

Roj: **STS 1888/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1888**Id Cendoj: **28079120012017100362**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/04/2017**Nº de Recurso: **2227/2016**Nº de Resolución: **305/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de abril de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación nº 2227/2016, interpuestos por Angustia Antonia , Daniel Hernan y Torcuato Ignacio , rep resentados por los Procuradores Sres. D^a Mónica de la Paloma Fente Delgado, D. Roberto Granizo Palomeque, y D^a Carmen Fernández Perosanz, bajo la dirección letrada de D. Diego Jesús Sola Montiel y D^a Agustina Herranz González respectivamente , contra sentencia de fecha 31 de octubre de 2016, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, en Rollo de la Audiencia 607/2015 , dimanante del Sumario Ordinario 1/2015 del Juzgado de Instrucción nº 2 de la Carolina, por un delito contra la integridad moral de maltrato habitual, un delito de maltrato en el ámbito familiar, un delito continuado de **agresión sexual**, y un delito de **agresión sexual**. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de La Carolina incoó Sumario nº 1/2015, contra D. Angustia Antonia , Daniel Hernan y Torcuato Ignacio , por un delito de contra la integridad moral de maltrato habitual, un delito de maltrato en el ámbito familiar, un delito continuado de **agresión sexual**, y un delito de **agresión sexual** y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Tercera, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<hechos.- Aparece probado y así expresamente se declara, valorando en conciencia la prueba practicada, que el procesado Daniel Hernan , nacido el día NUM000 de 1979, con D.N.I. nº NUM001 , sin antecedentes penales, mantiene una relación de afectividad análoga a la conyugal, con la procesada Angustia Antonia , nacida el NUM002 de 1971, con D.N.I. nº NUM003 , sin antecedentes penales, residiendo ambos en el domicilio sito en la CALLE000 no NUM004 , de la localidad de Arquillos, habiendo nacido de esta relación tres hijos menores que tienen en común: Serafin Samuel , nacido el día NUM005 de 2007, Mariano Tomas , nacido el día NUM006 de 2009, y Belen Inmaculada , nacida el día NUM007 de 2008, respecto a los cuales, por la Junta de Andalucía se ha decretado el desamparo con fecha 16 de Julio de 2014.

En dicho domicilio familiar, también convivían los hijos de la procesada Angustia Antonia , Concepcion Raimunda , nacida el día NUM008 de 1995, e Emilia Tania , nacida el día NUM009 de 1990 e Leoncio Tomas que desde hacía dos años había abandonado el domicilio.

Desde casi el inicio de la convivencia y sobre todo desde que Concepcion Raimunda cumplió los trece años de edad, de forma reiterada, en fechas no determinadas, su madre, Angustia Antonia ha infringido a la misma un trato vejatorio, tanto de manera física como verbal, dándole golpes y bofetadas, e insultándola, y así, el día 30 de Junio de 2014, mientras Concepcion Raimunda se encontraba limpiando, su madre comenzó a insultarla con palabras como "puta, marrana, que te acuestas con todo el que pillas, eres una tía de la vida", y al pedirle Concepcion Raimunda que dejara de "faltarle", su madre comenzó a tirarle botellas de dos litros de coca-cola, rellenas de agua, a golpearle con el palo de la fregona, llegando a rompérselo en la espalda, empujándole,



tirándola al suelo, donde continuó pegándole patadas, sin cesar de insultarla, exigiéndole "que se callara y no diera un mitin".

También el día 7 de Julio de 2014, por la mañana, cuando Concepcion Raimunda se encontraba preparando a sus hermanos pequeños para llevarlos al colegio, su madre le profirió insultos como "eres una perra, una puta, una zorra, te has acostado con los hombres que te ha dado la gana", cogiéndola del pelo, golpeándola por todo el cuerpo, y agarrándola fuerte por el cuello, hasta el punto de no poder Concepcion Raimunda respirar, y a continuación cogió un palo de fregona con el que la golpeó.

Así mismo unos meses antes, el procesado Daniel Hernan , golpeó a Concepcion Raimunda con el puño en la cara, "reventándole la nariz", cayendo al suelo, donde continuó pegándole, y todo ello, se vino repitiendo, llegando su madre a golpearla habitualmente cada dos o tres días, al igual que el procesado, aunque este no tan a menudo. Como consecuencia de estas **agresiones**, Concepcion Raimunda sufrió lesiones consistentes en hematomas en brazos y piernas, así como en la cabeza, y excoriaciones, que no precisaron de mas de una primera asistencia médica para su curación.

Además de estas escenas de violencia, frecuentes en el domicilio, también el procesado Daniel Hernan , quien con ánimo lascivo, solía pasearse desnudo por la casa y mantenía relaciones **sexuales** con la también procesada Angustia Antonia , en presencia de la hija, Concepcion Raimunda , incluso cuando era menor de edad, desde cuando la hijastra tenía trece años, la obligaba a ver películas pornográficas, realizándole tocamientos en sus pechos y, desde el año 2008 al año 2014, la obligó a mantener relaciones **sexuales** con él, forzándola a realizarle felaciones y masturbaciones en numerosas ocasiones, tocándole el pecho y sus partes íntimas e introduciéndole sus dedos en la vagina, amenazando a Concepcion Raimunda con que si decía algo, le iba a cortar la lengua, accediendo ésta ante el miedo que tenía a sufrir sus palizas. Su madre la procesada Angustia Antonia , era plenamente consciente y consentidora de las **agresiones sexuales** sufridas por Concepcion Raimunda , llegando incluso a promoverlas, ya que en una ocasión cuando Concepcion Raimunda tenía 13 años, le puso el pene de Daniel Hernan en la mano, para que lo masturbara, enseñándole a mover la mano al mismo tiempo que le decía que no pasaba nada, alentando estas conductas lascivas de su pareja, llegando a insinuar cuando ella no quería mantener relaciones con él, "que se follara a Concepcion Raimunda , que para eso tenía mujeres en casa".

El procesado Torcuato Ignacio , nacido el día NUM010 de 1934, con D.N.I. NUM011 , con antecedentes penales, habiendo sido condenado por sentencia firme de fecha 10 de diciembre de 2014, como autor de un delito contra la salud pública, y quien había cedido la finca de " DIRECCION000 " de su propiedad, a los procesados Daniel Hernan y Angustia Antonia , en una ocasión en que el se encontró a Concepcion Raimunda por la carretera de dicha finca, la subió a su vehículo y trató de forzarla, llegando a introducirle los dedos en la vagina, tras sujetarle fuertemente por las muñecas, logrando huir Concepcion Raimunda antes de que Torcuato Ignacio se desabrochara el pantalón.

Concepcion Raimunda presenta secuelas derivadas de dichos comportamientos agresivos y **sexuales** a los que se ha visto obligada desde que tenía trece años hasta el día 7 de julio de 2014, que para tratar de huir de esa situación, abandona el domicilio familiar, presentándose voluntariamente ante la Guardia Civil el día 11 de Julio de 2014, donde relato los atroces sucesos que venía sufriendo, se le aprecia sintomatología ansioso-depresiva, sentimientos de decaimiento, dificultades en el sueño, con pesadillas, llanto, dificultades en la esfera **sexual**, intensos sentimientos de inmundicia, rabia y culpabilidad; tardando en sanar 180 días, de los cuales 45 de ellos han sido impeditivos para sus ocupaciones habituales, restando como secuelas un trastorno por estrés postraumático, valorado en tres puntos.

No ha quedado acreditado que Daniel Hernan y Angustia Antonia , trataran de manera vejatoria tanto física como verbal a Emilia Tania , ni tampoco que la forzaran sexualmente a mantener relaciones **sexuales** con Daniel Hernan desde el año 2005 hasta el año 2014, ni que la procesada Angustia Antonia obligara a sus hijas Concepcion Raimunda e Emilia Tania a mantener relaciones **sexuales** con otros vecinos del pueblo a cambio de dinero; ni que el procesado Torcuato Ignacio le realizara tocamientos a Concepcion Raimunda ni que la obligara a realizarle felaciones y masturbaciones. >>

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

<<**Fallo.** Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a la procesada Angustia Antonia como responsable criminalmente en concepto de autor de: A) un delito de maltrato habitual del art. 173.2 ; B) Un delito de maltrato del art. 153-2 y 3 y C) como autora por comisión por omisión de un delito continuado de **agresión sexual** de los artículos 178 , 179 , 180-4 y 74, todos ellos del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena por el delito A) de un año, nueve meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Así como privación del derecho a la tenencia y porte de armas por plazo de cinco años, prohibición



de aproximación a menos de 500 metros y de comunicación respecto de Concepcion Raimunda durante el plazo de cinco años; por el delito B) la pena de nueve meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como privación del derecho a la tenencia y porte de armas por plazo de tres años, prohibición de aproximación a menos de 500 metros y de comunicación respecto de Concepcion Raimunda durante el plazo de tres años; y por el delito C) la pena de trece años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación en un radio de 500 metros y de comunicación respecto de Concepcion Raimunda durante el plazo de diez años superior al de la pena de prisión impuesta.

Al procesado Daniel Hernan como criminalmente responsable en concepto de autor de A) un delito de maltrato habitual del art. 173-2; B) un delito de maltrato del art. 153-2 y 3 y C) un delito continuado de **agresión sexual** de los arts. 178, 179, 180-4 y 74, todos ellos del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena por el delito A) de un año, nueve meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Así como privación del derecho a la tenencia y porte de armas por plazo de cinco años, prohibición de aproximación en un radio de 500 metros y de comunicación respecto de Concepcion Raimunda durante el plazo de cinco años; por el delito B) la pena de nueve meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como privación del derecho a la tenencia y porte de armas por plazo de tres años, prohibición de aproximación a menos de 500 metros y de comunicación respecto de Concepcion Raimunda durante el plazo de tres años; y por el delito C) la pena de trece años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación en un radio de 500 metros y de comunicación respecto de Concepcion Raimunda durante el plazo de diez años superior al de la pena de prisión impuesta.

Al procesado Torcuato Ignacio, como criminalmente en concepto de autor de D) un delito de **agresión sexual** del artículo 178 y 179 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena de 6 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximación en un radio de 500 metros y de comunicación respecto de Concepcion Raimunda durante el plazo de 10 años, y a que los procesados Angustia Antonia y Daniel Hernan indemnicen conjunta y solidariamente a Concepcion Raimunda en la cantidad de 30.000 euros, respectivamente, y a que el procesado Torcuato Ignacio indemnice a Concepcion Raimunda en la cantidad de 6.000 euros, cantidades que se incrementaran con el interés legal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al pago de las costas procesales a dichos procesados en la parte proporcional resultante en base al número de delitos por los que resulten condenados, declarándose el restante de costas procesales de oficio.

Asimismo, debemos de ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente a Daniel Hernan y a Angustia Antonia de los delitos de Maltrato habitual, de Maltrato, y del delito continuado de **Agresión sexual** respecto de Emilia Tania, y del delito de provocación **sexual** que se les imputaba con todos los pronunciamientos favorables.

Igualmente debemos de ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente a Angustia Antonia del delito de Prostitución de menores que se le imputaba y a Torcuato Ignacio del delito de Abusos **sexuales** continuado que se le imputaba, con todos los pronunciamientos favorables.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, téngase en cuenta el tiempo en que los procesados pudo haber estado privado de libertad por esta causa.

Aprobamos, por sus mismos fundamentos los autos de insolvencia de los acusados dictados en las piezas de responsabilidad civil. >>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por D. Angustia Antonia, Daniel Hernan y Torcuato Ignacio, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de Angustia Antonia

Motivo primero.- Al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española **Motivo segundo**.- Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los artículos 153.2 y 3, 173.2, 178, 179, 180.4 y 74 del Código Penal. **Motivo tercero**.- Al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho basado en documentos. **Motivo cuarto**.- Al amparo del nº 1º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de forma por inadmisión, sin la



justificación debida, de la prueba de careo entre Concepcion Raimunda e Emilia Tania , y entre Concepcion Raimunda e Leoncio Tomas , solicitadas al amparo del artículo 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . **Motivo Quinto.**- Al amparo del nº 1º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por quebrantamiento de forma por inadmisión injustificada de la prueba documental, consistente en la aportación de denuncias formuladas por Javier Hector , familiar de la víctima, contra Concepcion Raimunda por "robo, intento de destruir el matrimonio, falsedad y amenaza", tras la salida de ésta del piso tutelado. **Motivo sexto.**- Al amparo del nº 1º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por quebrantamiento de forma por inadmisión de la prueba testifical de Javier Hector en relación con la denuncia formulada contra la víctima, que fue aportada como prueba documental e inadmitida . **Motivo Séptimo.**- Al amparo del nº 1º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por quebrantamiento de forma por inadmisión injustificada de la prueba testifical de Leovigildo Emiliano . **Motivo octavo.**- Al amparo del nº 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por falta de claridad y contradicción entre los hechos probados, y por predeterminación del fallo.

Motivos aducidos en nombre de Daniel Hernan

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al infringir la Sentencia recurrida el artículo 24.1 de la Constitución Española , **Motivo segundo** .-Por infracción de precepto constitucional al amparo del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al infringir la Sentencia recurrida el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española . **Motivo tercero** .-Por infracción de precepto constitucional al amparo del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al infringir la Sentencia recurrida el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española . **Motivo cuarto.**- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , dado que no se han acreditado los hechos que conforman el supuesto de hecho de las referidas normas jurídicas. **Motivo Quinto.**- Por infracción de Ley al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , con fundamento en que la sentencia recurrida no expresa de forma clara cuáles son los hechos concretos que se consideran probados y que son la base de la condena impuesta.

Motivos aducidos en nombre de Torcuato Ignacio

Motivo primero .- Al amparo del nº 1 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por contradicción en los hechos probados. **Motivo segundo** .- Al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española). **Motivo tercero** .- Al amparo de los nº 1 y 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la valoración de la prueba basado en documentos. **Motivo cuarto.**- Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de los artículos 178 179 de Código Penal por .error en la valoración de la prueba basado en documentos.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, procede la IMPUGNACIÓN de todos los Motivos de los recursos interpuestos, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día diecinueve de abril de dos mil diecisiete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Daniel Hernan

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ , y del artículo 852 LECrim , al infringir la sentencia recurrida el artículo 24.1 CE , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que causa indefensión al recurrente.

Se argumenta que la sentencia incurre en una clara incongruencia interna puesto que en él fundamento de derecho segundo se hace constar que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de maltrato habitual, un delito de maltrato, un delito continuado de **agresión sexual**; y un delito de **agresión sexual** (cuatro delitos en total) y sin embargo, se condena como autores de los tres primeros delitos (A,B,C), tanto a Daniel Hernan , como a Angustia Antonia , lo que suman seis delitos, además del imputado al coprocesado Torcuato Ignacio .

Resulta evidente que si los hechos declarados probados son constitutivos de un solo delito de cada clase, no pueden resultar condenados los acusados Daniel Hernan y Angustia Antonia por cada uno de los



relacionados en las letras A;B;C, al ser imposible determinar a cuál de los dos de estos acusados habrán de imputarse cada uno de esos delitos, deberá declararse la nulidad de la sentencia con los pronunciamientos inherentes a tal declaración.

El motivo carece de fundamento.

Conforme la doctrina de esta Sala -vid STS. 936/2010 de 12 mayo - resumidamente podemos decir, que el **derecho a la tutela judicial efectiva** comprende la satisfacción de la pretensión deducida, sea estimándola sea desestimándola; la exposición de una motivación explícita, que permitan conocer las razones de la decisión; y que esa motivación no sea arbitraria o irrazonable Cfr. SSTS de 14-7-2005 , de 5-9-2003 y, de 24-7-2006, nº 849/2006).

Con frecuencia hemos repetido, con mayor extensión (Cfr. SSTS de 18 de marzo de 1996 , 13 de noviembre de 1998 , 20-5-2004, núm. 640/2004 y 21-11-2005, núm. 1394/2005), que el derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución , con carácter de derecho fundamental, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho, es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado en Derecho.

Ello significa que la tarea casacional ha de contraerse en los supuestos de mención del referido Derecho fundamental, a la estricta comprobación de los contenidos argumentales de la resolución recurrida, de su razonabilidad y valor como respuesta fundada a las cuestiones suscitadas y sobre las que se pronuncia.

Esta Sala de Casación, también tiene afirmado en reiteradas resoluciones (Cfr. SSTS 59/2009, de 29-1 ; 89/2009, de 5-2 ; y, 28-9-2009 , nº 949/2009) que el ámbito del control casacional, se extiende a verificar si consta debidamente razonada la motivación de la resolución, de modo que pueda verificarse el *iter discursivo* y comprobarse si la conclusión obtenida resulta razonable y por tanto ajena a cualquier viso de arbitrariedad.

Asimismo, se ha hecho especial hincapié en que, desde la perspectiva del control casacional, a este Tribunal le corresponde revisar la estructura del razonamiento probatorio de la sentencia recurrida, centrándose en comprobar la observancia de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal sentenciador (Cfr. SSTS 753/2007, de 2-10 ; 672/2007, de 19-7 ; y 131/2009, de 12-2).

En cuanto a la incongruencia interna de la sentencia, se produce cuando el pronunciamiento de la sentencia no se corresponde con los argumentos jurídicos que lo sustenta, esto es porque los fundamentos jurídicos conducen racionalmente a una decisión determinada, y el fallo se pronuncia en sentido diferente (ATS 10.5.2006), y este incongruencia interna puede tener por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva - el fallo o con alguno de sus pronunciamientos Para que se produzca esta segunda modalidad de la incongruencia interna será preciso que la contradicción sea clara e incuestionable, pues en otro caso, prevalece el fallo, sin perjuicio de que la oscuridad en el razonamiento pueda servir de sustento a otro vicio de la sentencia distinto a la incongruencia.

Situaciones estas que no se producen en la sentencia recurrida al no apreciarse incongruencia entre los hechos probados, los fundamentos de derecho y el fallo.

En efecto en el relato fáctico se describe la secuencia de hechos que se considera probada individualizando las conductas realizadas por cada uno de los acusados.

En el fundamento de derecho segundo se contiene la calificación jurídica de los hechos probados que, en su totalidad integran cuatro delitos: a) un delito de maltrato habitual previsto y penado en el artículo 173.2 CP ; b) un delito de maltrato del artículo 153.2 y 3 CP ; c) un delito continuado de **agresión sexual**, artículos 178 , 179 , 180.4 y 74 CP ; y d) un delito de **agresión sexual** de los artículos 178 y 179 CP .

Los fundamentos de derecho tercero a sexto contienen la motivación jurídica de los delitos y en el fundamento jurídico 10º, en congruencia con los hechos probados, se considera a los acusados Daniel Hernan y Angustia Antonia autores de los delitos de malos tratos habituales, de maltrato y continuado de **agresión sexual**, y en el fallo se les condena por estos tres delitos, cuyo sustento fáctico se individualiza en los hechos probados.

Y en cuanto al cuarto delito -**agresión sexual** letra d)- en concordancia con los hechos probados y fundamento jurídico 10º se imputa y se condena a Torcuato Ignacio .

SEGUNDO: El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ , y artículo 852 LECrim , al infringir la sentencia recurrida el artículo 24.1 y 2 CE , por vulneración del derecho



fundamental a un proceso con todas las garantías y a utilizar los hechos de prueba pertinentes para su defensa.

Considera que tal vulneración se produce al no haber admitido el Tribunal pruebas propuestas en tiempo y forma por las defensas, en concreto, se denegó a la parte, el careo entre los tres hermanos mayores (Concepcion Raimunda , Emilia Tania e Leoncio Tomas), así como la grabación de una entrevista o declaración realizada por una de las denunciadas (Emilia Tania) en un programa de televisión, la cual se aportó al acto de la vista con los correspondientes medios para su reproducción.

En el caso de los careos, se denegó por entender el tribunal no necesario la prueba. Y respecto a la documental, por ser la grabación irrelevante para la causa.

De esta forma se impidió al acusado utilizar los medios de prueba pertinentes y útiles para su defensa.

Con carácter previo debemos recordar que la denegación de una prueba propuesta en tiempo y forma puede encauzarse por una doble vía: artículo 852, por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y artículo 850.1 quebrantamiento de forma. En todo caso - hemos dicho en STS. 327/2013 de 4.3 - el motivo ha de ser analizado, desde esta última perspectiva. El art. 852 no puede convertirse en un expediente para burlar los requisitos de los tradicionales motivos de casación por *error in procedendo* (SSTS 430/2000, de 17 de marzo , y 1073/2012, de 29 de noviembre). La invocación del art. 852 en lugar del art. 850.1º no permite escapar de los condicionantes de este precepto. Si fuese así, sobraba el art. 850 y habría que suprimir sin contemplaciones los arts. 850 y 851: siempre cabría canalizar esas quejas por el cauce del art. 852 sin necesidad de requisito adicional alguno. Por tanto se debe exigir para la viabilidad del motivo que se trate de prueba propuesta en tiempo y forma y que se haya formulado en su momento la preceptiva protesta.

Efectuada esta precisión previa el motivo debe ser desestimado.

Como hemos dicho en STS 598/2012, de 5-7 , 157/2012, de 7-3 ; 629/2011, de 23-6 ; 111/2010, de 24-2 ; 900/2009, de 23-9 ; y 139/2009, de 24-2 , entre otras muchas, La Constitución entre los derechos que consagra el art. 24 sitúa el "derecho a usar a los medios de prueba que resulten pertinentes para su defensa. Igualmente los arts. 659 y 785.1 LECrim . obligan al Tribunal "a quo" a dictar auto "admitiendo lo que estime pertinentes y rechazando los demás".

El Tribunal Constitucional ha venido configurando este Derecho Fundamental en múltiples resoluciones y las conclusiones que se extraen en dichos pronunciamientos podemos resumirlos en:

a) La conculcación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, situado en el marco de su derecho fundamental más genérico como es el derecho de defensa, solo adquiere relevancia constitucional cuando produce real y efectiva indefensión.

La STC. 198/97 dice: "el rechazo irregular de la prueba por el Órgano jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y así, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, la relación de instrumentalidad existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no sea por sí sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues para que así sea el defecto procesal ha de tener una indefensión material concreta, por lo que si ésta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional".

b) El juicio de pertinencia, límite legal al ejercicio del derecho, resulta de la exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios, los cuales vienen obligados a explicitar y motivar las resoluciones en que rechacen las pruebas propuestas.

La STC. 25/97 precisa: "el art. 24.2 CE . permite que un Órgano judicial inadmita un medio probatorio propuesto sin que ello lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no obliga, por consiguiente, al Juez a admitir todos los medios probatorios que la parte estime pertinentes, sino únicamente aquellos que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales, pero resulta inaceptable, con toda evidencia, la posibilidad de que el Juez, sin motivación, rechace las pruebas interesadas.

c) Solo corresponderá al Tribunal Constitucional la revisión sobre la declaración de pertinencia de las pruebas, cuando esta resulte absurda, incongruente o cuando en él se haya rechazado una diligencia no solo pertinente sino con trascendencia para modificar el sentido de la decisión final.

La STC. 178/98 recoge "quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo



podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia, ya que sólo en tal caso podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quienes por este motivo buscan amparo".

En igual dirección la STC. 232/98 nos dice: "En efecto, como ha resaltado el Tribunal Constitucional la garantía constitucional contenida en el precepto únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa. De no constatarse esta circunstancia resultaría ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no ha existido la lesión denunciada. Esto exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en el sentido de que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia".

Ahora bien, como ya hemos adelantado a los efectos del derecho constitucional a la utilización de medios de prueba propuestos, no está el Juez obligado a admitir todos los medios de prueba que cada parte estima pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales. Dos elementos han de ser valorados a este respecto: la pertinencia y relevancia de la prueba propuesta. Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye: "tema adiuvandi", juicio de oportunidad o adecuación. No obstante tal condición de hallarse relacionada o entrelazada con el proceso no supone que deba ser admitida inexcusablemente. Los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y los principios de economía procesal, pueden mover al órgano jurisdiccional o inadmitir diligencias de prueba que ostenten la cualidad de pertinentes por diferentes razones fundamentalmente por considerarlas superfluas, redundantes o desproporcionadas en relación a la infracción objeto de enjuiciamiento.

Y en cuanto a la relevancia del medio probatorio ha de distinguirse entre la relevancia formal y la material - que es la verdaderamente trascendente- y que debe apreciarse cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de esta.

Por último debe exigirse que la prueba sea además necesaria, es decir tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone (SSTS. 9.2.95 , 16.12.96) de modo que su omisión le cause indefensión (SSTS. 8.11.92 y 15.11.94) a diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible (STS 17.1.91), la "necesidad" de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente considerados como pertinentes, pueden lícitamente no realizarse por muy diversas circunstancias (STS. 21.3.95), que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

La sentencia de esta Sala de 6.6.02 , recuerda la doctrina jurisprudencial sobre prueba pertinente y prueba necesaria. Nos dice la sentencia de 24.10.2000 que "ya por reiterada doctrina del TEDH . -casos Brimvit, Kotousji, Windisck, y Delta- se reconoce que no es un derecho absoluto e incondicionado. El Tribunal Constitucional tiene declarado que no se produce vulneración del derecho fundamental a la prueba, cuando esta es rechazada, aun siendo pertinente, porque su contenido carece de capacidad para alterar el resultado de la resolución final, y en este sentido se articula la diferencia entre prueba pertinente y prueba necesaria, estimando que sólo la prueba necesaria es decir, aquella que tiene aptitud de variar el resultado, que sea indebidamente denegada puede dar lugar a una indefensión con relevancia constitucional (SSTC.149/87 , 155/88 , 290/93 , 187/96).

En tercer lugar la estimación de un motivo por vulneración de un precepto constitucional no supone necesariamente la anulación de la sentencia y el dictado de una nueva absolutoria, sino que la reparación en los casos en que la vulneración sea asimilable al quebrantamiento de forma -como sería en el caso presente en el art. 850.1 por denegación de alguna diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente, lo procedente será su anulación y reenvío al tribunal de instancia de la causa para que reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, esto es practicando la prueba indebidamente denegada, la sustancia y termine con arreglo a derecho.

En este marco y a través de una jurisprudencia reiterada, STS 46/2012, de 1-2 , 746/2010, de 27-7 y 804/2008, de 2-12 ; se ha ido perfilando una cuerpo doctrinal enunciativo de los requisitos necesarios para la estimación del motivo casacional previsto en el art. 850.1 LECr .

a) Las diligencias probatorias han de haber sido solicitadas en tiempo y forma, en los términos exigidos por el art. 656 LECr ., respecto al procedimiento ordinario y por el art. 784 al procedimiento abreviado.

b) Que el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecer la calificación de "pertinente". Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye



"Thema decidendi". Además ha de ser "relevante", lo que debe aplicarse cuando la realización de la prueba, por la relación a los hechos a los que se acuerda la condena o la absolución u otra consecuencia penal, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya inferido en el contenido de ésta.

c) Que la prueba sea además, necesaria, es decir tenga utilidad para los intereses de defensa de quien le propone, de modo que su omisión le causa indefensión.

A diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del tribunal, la necesidad de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

d) que sea "posible" la práctica de la prueba propuesta, en el sentido de que el tribunal debe agotar razonablemente las probabilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas.

e) Que ante la denegación de la prueba, la parte formule la correspondiente protesta (art. 689 LECr . equivalente a la "reclamación" a que se refieren los arts. 855 y 874-3 LECr . por la que se expresa su disconformidad con la resolución denegatoria.

TERCERO: En el caso presente en cuanto a la denegación del careo entre los tres hermanos, como recuerdan las SSTs. 511/2007 de 7 junio , 434/2010 y 365/2012 de 15 mayo , el careo no es un medio de prueba autónomo, sino complementario de otros, como son las declaraciones de acusados y testigos, puesto que sólo sirve para contrastar y medir la credibilidad de éstos, depurando las contradicciones o discordancias que pudieran existir, razón por la cual la decisión de si procede o no su práctica se deja por el legislador a criterio del Juez o del Tribunal, como un reconocimiento más a las exigencias propias del principio de inmediación, como factor fundamental de las valoraciones de las pruebas de carácter personal, lo que tiene como consecuencia el que contra el acuerdo relativo a su denegación no cabe recurso de casación, según proclama el Tribunal Supremo de forma reiterada, S 12-11-86 ; 6-11-89 , 17-6-90 ; 14-9-91 , 18-11-91 ; 18-11-92 ; 17-6-94 ; 4-3-98 ; 3-7-2000 , 19-12-2003 , 13-6-2005 , 6-6-2006 . Por su parte el TC declaró en sentencia 7-5-84 que la denegación de un careo no constituye vulneración del art. 24-2 CE .

Las SSTs. 542/2015 de 30 septiembre y 371/2015 26 siempre, se recuerda que el careo más que una diligencia de prueba propiamente dicha, es un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas, por lo que su denegación se viene considerando como una facultad discrecional del juez o tribunal a quien se le solicita que, como tal, no puede ser sometida a control en casación.

Por otra parte, no debe olvidarse que de acuerdo con lo establecido por el art. 455 LECr ., el careo se practicará cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de algunos de los procesados. Esta condición negativa de la práctica del careo que introduce la ley responde, ante todo, al dudoso carácter probatorio del careo en el proceso penal moderno, y debe ser, por ello, estrictamente interpretada en cada caso. De ello se deduce que en el presente caso la diligencia de careo era innecesaria, dado que no se percibe ninguna circunstancia que permita afirmar que el tribunal a quo carecía de otros medios para comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de un acusado, y en cualquier caso el recurrente no concreta en qué medida la decisión que cuestiona pudo menoscabar sus posibilidades de defensa, cuando el tribunal de instancia puede hacer esas comprobaciones a través del interrogatorio directo de los acusados y testigos, por parte de las defensas.

Y en cuanto a la reproducción de la grabación de una entrevista de una de las víctimas- Emilia Tania , en un programa de televisión, su admisión y práctica era innecesaria. Se trataba de una declaración no sometida control judicial alguno, ni practicada con los principios de contradicción, inmediación con intervención de todas las partes. Y en todo caso, Emilia Tania compareció al juicio oral pudo ser interrogada por la defensa sobre aquella grabación y los sucesivos cambios en sus declaraciones.

El motivo por lo expuesto, se desestima.

CUARTO: El motivo tercero por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ , y artículo 852 LECrim , al infringir la sentencia recurrida el artículo 24.1 y 2 por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia e infracción del principio in dubio pro reo.

Se argumenten en el motivo que la vulneración se produce al fundamentarse la condena de forma exclusiva en la declaración directa e indirecta de la denunciante Concepcion Raimunda , a pesar de que dicha declaración no reúne los requisitos jurisprudencialmente exigidos por ser considerada prueba de cargo suficiente y apto para desvirtuar la presunción de inocencia.



Además la sentencia no tiene en cuenta y ni tan siquiera menciona ninguna de las pruebas o argumentos favorables a la defensa, omitiendo la valoración de declaraciones tan relevantes como las de los propios hermanos de la denunciante que convivieron con ella durante muchos años y que por ello, conocen su forma de su capacidad de invención, comportamiento en su domicilio y fuera de él, etc.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar, como hemos dicho en SSTs. 95/2014 de 20 febrero , 758/2015 de 24 octubre , 517/2016 y 14 junio , 17/2017 de 20 enero , que los delitos contra la libertad **sexual**, máxime cuando afecten a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y a la reforzada tutela de dichas personas merecen como víctimas de los mismos . *Pero siendo todo ello cierto, en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso* . Por ello, siendo la Constitución norma jurídica suprema de aplicación directa e inmediata (máxime en materia de derechos y garantías fundamentales) obliga a los distintos órganos de jurisdicción ordinaria a reinterpretar, conforme al principio de constitucionalidad de las normas jurídicas, los preceptos que afecten o puedan afectar a la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, de modo que aquellos preceptos resulten compatibles con la Constitución.

Efectuada esta precisión previa necesariamente hemos de partir de cómo esta Sala -SSTs- 129/2014 de 26.2 , 428/2013 de 29.5 , 263/2012 de 28.3 , 1278/2011 de 29.11 , 245/2010 de 15.6 -, entre otras muchas tiene declarado, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- En primer lugar debe analizar el "**juicio sobre la prueba** ", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además,



haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

- En segundo lugar, se ha de verificar " **el juicio sobre la suficiencia** ", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- En tercer lugar, debemos verificar " **el juicio sobre la motivación y su razonabilidad** ", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la intermediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1 ; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concorra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.

Consecuentemente el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si norma considera, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC. 68/98 , 117/2000 , SSTS. 1171/2001 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009 , 104/2010 , 1071/2010 , 365/2011 , 1105/2011).



Por tanto el control casacional ha de quedar limitado en tales casos a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. La prueba será adecuada cuando no haya sido obtenida respetando los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y deviene bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. La Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Por el examen por esta Sala de casación de la racionalidad de la inferencia del juzgador nunca puede implicar la sustitución del criterio valorativo de aquél por el nuestro, de modo que el juicio de inferencia del Tribunal a *quo* sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (en igual sentido STS. 70/2011 de 9.2).

QUINTO: En casos como el presente en los que se analizan hechos relacionados con la libertad **sexual** es altamente frecuente -como recuerda la STS. 845/2012 de 10.10 - que el testimonio de la víctima -haya sido o no denunciante de los mismos- se erija en la principal prueba sometida al examen del Tribunal, habitualmente por oposición de quien es denunciado y niega la realidad del objeto de la denuncia.

En el caso del acusado sus manifestaciones se encuentran amparadas por el elenco de garantías y derechos reconocidos en el art. 24 CE, y, entre ellos, los derechos a no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo.

La versión de la víctima debe ser valorada, en cambio, desde el prisma propio de un testigo, que se encuentra por ello obligado a decir verdad; pero sin olvidar las cautelas propias del status de quien asume la doble condición de testigo y denunciante, pues estamos ante un testigo en cierto modo implicado en la cuestión, al ser su testimonio la noticia misma del delito. Ahora bien, según apuntaba el Tribunal Constitucional en sus SSTC núm. 126/2010, de 29 de noviembre, ó 258/2007, de 18 de diciembre, lo expuesto no es óbice para que la declaración de la víctima, practicada con plenas garantías, pueda erigirse en prueba de cargo que habilite un pronunciamiento de condena, incluso cuando actúe como acusador particular. Desde esta misma Sala de Casación también hemos declarado insistentemente que el testimonio de la víctima puede ser tenido como prueba capaz, por sí misma, de enervar la presunción de inocencia, incluso cuando sea la única prueba disponible. Son incontables las ocasiones en que hemos apuntado ciertos aspectos de posible valoración en el testimonio de la víctima, notas que no son más que pautas orientativas, sin vocación excluyente de otras y sin desconocer la importancia de la intermediación, dirigidas a objetivar la conclusión alcanzada. Son éstas la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud de su versión y la persistencia en la incriminación. Pero incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, eso sí, que motive suficientemente las razones de su proceder.

La STS. 381/2014 de 21.5, insiste en que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la declaración testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa -dice la STS. 19.12.03 - que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las circunstancias concretas del caso. Es decir la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

Por ello tiene aquí singular importancia la consignación de una motivación concreta y suficientemente desarrollada. En suma, el propósito último es que «valoración en conciencia» no signifique ni sea equiparable a «valoración irrazonada», por lo que es el adecuado razonamiento del Tribunal lo que en todo caso deviene imprescindible (en parecidos términos, STS núm. 259/2007, de 29 de marzo). Conviene finalmente precisar que, como siempre que nos hallamos ante el problema de medir la eficacia probatoria de alguna prueba consistente en declaraciones prestadas ante el propio Tribunal que las preside y que ha de valorarlas, como regla general debe prevalecer lo que la Sala de instancia haya decidido al respecto, lo que no es sino lógica consecuencia de las exigencias propias del principio de intermediación procesal al que antes hacíamos referencia: En efecto la declaración de la víctima dice la STS. 625/2010, encuadrable en la prueba testifical, su valoración corresponde al tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la intermediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.



Por ello la credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por esta Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba, pero su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que la misma tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal de instancia.

Pero bien entendido que como, con vocación de síntesis, hemos afirmado en SSTs. 339/2007 de 30 abril , 365/2012 de 15 mayo , la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional (cfr. por todas, SSTC 201/89 , 173/90 y 229/91). Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

Así el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

SEXTO: Esa actitud metódica de procedencia valorativa queda claramente reflejada en los razonamientos del tribunal "a quo" a la hora de aceptar el valor incriminatorio del testimonio de Concepcion Raimunda se pone en relación con el resto de las pruebas.

Así en el fundamento de derecho 10º de forma minuciosa, analiza la declaración a la víctima Concepcion Raimunda , calificándolo su testimonio de "desgarrador" al poder, con inmediatez, percibir la emoción y sufrimiento por los hechos que relataba, sin poder contener el llanto, manifestó en relación a este recurrente, Daniel Hernan le pegaba habitualmente pero con menos frecuencia que su madre, que le decía siempre redime que si decía algo le iba a cortar la lengua y que todo ello ocurría en la casa y en la finca", manifestando totalmente derrumbada que Daniel Hernan le tocaba, desde cuando cumplió los trece años, los pechos, le introducía los dedos y le obligaba a hacerle felaciones, que no llegó a tener relaciones completas, le ponía películas y le decía que eso era normal y que le cortarían la lengua si algo decía y que "su madre conocía todo porque ella misma un día le cogió la mano y se la puso en el pene de Daniel Hernan , que este había sacado, y al mismo tiempo que su madre le decía que no pasaba nada, le enseñó a mover la mano, y que incluso cuando su madre no quería tener relaciones con Daniel Hernan , le decía que lo hiciera con su hermana y con ella, que para eso tenía tres mujeres", así como que Daniel Hernan se paseaba desnudo por la casa y mantenía relaciones con su madre delante de ellos, aunque a sus hermanos pequeños ella se los sacaba entonces a la calle," y que Daniel Hernan también le pegaba, llegando un día a reventarle la nariz, por lo que tuvo derrame y le dijo que si decía algo "le iba a pegar fuego a to", y que si nunca denuncia ni dijo nada, ni siquiera a la asistenta social que fue un día a su casa, fue porque tenía miedo, que "tenía miedo de que la mataran con tanto como le pegaban" y que ha llegado a tener intentos de suicidio, pesadillas, asco, dificultades en el sueño, y necesitó tratamiento psicológico.

Asimismo considera que pudo apreciar la ausencia de incredibilidad subjetiva descartando la concurrencia de algún móvil espurio o de venganza citando al efecto las SSTs. 609/2013 del 10 julio , 553/2014 de 30 junio , en orden a que el deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo, no puede calificarse ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la credibilidad de la declaración, y por último en relación a las supuestas contradicciones en los relatos de la víctima, considera el tribunal que no son tales y se explican por el simple transcurso del tiempo, pues no puede olvidarse que se trata de hechos sucedidos a lo largo de muchos años, pues lo que relata la víctima son múltiples episodios y por tanto esa falta de concreción de fechas no le priva de virtualidad y valor al testimonio, ya que es perfectamente factible, e incluso lógico que la víctima al hacer un esfuerzo de memoria por recordar algo que debió traumatizarla gravemente y dar detalles sobre episodios de tan amargo recuerdo, no coincida punto por punto, y por tanto, en conclusión, la Sala como ya se ha reiterado, ha considerado tras la percepción directa de su testimonio, que el mismo es sincero y veraz, y en fundamento de derecho 11º, detalla las pruebas que corroboran el testimonio de Concepcion Raimunda :

1º declaración del testigo protegido, Ganso , que fue quien recogió a Concepcion Raimunda , cuando esta huyo de su casa el día 14 de julio de 2014, y pudo observar su estado físico fatal con cardenales y trató de convencerla para que denunciara.



2º declaración del agente de la Guardia Civil NUM012 , instructor del atestado, que dirigió la búsqueda de Concepcion Raimunda cuando desapareció, e igualmente describió su estado cuando le encontraron: fatal, llorando, tenía hematomas y no quería volver a casa, y al ponerse en contacto con los abuelos paternos, la abuela les entregó una carta de la hermana mayor, Emilia Tania , relatando abusos del recurrente.

3º la exploración del menor Serafín Samuel , de nueve años, hermano de Concepcion Raimunda , e hijo de los acusados Daniel Hernan y Angustia Antonia quien, respondiendo a las preguntas de las defensas sobre los malos tratos, declaró que había visto llorar en casa Concepcion Raimunda porque le pegaban y gritaban mucho y que quien se portaba peor en su casa, eran su padre y su madre, pegándole Concepcion Raimunda .

4º los distintos informes periciales realizados en la instrucción y ratificados en el juicio oral:

a) informe emitido por los psicólogos Dª Belen Nicolasa y D. Porfirio Nicanor , que destacaron que la sintomatología compatible con vivencias tan graves como las relatadas por la víctima y avalan la credibilidad y sinceridad testimonio.

b) El informe de los médicos forenses Dª Rocio Zulima y D. Mariano Lucio , que escribieron las lesiones que presentaba Concepcion Raimunda , o compatibles con autolesión, apreciándole sintomatología nervioso-depresiva, sentimientos de decaimiento, dificultades en el sueño, con pesadillas, llanto, dificultades en la esfera **sexual**, intensos sentimientos de inmundicia, rabia y culpabilidad, tardando en sanar 180 días con 45 impeditivos para sus ocupaciones habituales, restándole como secuelas un trastorno por estrés postromántico. Lesiones psíquicas imbatibles con lo que había vivido.

c) Informe de los psicólogos de Márgenes y Vínculos, NUM013 y NUM014 , que evaluaron a los tres hermanos de Concepcion Raimunda y apreciaron en los ellos conductas sexualizadas y conocimientos impropios de su edad. Los tres tenían mucho apego a Concepcion Raimunda de la que decían era como su madre, y de los padres no recordaban nada bueno. Los dominios hablan del maltrato físico a su hermana y que no les gustaba ver sangre en la cara de Concepcion Raimunda . La niña contó que su padre explicó lo que era follar.

5º por último, en contra de lo sustentado en el motivo, el tribunal sí analizó la prueba exculpatoria de descargo: las propias declaraciones de los acusados negando todo lo que se les imputa; la testifical de otros hermanos de la víctima: Emilia Tania e Leoncio Tomas , razonando sobre su falta de credibilidad, al incurrir la primera en múltiples contradicciones-aunque en una de sus declaraciones llegó a acusar al recurrente de abusos sobre ella- y haberse ido el segundo del domicilio familiar dos años antes de los hechos, por lo que su afirmación de creencia de ser todo mentira, no deja de ser una apreciación subjetiva por su parte, y el testimonio del padre del recurrente: Doroteo Sebastian , que sólo estuvo presente en las tareas de limpieza de la casa de su hijo cuando le llamó la Guardia Civil, sin que por tanto pudiese aclarar nada en relación a los hechos.

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado y no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, que se basó en pruebas personales y periciales válidamente obtenidas y practicadas, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y ponderación exigibles, quedando extramuros de la competencia de la Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante una valoración alternativa y subjetiva del recurrente del significado de los elementos de pruebas personales disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho de presunción de inocencia del hoy recurrente, quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas con apoyo en sus propias manifestaciones exculpatorias y en su subjetiva interpretación de las distintas testificales, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11 - "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

Así en cuanto a la indefensión que se dice producida por la falta de concreción en la sentencia de cuál es el concreto hecho o **agresión** por el que resulta condenado por un delito de malos tratos, la sentencia recurrida de los hechos probados se describe "como unos meses antes (de folio 2014) Daniel Hernan golpeó a Concepcion



Raimunda con el puño en la cara "reventando de la nariz" cayendo al suelo, donde continuó pegándole...". Y respecto a que en las ataques contra la libertad **sexual** se habla de penetración, pese a que Concepcion Raimunda manifestó clara y rotundamente en su declaración que nunca hubo penetración, de nuevo incide en error el recurrente, la sentencia en el factum declara probado que el acusado Daniel Hernan , desde el año 2008 al año 2014, la obligó a mantener relaciones **sexuales** con él, forzándola a realizarle felaciones y masturbaciones en sucesivas ocasiones, tocándole el pecho y sus partes íntimas e introduciéndole sus dedos de la vagina, amenazando a Concepcion Raimunda con que si decía algo, le iba a cortar la lengua, accediendo esta ante el miedo a sufrir sus palizas".

El motivo por lo expuesto se desestima.

SEPTIMO: El motivo cuarto por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por indebida aplicación de los artículos 153 , 173 , 178 , 179 , 180. 4 y 74 CP , dado que no se han acreditado los hechos que conforman el supuesto derecho de las referidas normas jurídicas.

El motivo se remite a las alegaciones expuestas en los hechos primero a tercero acerca de la insuficiencia probatoria y consiguiente prevalencia del derecho a la presunción de inocencia del recurrente lo que es ajeno al cauce procesal del artículo 849 .1 LECrim , cuyos requisitos tal como se señala en las SSTs. 807/2011 de 19 julio , 31172014 de 16 abril, son los siguientes:

1º Con carácter previo y con respecto a todos los motivos articulados por la vía del art. 849.1 LECrim , debemos recordar la doctrina de esta Sala, contenida, entre otras muchas, la STS. 807/2011 de 19.7 , transcrito por la acusación particular en su escrito de impugnación -que establece los requisitos de este motivo casacional-:

1) Respeto a los hechos probados.- la casación, por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". (STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil , cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación. Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero , "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim . El recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.



En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

OCTAVO: Pues bien en el caso que nos ocupa el motivo en sus alegaciones legales y doctrinales y desarrollo argumental cuestiona la concurrencia de los elementos del tipo de los delitos por los que ha sido condenado el recurrente en particular por la inexistencia de datos que permitan determinar cuántas **agresiones** se habían producido, y la continuidad delictiva, del artículo 74 en relación al delito de **agresión sexual**.

1º En cuanto a la primera cuestión su desestimación deviene necesaria al darse en la conducta del recurrente descrita en el factum, todos los requisitos exigidos doctrinal y jurisprudencialmente del actual artículo 173.2 CP .

En efecto, como recuerdan las SSTs, 261/2005 , 765/2011 de 19 julio , 856/2014 de 26 diciembre , la situación muy grave, intolerable, en que se encuentran las personas más débiles del hogar frente a quienes ejercen habitualmente violencia física fue puesta de relieve por todos los sectores sociales, motivando que la L.O. 3/89 con propósito merecedor de todas las alabanzas creara un tipo penal en el capítulo de las lesiones, art. 425, para castigar "al que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, "recogiendo en la Exposición de Motivos de esta Ley que se justifica la reforma" al responder a la deficiente protección de los miembros más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticas más agresivas de otros miembros del mismo, sancionando los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge cuando a pesar de no integrar individualmente consideradas más que una sucesión de faltas se produce de un modo habitual".

El Código Penal de 1995 en su art. 153 con el mismo buen propósito de la reforma de 1989 mantuvo la figura penal con algunas mejoras técnicas y un endurecimiento de la penalidad "el que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare".

Este artículo fue objeto de sucesivas reformas, Leyes Orgánicas 11 y 14/ 99 de 30 de abril y de 9 de junio de modificación del C.P. en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas; LO. 11/2003 de 29.9, que sin perjuicio de reconocer el alcance multidisciplinar que trate la violencia doméstica, que no agota su contenido en la **agresión** física o psíquica, sino que afecte al desarrollo de la personalidad, a la propia dignidad humana y a todos los derechos inherentes, justifica que este delito de violencia habitual en el ámbito familiar haya pasado al Título VII del Código y ubicado en el campo de los delitos contra la integridad moral, concretamente en el art. 173, dado que este delito desde una perspectiva estrictamente constitucional, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, art. 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y degradantes - art. 15 - y en el derecho a la seguridad - art. 17 - quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39.

Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud y no solo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de estas y de las propias víctimas.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

La STS. 927/2000 de 24.6 , a la que cita la STS. 716/2009 de 2.7 , realiza un detenido estudio de las características y funciones del antiguo art. 153 CP . -actual art. 173.2- que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable y su doctrina debe complementarse por otras SSTs. 645/99 de 29 abril , 834/2000 de 19 de mayo , 1161/2000 de 26 de junio o 164/2001 de 5 marzo . La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente



considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 -actual art. 173.2- es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia.

Lo relevante será constatar si en el "factum" se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en **agresiones** que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las **agresiones** hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vértebra el tipo penal.

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no solo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP . establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de **agresión** permanente.

Esta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multireincidencia en falta de malos tratos -lo que podría constituir un problema de non bis in idem- parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

No se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato sino que lo importante es que el Juez llegue a esa convicción de que la víctima vive en un estado de **agresión** permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico- social, no como concepto jurídico-formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más.

Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del coprocesado hacia la recurrente, que la sentencia considera acreditada, pues no es ocioso recordar que el delito del art. 173.2 consiste en ejercicio de violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real.

En el caso presente se debe partir del hecho probado, como exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim , en la que no puede pretenderse una modificación del "factum", pues aquí no se denuncian errores de hecho sino de derecho, esto es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia.



Siendo en el factum de la sentencia impugnada se considera acreditado que así mismo unos meses antes, el procesado Daniel Hernan , golpeó a Concepcion Raimunda con el puño en la cara, "reventándole la nariz", cayendo al suelo, donde continuó pegándole, y todo ello, se vino repitiendo, llegando su madre a golpearla habitualmente cada dos o tres días, al igual que el procesado, aunque este no tan a menudo. Como consecuencia de estas **agresiones**, Concepcion Raimunda sufrió lesiones consistentes en hematomas en brazos y piernas, así como en la cabeza, y excoriaciones, que no precisaron de más de una primera asistencia médica para su curación.

Consecuentemente de tal relato fáctico se desprende que no estamos ante **agresiones** físicas o verbales surgidas aisladamente sino ante acciones de violencia física o psíquica que se manifiestan como exteriorización de un estado de violencia permanentemente ejercida por el recurrente junto con su esposa sobre una hija común que permite su consideración como habitual.

2º Y en relación al delito continuado de **agresión sexual**, la STS 609/2013 de 10 julio hace un resumen de la doctrina jurisprudencial en la materia.

Así señala: "En su evolución jurisprudencial esta Sala considera aplicable el delito continuado en supuestos de **agresiones sexuales** realizadas bajo una misma presión intimidativa en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación **sexual** de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo.

En las SSTS núm. 463/2006, de 27 de abril , se clasifican los diversos supuestos señalando: "*En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar:*

a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo **sexual** del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena.

b) Cuando los actos de **agresión** o abuso **sexual** se lleven a cabo lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva.

c) Finalmente, cuando la iteración de los actos **sexuales** (normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas **agresiones** o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos".

Es decir que debe aplicarse el delito continuado ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes (STS de 18 de Junio de 2007).

Y en caso de aplicación del delito continuado, no procede desglosar algunas de las conductas encuadradas en el mismo dolo unitario por el hecho de resultar identificables en cuanto a las fechas, para sancionarlas adicionalmente, pues en tal caso se produce una exacerbación punitiva contraria al principio de proporcionalidad.

En este sentido la STS. 984/2012 de 10.12 , considera la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva en un supuesto de dos **agresiones sexuales** producidas con un mes de separación y declara que "aunque el art. 74 CP , es tenido en cuenta de forma muy excepcional cuando de **agresiones** a la libertad **sexual** de carácter violento se trata, no debe olvidarse la existencia de precedentes en este sentido dentro de la doctrina jurisprudencial.

De hecho, si bien la posibilidad del delito continuado en el caso de los delitos contra la libertad **sexual** no deja de ser una " *excepción a la excepción* ", como se ha repetido en diversas ocasiones, ante la previsión a este respecto, contenida en el apartado 3 de dicho artículo 74, que permite dicha construcción de continuidad en los casos de " *infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales* ", a pesar de la previa exclusión de tal instituto cuando se trate de ofensas a " *bienes eminentemente personales* " y de igual modo una serie de Resoluciones de esta Sala han excluido de la mentada posibilidad las **agresiones sexuales**, remitiéndola tan sólo a las conductas no intimidatorias ni violentas, es decir, a los meros abusos, lo cierto es que, también nos encontramos con pronunciamientos que, de modo puntual, admiten la extensión de ese artículo 74 a las **agresiones sexuales**.



En concreto las SSTs de 17 de Julio y 18 de Diciembre de 1991 , 22 de Octubre de 1992 , 2 de Febrero de 1998 , 23 de Diciembre de 1999 , 23 de Febrero de 2002 o, la mucho más reciente, de 18 de Junio de 2012 , de una u otra forma constituyen claro ejemplo de ello.

Si indagamos en todas esas Resoluciones, de ambos sentidos, el porqué de semejante discriminación entre las **agresiones sexuales** y los abusos de cara a la posible aplicación del delito continuado, cuando la literalidad del artículo 74, en su referencia genérica a las infracciones contra la libertad e indemnidad **sexuales** no establece diferencia de trato alguna entre ellas, llegamos a la conclusión de que semejante criterio no se apoya, en realidad, en una base ontológica propia de la esencia de cada forma de ataque al bien jurídico protegido, la libertad e indemnidad **sexuales**, igual en ambos supuestos, sino más bien a consecuencias de orden probatorio y de fijación de los hechos que se relacionan con la mayor facilidad de individualización de las **agresiones**, con su concreto y específico contenido intimidatorio o violento, frente a la más difusa para una secuencia de abusos **sexuales** a lo largo del tiempo, lo que lleva a esta Sala a concluir razonando lo impropio que resulta castigar individualmente una serie indeterminada de actos delictivos sucedidos a lo largo del tiempo como dos, tres o más delitos insuficientemente concretados, obligando la lógica " *pro reo* ", en estas ocasiones, a concluir en la existencia de un único delito continuado de abuso **sexual**.

En tanto que aquella mayor facilidad para la individualización de las **agresiones** permite identificar el número de ilícitos y proceder a su castigo como tales entidades delictivas independientes.

Pero, como se dice en la STS de 18 de Junio de 2007 , referida a un caso de abusos pero utilizando argumentos perfectamente extrapolables al que aquí nos ocupa, tal solución puede conducir a situaciones de grave injusticia comparativa pues "*... si la interpretación de las normas debe estar presidida por la racionalidad y recto criterio, que excluya la sinrazón y el absurdo, se incurriría en esos errores al agrupar en un único delito continuado los supuestos en los que durante casi dos años y medio se mantuvieron de forma muy reiterada relaciones sexuales ilegítimas y negarlo cuando se ha hecho esporádicamente en dos ocasiones, lo que significaría tanto como decirle en este caso al penado que se le condena por dos delitos, con mayor pena, porque han sido sólo dos las acciones delictivas y que para conseguir una condena por un único delito continuado tendría que haber repetido la conducta criminal muchas más veces con suficiente cercanía temporal entre ellas .*"

De modo que podemos afirmar que resulta erróneo entender que exista un criterio absoluto, no previsto además en la norma, que excluya en todas las ocasiones la posibilidad de construir una continuidad delictiva cuando de **agresiones sexuales** se trata, al igual que esa construcción no puede tampoco depender del grado de individualización o no de tales conductas de modo exclusivo, por las erróneas e injustas consecuencias que hemos visto que pueden producirse.

Por tanto, si el tipo de delito **sexual** de que se trate, **agresión** o abuso, no ha de ser determinante por sí sólo y de manera absoluta para la presencia o no del delito continuado, máxime cuando las penas respectivas de tales ilícitos ya marcan suficientemente, a la hora de aplicar la regla de determinación de la pena del artículo 74, la diferente gravedad de cada injusto, y tampoco lo será, con carácter determinante, la mayor o menor concreción de los hechos, se hace preciso establecer cuáles serían requisitos válidos para la aplicación de dicha continuidad delictiva.

Y así, hay que recordar que la propia literalidad del precepto de referencia alude a la hipótesis de la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que "*... infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza ...*" y que se lleven a cabo "*... en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión ...*", lo que en el terreno de la delincuencia **sexual** se interpreta como "*... una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes*" (STS de 18 de Junio de 2007).

De modo que puede sostenerse que son tres los requisitos o exigencias imprescindibles para poder hablar de la existencia de un delito continuado, en los delitos contra la libertad **sexual** como los que aquí nos ocupan, a saber:

a) uno de carácter personal, en concreto el que la víctima ha de ser siempre la misma persona, pues la "*excepción a la excepción*" que para esta clase de infracciones rige, expresamente requiere, a tenor del apartado 3, párrafo 1º "in fine", del artículo 74 que la "*ofensa*" afecte "*... al mismo sujeto pasivo*", tras la reforma operada por la LO 1572003, vigente al tiempo de los hechos que aquí se enjuician.

b) otro requisito circunstancial, que hace referencia no sólo al dolo y plan de ejecución unitarios y a la identidad entre los diferentes tipos penales infringidos sino también a la semejanza comisiva en cuanto a las circunstancias de lugar, ocasión, etc. que las caractericen.



c) y un tercero de naturaleza temporal, de modo que no se produzcan importantes censuras o soluciones de continuidad dilatadas entre los distintos hechos, o grupos de ellos, que habrán de integrar la continuidad delictiva.

Dicho lo cual, en general se aplica el delito continuado en aquellos casos en los que aunque esos ataques de contenido **sexual** se hubieran llevado a cabo en diversas ocasiones a lo largo del tiempo, hay una carencia probatoria para poder precisar con concreción suficiente su número y circunstancias individuales, conformando un verdadero estado permanente de sometimiento a los deseos libidinosos del autor, por lo que se presentan como un verdadero "continuum" en la configuración del comportamiento infractor, como manifestación de un dolo unitario (SSTS 1192/2004 de 26 , 1394/2004 de 24 noviembre , 553/2007 de 18 junio), esto es, hay homogeneidad en los hechos sobre el mismo sujeto pasivo y existe una absoluta imposibilidad de concretar con precisión las ocasiones en que los hechos se cometieron (STS 938/2004 de 12 julio).

Situación que sería la producida en las presentes autos al considerar probado que desde el año 2008 a 2014, el acusado obligó a Concepcion Raimunda a mantener relaciones **sexuales** con él, forzándola a realizarle felaciones y masturbaciones en numerosas ocasiones, tocándole el pecho y sus partes íntimas e introduciéndole sus dedos en la vagina, amenazando a Concepcion Raimunda con que si decía algo, le iba a cortar la lengua, accediendo esta ante el miedo que tenía a sufrir sus palizas.

Consecuentemente la concurrencia del delito continuado debe ser mantenida, con la consiguiente desestimación del motivo.

NOVENO: El motivo quinto al amparo del artículo 851.1 LECrim , con fundamento en que la sentencia no expresa de forma clara cuáles son los hechos concretos que se consideran probados y que son la base de la condena, dado que la sentencia se limita a declarar probados los hechos que se relacionan en el antecedente tercero, sin concretar las **agresiones sexuales** y malos tratos por los que resulta condenado el recurrente, como autor de un delito de maltrato, un delito de maltrato habitual y otro delito continuado de **agresión sexual**.

El motivo se desestima.

La jurisprudencia, por ejemplo STS 945/2004, de 23-7 ; 94/2007, de 14-2 ; tiene declarado que es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un relato de hechos probados que permita su comprensión no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso y, además, por la sociedad en su conjunto, en cuanto pueda tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los tribunales. Con los hechos declarados probados en la sentencia habrán relacionarse los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen en todo congruente.

Reiterada doctrina jurisprudencial ha entendido que la sentencia debe anularse cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprendible o difícilmente inteligible , bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impiden saber lo que el tribunal declare probado efectivamente, o bien por contener la sentencia un relato de hechos constando de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el tribunal los está declarando probado o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (STS 1610/2001, de 17-9 ; 559/2002, de 27-3).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS 1006/2000, de 5-6 ; 471/2001, de 22-3 ; 717/2003 de 21-5 ; 474/2004, de 13-4 ; 1253/2005; de 26-10 ; 1538/2005, de 28-12 ; 877/2004, de 22-10 ; 24/2010, de 1-2) hacer viable a este motivo son los siguientes.

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprendible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultante probatorio sin expresión por el juzgador de lo que considerar probado.

Este requisito comporta, a su vez, la exigencia de que el vicio provisional de la falta de claridad debe ubicarse en el hecho probado, debe ser interna y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica a argumental, cuya impugnación debiera articularse por otras vías, como el error de derecho.



b) la incomprensión, la ambigüedad, etc...del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) además la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declare probado.

d) las imprecisiones en cuanto a fechas o intervenciones de personas podría dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada, pues si bien es exigible la mayor precisión en cuanto datos fácticos sean necesarios para la calificación, su imprecisión por falta de acreditación no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquellos que efectivamente resultan acreditados.

El desarrollo del motivo no guarda relación con el vicio "in iudicando" denunciado, al insistir en que el único hecho concreto denunciado podría integrar a lo sumo el delito de maltrato del artículo 153, al no constar en relación al resto que Concepcion Raimunda precisase asistencia médica alguna, y en la falta de concreción de actos de **agresión** y de abusos **sexuales** por parte del recurrente que derivan de la propia declaración de la víctima.

Cuestiones propias de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ya analizadas en los motivos anteriores.

Recurso interpuesto por Angustia Antonia

DECIIMO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , al infringir la sentencia los artículos 24.1 y 2 CE al incurrir la sentencia en una evidente incongruencia.

Así afirman que el fundamento de derecho segundo declara que los hechos son constitutivos del cuatro delitos: un delito maltrato habitual previsto y sancionado en el artículo 173.2 CP , un delito de maltrato del artículo 153.2 y 3 CP , un delito continuado de **agresión sexual**, artículos 178 , 179 , 180.4 el 74 CP ; y un delito de **agresión sexual**, artículos 178 y 179 CP .

Los siguientes fundamentos 3,4,5 y 6 desarrollan cada uno de los referidos delitos.

Siendo las condenas de los delitos sin especificar cuál de ellos de las letras A,B y C se aplican a la recurrente o a Daniel Hernan , resulta incongruente que pueden ser condenados ambos por los mismos delitos.

También alega vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba, a un proceso con todas las garantías, con proscripción de indefensión por haberse denegado una serie de pruebas: careo entre Concepcion Raimunda e Emilia Tania y entre Concepcion Raimunda e Leoncio Tomas ; la incorporación de denuncias formuladas por Javier Hector en relación a la conducta de Concepcion Raimunda , así como la propia testifical de este último; la testifical de Leovigildo Emiliano , prueba admitida y no practicada dado que él mismo ya había prestado declaración en la sesión del día anterior del juicio oral como testigo protegido.

Y por último invoca el derecho fundamental a la presunción de inocencia y del principio fundamental in dubio pro reo.

En cuanto a la denunciada incongruencia coincide en su desarrollo con el ordinal primero del recurso interpuesto por el coacusado Daniel Hernan , remitiéndonos a lo ya argumentado en orden a su improsperabilidad para evitar innecesarias repeticiones.

Las cuestiones referidas a la denegación de determinadas pruebas se plantean por el recurrente, de forma específica e individualizada en los motivos siguientes a los que nos remitimos.

En cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia incide en el mismo planteamiento que el anterior recurrente pretendiendo desvirtuar el testimonio de Concepcion Raimunda , al no ser persistente y contradictorio con testimonios de sus hermanos, en particular de Emilia Tania , que negó la veracidad de las manifestaciones de aquella y la autenticidad de la carta que se le atribuían.

Siendo así el motivo deberá ser desestimado dándose por reproducido lo ya expuesto en el análisis del motivo tercero del recurso de Daniel Hernan , en el que detallábamos la prueba tenida en cuenta para fundamentar la autoría de este acusado que resulta aplicable a esta recurrente (esposa del anterior).

Así decíamos que la declaración de hechos probados se apoya, esencialmente, en el testimonio de la víctima que ha sido valorado siguiendo los parámetros establecidos por la Jurisprudencia. En efecto, la sentencia impugnada subraya que dicho testimonio ha sido persistente y que la credibilidad deriva de la contundencia y firmeza, apreciada con la intermediación del Tribunal, de la declaración en el plenario, que coincide en lo sustancial con las manifestaciones anteriores, credibilidad que es confirmada por los peritos psicólogos. La



Audiencia sale al paso de la existencias de contradicciones en el testimonio de cargo, dice que no son tales contradicciones, que se explican por el transcurso del tiempo y por las circunstancias de los hechos (se trata de múltiples episodios que se desarrollan en un periodo de tiempo prolongado), justifican que la víctima haya concretado detalles en las sucesivas declaraciones. Concluye que se trata de un testimonio " *sincero y veraz... fluido y vivido, dando igual por dónde empezar*". Además, no aprecia móvil espurio o de venganza, más allá de los sentimientos naturales derivados de la gravedad de los hechos, pues no ha habido ningún incidente previo con os acusados, ni las defensas han alegado causa fundada que ponga en entredicho la versión de la víctima. Es importante la corroboración del testimonio de cargo por otros medios de prueba; a destacar, el testigo protegido, quien recogió a la víctima cuando huyó de su casa y vio el estado físico de la mujer y los hematomas que tenía en el cuerpo; el testimonio del Agente de la Guardia Civil- NUM012 que intervino en la búsqueda de Concepcion Raimunda cuando desapareció del domicilio familiar, y apreció el estado físico de ésta, y manifestó que la abuela les entregó una carta de la hermana mayor, Emilia Tania , relatando los abusos de Daniel Hernan ; el testimonio del hermano menor, Serafin Samuel , quien declaró solo sobre los malos tratos, y dijo que "a Concepcion Raimunda la ha visto llorar en su casa porque le pegaban y le gritaban mucho, que el día que se perdió y se fue le estaba pegando su madre, que le tiró una garrafa de agua y que ha visto a su padre pelearse con Concepcion Raimunda un montón de veces y que quien se portaba peor en su casa, era su padre y su madre pegándole a Concepcion Raimunda "; el informe de los psicólogos Belen Nicolasa y Porfirio Nicanor avala la credibilidad y sinceridad del testimonio; el informe de los forenses objetiva las lesiones físicas, los síntomas de estrés postraumático compatibles las vivencias relatadas y el estado psicológico de la mujer que aconsejaba atención de este tipo, derivándola a los peritos psicólogos para tratamiento. Por último, los psicólogos de Márgenes y Vínculos que evaluaron a los tres hermanos menores de la víctima apreciaron en ellos conductas sexualizadas y conocimientos **sexuales** impropios de su edad, los tres tenían mucho apego a Concepcion Raimunda , de los padres no recordaban nada bueno, los dos niños hablan del maltrato físico a su hermano, y la niña contó que su padre le explicó qué es follar.

El motivo por lo expuesto se desestima, dado que en relación al principio *in dubio pro reo* invocado por la recurrente, dicho principio hemos dicho en STS 366/2010 de 14 julio , nos señala cuál 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, SSTs. 709/97 de 21 mayo , 939/98 de 13 julio , 1167/2002 de 16 octubre , 1060/2003 25 junio , 929/2007 de 26 noviembre , que recordaba que "el principio *in dubio pro reo* no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio *in dubio pro reo* sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al Tribunal que dude, ni para pedir a los jueces que no duden. La duda del Tribunal, como tal, no es una cuestión revisable en casación, dado que el principio *in dubio pro reo* no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda.

En el caso presente el tribunal no ha planteado ni reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado, por lo que no se ha producido la infracción denunciada.

DECIMO PRIMERO: El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, en concreto los artículos 153.2 , 173.2 , 179 , 180 y 74 CP . r eferente a la falta de actividad probatoria suficiente, prevaleciendo el principio de presunción de inocencia al no acreditarse los elementos del tipo de cada uno de los delitos por los que ha sido condenado Doña. Angustia Antonia .

El motivo, por vía procesal inadecuada, insiste en las versiones contradictorias entre las versiones mantenidas por la perjudicada y el resto de los testigos hermanos de la menor que no mantienen ni apoyan la versión de aquella, que no se encuentra corroborada mediante otros datos periféricos, no concurriendo los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerar la declaración de la víctima, como prueba de cargo.

Cuestión ya analizada en el motivo precedente y que conduce inexorablemente a su improsperabilidad.

No obstante esta Sala consciente de su función nomofiláctica considera necesario efectuar dos precisiones en orden a la conducta de este recurrente.



1ª) en relación al delito continuado de **agresión sexual** la recurrente ha sido condenada, como cooperadora necesaria mediante omisión impropia (comisión por omisión) en aplicación del artículo 11 CP, del delito cometido por el otro acusado, su compañero sentimental, sobre una de sus hijas.

Pues bien como hemos dicho en SSTs 37/2006 de 25 enero, 856/2014 de 26 diciembre y 17/2017 de 20 enero, la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

Pues bien, la jurisprudencia (por ejemplo S. 1480/99 de 13.10), ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y conforme al actual art. 11 CP., se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

- a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice)
- b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y
- c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, se refiere formalmente, el art. 11, apartado b) CP., cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

Por ello cuando, en efecto cuando se realiza un tipo resultativo mediante una actividad o acción positiva, ello significa que con su hacer, interviniendo en el curso natural de las cosas, el sujeto causa de modo objetivamente imputable y con control o dominio del hecho un resultado típico. Es decir, que la acción del sujeto, modificando una situación pacífica o no de peligro, provoca, crea el riesgo de lesión para un bien jurídico que hasta entonces no estaban en peligro. Es esta la estructura de la comisión activa de un delito de resultado: la causación activa produce la lesión del bien jurídico cuando éste no estaba en peligro concreto de lesión, por eso puede decirse que esa conducta ha matado, dañado, estafado, etc.

Situación que no se produce cuando la conducta consiste en no intervención, no actuar frente a un peligro ya existente de origen diverso a la propia omisión (procedente de causas naturales, actuaciones de terceros o



incluso de una actuación no dolosa del propio sujeto) y cronológicamente anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural y desemboque en una lesión del bien jurídico.

Esta omisión, dice un sector doctrinal, no equivale, ni puede equivaler sin más a producir la lesión por el simple medio de que el sujeto pueda tener un deber de garantía de evitar el resultado respecto del bien jurídico.

Nadie niega que hay casos en que la omisión constituye comisión por omisión (clásico ejemplo de la madre que no alimenta a su hijo recién nacido), pero la razón de que haya delito de comisión por omisión en estos casos radica en que la omisión misma es la que desencadena el peligro concreto y real que hasta entonces estaba perfectamente controlado por el sujeto activo y no en la existencia de la posición de garante. En estos casos se puede decir que son las omisiones las que crean o aumentan de modo concreto y decisivo el peligro y el omitir de pronto el sujeto, dolosa o imprudentemente cumplir su deber o desempeñar su función, entonces y por ello la propia omisión crea el peligro hasta ese momento inexistente o conjurado, puesto que permitiendo que surja, lo desencadena y descontrola. Así en el ejemplo mencionado, normativo-socialmente se da por hecho que el recién nacido está tan seguro con su madre, por ello el peligro para su vida o salud surge solo cuando la madre, por decisión propia o descuido, no alimenta al niño y es esa omisión, la que crea el peligro de lesión, produciendo una identidad estructural y material en el plano normativo entre la realización típica activa y la comisiva.

En el caso que nos ocupa, ciertamente la acusada como madre de la menor, tenía una posición de garante en cuanto a la salud e integridad física de los hijos que se contempla con carácter general en el artículo 154 del Código Civil, como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno filiales les incumbe la responsabilidad por la omisión arranca de los deberes políticos de protección y cuidado que derivan no sólo de la propia naturaleza fundada en el medio biológico de la maternidad natural (deber moral) sino de su traducción en exigencias normativas (deber legal).

El Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores-artículo 154.1 -y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos invitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves las posibles **agresiones sexuales** o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros, cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión, al estar el omitente en posición de garante (STS. 21/2007 de 19.1).

En el caso actual, dado el relato fáctico de la sentencia en el que se declara probado como la acusada, Angustia Antonia era plenamente consciente y consentidora de las **agresiones sexuales** sufridas por su hija, llegando incluso promoverlas ya que en alguna ocasión cuando Concepcion Raimunda tenía 13 años, le puso el pene de Daniel Hernan en la mano, para que lo masturbara, enseñándole a mover la mano al mismo tiempo que le decía que no pasaba nada, alentando estas conductas lascivas de su pareja, llegando insinuar cuando ella no quería mantener relaciones con él "que se follara a Concepcion Raimunda", que para eso tenía mujeres en casa", no ofrece dudas la correcta calificación jurídica efectuada por el tribunal "a quo" de la actuación de la recurrente, por cuanto los deberes de protección y cuidado de la madre tiene respecto de su hija derivan no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa establece, deber legal ínsito en el artículo 154 que impone a la madre velar por sus hijos e incluso recabar el auxilio de la autoridad en su caso para dicho cumplimiento.

2ª respecto de los delitos de los artículos 173.2 (maltrato habitual) y 153.2 (maltrato familiar), hemos dicho en SSTS 580/2006 del 23 de mayo y 716/2009 de 2 julio, en la definición legal que el artículo 173.3 de la habitualidad excluye, expresamente, la necesidad del enjuiciamiento previo de los actos de violencia individuales, recogiendo textualmente "con independencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores" por ello el delito de violencia habitual en el entorno familiar tiene sustantividad propia, de forma que los concretos actos de violencia psíquica o física tienen valor de acreditar la actitud del agresor y en consecuencia, ni el concreto enjuiciamiento anterior de estos concretos actos impide su consideración a los efectos de apreciar la habitualidad, ni tampoco se precisa el enjuiciamiento previo, bastando tan solo con la comprobación de la realidad que se denuncia, STS. 24.6.2000, añadiendo las SSTS. 9.7.2001 y 16.5.2003, que la necesidad legal de penar separada y acumulativamente el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia no supone una infracción del principio "non bis in idem".

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivos de falta-un en la actualidad de menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o maltrato de obra sin causar lesión-en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable

o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que implica la vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección de la familia.

Finalmente en cuanto a la habitualidad, como ya explicitamos en el motivo cuarto del anterior recurrente, es una exigencia típica, en tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas, pero lo esencial será constatar una constante situación agresiva de la recurrente hacia su hija que la sentencia considera acreditada-en el factum se considera probado que desde casi el inicio de la convivencia y sobre todo desde que Concepcion Raimunda cumplió los trece años de edad, de forma reiterada, en fechas no determinadas, su madre, Angustia Antonia ha infringido a la misma un trato vejatorio, tanto de manera física como verbal, dándole golpes y bofetadas, e insultándola, y así, el día 30 de Junio de 2014, mientras Concepcion Raimunda se encontraba limpiando, su madre comenzó a insultarla con palabras como "puta, marrana, que te acuestas con todo el que pillas, eres una tía de la vida", y al pedirle Concepcion Raimunda que dejara de "faltarle", su madre comenzó a tirarle botellas de dos litros de coca-cola, rellenas de agua, a golpearle con el palo de la fregona, llegando a rompérselo en la espalda, empujándole, tirándole al suelo, donde continuó pegándole patadas, sin cesar de insultarla, exigiéndole "que se callara y no diera un mitin".

También el día 7 de Julio de 2014, por la mañana, cuando Concepcion Raimunda se encontraba preparando a sus hermanos pequeños para llevarlos al colegio, su madre le profirió insultos como "eres una perra, una puta, una zorra, te has acostado con los hombres que te ha dado la gana", cogiéndola del pelo, golpeándola por todo el cuerpo, y agarrándola fuerte por el cuello, hasta el punto de no poder Concepcion Raimunda respirar, y a continuación cogió un palo de fregona con el que la golpeó. Y todo ello se vino repitiendo, llegando su madre a golpearla habitualmente cada dos o tres días, "como consecuencia de estas **agresiones** sufrió Concepcion Raimunda lesiones consistentes en hematomas en brazos y piernas, así como en la cabeza y excoriaciones que no precisaron de más de una primera asistencia médica para su curación", no siendo ocioso recordar que el delito del artículo 173.2, consiste en ejercicio de violencia física o psíquica con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino del peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima.

En esta dirección, debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real.

El motivo por lo expuesto, se desestima.

DECIMO SEGUNDO: El motivo tercero por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 LECrim , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Señala como documentos los folios 59 y 60 (originales de la carta cuya autoría se le atribuye a Emilia Tania , sin que conste firma alguna); folios 77 y 78 (copia de la carta y que consta la firma de Emilia Tania); folios 355 a 359 (comparecencia de Emilia Tania -no consta copia de la carta-); folios 362 y 363 (copia de la carta unida a la comparecencia donde consta la firma de Emilia Tania que es de estampación posterior y referente a la copia que la unen en la declaración policial).

Argumenta que se ha valorado la copia unida la declaración que fue firmada en las dependencias policiales y así lo manifestó en el plenario Emilia Tania que reconoció la firma, pero no el contenido.

El motivo se desestima.

Para que quepa estimar que ha habido infracción de Ley por haber concurrido error en apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2 LECrim , la doctrina de esta Sala Segunda (entre otras muchas las SSTs. 209/2012 de 23 marzo , 128/2013 de 28 febrero , 656/2013 de 28 junio , 475/2014 de 3 junio y 871/2015 de 28 diciembre , ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo



escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECrim ; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificar.

En definitiva, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2º LECrim consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

En el caso presente una carta cuya autenticidad se cuestiona carece de litérosuficiencia para modificar el relato fáctico de la sentencia, desde el momento en que la persona que figura como firmante de la misma compareció a juicio oral y pudo ser interrogada por las partes sobre su contenido, y el tribunal, incluso, no lo ha entendido acreditado al absolver a los acusados de los abusos que reflejaba sobre la persona de Emilia Tania , que figuraba como autora de la misiva.

DECIMO TERCERO: A continuación en los motivos cuarto a séptimo y con base en el artículo 850.1 por quebrantamiento de forma, denuncia la inadmisión de diversas pruebas: careo entre Concepcion Raimunda e Leoncio Tomas y entre Concepcion Raimunda e Emilia Tania (motivo cuarto); prueba documental consistente en la aportación de denuncias formuladas por don Javier Hector por robo, intento de destruir su matrimonio, falsedad y amenaza (motivo quinto); testifical del mismo don Javier Hector , al amparo de la denuncia interpuesta contra Concepcion Raimunda (motivo sexto); y testifical de don Leovigildo Emiliano , que fue admitida en período de calificaciones provisionales y que si bien declaró en calidad de testigo protegido, ofreció versiones distintas, sin que pudiera la defensa formular preguntas sobre esa contradicción en sus declaraciones (motivo séptimo).

El motivo no debe merecer favorable acogida.

Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en el motivo segundo del recurso interpuesto por el coacusado Daniel Hernan , la STS. 210/2014 de 14 marzo , condensa la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo en relación a este motivo de casación. Según la misma, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE) puede ser resumida en los siguientes términos (STC 86/2008 de 21 de julio y STC 80/2011 de 6 de junio):

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003 de 30 de junio).

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996 de 15 de enero y 70/2002 de 3 de abril); y, por otro, la prueba denegada o no practicada



ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998 de 16 de noviembre y 219/1998 de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (SSTC 133/2003 de 30 de junio , 359/2006 de 18 de diciembre , y 77/2007 de 16 de abril).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000 de 14 de febrero , 19/2001 de 29 de enero , 73/2001 de 26 de marzo , 4/2005 de 17 de enero , 308/2005 de 12 de diciembre , 42/2007 de 26 de febrero y 174/2008 de 22 de diciembre).

Por su parte, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional , que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

Como señala entre otras la STS 505/2012 de 19 de junio , la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiese generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

Siendo así en relación a los careos solicitados ya recordamos la reiterada doctrina de esta Sala, sobre que el careo más que una diligencia de prueba propiamente dicha, es un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas, por lo que su denegación se viene considerando como una facultad discrecional del Juez o Tribunal a quien se le solicita que, como tal, no puede ser sometida a control en casación.

En cuanto a la documental de las denuncias formuladas por Javier Hector , familiar de Concepcion Raimunda , contra la misma, y la correlativa testifical de aquel denunciante, su denegación estaba justificada al referirse las denuncias a hechos posteriores a los que son objeto de enjuiciamiento y sin relación con los mismos.

Y respecto a la testifical de Leovigildo Emiliano la sentencia analiza la cuestión y justifica debidamente la denegación de su testimonio, en cuanto él mismo había prestado ya declaración en la sesión del día anterior del juicio oral, como testigo protegido y los letrados de las defensas, pudieron interrogar al testigo, respetándose de esa forma la garantía de la contradicción en los términos establecidos así como la posibilidad de contrastar las declaraciones prestadas en el juicio oral con las anteriores declaraciones sumariales en los términos del artículo 714 LECrim , y añade que las defensas pudieron, antes de comenzar el juicio, solicitar el conocimiento de la identidad del testigo protegido, lo que no hicieron.

Razonamiento que debe ser asumido en esta sede casacional.

En efecto el tema de los testigos protegidos ha sido contemplado en distintas sentencias del Tribunal Constitucional, SS. 64/94 de 28 febrero , 8 abril 2013 , y de esta Sala SSTS 649/2010 , 525/2012 de 19 junio , 455/2000 14 junio , 364/2016 de 5 mayo , que destacan la ponderación que debe presidir las necesidades de protección de determinados testigos y las garantías inherentes a un proceso equitativo. En el seno del proceso penal, la colaboración con la Administración de Justicia desempeñada por testigos y peritos puede en ocasiones verse menoscabada por la amenaza de represalias para su vida, integridad física o libertad, por lo que resulta indispensable introducir diversas medidas legales de protección, tanto en fases anteriores y posteriores del juicio oral como incluso en el marco de su desarrollo, que permitan al órgano judicial, tras una ponderación de los intereses en conflicto, aplicar las que resulten procedentes en cada caso (en sentido similar SSTDH, caso Dorson c. Holanda, 23.4.1997 caso Van Mechelen y otros c. Holanda, 14.2.2002,, caso Visser contra Holanda, 6.12.2012 caso Pesukic c. Suiza. A esa finalidad responde de la promulgación de la LO.



19/94 de 23.12, de protección de testigos y peritos en causas criminales que, en su Exposición de Motivos, recogiendo la necesidad de cohonestar tal protección con las garantías de defensa tantas veces reiterada por el Tribunal de Estrasburgo, manifiesta el afán de mantener "el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales a los testigos y peritos y a sus familiares.

El tema de los testigos protegidos y de la aplicación del régimen especial establecido en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, genera complejas cuestiones en su aplicación práctica, debido a las dificultades que suscita el compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen riesgo con el derecho de defensa de los imputados, y más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la perspectiva de la fiabilidad y credibilidad del testimonio.

Los problemas que emergen en la práctica procesal diaria con las declaraciones de los testigos protegidos se focaliza generalmente en un punto principal: el descubrimiento de la identidad del testigo.

1º En cuanto a la identificación nominal del testigo protegido, el interés personal del testigo en declarar sin que sea conocida su identidad con el fin de evitar cualquier clase de represalia que pudiera poner en riesgo su vida o integridad física, bienes jurídicos de primera magnitud, tanto de su persona como de sus parientes o allegados, suele entrar en colisión con el derecho de las defensas a cuestionar la imparcialidad, credibilidad y la fiabilidad del testimonio de cargo, que pudiera fácilmente devaluarse en el caso de que se constatará cualquier clase de hostilidad, enemistad o animadversión entre el testigo y el acusado. Sin olvidar tampoco que también es relevante conocer las razones de conocimiento del testigo y posibles patologías personales que pudieran repercutir en la veracidad y fiabilidad de sus manifestaciones. La contradicción queda, pues, notablemente limitada y con ella el derecho de defensa.

En el caso analizado la identidad del testigo protegido fue conocida por el tribunal y las defensas no solicitaron que se revelara su identidad, como autoriza el artículo 3 Ley 19/94 , y pudieron interrogarlo en el plenario y hacerle las preguntas que tuvieron por convenientes. Es cierto que en nuestro sistema el propio desconocimiento de la identidad del testigo puede impedir a la defensa conocer, y en consecuencia expresar al tribunal, las razones concretas por las que el testigo anónimo puede ser parcial o carecer de credibilidad. Pero en la práctica ha de tenerse en cuenta que el conocimiento del contenido de la declaración realizada durante la instrucción permite ordinariamente al afectado inferir ciertos datos sobre la personalidad del testigo que podrían haber permitido a la defensa conocer su identidad en todo caso haber manifestado a la Audiencia en tiempo oportuno la necesidad de conocer sus datos personales.

En todo caso la recurrente no justifica la necesidad de ese testimonio posterior del testigo, propuesto ya nominativamente, máxime cuando las preguntas que al parecer pretendía realizar-y que no se recogen en el acta-se referían a cuestiones personales sobre sus relaciones con la víctima; cuya trascendencia con los hechos resultaría cuando menos, cuestionable.

DECIMO CUARTO: El motivo octavo - sexto en el recurso - por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1 LECrim , pues en la sentencia que se pretende recurrir no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados respecto de la conducta punible de la recurrente existiendo manifiesta contradicción entre ellos, así como otros que por su carácter jurídico impliquen la determinación del fallo.

Denuncia la ausencia total de las declaraciones de los testigos de la defensa, principalmente de los hermanos de la víctima, Emilia Tania e Leoncio Tomas , ni se analizan las contradicciones existentes entre la declaración de Concepcion Raimunda y la del testigo protegido, y no se argumenta por qué la declaración de Concepcion Raimunda no resulta suficiente para considerar acreditados los delitos de prostitución de menores y sin embargo si lo es para acreditar los restantes delitos y se remite a las alegaciones expuestas en los motivos primero a tercero acerca de la insuficiencia probatoria y consiguiente prevalencia del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

Y a continuación, cuestiona la aplicación de la continuidad delictiva en el delito de **agresión sexual** por la falta de concreción de lugares y fechas.

El desarrollo del motivo, similar al articulado en quinto lugar por el anterior recurrente no guarda relación con el motivo por quebrantamiento de forma invocado, al no especificar los vicios "in iudicando" denunciados, sino que insiste en la vulneración de la presunción de inocencia por lo que nos remitimos a lo ya argumentado en motivos anteriores y damos por reproducidas las alegaciones expuestas en el motivo quinto del recurso de Daniel Hernan en orden a la aplicación de la continuidad delictiva.

Recurso interpuesto por Torcuato Ignacio



DECIMO QUINTO: El motivo primero con base al artículo 851.1 LECrim , por quebrantamiento de forma al existir manifiesta contradicción entre los hechos probados, al incidir la sentencia que Torcuato Ignacio introdujo los dedos por la vagina a Concepcion Raimunda , tras sujetarla con las manos las muñecas, lo que supone una contradicción planteando el recurrente que no es posible que teniendo Torcuato Ignacio las manos ocupadas sujetando a Concepcion Raimunda por las muñecas puede introducirle los dedos por la vagina.

El motivo no puede merecer favorable acogida.

Constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala (STS 253/2007, de 26-3 , 121/2008, de 26-2) tiene afirmado que la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 299/2004 de 4.3).

Así doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS. 1661/2000 de 23.11 , 776/2001 de 8.5 , 2349/2001 de 12.12 , 717/2003 de 21.5 , y 299/2004 de 4.3), señala que para que pueda prosperar este motivo de casación son necesarios los siguientes requisitos: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, 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; b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato; c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse 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; d) que sea completa, es decir que afecta a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma; f) 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.

Como señala entre otras la STS 1250/2005, de 28-10 "...como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de hechos contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación a la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se debe significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causa y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declare probado y sus consecuencias jurídicas".

En el caso presente no se aprecia tal contradicción. En primer lugar el relato fáctico se limita recoger que el acusado "trató de forzarla, llegando introducirle los dedos en la vagina, tras sujetarla fuertemente por las muñecas, esto es no dice que tal sujeción fuera con ambas manos y en todo caso los hechos probados no recogen esa simultaneidad entre ambas acciones: la de sujetar las muñecas con las manos y la de introducir los dedos en la vagina, lo que sí podría dar lugar al inicio procedimental denunciado. Lo que decía el relato fáctico es que Torcuato Ignacio tras sujetar con las manos las muñecas de Concepcion Raimunda , le introdujo los dedos en la vagina, lo que supone una secuencia de acciones perfectamente compatible.

DECIMO SEXTO: El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ , y del artículo 852 LECrim , vulneración de la tutela judicial efectiva, derecho a la presunción de inocencia, del derecho a un procedimiento con todas las garantías, al amparo de lo establecido en el artículo 24.1 y 2 en relación con el artículo 9.3 CE .

Denuncia el recurrente una manifiesta ausencia de motivación en lo que respecta a los hechos declarados probados referidos a Torcuato Ignacio . En este mismo sentido toda la fundamentación jurídica de la sentencia se enfoca sobre los hechos declarados probados respecto de los otros dos procesados, sin que dicha motivación pueda ser aplicable a los hechos imputados al recurrente, no habiendo existido prueba de cargo suficiente. La única prueba que se ha tenido en cuenta para condenar al señor Torcuato Ignacio ha sido la declaración de la víctima, que no reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia. Dice que puede estar provocada por resentimiento hacia el acusado que había mostrado su voluntad de echarlos de la finca y con ello Concepcion Raimunda no tendría un lugar en el que estar alejada de su madre y padrastro. Que tal declaración no está corroborada periféricamente, no es persistente e incurre en contradicciones porque no



imputó al recurrente hasta la ampliación de la denuncia de 23 julio 2014, en la que manifiesta que, Torcuato Ignacio intentó abusar de ella en el coche y en la granja, para desdecirse en la declaración de 5 septiembre 2014, al decir que: "era su madre quien la llevaba a casa de Cecilio Ivan , Blas Nicolas y Torcuato Ignacio " y además la falta de persistencia en la enumeración se hace más notoria en el hecho de que en el Informe Psicológico emitido por la doctora doña Belen Nicolasa y don Porfirio Nicanor de fecha 5 agosto 2014, en ningún momento se hace referencia a los episodios de Concepcion Raimunda con Torcuato Ignacio . Concluyendo el informe que Concepcion Raimunda ha sufrido maltrato **sexual** habitual por parte de su madre y la pareja de la misma, sin hacer referencia en ningún momento a Torcuato Ignacio . Informé que fue emitido, el 4 agosto 2014, y realizado, entrevistas de 29 a 31 julio 2014, después de la ampliación de la denuncia ante la Guardia Civil incriminando a Torcuato Ignacio del 23 del mismo mes y año, y Concepcion Raimunda sólo hizo referencia a cuando iba a la casa de otros dos señores, sin mencionar al recurrente.

Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en el análisis del motivo tercero del recurso interpuesto por el coprocesado, Daniel Hernan en orden a la valoración como prueba de cargo del testimonio de la víctima, debemos ahora recordar-tal como hemos dicho en SSTs 294/2008 de 27 mayo , 14/2010 de 28 enero , que:

a) *La intermediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.*

b) *La intermediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar , en tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que "...la convicción que a través de la intermediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación...." – STS de 12 de Febrero de 1993 –.*

c) *La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la intermediación y en base a la que dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante a la efectividad de toda decisión arbitraria – art. 9-3º C.E. –, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ..."; y por último la STS. 728/2008 de 18.11 antes referida que recuerda que: "el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. El respeto a las reglas de la intermediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciador conlleva -como ya hemos dicho ut supra- que el control en esta sede casacional del cumplimiento del referido principio constitucional no se limita a la constatación de una prueba de cargo lícitamente practicada, pues lo límites de dicho control no agotan el sentido último de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no solo en el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, imponiendo la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada fuera de toda duda razonable.*

No deben confundirse, por ello, los límites del control constitucional con la plena efectividad del derecho en su sentido más profundo.

d) *La cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias no es una cuestión que atañe sólo al derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 24.1 CE), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). El Tribunal Constitucional ha reiterado que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio. Como se afirma en la STC 145/2005 de 6.6 , existe una "íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probado, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación de modo que sin motivación se produce ya un vulneración del derecho a la presunción de inocencia, así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a este supuesto, en los supuestos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC 189/98, de 28.9 , FJ 2, 120/99, de 28.6 , FJ 249/2000, de 30.10, FJ 3 , 155/2002, de 22.7 , FJ. 7, 209/2002 de 11.11 . FJ3, 163/2004, de 4.10. FJ 9).*

e) *Una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la Sentencia*



condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC 151/97, de 18.6 , FJ 5, para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 CE y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de presunción de inocencia, sólo reparable con su anulación definitiva.

De ahí que puede afirmarse que por exigencias del modelo cognitivo constitucional la motivación fáctica, adquiere, al menos, la misma centralidad que previamente tenía la motivación en derecho.

El incumplimiento de dicho deber o su cumplimiento defectuoso ya no sólo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia sino la absolución del inculpado (SSTC 5/2000 , de 139/2000 , 148/2000 , 202/2000 .

DECIMO SEPTIMO: En el caso presente hemos de partir de que la única prueba de cargo que el tribunal ha tenido en cuenta para condenar a este recurrente ha sido la declaración de Concepcion Raimunda .

Siendo así es cierto que esta Sala -por todas STS 758/2013 24 octubre -como ya razonamos en el motivo tercero del recurso interpuesto por el coacusado Mariano Tomas -, tiene dicho que la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo (SS. 706/2000 y 313/2002), como del Tribunal Constitucional (SS. 201/89 , 173/90 , 229/91).

Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del tribunal sentenciador.

Así esta Sala Segunda parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuido a Jueces y Tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar la presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

Así la sentencia del Tribunal Supremo 30-1-99 destaca que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por si solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (ss. 28-1 y 15-12-95), bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige - como ha dicho la S. T.S. 29-4-97 - una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa, precisando la S. T.S. 29-4-99 con que no basta la mera afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, la afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y esta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

También ha declarado el Tribunal Supremo, en muchas ocasiones - por ejemplo 29-12-97 - que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito.

El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inicio el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador.

Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien la acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no solo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan imprecisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.



Situación similar a la acaecida en las presentes actuaciones. La sentencia de instancia no obstante razonar que el Tribunal pudo observar cómo la víctima "relataba de forma estremecedora estos hechos-los relativos a que Torcuato Ignacio intentó forzarla en su coche, llegando a introducirle los dedos en la vagina, tras sujetarla fuertemente por las muñecas-con seguridad, contestando a las preguntas efectuadas por las acusaciones y las defensas, siendo evidente la persistencia en la incriminación puesto que el modo en que ocurrieron los hechos siempre en lo esencial lo ha expuesto de forma reiterada", no considera suficiente tal declaración para condenar a Torcuato Ignacio del delito continuado de abusos **sexuales** del que también el acusado, al no entender acreditado que se realizará que se realizará tocamientos a Concepcion Raimunda ni que la obligará a realizarle felaciones y masturbaciones.

Asimismo la motivación de la Sala de instancia para conceder virtualidad a la declaración de Concepcion Raimunda se realiza en relación a los hechos imputados a los otros dos acusados, la madre y su compañero sentimental que convivían con aquella, tal como aparece de forma clara en el fundamento de derecho 11º al explicitar las pruebas que corroboran el testimonio de la víctima-declaraciones testigo protegido; del agente Guardia Civil NUM012 , instructor del atestado; exploración del menor Mariano Tomas , hermano de Concepcion Raimunda ; informe psicólogos Sres. Belen Nicolasa y Porfirio Nicanor ; informe pericial médicos forenses; informe psicólogos de Márgenes; vínculos sobre los tres niños menores de edad hermanos de Concepcion Raimunda - que no pueden trasladarse a la declaración de la víctima en relación a los hechos imputados a Torcuato Ignacio .

En efecto Concepcion Raimunda en la interposición de la denuncia, sólo hace referencia a su madre Angustia Antonia , y al compañero sentimental de la misma Daniel Hernan , sin aludir en ningún momento a Torcuato Ignacio .

Es en una ampliación de la denuncia de fecha 23 julio 2014 cuando manifiesta que Torcuato Ignacio intentó abusar de ella, en el coche y en la granja. Pero en su posterior declaración ante el Juez instructor de 5 septiembre 2014, ya precisó que "era su madre que la llevaba a casa de Cecilio Ivan , Blas Nicolas y Torcuato Ignacio ..." "que la declarante se negaba a ir, pero que su madre la forzaba a ir. Y en el acto del juicio dice que "no dijo nada de Torcuato Ignacio ".

Y resulta también relevante -como destaca el recurrente- que en él informe pericial psicológico de fecha 5 agosto 2014 emitido por doña Belen Nicolasa y D. Porfirio Nicanor , pertenecientes al Instituto de Medicina Legal de Jaén, se hace constar como Concepcion Raimunda refiere expresamente respecto a los abusos sufridos que los autores son su madre y la pareja de la misma, localizándoles en su casa y una granja, sin que en ningún momento haga referencia a **agresión sexual** alguna por parte de Torcuato Ignacio , cuando Concepcion Raimunda con anterioridad a las entrevistas con los psicólogos que tienen lugar los días 29,30, 31 julio 2014, ya había narrado en su ampliación de la denuncia ante la Guardia Civil que 23 julio 2014,-esto es seis días antes-, la **agresión sexual** que imputaba a Torcuato Ignacio .

De todo lo expuesto podemos concluir que-en el hecho imputado a este recurrente-no existen pruebas suficientes para fundamentar la condena.

La estructura lógica del razonamiento o juicio sobre la prueba es débil y no alcanzan las seguridades mínimas para responsabilizar al recurrente de un hecho delictivo. La fragilidad o debilidad incriminatoria resulta incompatible con el juicio de certeza que debe generar toda prueba de cargo que fundamente la convicción del juzgado para dictar una sentencia condenatoria, y que se traduce, por otra parte, en la falta de la necesaria racionalidad de tal valoración cuando dicha prueba, por la inconsistencia e incertidumbre de que adolece, no excluye la duda razonable de un resultado valorativo diferente, sino que propicia y robustece tal posibilidad alternativa cuando, como aquí sucede la inexistencia de corroboraciones de carácter objetivo a la declaración de la víctima, el argumento de la persistencia incriminatoria, por parte de la denunciante no aparece como bastante para fundamentar una conclusión condenatoria, pues como dijimos en STS 781/2015 de 30 noviembre , esa circunstancia es, tan sólo, un mero criterio orientativo, más tendente a rechazar las acusaciones exclusivamente apoyadas en la testifical, cuando tal persistencia no se produce, que a basar en ella, sin más, la credibilidad de quien se presenta como víctima.

DECIMO OCTAVO: Consecuentemente el motivo debe ser estimado con la consiguiente absolución de este recurrente, sin que sea necesario el estudio del resto de los motivos por infracción de Ley, art. 849.1 y 2 LECrim .

DECIMO NOVENO: Desestimándose los recursos interpuestos por Daniel Hernan y Angustia Antonia , se les imponen las costas de sus respectivos recursos, y estimándose el recurso interpuesto por Torcuato Ignacio , se declaran de oficio las costas devengadas, 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

Estimar el recurso de casación interpuesto por Torcuato Ignacio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Tercera, de fecha 31 de octubre de 2016 , y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho; con declaración de oficio de las costas del recurso. **No haber lugar a los recursos de casación** interpuestos por **Daniel Hernan y Angustia Antonia** , contra indicada sentencia, imponiéndoles las costas de sus respectivos recursos. Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 27 de abril de 2017

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 2227/2016, interpuestos por Angustia Antonia , mayor de edad, nacida el día NUM002 de 1971, con D.N.I. no NUM003 , hija de Eutimio Norberto y de Josefa Adriana , natural de Navas de San Juan (Jaén), con domicilio en CALLE000 no NUM004 de Arquillos (Jaén), en prisión provisional desde el día 13 de Julio de 2014 hasta el día 23 de Mayo de 2015, declarada insolvente, sin antecedentes penales, Daniel Hernan mayor de edad, nacido en Arquillos (Jaén) el día NUM000 de 1979, con D.N.I. nº NUM001 , hijo de Hilario Nazario y de Silvia Reyes , con domicilio en la CALLE000 nº NUM004 de Arquillos (Jaén), en prisión provisional desde el día 13 de julio de 2014 hasta el día 23 de mayo de 2015, declarado insolvente, y sin antecedentes penales, y Torcuato Ignacio , mayor de edad, nacido en Arquillos (Jaén) el día NUM010 de 1934, con D.N.I. no NUM011 , hijo de Jorge Arsenio y de Margarita Teresa , con domicilio en Arquillos (Jaén), en prisión provisional desde el día 5 de septiembre de 2014 hasta el día 26 de noviembre de 2014, declarado insolvente, y con antecedentes penales, (condenado por sentencia firme de fecha 10-12-14 por delito Contra la Salud Pública). Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** por la representación legal de los acusados y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados proceden a dictar esta **Segunda Sentencia** con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia recurrida, suprimiéndose el apartado 7º de los hechos probados que quedará redactado "no está acreditado que el procesado Torcuato Ignacio , en la finca DIRECCION000 " de su propiedad, que tenia cedida a los acusados Daniel Hernan y Angustia Antonia , en fecha no determinada, en una ocasión que se encontró a Concepcion Raimunda por la carretera de dicha finca, la subiera a su vehículo y tratara de abusar sexualmente de la misma, llegando a introducirla los dedos en la vagina".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en el fundamento jurídico 13º de la sentencia precedente, procede la absolución de Torcuato Ignacio del delito de **agresión sexual** por el que había sido condenado, al no existir corroboraciones objetivas de la declaración de la víctima.,

FALLO

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

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Tercera, de fecha 31 de octubre de 2.016 , debemos **absolver y absolvemos a Torcuato Ignacio** del delito de **agresión sexual** por el que había sido condenado. Declarando de oficio las costas correspondientes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gomez D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro D. Andres Palomo Del Arco D. Juan Saavedra Ruiz