

Roj: **STS 3330/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3330**Id Cendoj: **28079120012017100643**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/09/2017**Nº de Recurso: **2403/2016**Nº de Resolución: **628/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 3054/2016,**
STS 3330/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 21 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de D. **Fructuoso**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Segunda) de fecha 7 de noviembre de 2016 en causa seguida contra Fructuoso por delitos de abuso sexual y agresión sexual. Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora D.ª Rocío Martín Echague bajo la dirección técnica de letrado D. Carlos López Mascaraque.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción núm. 4 de Avilés incoó procedimiento sumario ordinario núm. 870/2014, contra D. Fructuoso y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Segunda) Rollo de Sala núm. 65/2015 que, con fecha 7 de noviembre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados :

<<.- Se declaran expresamente como tales: Que el procesado Fructuoso, mayor de edad y sin antecedentes penales, con la intención de satisfacer sus deseos libidinosos, procedió a realizar tocamientos a su sobrina, Andrea, nacida en fecha NUM000 -96, aprovechando los fines de semana que la menor iba a pasarlos con su madre en el domicilio sito en Lugar de DIRECCION000 nº NUM001 - NUM002 NUM003 de Corvera, lugar donde también residía el procesado. Estos tocamientos se produjeron de manera continua desde que la menor tenía seis años (año 2002) hasta los doce (año 2008) y consistían en acariciarle los pechos y la vagina primero por encima de la ropa y cuando empezó a ser un poco mayor por debajo, llegando a meterle en varias ocasiones los dedos en la vagina. En fecha no determinada, cuando Andrea tenía unos doce años, el procesado llegó al domicilio familiar y se dirigió a la habitación donde estaba Andrea, comenzó a tocarle los pechos por encima de la ropa y luego por debajo, diciendo ella que parase, haciendo el procesado caso omiso y continuando tocándole los genitales, llegándole a meter los dedos en la vagina. En un momento Andrea le apartó y él la cogió y la empotró contra las escaleras de la litera, bajándola los pantalones y las bragas, tirándola sobre la cama y penetrándola vaginalmente. Durante todo el episodio la menor le decía que parase, y el procesado le decía "que iban a jugar"; Andrea no sufrió lesiones por estos hechos.

El procesado, movido por el mismo ánimo libidinoso, realizó a su sobrina, Mariana, nacida el día NUM004 -07, tocamientos cuando dormía con ella en el sofá de la vivienda donde residían sita en Lugar de DIRECCION000



nº NUM001 - NUM002 NUM003 de Corvera. Dichos actos se repitieron en unas nueve ocasiones, comenzando cuando la menor tenía cinco años (año 2012) y terminando cuando tenía siete (año 2014) y consistían en pasarle la mano por encima de la ropa por las nalgas y por sus partes genitales, habiendo sólo en una ocasión intentado hacerlo por debajo de la ropa. El procesado para conseguir que la menor accediera a sus deseos le decía que no se lo dijera a su madre porque si no le iba a hacer algo.

El procesado, al tiempo de ocurrir los hechos, presentaba personalidad esquizoide con rasgo de trastorno psicoafectivo y cociente intelectual límite, lo que disminuía el control de sus impulsos pero no le impedía discernir lo incorrecto de su conducta>>.

SEGUNDO .- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia núm. 457/2016 con el siguiente **pronunciamiento** :

<<FALLAMOS: Debemos condenar y condenamos a Fructuoso , ya circunstanciado, como autor de un delito continuado de agresión sexual, antes definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de TRECE AÑOS, SEIS MESES y UN DÍA, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Se impone al procesado la prohibición de aproximarse a la persona y domicilio de Andrea a una distancia no inferior a 200 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio durante el plazo de catorce años, seis meses y un día.

Condenamos a dicho procesado, como autor de un delito continuado de abuso sexual, también definido, sin circunstancias modificativas, a la pena de prisión de CUATRO AÑOS y UN DÍA, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se impone al procesado la prohibición de aproximarse a la persona y domicilio de Mariana a una distancia no inferior a 200 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio durante el plazo de ocho años y un día.

Se impone al procesado el pago de las costas procesales causadas.

Declaramos la obligación del procesado, como responsable civil, de indemnizar a Andrea y a Mariana en las sumas respectivas de DIEZ MIL euros y CUATRO MIL euros, a las que se aplicará lo prevenido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Notifíquese en la forma que prevé el artículo 906 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal >>.

TERCERO .- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO .- La representación legal del recurrente D. Fructuoso , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

Motivo primero .- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

Motivo segundo .- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim por Indebida inaplicación de la atenuante de trastorno psíquico.

QUINTO .- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 17 de febrero de 2017, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

SEXTO .- Por providencia de fecha 30 de junio de 2017 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO .- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 13 de septiembre de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia núm. 457/2016, dictada con fecha 7 de noviembre de 2016 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo , condenó al acusado Fructuoso como autor de un delito continuado de agresión sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 13 años, 6 meses y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la prohibición de aproximarse a la persona y domicilio de Andrea y de comunicarse con ella durante 14 años, 6 meses y 1 día. También le condenó como autor de un delito continuado de abuso sexual a la pena de 4 años y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con la misma prohibición de aproximarse al domicilio y a la persona de Mariana durante 8 años y 1 día.



Contra esta sentencia se interpone recurso de casación. Se formalizan dos motivos. El primero de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE . El segundo, con cita del art. 849.1 de la LECrim , considera indebidamente inaplicable el art. 21.1, en relación con el art. 20, 1 , 2 y 3 del CP .

1 .1.- La defensa reprocha a la sentencia de instancia que haya formulado el juicio de autoría con fundamento en el testimonio de las víctimas. Éste constituye el núcleo de la prueba de cargo. Nos hallamos -razona el Letrado de la defensa- ante declaraciones prestadas en un espacio muy serio y severo para las niñas, tras someterse a informes psicológicos, declaraciones en Policía, presiones externas, etc. Basta leer la terrible historia de la familia, para ver una familia muy desestructurada, donde la menor Andrea ha estado en diferentes hogares, públicos o privados, con gran conflictividad con sus progenitores. La declaración de la hermana del acusado es muy elocuente, pues no oculta ese mal ambiente y sin embargo no duda en recibir a su hermano en dos o tres ocasiones en su propia casa. Andrea sabe y conoce el enfrentamiento de su madre con su tío, sabe y conoce la mala fama de Fructuoso y conoce algunos hechos anteriores, así como su estado mental grave. Por ello no es descartable un móvil de resentimiento en su declaración contra el tío derivado de su enemistad, lo que hace que su testimonio no pueda generar certidumbre para enervar la presunción de inocencia.

En definitiva, concluye la defensa que *«... la verosimilitud aparente le viene dada en su caso al testimonio precisamente de esa enemistad derivada de una vida tormentosa, difícil y que la ha relacionado con un tío enfermo mental. Esto no nos puede llevar a creer en la existencia real del hecho enjuiciado »*.

La Sala no puede coincidir con este razonamiento.

1 .1.2.- Una vez más, resulta obligado recordar que cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el papel de esta Sala no consiste en seleccionar, entre las distintas versiones sometidas a su consideración, cuál de ellas resulta más atractiva. No se trata de optar entre la valoración probatoria que proclama el Tribunal de instancia y la que, con carácter alternativo, formula el recurrente. No nos incumbe decidir, mediante un juicio electivo, con cuál de las versiones la Sala se siente más identificada. Nuestro papel, por el contrario, se limita a un examen de la existencia, la licitud y la suficiencia de las pruebas valoradas por el Tribunal a quo. Estamos obligados, además, a fiscalizar la racionalidad del discurso argumental mediante el que el órgano decisorio proclama el juicio de autoría (cfr., por todas, SSTS 790/2009, 8 de julio , 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril).

Nuestra posición está condicionada por la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y, de modo singular, por nuestra distancia respecto del plenario en el que fueron practicadas las pruebas. Y si bien es cierto que, como hemos dicho en numerosas ocasiones, la inmediación nunca es por sí sola garantía de acierto, también lo es que coloca al Tribunal de instancia en una inmejorable posición para la tarea que le impone el art. 741 de la LECrim .

De ahí que constatada la licitud y suficiencia de la prueba, nuestra tarea ha de centrarse en valorar la racionalidad del discurso incriminatorio. La licitud no está cuestionada por el recurrente. Y la suficiencia de la declaración de la víctima ha sido reiteradamente proclamada por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala. La STC 9/2011, 28 de febrero recuerda que *«... el testimonio de las víctimas, practicado con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (entre otras, SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4 ; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3 ; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4 ; 64/1994, de 28 de febrero , FJ 5) (STC 195/2002, de 28 de octubre , FJ 4) »*.

También nos incumbe, mediante el examen de la suficiencia de la prueba de cargo, el control de la objetividad de la certeza proclamada por el órgano decisorio. Este control casacional opera sobre la seguridad que proporciona que la convicción en torno a la autoría del acusado ha de construirse, en todos los casos, mediante parámetros objetivos, que excluyan toda identificación de la autoría de un hecho criminal con percepciones puramente subjetivas, indicativas de un convencimiento interior que, por sí solo, nunca podrá conducir a la certeza objetiva exigida como presupuesto de la condena penal. De ahí la conveniencia de una lectura constitucional del art. 741 de la LECrim , que excluya la *conciencia* de los Jueces de instancia como soberana y única fuente de legitimación de la condena del acusado.

1 .1.3.- En el presente caso, la Sala estima que no ha existido vulneración del derecho constitucional que se dice vulnerado.

La Audiencia ha valorado el testimonio de ambas víctimas, las hermanas Andrea y Mariana : *«... frente a la falta de explicaciones por parte del procesado, que en el plenario se ha acogido a su derecho a no declarar, los testimonios de ambas ofendidas revisten una patente solidez, pues son coherentes, sin contradicciones de*



importancia, y armónicas con lo manifestado en fase sumarial (declaraciones obrantes a los folios 14 y 44 a 47, exploración folios 106 y 107).

Esa congruencia con lo ya manifestado en la instrucción y la versión lineal de lo acontecido, la expresa el Tribunal *a quo* al glosar el testimonio de Andrea . En efecto, ésta explicó en el juicio oral «... *que vivía en casa de su tía pero pasaba los fines de semana con sus padres, con los que, salvo algunos periodos de tiempo, estaba su tío, que éste le cuando se iba a dormir diciendo que quería "jugar"*» Añadió que todo empezó cuando tenía de 4 a 6 años y siguió hasta los 12 o 13. El acusado «... *le tocaba las "tetas" que tenía (era una niña) y el "chichi", siempre por debajo de la ropa*». Preciso, además, que su tío « *le introdujo los dedos en la vagina, aunque no sabe con qué frecuencia* » Andrea recordó con detalle lo que calificó como « *altercado*», cuando «... *le llegó a penetrar un poco, aunque ella le decía que parase, que iba a llamar a su abuelo*». Aportó detalles, como que cuando ocurrió el incidente estaba en la habitación hablando por ordenador con una amiga mientras el abuelo estaba en el salón de la vivienda viendo la televisión e insistió en que la penetración sucedió sólo una vez.

Refirió también en el plenario cuándo se lo contó a sus padres, que «...llamaron "de todo" a su tío». Su hermana Mariana no le contó nada, aunque ella temía que su tío «... *podiera hacerle lo mismo a su hermana pequeña*». Aclaró que tardó en denunciar hasta que lo hizo una vecina por otros hechos distintos a los que son objeto de la presente causa.

El Tribunal *a quo* descarta la concurrencia de razones que justifiquen la duda acerca de la credibilidad del testimonio de la menor. Así lo corrobora, además, el informe pericial psicológico que obra en los folios 96 y siguientes.

Tampoco detecta la Audiencia elementos que introduzcan alguna duda acerca del testimonio de Mariana . Antes al contrario, la exclusión de razones para atribuir a un relato fantasioso la declaración de aquélla, está sugerida por el informe pericial incorporado a los folios 138 y siguientes, dictamen que fue ratificado en el plenario. El testimonio de Mariana fue «... *escueto pero claro y específico, siendo capaz de recordar que en el sofá, cuando iba a dormir con él, su tío el ahora procesado "le tocaba las partes bajas", siempre por encima de la ropa* ». Explicó a los Jueces de instancia que «... *no decía nada porque le tenía "respeto y un poco de miedo" y que tenía miedo de contárselo a su madre, a la que le decía que iba a dormir a la salita "pero no le decía lo que le hacía", que después cuando ya tenía 8 años se lo contó a su madre y que los hechos se vinieron sucediendo durante poco tiempo desde los 6 años hasta que echaron a su tío de casa* ».

Además del informe psicológico suscrito por los facultativos que examinaron a las dos menores, la Audiencia trae a colación el testimonio de referencia de la madre de ambas, quien reiteró (folios 12 y 48 al 50) que «... *un día, en 2004, Andrea le comentó llorando lo que su tío le había hecho, que se enfrentó a él y le echó fuera de casa, que aunque Andrea no le dijo que había sido violada, que no miente y la creyó y que Mariana le dijo que había sufrido tocamientos del acusado por encima de la ropa* ».

No ha existido, por tanto, el vacío argumental a que se refiere el recurrente. Los hechos cuentan con el respaldo probatorio preciso para declarar la autoría de Fructuoso . El testimonio de ambas menores, reforzado en su credibilidad por el dictamen pericial sometido a contradicción en el plenario y, en fin, la narración por la madre de Andrea y Mariana del momento en el que aquélla le contó los tocamientos del acusado, son elementos inculpativos de suficiente entidad como para descartar toda duda razonable acerca de la autoría proclamada en la instancia.

1 .2.- Mediante el segundo de los motivos la defensa aspira a la apreciación de un déficit de culpabilidad derivado de la alteración psíquica que padece Fructuoso , ya sea como eximente incompleta, atenuante simple o analógica. Entiende por ello indebidamente inaplicados los arts. 21.1 y 20.1 , 2 y 3 del CP .

La inviabilidad del motivo se explica, entre otras razones, por las singularidades propias de la impugnación casacional que se articula por la vía del art. 849.1 de la LECrim . Este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la LECrim .

Pues bien, el fragmento del hecho probado al que hemos de atenernos es aquel en el que se describe la alteración psíquica que afecta al procesado: «... *padece un trastorno esquizoide y ha presentado con anterioridad brotes o descompensaciones, el diagnóstico que dan los médicos forenses (folios 193 y 212) no es de esquizofrenia, toma en ocasiones alcohol que coadyuva a la descompensación y a debilitar los frenos morales pero es harto dudoso que en el dilatado lapso temporal durante el que realizó la referida conducta se encontrara en fases de aquel carácter y con especial inhibición, lo que, en definitiva, no está acreditado* ».



De acuerdo con lo ya expresado, es este pasaje el que ha de ofrecer las claves fácticas para subsumir la alteración de la culpabilidad que se denuncia en el recurso. De entrada, el esfuerzo argumental del Letrado de la defensa, por más que haya formalizado un motivo bien minucioso en la descripción de los antecedentes psiquiátricos de Fructuoso, no puede servir de base para una nueva subsunción. Y es que la historia clínica del procesado, con indicación de todos y cada uno de los folios en los que aquélla se describe, nada puede aportar a la vía impugnativa que ofrece el art. 849.1 de la LECrim.

1.2.1.- En nuestra STS 1081/2007, 20 de diciembre, recordábamos que la esquizofrenia, entendida en términos psiquiátricos como la escisión de la personalidad que lleva al autismo, ha sido aplicada por la jurisprudencia de esta misma Sala con distinto criterio en función de su intensidad y, sobre todo, de la proximidad entre el momento ejecutivo y el brote esquizoide que caracteriza esa enfermedad. Y es ese brote el que coloca al agente en una verdadera situación de excepcionalidad para captar el mensaje imperativo de la norma penal.

No faltan precedentes en los que esta atenuante ha sido valorada como analógica, sobre todo en aquellos casos en los que el acusado «... *no se hallaba en fase aguda*», y contaba con la «... *plena conservación de su capacidad volitiva*» (cfr. STS 8 junio 1990); o cuando el acusado no sufría un brote esquizofrénico en el momento de cometer el delito, ni tampoco concurrían en él «... *circunstancias externas reveladoras de un comportamiento anómalo, sino que nada hubo en su comportamiento que revelase que era una persona [...] afirmándose que obró con verdadero cuidado y astucia*» (STS 1185/1998, 8 de octubre); o cuando la acción del acusado no estuvo conectada a un brote esquizofrénico, sino al «... *residuo patológico que le dejó su padecimiento esquizofrénico*».

De hecho, la jurisprudencia, viene reservando la aplicación de la eximente incompleta en los casos de esquizofrenia paranoide a aquellas situaciones de delirio psicótico o incomunicación absoluta con el exterior o a aquellos otros en los que, al ocurrir los hechos, el acusado actuase bajo un brote esquizoide (cfr. STS 686/2002, 2 de junio, con cita de las SSTs 4 junio 1999, 20 marzo 2000 y 26 diciembre 2000).

1.2.2.- El relato de hechos probados no permite, desde luego, etiquetar la reivindicada disminución de la culpabilidad de Fructuoso en el ámbito que es propio de la eximente incompleta. La defensa cita indistintamente, como apartados de referencia, los números 1, 2 y 3 del art. 20 del CP. Sin embargo, nada se dice en el factum de un estado de intoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Tampoco se alude a una alteración de la percepción desde el nacimiento o desde la infancia.

La única referencia fáctica la proporciona la mención a una «... *personalidad esquizoide con rasgo de trastorno psicoafectivo y cociente intelectual límite, lo que disminuía el control de sus impulsos, pero no le impedía discernir lo incorrecto de su conducta*».

Ya en el FJ 4º, la Audiencia, con apoyo en el dictamen de los médicos forenses que reconocieron al procesado (folios 193 y 212), recuerda que el diagnóstico «... *no es de esquizofrenia*», pese al reconocimiento de la existencia de un «*trastorno esquizoide*», que ha dado lugar a «*brotes o descompensaciones*». Esa descompensación se ve potenciada por el consumo de alcohol que le lleva a «... *debilitar los frenos morales*».

El rechazo de los Jueces de instancia a admitir cualquier limitación del acusado a la hora de captar el mensaje imperativo en la norma penal, se refuerza con la idea de que el dilatado lapsus temporal durante el que se extendieron los hechos, hace imposible admitir la existencia de una disminución de la culpabilidad derivada de permanentes, sucesivos y continuados brotes o descompensaciones, siempre coincidentes con las sevicias a las que sometió a Andrea y Mariana.

Sea como fuere, lo cierto es que, descartada la eximente incompleta, la apreciación de una atenuante -específica o analógica- ningún efecto habría tenido en la individualización de la pena. Conforme se explica en la resolución recurrida -FJ 5º- tanto la pena correspondiente al delito continuado de agresión sexual (arts. 180.1 y 74 del CP), como la derivada del delito continuado de abuso sexual (art. 183 y 74 del CP), han sido impuestas en el mínimo de la mitad superior.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim).

SEGUNDO .- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

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



Declarar no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de Fructuoso , contra la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2016, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo en la causa seguida por los delitos continuados de agresión y abuso sexual. **Imponer** al recurrente el pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde Perfecto Andrés Ibáñez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ