razones ya expuestas.

Añade este recurrente un argumento adicional, al cuestionar la validez probatoria de la lectura en el juicio oral de la declaración de la víctima que no compareció al acto.

La doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala ha admitido la eficacia probatoria de los testimonios sumariales en los casos excepcionales en los que la prueba no se pueda practicar en el juicio oral bien porque el testigo se encuentre en el extranjero, fuera de la jurisdicción del Tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia - Sentencias de 15 enero 1991 y 5 junio y 16 noviembre 1992, entre otras-, o bien cuando se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización - Sentencias de 26 noviembre y 24 diciembre 1992 y 20 de octubre de 1997. En estos supuestos se admite la posibilidad y licitud de reemplazar la prueba testifical que no pueda practicarse en el juicio por la lectura de las declaraciones sumariales de acuerdo con lo dispuesto en el art. 730 de la Lecrim, siempre que se hayan prestado judicialmente de forma inobjetable, como sucede en el caso actual. El ignorado paradero de la víctima, aún cuando no se hubiese ausentado al extranjero, -ausencia que niega la parte recurrente-, justifica la sustitución de su declaración en el juicio por la lectura de la prestada durante el sumario. En consecuencia la utilización de esta declaración leída en el juicio oral como ratificación de la declaración de la otra víctima, prestada personalmente en el juicio, constituye una prueba válida.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DECIMO.- El segundo y el tercer motivo de recurso, que se desarrollan conjuntamente, se articulan por infracción de ley, y alegan vulneración de los arts 179 y 180 2º y 5º del CP 95. Niega el recurrente la relación de causalidad entre el empleo de la fuerza e intimidación y el "exceso carnal", por estimar que "en el relato fáctico se establece la relación de causalidad en el empleo de la fuerza e intimidación sobre un precio pactado para el comercio carnal".

El motivo parece negar la condición de agresiones sexuales a los supuestos en que las víctimas sean personas que ejerzan la prostitución, dando a entender que en casos como el presente la fuerza o intimidación no está causalmente vinculada a la obtención de un favor sexual, que se podría lograr pagando un precio, sino a ahorrarse ese precio, es decir a evitar el desplazamiento patrimonial. Nos encontraríamos, por tanto, ante una modalidad del delito de extorsión, al obligar a otro por la fuerza a realizar un acto en perjuicio de su patrimonio, es decir sin percibir la contraprestación económica interesada.

Por el contrario esta Sala ha estimado reiteradamente (SSTS 17 noviembre 1956; 17 noviembre 1971; 13 junio 1973; 24 noviembre 1978; 23 de septiembre de 1992; 7 marzo y 29 de marzo de 1994, núm. 675/1994; 23 de enero de 1997, núm 99/97; 20 de julio de 1998, núm. 950/1998; 29 de enero, núm. 61/2000; 11 de mayo, núm. 819/2000 y 5 de julio de 2000, núm. 1239/2000, entre otras) que la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye el delito de violación, hoy agresión sexual, ya que la persona afectada, con independencia del modo que vive su sexualidad, conserva la autonomía de su voluntad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia.

Aplicando a este supuesto la doctrina de la sentencia de 14 de febrero de 1994, núm. 2160/1994, cabe señalar que a pesar de que haya existido un acuerdo previo para mantener relaciones sexuales, es indudable que la víctima mantiene el derecho a poner límites a sus prestaciones, ( o a negarlas, en atención al comportamiento de la otra parte) dado que - resulta redundante decirlo - en el acuerdo no enajena su condición de persona y, por ello, el autor no puede tratarla como un objeto. Aún en el caso de que exista un consentimiento inicial de ejecutar ciertas acciones sexuales, los acusados no tienen derecho a recurrir a la violencia para imponer brutalmente la ejecución forzada de lo que sus víctimas ya no quieren realizar voluntariamente.

Doctrina que constituye una ineludible consecuencia de la definición del bien jurídico protegido como libertad sexual, es decir una parcela básica de la libertad individual, lo que impone tutelar la autodeterminación sexual de todos los individuos en cada momento, sin que resulte aceptable, a efectos de tutela penal, transformar esta libertad en un valor meramente patrimonial, aun cuando el sujeto previamente, en uso de su libertad, haya comerciado con su sexualidad.



UNDECIMO.- El motivo cuarto alega predeterminación del fallo, por utilizarse en el relato fáctico la expresión "con la intención de satisfacer sus deseos libidinosos".

Según reiterada doctrina jurisprudencial ( SS.T.S. 17 de abril de 1996, 18 de mayo de 1999, 28 de enero de 2000 y 7 de noviembre de 2001, núm. 2052/2001, entre otras muchas), para que constituya un vicio determinante de la nulidad, la predeterminación del fallo requiere los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.
- b) Que sean, por lo general, sólo asequibles a juristas y no compartidas en el lenguaje común.
- c) Que tengan valor causal respecto del fallo.
- d) Que suprimidos tales conceptos jurídicos predeterminantes, dejen el hecho histórico sin base suficiente para la subsunción.

En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo pues, si no fuese así, la absolución o condena carecería del imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible - sino impedir que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir procurar que se determine la subsunción mediante un relato histórico, en lugar de hacerlo a través de una valoración jurídica indebidamente insertada en el apartado de hechos probados.

En el caso actual es obvio que no concurren dichas circunstancias pues la expresión citada, aún cuando sea poco apropiada, no constituye un concepto técnico-jurídico sino un juicio subjetivo de inferencia, impugnabile en casación y que, en cualquier caso, es irrelevante, pues suprimida dicha expresión del relato fáctico no se altera la subsunción: la intención de los acusados al realizar sus acciones sexuales violentas es manifiesta.

DUODECIMO.- El último motivo alega contradicción en el relato fáctico, por estimar contradictorios dos pasajes del relato, uno en el que se narra cuando utilizó el acusado el cuchillo, y otro en el que se narra una caída de la víctima.

Como recuerdan las Sentencias de 8 de mayo (núm. 776/2001) y 12 de diciembre de 2001, (núm. 2347/2001) una reiterada doctrina de esta Sala estima necesario para que se produzca el vicio "in iudicando" de contradicción en los hechos probados, que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de una contradicción interna, es decir entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.
- b) Que se trate de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual.
- c) Que sea insubsanable, es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.
- d) Que sea esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida ( Sentencia, entre otras, de 13 de abril de 1998).

Es claro que en el caso actual no concurren dichos requisitos, pues el hecho de que el acusado cerrase la puerta mientras cogía el cuchillo o la cerrase tras coger el cuchillo, resulta irrelevante para la subsunción. Por lo que se refiere a la caída de la víctima no existe contradicción alguna en el hecho de que el Tribunal distinga entre la lesión en el hombro ocasionada por la caída, y la lesión en la boca ocasionada por una patada del acusado.

Sin dar tratamiento autónomo al motivo, se alega al final del escrito de formalización del recurso, y al amparo del art. 851.3º de la L.E.Criminal, la concurrencia de la atenuante del art. 21.4º del Código Penal de 1995 (confesión). El tema aparece expresamente resuelto en la sentencia de instancia, por lo que no se alcanza a comprender por qué se denuncia incongruencia omisiva. En cualquier caso es claro que la referida atenuante no concurre, por las razones que señala el Tribunal de Instancia, que no han sido desvirtuadas, y ni siquiera rebatidas, en este trámite casacional.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de los recursos interpuestos.

### III. FALLO





Que debemos DESEESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de Casación interpuesto por INFRACCION DE LEY, INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL y QUEBRANTAMIENTO DE FORMA interpuesto por Rosendo y Pedro Miguel , contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, condenando a cada parte recurrente al pago de las costas procesales derivadas de su propio recurso.

Notifíquese la presente resolución a los recurrentes, Ministerio Fiscal (como parte recurrida) y Audiencia Provincial arriba indicada, a los fines legales oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Martín Pallín Cándido Conde-Pumpido Tourón Andrés Martínez Arrieta José Ramón Soriano Soriano José Jiménez Villarejo

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ