



Roj: **ATS 4411/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4411A**

Id Cendoj: **28079120012013201033**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2013**

Nº de Recurso: **10208/2012**

Nº de Resolución: **732/2013**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Marzo de dos mil trece.

I. HECHOS

PRIMERO .- Por la Audiencia Provincial de Alicante, se ha dictado sentencia de 18 de enero de 2012 , en los autos del Rollo de Sala sumario 17/2011, dimanante del sumario 1/2011, procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de Novelda, por la que se condena a Arsenio , como autor, criminalmente responsable de un delito continuado de violación, previsto en los artículos 178 , 179 , 180.1º.3 º y 74 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de catorce años y tres meses de prisión, con la accesoria legal correspondiente; y como autor, criminalmente responsable, de una falta de lesiones, prevista en el artículo 617.1º del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 50 días multa con cuota diaria de seis euros; así como al pago de las dos terceras partes de las costas procesales y de una indemnización a Diego . de 50.000 euros y a Ezequias . de 150 euros, con los intereses legales correspondientes.

SEGUNDO .- Contra la sentencia anteriormente citada, Arsenio , bajo la representación procesal del Procurador de los Tribunales D. Luis Alfonso Ortiz de Bragation, formula recurso de casación, alegando, como primer motivo, al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia; como segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , infracción de ley, por aplicación indebida de los artículos 178 , 179 y 180.1º.3º del Código Penal ; y como tercer motivo, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , infracción de ley por error en la apreciación de la prueba.

TERCERO .- Durante la tramitación del recurso, se dio traslado de las actuaciones a las restantes partes personadas. En tal sentido, el Ministerio Fiscal y Natalia , que ejercita la acusación particular, bajo la representación procesal de la Procuradora de los Tribunales Dª María Teresa Vidal Bodi, formulan escrito de impugnación, solicitando su inadmisión o, subsidiariamente, su desestimación.

CUARTO .- Conforme a las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno de este Tribunal, ha sido designado ponente el Excelentísimo Señor Magistrado D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Como primer motivo, el recurrente alega, al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

A) Alega que la declaración de la menor ha sido la única prueba de cargo, tomada en consideración por el Tribunal de instancia, que considera no reúne las notas necesarias para atribuirle credibilidad. En este orden de cosas, estima incongruente que una menor que dice haber estado sufriendo abusos sexuales desde los 7 años y agresiones sexuales desde los 11, no manifieste conducta alguna que haga sospechar algún problema



grave; que resulta sorprendente la ocasión en la que la menor decide contárselo a su tía; y que existen ciertos datos que añaden sombra de duda a su declaración, como que manifieste que relata los hechos a su madre y tía y cuatro días más tarde vuelve a ser víctima de una agresión sexual. Señala, por otro lado, una serie de datos que, a su entender, debilitan la veracidad de la declaración de la menor.

Señala, además, que las pruebas practicadas a Arsenio han dado resultados negativos a la presencia del virus del papiloma humano, que sólo se trasmite por vía sexual y al que la menor y su madre han dado resultado positivo.

B) 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) (STS 426/2012, de 4 de junio).

C) El Tribunal de instancia ha fundamentado su pronunciamiento condenatorio en la declaración de la menor. El Tribunal subrayaba que su declaración, desde el primer momento, al formularse la denuncia ante el Servicio de Menores de la Guardia Civil hasta el acto mismo de la vista oral, había sido sustancialmente la misma, presentando coherencia interna y con aportación de numerosos y minuciosos detalles.

Particularmente, la Sala ponía de relieve que, en su relato prestado en el acto de la vista oral, la menor, que prefirió responder a las preguntas concretas del Ministerio Fiscal, en lugar de hacer una narración de lo acontecido, indicó numerosos datos objetivos - posteriormente ratificados por los otros testigos - que, a juicio de la Sala y según su percepción directa - otorgaban plena credibilidad a su relato. El Tribunal no percibía ningún motivo ni ningún indicio que pudiese llevar a pensar en una denuncia por motivos espurios o de venganza por parte de la menor. Había quedado demostrado que la relaciones entre el acusado y A. L. eran buenas, incluso después de la separación entre su madre y Arsenio , llegando, incluso, a mantener éstos últimos relaciones sexuales esporádicas y a hacerse cargo el acusado de los menores, cuando la madre tuvo que desplazarse a Barcelona.

Además, existían numerosos elementos objetivos de corroboración de la veracidad de la declaración de la menor, como lo eran: - en primer lugar, el reconocimiento ginecológico de la misma, en el que se puso de manifiesto que presentaba una vagina dilatada, propia de una persona adulta con habitualidad en las relaciones sexuales; - en segundo lugar, había también quedado acreditado que padecía el virus del papiloma humano, del que los peritos dijeron que su modo de transmisión específico era el contagio por relaciones sexuales y que su madre dijo padecerlo igualmente. La Sala razonaba que si la madre también era portadora del virus del papiloma humano, era lógico pensar que la vía natural de contagio de la menor eran las denunciadas relaciones sexuales con Arsenio .

Por otra parte, el Tribunal daba respuesta a las cuestiones planteadas por la defensa que pretendían arrojar dudas sobre la credibilidad de la menor. Señalaba, en tal sentido, la defensa, en primer término, que la denuncia podía deberse a una estratagema para explicar su pérdida de la virginidad, que se había apreciado por su tía, según el modo que se acostumbra en Ecuador. La Sala advertía que había quedado acreditado que los abusos se habían relatado, previamente a la denuncia, a Ezequias , el hermano de la menor, y a su amiga Dayana, quienes así lo ratificaron en el acto de la vista oral.

En segundo lugar, la defensa alegaba que los análisis realizados a Arsenio , según constaba en los informes unidos a actuaciones, habían arrojado resultados negativos a la presencia del virus del papiloma humano. En tal sentido, el Tribunal atendía a las aclaraciones que los peritos realizaron en el acto de la vista oral, poniendo de manifiesto que era factible, y no improbable, que el varón fuese portador asintomático del virus, de manera que podía darse el caso que, padeciéndolo, no se le diagnosticase o no le fuese diagnosticable, sin perjuicio de ser portador.

En tercer lugar, las pruebas practicadas en el edredón señalado por la menor como utilizado en la última relación sexual, antes de interponer denuncia, dio resultado positivo a la presencia de restos seminales del acusado.

El acusado intentó justificar estos restos en la práctica del denominado "**sexting**" o sexo por Internet, con la madre de la menor, utilizando el edredón para limpiarse. La Sala ponía de manifiesto que esta explicación era absolutamente novedosa, aportada en el último instante, y, por ello, a su entender, carente de toda credibilidad.

Finalmente, el Tribunal indicaba que los testigos habían puesto de manifiesto un cambio ostensible en el comportamiento de la menor a partir de los hechos denunciados. La defensa señalaba que podía deberse a



circunstancias normales, como el alegado cambio de colegio y el distanciamiento de la madre, pero el Tribunal estimaba que, en el conjunto de las circunstancias que se habían puesto de manifiesto, era más congruente con las normas de la lógica, estimar que eran resultado de las relaciones sexuales in consentidas y de las amenazas con las que el acusado vencía su resistencia.

La jurisprudencia de esta Sala, en numerosas ocasiones, ha establecido la capacidad de la declaración de la víctima para enervar la presunción de inocencia y constituir cimiento válido para un pronunciamiento condenatorio, aunque sea como prueba única, siempre que se practique con las debidas garantías y se someta a un minucioso examen, como ocurre en el presente caso (STS 187/2012, de 20 de marzo). Llegados a este término, la mayor parte de las alegaciones hechas por la parte recurrente se limitan a una denuncia y a una censura del otorgamiento de credibilidad por la Sala de instancia.

En reiteradas ocasiones, esta Sala ha indicado que la valoración de la credibilidad de los testigos corresponde, en exclusiva, al Tribunal de instancia, por ser quien percibe la prueba en su totalidad (STS 726/2010, de 22 de julio). Solamente es revisable en casación la estructura lógica de sus juicios, que, en el presente caso, resulta intachable.

Por todo lo expuesto, procede la inadmisión del presente motivo de conformidad con lo que determina el artículo 885.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

SEGUNDO .- Como segundo motivo, el recurrente alega, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , infracción de ley por aplicación indebida de los artículos 178 , 179 y 180.1º.3º del Código Penal .

A) Estima que no se ha practicado prueba de cargo bastante para justificar el pronunciamiento condenatorio y para enervar la presunción de inocencia. Alega que la declaración de la menor es imprecisa, poco espontánea y contradictoria con respecto a las anteriores.

B) En el cauce casacional utilizado es necesario partir, de manera inexcusable, del más absoluto y riguroso respeto de los hechos declarados probados, sin omitir los que aparecen en el relato histórico, ni incorporar otros que no se encuentran en aquél (STS 734/2011, de 7 de julio).

C) El éxito del presente motivo se encuentra íntimamente vinculado al del anterior. El relato de hechos probados contiene una conducta que tiene encaje en un delito continuado de violación. En el factum, se relata cómo, desde que la menor tenía siete años, por lo tanto, desde 2004, el acusado comenzó a hacerle tocamientos en pecho, nalgas y vagina y, posteriormente, a partir de agosto de 2008, y cuando la menor contaba ya con once años de edad, a penetrarla vaginalmente y a obligarla a practicarle felaciones en un número indeterminado de veces, doblando su voluntad, con amenazas de que la pegaría o dejaría de pagar el tratamiento del cáncer que padecía su madre.

Los hechos relatados describen un acceso sexual a una menor de 13 años, violentando su voluntad mediante intimidación, y en un número reiterado de veces, aprovechándose de idéntica situación. Esta conducta merece la calificación, como lo ha hecho el Tribunal de instancia, de delito de violación con carácter continuado.

Por todo ello, procede la inadmisión del presente motivo de conformidad con lo que determina el artículo 885.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

TERCERO .- El recurrente alega, como tercer motivo, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , infracción de ley por error en la apreciación de la prueba.

A) Señala como documento acreditativo del error el informe pericial, obrante al folio 136, en el que se pone de relieve que el acusado no padece el virus del papiloma humano, de sola transmisión por vía sexual, y que sí padecen la menor y su madre. Añade que ésta última era madre de otras dos personas, habidas de una relación anterior, y, así, se dejaba el portillo abierto a que lo hubiese contraído con la pareja anterior. Igualmente, considera que la Sala ha valorado erróneamente las declaraciones imprecisas y contradictorias de la víctima y de otros testigos que declararon en el acto de la vista oral.

B) En orden al error en la apreciación de la prueba la doctrina de esta Sala exige que: a) se base en documentos, no en otro medio probatorio (excepcionalmente en pericias), b) el documento sea literosuficiente para demostrar la equivocación del factum, sin necesidad de elucubraciones no desprendibles directamente del texto, c) el documento no resulte contradicho por otros medios de prueba, a los que, motivadamente, de mayor eficacia acreditativa el juzgador, d) el dato que aporte el documento sea relevante para los pronunciamientos del fallo (STS 912/2008, de 20 de noviembre).

C) De las diligencias señaladas por la parte recurrente, de inicio, deben excluirse las declaraciones tanto de la menor como de otros testigos, por tratarse de prueba personal, en cuya apreciación juega un papel preeminente



la percepción directa e inmediata del Tribunal ante el que se practica y que, por ello mismo, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, están excluidos del concepto de documento a los efectos de la vía del error en la apreciación de la prueba (STS 484/2011, de 31 de mayo).

En lo que se refiere al informe pericial señalado, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido excepcionalmente su validez como documento de soporte de la vía del error en la apreciación de la prueba, siempre en orden a hacer más efectiva la proscripción de la arbitrariedad, consagrada en la Constitución, cuando se den las siguientes circunstancias: a) cuando existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como la base única de los Hechos Probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio de modo que se altera relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los informes, sin expresar razones que lo justifiquen. (STS 388/2011, de 19 de mayo)

Se comprueba que, en el presente caso, estas condiciones no concurren. El informe pericial anatomopatológico dio resultados negativos, ciertamente, pero, en el acto de la vista oral, los peritos clarificaron estos resultados, añadiendo que no resultaban determinantes de que un varón no tuviese en su organismo el virus del papiloma humano y que ni era imposible ni improbable que Arsenio fuese portador asintomático del virus. De todo ello se deduce que el propio informe pericial no era literosuficiente y que las aclaraciones hechas por los propios peritos que evacuaron el informe le restaban la contundencia que la parte recurrente pretendía otorgarle.

Por todo ello, procede la inadmisión del presente motivo de conformidad con lo que determina el artículo 885.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En consecuencia, procede dictar la siguiente:

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN del recurso de casación formulado por el recurrente contra la sentencia de la Audiencia de origen, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.