

## EDJ 2008/217213

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 5-11-2008, nº 667/2008, rec. 11102/2007

Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón

### Resumen

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge el formulado por la acusación particular, ambos contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de agresión sexual, allanamiento de morada y amenazas. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que establece la concurrencia de un segundo delito de agresión sexual, ya que está suficientemente individualizado como para poder afirmar que no solo es que se renovase la acción intimidatoria, sino que se utilizó un arma como medio peligroso, con lo cual nos encontramos con una agresión sexual diferenciada y no ante un delito continuado con los anteriores ataques a la libertad e indemnidad sexuales.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.8 , art.67 , art.71 , art.73 , art.74 , art.75 , art.77 , art.178 , art.179 , art.180.1 , art.180.3 , art.181.1 , art.181.2 , art.182.1 , art.182.3 , art.202.1

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.24.1 , art.24.2 , art.25.1 , art.117.3

RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal  
art.330 , art.710 , art.724 , art.741

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO  
FUNDAMENTOS DE DERECHO  
FALLO  
SEGUNDA SENTENCIA

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN  
EMPLEO DE FUERZA O INTIMIDACIÓN  
Apreciación  
Empleo de armas u otros medios peligrosos  
MODALIDADES AGRAVADAS  
Prevalimiento, parentesco  
MENOR DE 12 AÑOS  
FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN  
Delito continuado  
PENALIDAD  
Concurso de delitos  
PROCESO PENAL  
Presunción de inocencia  
Prueba  
Declaraciones de la víctima  
  
ALLANAMIENTO DE MORADA  
ENTRADA EN MORADA AJENA  
En general  
EMPLEO DE VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN  
DOLO  
PENALIDAD  
PROCESO PENAL  
Presunción de inocencia  
  
AMENAZAS

MAL QUE CONSTITUYE DELITO  
FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN

Delito continuado

PENALIDAD  
PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Presunción de inocencia

Facultades judiciales

Valoración de la prueba

NON BIS IN IDEM

ALCANCE

PROCESO PENAL

PRUEBA

Medios

Prueba de testigos

Declaración testifical

Testimonio de referencia

Casos en que procede

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusación particular; Desfavorable a: Acusado

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.8, art.67, art.71, art.73, art.74, art.75, art.77, art.178, art.179, art.180.1, art.180.3, art.181.1, art.181.2, art.182.1, art.182.3, art.202.1 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.24.1, art.24.2, art.25.1, art.117.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.330, art.710, art.724, art.741 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita art.576 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 11/1999 de 30 abril 1999. Modifica el Título VIII del Libro II del Código Penal

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.5.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.9.1, art.9.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.849.1, art.849.2, art.852, art.901 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Bibliografía

Citada en "B2011/75602"

JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de noviembre de dos mil ocho.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por Miguel y por la Acusación particular en representación de Estíbaliz, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, que condenó al acusado Miguel, por delitos de agresión sexual, allanamiento de morada y amenazas; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación

y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Querol Aragón y Martínez Serrano respectivamente.

## ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Málaga, instruyó Sumario con el número 3 de 2006, contra Miguel, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Tercera, con fecha 10 de septiembre de 2007, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Se declaran como tales los que integran el siguiente relato:

Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales, para satisfacer sus apetencias sexuales, comenzó a hacer objeto de tocamientos libidinosos a su sobrina Estíbaliz, nacida el 7 de julio de 1.982, desde el año 1.988. Aunque Estíbaliz residía en Málaga con sus padres, con frecuencia iba a casa de sus abuelos, en fines de semana, días festivos o vacaciones. Fue en el establo de la citada casa, sita en El Chorro-Alora, cuando en el citado año 1.988 se inició su calvario: la puso de pie en un pesebre, le tocó sus partes íntimas y le introdujo los dedos y la lengua en su vagina. A partir de ese momento, hechos similares se repitieron en los lugares no transitados, tales como en una cueva detrás de la fuente Martiáñez, en el Camino del Rey, en las ruinas de Barbastro, en una casa en construcción de unos extranjeros, en unas ruinas de una Escalera árabe que rodea una montaña (dos veces tras la vivienda de un vecino próximo y en el Valle de Abdajalis (varias veces). Dobleaba la voluntad de la menor diciéndole que le iba a hacer daño a ella o a los animales que ella quería o a su hermanito, que si lo contaba iba a matar de un disgusto a su abuelo. Cuando los lugares eran transitados, sólo le tocaba los pechos o los genitales por encima de la ropa, en varias ocasiones, más de tres.

No fue hasta el año 1.991, cuando, con idéntico propósito lúbrico, en una casa frente a la estación de tren del Chorro, le bajó las bragas y le introdujo el pene en su vagina. Las introducciones se repitieron en distintos escenarios: en un pajar de la casa de su abuela (detrás del gallinero), en la cuadra, en el refugio de escalada y en una casa de sevillana junto a la fuente Martínez. Tenía ya 12 años, cuando, en la citada casa de sus abuelos, mientras éstos dormían, penetró en el dormitorio de Estíbaliz, la despertó, la llevó al sofá del salón y la penetró vaginalmente; en esta época las penetraciones las alternaba con tocamientos, introducción de dedos y lengua en la vagina, varias veces.

Tres años después, a principios de 1998, el procesado aprovechándose de que su hermano Carlos Miguel, padre de Estíbaliz, le había acogido en su vivienda, sita en C/ DIRECCION000, núm.000 de Málaga, en numerosas ocasiones, la penetró vaginalmente y le introdujo la lengua en su vagina, en la habitación utilizada por él, en el baño y en el salón.

3) Sobre las 23 horas del día 26 de enero de 2.005, Miguel forzó la cerradura de la puerta que estaba cerrada sólo con el pestillo y penetró en el domicilio donde se había independizado su sobrina Estíbaliz, en la CALLE000, bloque núm.001, núm.002 - núm.003 de Málaga, con ánimo de atentar contra la libertad sexual de ésta, a la que esperó hasta que llegó. Cuando ella entró en el piso, la abordó con una navaja que le colocó en el cuello, al tiempo que le decía que era una puta, que quería que su mujer se enterase de todo, que por su culpa su padre no le hablaba, intentando besarla. Al retirar ésta la cara, le colocó la navaja en el costado derecho, la agarró con la otra mano del cuello, la puso de rodillas y le instó a que le bajase los pantalones, momento en que se sacó su pene y se lo introdujo a aquélla en su boca, poniéndole la navaja a la altura de esternón a la vez que le decía que no gritara; después la tumbó en la cama, le bajó el pantalón, la colocó boca abajo, rompiéndole las bragas con la referida navaja, y la penetró vaginalmente, eyaculando en su interior; al finalizar le dijo que si su mujer se enteraba de algo la mataría.

Pocos días antes de que esto sucediera, Miguel se había acercado a la vivienda de Estíbaliz, diciéndole "guarra, hija de puta, te voy a matar", incluso había llegado a entrar en el edificio donde vivía Estíbaliz, quien se lo encontró bajando de la azotea cuando ella abría la puerta de su vivienda. Al advertir su presencia, Estíbaliz desistió de entrar en la vivienda y se apresuró a bajar las escaleras perseguida por Miguel que logró darla alcance, por lo que entre ambos se originó un forcejeo en el que Estíbaliz hizo uso como arma defensiva del casco de moto que llevaba.

Como consecuencia de los lastimosos incidentes descritos y sufridos desde que tenía uso de razón, Estíbaliz está afectada psicológicamente, ha intentado suicidarse por ingestión masiva de pastillas en dos ocasiones y padece trastorno por estrés postraumático crónico y trastorno depresivo mayor. El procesado al ser detenido, el día 28-4-05, llevaba en su poder la navaja de 9 cm. de hoja que fue reconocida por Estíbaliz como la que utilizó en el incidente relatado del día 26 de enero de 2.005, que quedó intervenida.

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

Fallo: Que debemos condenar y condenamos al acusado: Miguel, como autor criminalmente responsable de los delitos de Agresión Sexual, Allanamiento de Morada y Amenazas, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas respectivas de quince años, dos años y dos años de prisión, con las accesorias respectivas de inhabilitación absoluta y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las condenas, así como el pago de las costas del enjuiciamiento, con inclusión de las devengadas por la acusación particular, debiendo indemnizar, por vía de responsabilidad civil, a la perjudicada, Da. Estíbaliz, en la cantidad de doscientos mil euros, por daños morales, cantidad que devengará los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

Se acuerda el comiso y destrucción de la navaja intervenida.

Se impone, asimismo, al acusado la prohibición de acudir al domicilio de la víctima, a su lugar de trabajo o al lugar en que se encuentre, en un radio no inferior a tres mil metros, así como la de comunicarse con ella por cualquier medio incluido el telefónico, durante cinco años.

Séale de abono, para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, todo el tiempo que de ella viene estando privado por esta causa, caso de no habersele abonado para el cumplimiento de otra responsabilidad.

Infórmese a la beneficiaria de la posibilidad de solicitar ayudas, conforme a la Ley de Ayuda y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2.001 y a la nueva directiva 2.004/80/ del Consejo de 29 de abril de 2.004, para la indemnización de las víctimas de delitos.

Devuélvase al juzgado instructor la pieza separada de responsabilidad civil del acusado, a fin de que la concluya con arreglo a derecho, tras hacerse una investigación de bienes minuciosa.

Llévese nota de esta condena al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Miguel y por la Acusación particular en representación de Estíbaliz, 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 procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por Miguel

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECrim EDL 1882/1 . en relación con el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 . y el art. 24.2 CE EDL 1978/3879 .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim EDL 1882/1 . por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos.

Recurso interpuesto por Estíbaliz

PRIMERO.- Por vulneración de precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva art. 24.1 CE EDL 1978/3879 .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 . por indebida aplicación del art. 74 CP EDL 1995/16398 .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó que apoya parcialmente el segundo de los motivos del recurso de Estíbaliz y subsidiariamente la desestimación de los demás motivos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintidós de octubre de dos mil ocho.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Miguel

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional con base en los arts. 5.4 LOPJ. EDL 1985/8754 Y 852 LECrim EDL 1882/1 . por la inexistencia de pruebas de que puede derivarse la existencia del delito, vulnerando por ello el Juzgador el art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , que consagra el principio de presunción de inocencia.

El motivo debe ser desestimado.

Como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 373/2008 de 24.6, 753/2007 de 2.10 y 672/2007 de 19.7, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediatez y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

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 inmediatez, 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 inmediatez 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 inmediatez, 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). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que

resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE EDL 1978/3879 ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la reciente STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE EDL 1978/3879 ."se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE EDL 1978/3879 . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

SEGUNDO.- En el caso presente la sentencia de instancia, Fundamento Jurídico primero, entiende acreditados los hechos y la autoría de Miguel por el testimonio de la víctima que la Sala considera que "rezumaba sinceridad cuando refería el silencio en que había soportado tan atroces vejaciones, y que ha sido persistente en su incriminación, sin variar su relato en lo esencial desde su denuncia inicial y que ha sido corroborado por los testimonios referenciales de los padres, del psicólogo y de las amigas de Estíbaliz, singularmente el de Elsa que recibió noticia inmediata de la última agresión relatada. Asimismo entiende significativo que los guardias civiles recibieron el alegato exculpatorio de boca del acusado sin haberle aun concretado la acusación, y analiza la versión exculpatoria del propio acusado que tilda de inconcebible al no ser imaginable que Estíbaliz haya inventado todo el calvario relatado para perjudicial a su tío y califica de absurda, gratuitamente ofensiva y carente en absoluto de conexión la alusión que hace el acusado a la animadversión de su cuñada, la madre de Estíbaliz, como motivo de la denuncia Prueba lícita y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

En efecto la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil para enervar ese derecho fundamental. Encuadrada 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 inmediación 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.

La credibilidad de la víctima que el recurrente pone en duda 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 realizar 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. Por ello el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hechos como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios que no exigencias (STS. 15.4.2004), como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

Respecto al criterio de incredibilidad tiene, como señala la STS. 23.9.2004, dos aspectos subjetivos relevantes:

a) Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones, pues a nadie se le escapa, dicen las SSTs. 19.12.2005 y 23.5.2006, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad 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, aún teniendo estas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. Es por cuanto si

bien el principio de presunción de inocencia impone en todo análisis fáctico partir de la inocencia del acusado, que debe ser desvirtuada fuera de toda duda razonable por la prueba aportada por la acusación, si dicha prueba consiste en el propio testimonio de la víctima, una máxima común de experiencia le otorga validez cuando no existe razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra persona determinada, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado.

Los razonamientos contenidos en la sentencia sobre indicado particular -Fundamento Jurídico segundo- sin recurrir a ningún argumento extravagante, irracional o contrario a las exigencias inherentes al canon constitucional impuesto por el derecho a la presunción de inocencia (STS. 12.6.2007), se asumen y comparten excluyendo la falta de credibilidad.

Por lo que a la verosimilitud del testimonio se refiere, la misma debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim EDL 1882/1 .), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

TERCERO.- Entendemos que se cumplen en el caso estos datos.

La Sala considera corroborada la versión de la víctima por las testificales de referencia que enumera: testimonio de referencia que puede ser valorado por la Sala.

En efectos como decíamos en la STS. 957/2007 de 28.11, en este sentido testigo es una prueba física ajena al proceso y traída a él para que preste declaración sobre hechos pasados y relaciones para la averiguación y constancia de un delito, sus circunstancias y participación. Así las declaraciones testificales tanto en fase de investigación como cuando son verdadera prueba, no son sino el examen de una persona ajena al proceso que presta su declaración de conocimiento, en sentido más propio, refiere lo que ha percibido y proporciona al órgano jurisdiccional datos sobre acontecimientos relevantes para la investigación en un momento y para formar una convicción definitiva en el acto del juicio oral.

El testigo es un instrumento de prueba y siendo persona física es un instrumento vivo, inteligente y autónomo. Todo ello le hace superior a otros medios probatorios, pero a su vez adolece de la seguridad y precisión que reportan aquellos que han podido ser contrastados y sujetos a experiencias empíricas. Por tanto, debe tomarse tal como es, si bien para poder otorgarle valor, o más precisamente para valorarlo justamente, debemos averiguar todas las circunstancias que han influido en su adquisición de conocimiento y también las que pueden afectar a su reproducción, lo que dará una pista de sus inexactitudes y apuntará sobre la confianza que debe merecer.

Ahora bien nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de referencia, al referirse el art. 710 LECrim EDL 1882/1 ., siendo aquél la persona que no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas.

Es cierto, que en general, toda testifical deber versar, en principio, sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento y no sobre el resultado de un medio de investigación o de prueba testifical pero ello no obsta, para que en el supuesto de que existiera controversia sobre la validez de un determinado medio de investigación o de prueba se practique prueba -incluso testifical- para poder tener elementos de juicio para resolver la cuestión: En otro orden, cuando la controversia puede versar sobre la credibilidad o fiabilidad de ciertos testigos, evidentemente se puede practicar prueba al respecto, y su alcance será solo tal controversia. Así el art. 710 LECrim EDL 1882/1 . debería interpretarse como habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por ejemplo, para valorar como corroboración periférica lo declarado por el testigo directo en caso en que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de éste.

En definitiva las manifestaciones que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación debe ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado o por su Letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede inferir que el principio de inmediación permite sustituir un testigo directo por otro de referencia, pero no obstante la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.

Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia puede valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba.

En este caso el testimonio de Elsa que recibió la noticia inmediata de la agresión sexual sufrida el 26.1.2005.

Asimismo respecto a las manifestaciones espontáneas del acusado fuera del atestado, la doctrina de esta Sala, STS. 418/2006 de 12.4, se precisa que el derecho a no declarar, que el recurrente había expresado a los investigadores policiales, no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar, porque lo prohibido es la indagación, antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales. Como dijimos en la Sentencia 25/2005, de 21 de enero, las manifestaciones que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico y pueden ser concluyentes con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social.

En similar dirección la STS. 844/2007 de 31.10 y 7.2.2000, sobre la base de reconocer que "ninguna Ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, determinadas manifestaciones a la autoridad o a sus agentes, confesando su culpabilidad..." viene a declarar que tales manifestaciones efectuadas con anterioridad a ser informado el detenido de sus derechos no pueden luego incorporarse por escrito al atestado con la firma del detenido, pero si así se hiciese la ilegalidad consiguiente tendría carácter de ordinaria y, por lo tanto, la prueba habría de conceptuarse irregular, de manera que no deberá afectar a las restantes diligencias practicadas con pleno respeto a las exigencias legales y constitucionales. Por ello la jurisprudencia de esta Sala, nos dice la STS. 1266/2003 de 2.10, ha admitido la validez probatoria de la confesión extrajudicial, aunque ha exigido que se incorpore al juicio oral (SSTS. 13.5.84 y 1282/2000 de 25.9), y sea sometida a debate contradictorio con presencia de aquellos antes quienes se realizó, de forma que las partes hayan podido interrogarlos sobre ese extremo (STS. 17.10.92).

Por último, en lo que se refiere a la persistencia en la incriminación supone:

a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones" (Sentencia de 18 de junio de 1998).

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

Por ello -como decíamos en las SSTS. 20.7.2006 y 10.7.2007 - la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatórios no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se puede extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que este presente en todas las manifestaciones.

Parámetro este de valoración del testimonio que la Sala de instancia considera igualmente concurrente en las sucesivas declaraciones de la víctima (Fundamento Jurídico primero).

Por tanto, los indicados criterios, que no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros mínimos de contraste a que ha de someterse la declaración de la víctima, han quedado constatados en este caso cumplidamente, pues el relato de la víctima fue lógico y persistente y corroborado objetivamente por otros datos y si a ello se añade que la sentencia analiza la versión exculpatória del acusado, la conclusión es que ha existido prueba de cargo utilizada en la sentencia para condenar (prueba existente); tal prueba fue traída al proceso con observancia de las normas legales y constitucionales y fue practicada en el plenario con las garantías propias de este acto solemne (prueba lícita) y ha de considerarse bastante para justificar el aspecto fáctico de la condena aquí recurrida, como se acaba de exponer a propósito de la prueba practicada sobre la forma en que ocurrieron los hechos (prueba razonablemente suficiente).

Verificada la racionalidad de lo resuelto por el Tribunal sentenciador y la existencia de prueba de cargo que desvirtuó la presunción de inocencia, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El motivo segundo por infracción de Ley con base en el art. 849.2 LECrim. EDL 1882/1 al haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas, basado en documentos que obran en la causa que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, citando como documento los informes de la Policía científica que obran en la causa (folios 112 y 113), sobre recogida de diversos efectos por indicación de la denunciante para su remisión al Instituto Nacional de Toxicología (edredón donde supuestamente se perpetró la violación y el cajón superior de la mesilla de noche, donde según la víctima, guardaba su ropa interior y encontró revuelto, y con manchas de semen) y el informe propiamente dicho (folios 171 a 177), en el que se compararon muestras de ADN del recurrente con las muestras encontradas en los efectos analizados (edredón y cajón) y con otras muestras, como un casco de motorista y no se encontraron datos genéticos del recurrente.

El motivo deviene improsperable.

En efecto, debemos recordar que la vía del art. 849.2 LECrim EDL 1882/1 . solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim EDL 1882/1 . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse

y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim EDL 1882/1 . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim EDL 1882/1 . que..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE EDL 1978/3879 ), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este núm. 2º del art. 849 LECrim EDL 1882/1 . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE EDL 1978/3879 como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala - a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim EDL 1882/1 ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim EDL 1882/1 .;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, 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 modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

QUINTO.- Pues bien en relación a los informes periciales esta Sala solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como:

a) 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 base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere 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 citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2, 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3, 417/2004 de 29.3).

En el primer caso se demuestra un error porque asumiendo su informe al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial sin explicación que lo justifique se hace de un modo que desvirtúa su contenido probatorio, y en el segundo se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo (STS. 2144/2002 de 19.12).



La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia de esta Sala a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim EDL 1882/1 . Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim EDL 1882/1 ). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim. EDL 1882/1 No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental Si, como hemos dicho, en definitiva la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. (art. 849.2) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efectos nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio, (SSTS. 275/2004 de 5.3 y 768/2004 de 18.6).

Ahora bien, no debe confundirse este supuesto excepcional con la valoración que el Tribunal hace de la prueba pericial, pues, como indica la STS. 1572/2000 de 17.10" el Tribunal ha valorado una pluralidad de informes, incluidos las matizaciones realizadas por el Perito en el acto del juicio oral, obteniendo racionalmente su convicción tomando en consideración una gran variedad de cuestiones....., por lo que nos encontramos ante un ejercicio razonable de las facultades valorativas del Tribunal de instancia no cuestionables a través de este cauce casacional".

El informe, en suma, han de patentizar el error denunciado, no estar contradichos por otras pruebas y ser relevantes para la resolución del caso (SSTS. 23.4.2002, 23.3.2000).

En el caso presente los informes señalados son compatibles con los hechos declarados probados, pues son compatibles tanto con la inocencia como con la culpabilidad, que se evidencia por otras pruebas que detalla la sentencia.

Dichos análisis solo evidencian que los restos biológicos obtenidos son insuficientes para la identificación, así en la conclusión 5.1 se señala que respecto al caso de motorista, que en el análisis de STRs autonómicos se detectó su componente mayoritario femenino y otro minoritario de al menos un varón, en el que no están representados "todos los alelos que caracterizan a D. Miguel; y en la conclusión 5.2, que en el análisis de STRs de cromosoma Y se detecto su componente minoritaria anónimo "coincidiendo con el haplotipo de D. Miguel", por lo que no puede descartarse la presencia en la mezcla de sus células o de células procedentes de un individuo varón relacionado con él por vía paterna.

El motivo, consecuentemente no puede ser acogido.

RECURSO ACUSACION PARTICULAR Estíbaliz

SEXTO.- El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 . Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE EDL 1978/3879 ., por cuanto la sentencia recurrida entiende que los innumerables delitos cometidos por el condenado a lo largo de 20 años, deben ser considerados como un delito continuado de agresiones sexuales (impone una pena de 15 años, de privación de libertad que no implica la completa y oportuna defensa de los bienes jurídicos personales afectados.

El motivo deviene inadmisibile.

Es doctrina reiterada de esta Sala -por todas STS. 994/2007 de 5.12 -, la que precisa que la tutela judicial efectiva, desde el prisma de la parte acusatoria, se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que tiene derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante.

Por ello la tutela judicial efectiva le concede el Texto constitucional in genere, y no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones no prosperen, o no lo hagan en su totalidad, máxime cuando los órganos jurisdiccionales, forzosamente han de fallar en pro de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañen falta de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Siendo así no existe un derecho constitucional a obtener una condena penal de otra persona o en una extensión punitiva determinada, que pueda esgrimirse frente al legislador o frente a los órganos judiciales (SSTC. 199/96 de 3.12, 41/97 de 10.3, 74/97 de 21.4, 67/98 de 18.3, 215/99 de 29.11, 21/2000 de 31.1).

En esta dirección la sentencia de esta Sala de 19.5.2004 recordó que el derecho fundamental no incorpora el derecho a la condena del acusado en virtud de la acción penal planteada sino que, este derecho tiene un contenido complejo que incluye, como ya hemos indicado, el derecho de acceder a Jueces y tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución motivada y fundada en derecho y a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto en la ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión ( SSTC 32/82, 89/85 y SSTS, 3.10.97, 6.3.97).

Por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva no implica -como señala el Ministerio Fiscal en su oposición a este motivo- unas determinadas cuantificaciones penológicas que solo puede hacer el legislador. Si la subsunción jurídica está bien efectuada y la pena bien establecida con arreglo al Código Penal EDL 1995/16398 no puede haber afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, y en caso contrario, lo que existiría es un vicio por infracción de Ley, denunciabile por la vía del art. 849.1 LECrim. EDL 1882/1

SEPTIMO.- El motivo segundo motivo de casación al amparo del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 . por infracción de Ley, por aplicación indebida del art. 74 CP EDL 1995/16398 ., por cuanto partiendo de que la jurisprudencia admite de forma restrictiva la posibilidad de aplicar el delito continuado en los delitos de agresión de agresión sexual, en el supuesto en el que nos encontramos son claramente discernibles dos periodos claros de agresiones sexuales, con marco temporal fácilmente diferenciable, uno las que se producen de forma continuada desde que la víctima tenía 6 años, en el año 1988 y finalizan a principios de 1998, y otro la violación sufrida por la misma, 7 años después, en enero 2005, y marco especial asimismo diferente, pues en el primer periodo el acusado se valía de las amenazas, coacciones y edad de la víctima, mientras que en la violación de enero 2005 utiliza la fuerza y el miedo de ésta ante la presencia del arma blanca que el acusado mostraba para proceder al delito.

El delito continuado del art. 74 CP EDL 1995/16398 . tras una larga evolución doctrina y jurisprudencial, en la que dejó de ser una ficción jurídica y se le reconoció naturaleza de ente real que se sustrae a las reglas del concurso permitiendo su consideración de unidad jurídica, precisa de los siguientes requisitos, según jurisprudencia consolidada de esta Sala (por todas STS. 21.9.2004).

a) Pluralidad de hechos delictivos, antológicamente diferenciales.

b) Un planteamiento único en la acción que implica la unidad de resolución y propósito criminal. Se trata de un dolo global o de conjunto como consecuencia de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarla, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Es, en suma, el elemento básico y fundamental del delito del art. 74, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responde al aprovechamiento de idéntica ocasión.

c) Unidad del precepto penal violado, o al menos de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de "semejanza del tipo" se ha dicho.

d) Homogeneidad en el modus operando, por lo que significa la unidad entre las técnicas operativas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito.

e) Identidad en el sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo autor y de sujeto pasivo, en el supuesto de agresiones sexuales.

Requisitos estos a los que habría que añadir una conexidad temporal, de tal modo que no haya transcurrido lapso de tiempo excesivo entre las diferentes actuaciones aisladas (SSTS. 19.6.2000, 9.12.98, 20.3.98).

OCTAVO: Llegados a este punto no se cuestiona por la recurrente la aplicación de la continuidad delictiva a los episodios sucedidos entre 1988 y 1991 -tocamientos e introducción de dedos y lengua en vagina-, entre 1991 y 1994 -tocamientos e introducciones de pene en vagina-, cuando la menor ya tenía 12 años, entre 1994 y 1995, penetraciones y tocamientos, introducción de dedos y lengua en la vagina; tres años después, a principios de 1998, -vigente ya el CP. 1995-, penetraciones e introducción de lengua en vagina, no siendo obstáculo para ello, ni procede hacer distinciones entre los actos abusivos sin penetración que los que contienen este elemento agravatorio, pues unos y otros responden el mismo propósito del autor y al mismo dolo unitario de éste en lo que se ha denominado progresión en el delito, que infringen en el desarrollo del "iter criminis" preceptos penales menos graves y posteriormente más graves, pero que son de "igual o semejante naturaleza", tal y como establece el art. 74 CP. EDL 1995/16398 (STS. 1 lo que es objeto de debate es que el suceso acaecido el día 16 de enero de 2005 puede integrarse en esa continuidad delictiva.

El motivo que en este extremo es apoyado por el Ministerio Fiscal debe ser estimado.

En efecto en cuanto a la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva, en la STS. 820/2005 de 23.6 decíamos que el artículo 74 del Código Penal EDL 1995/16398 considera como un solo delito, al que denomina continuado, una pluralidad de acciones u omisiones que aisladamente consideradas serían por sí solas constitutivas cada una de ellas de una infracción delictiva. Han sido razones de justicia material, de política criminal y de técnica jurídica las que han impulsado primero la creación doctrinal y jurisprudencial de la figura y luego su consagración en los textos legales, desde la reforma de 1983. Son requisitos del delito continuado que exista una pluralidad de acciones u omisiones; que se ejecute siguiendo un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, y que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, siendo en general indiferente que ofendan a uno o a varios sujetos, habiendo exigido la jurisprudencia una cierta conexidad temporal, de forma que pueda apreciarse un proceso unitario y no distintas acciones no relacionadas entre sí, completamente desconectadas las unas de las otras.

Las mismas razones antes mencionadas conducen al legislador a excluir con carácter general del delito continuado las ofensas a bienes eminentemente personales, aunque excepcional de esa anterior excepción los supuestos de ataques al honor o a la libertad sexual, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para apreciar o no la continuidad delictiva, (artículo 74.3 CP EDL 1995/16398 ). Con toda evidencia, la libertad sexual es un bien eminentemente personal, lo que hace que la excepción a la excepción deba interpretarse de modo restrictivo, por lo cual no es fácil apreciar en todo caso la existencia de delito continuado en aquellos supuestos en que se acredite una pluralidad de infracciones contra la libertad sexual ejecutadas por un solo delincuente.

Así lo ha entendido esta Sala que, con carácter general, ha rechazado la existencia de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, declarando que cada vez que se comete un acto atentatorio contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, hay un delito diferente y se renueva en cada acción concreta ante la incapacidad del sujeto pasivo de consentirla, (STS núm. 1695/2000, de 17 de noviembre), de forma que solo es posible el delito continuado en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una 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 sujeto activo, (SSTS 11 de octubre y 26 de diciembre de 1996; de 15 de marzo de 1996, 30 de julio de 1996, 8 de julio de 1997 y 12 de enero, 16 de febrero, 22 de abril y 6 de octubre de 1998, 9 de junio de 2000 y STS núm. 1002/2001, de 30 de mayo), situación en la que no es fácil individualizar suficientemente con sus

datos concretos de lugar, fecha y características precisas de la acción, cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo, (STS núm. 1730/2001, de 2 de octubre).

También se ha referido esta Sala a la necesidad de aplicar restrictivamente esta excepcional posibilidad e individualizar la calificación jurídica cuando los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles (STS núm. 1695/2000, de 7 de noviembre), lo que ocurrirá cuando se trata de agresiones sexuales, es decir, en aquellos casos en que el sujeto activo haya empleado violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima en cada ocasión en que haya atacado a su libertad sexual, de modo que sea posible una mínima individualización de cada una de las conductas constitutivas de agresión sexual, resultando, por el contrario, más improbable cuando los hechos se repitan aprovechando un estado o situación permanente de prevalimiento por cualquier causa o de falta de consentimiento.

En el caso que examinamos la agresión sexual del año 2005 en relación a los episodios acaecidos entre 1988 y 1998, supone una separación temporal, estando perfectamente individualizada con un modus operandi diferenciado con un cambio cualitativo importante que implica una clara desconexión entre este último episodio y los anteriores, en estos que se inician cuando la víctima tenía solo 6 años, el acusado se vale de esa corta edad y de la situación intimidatorio creada al decirle que: "le iba a hacer daño a ella o a los animales que ella quería o a su hermanito, que si lo contaba iba a matar de un disgusto a su abuelo", y en la agresión sexual del 26 de enero de 2005, la víctima ya tenía 22 años, el acusado va al propio domicilio de ésta y utiliza una navaja para vencer su resistencia.

Consecuentemente podemos afirmar que en este caso está suficientemente individualizado como para poder afirmar que no solo es que se renovase la acción intimidatorio, sino que se utilizó un arma como medio peligroso que implica la agravación del art. 180.1.5ª del CP EDL 1995/16398 .. vigente, con lo cual nos encontramos con una agresión sexual diferenciada y no ante un delito continuado con los anteriores ataques a la libertad e indemnidad sexuales.

NOVENO: Respecto a la calificación que deba hacerse de todos estos hechos, los ataques a la indemnidad y libertad sexuales producidos entre 1988 y 1998 deben ser subsumidos en un delito continuado de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP. EDL 1995/16398, redacción anterior a la reforma LO. 11/99 de 30.4 EDL 1999/61201 .

En efecto la línea diferencial entre las agresiones sexuales y el tipo penal paralelo de los abusos sexuales, arts. 181 y 182, consiste en no mediar en estos últimos violencia o intimidación en la acción típica, no mediando consentimiento por parte de la víctima.

Por ello podría aplicarse el tipo delictivo contemplado en los arts. 181.1 y 2.1 y 182.2, no la agravación del apartado 1, pues los hechos fueron realizados por el tío de la víctima y con anterioridad a la reforma operada por LO. 11/99 EDL 1999/61201 , la redacción anterior estimaba la agravación en los supuestos estrictos de parentesco por naturaleza o adopción (STS. 130/2004 de 9.2) subsunción a la que se inclina el Ministerio Fiscal al apoyar parcialmente el motivo, pero para ello habría que descartarse cualquier situación de intimidación, dado que en razón de la edad de la menor, su consentimiento aparecería como irrelevante. No obstante al considerarse concurrente la intimidación, el ataque sexual a menores de 12 años, antes de la modificación legislativa operada por LO. 11/99 de 30 de abril EDL 1999/61201 - debe integrarse en los tipos de los arts. 178 y 179, y con la posibilidad de la agravante específica, en su caso del art. 180.3 CP EDL 1995/16398 . de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad, a ser ésta menor de 12 años.

Al respecto y en relación a la intimidación hemos señalado, STS. 1689/2003, que el art. 178 CP EDL 1995/16398 . que describe el tipo básico de las agresiones sexuales vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecte al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual.

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (S.S.T.S. de 05/04/00, 04 y 22/09/00, 09/11/00 o 25/01/02 y 01/07/02, 23/12/02). Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en si misma no tiene ese alcance objetivamente. La S.T.S. 1259/04 expone que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrantamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción.

DECIMO: En el caso presente el relato histórico expresa como el acusado comenzó a hacer objeto de tocamientos libidinosos a su sobrina Estíbaliz, nacida el 7.7.82, desde el año 1988, y como "doblegaba la voluntad de la menor diciéndola que le iba a hacer daño a ella o a los animales que ella quería o a su hermanito, que si lo contaba iba a matar de un disgusto a su abuelo...", hechos éstos que a partir del año 1991 y hasta principios de 1998 se alternaron con penetraciones vaginales e introducción de dedos y lengua en la vagina.

De dicho relato histórico se desprende una situación intimidatoria producida por el procesado y ejecutada como medio comisivo de las penetraciones, logradas en virtud del temor producido en la víctima. En tal sentido debe significarse que la intimidación entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona, la valoración de su suficiencia debe hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso y entre ellas el grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada. Esta Sala ya dijo en STS. 22.5.98, que la voluntad de los niños es mas fácil de someter y de ahí que amenazas que ante un adulto no

tendrían eficacia intimidante si las adquieren frente a la voluntad de un menor. En este supuesto la exigencia típica de la ausencia de válida voluntad por razón de la edad de la víctima, como es propia del abuso sexual, queda absorbida por la más grave del vencimiento de una voluntad contraria mediante su comportamiento amenazante, dotado en el caso concreto y por razón de la edad de la víctima, de suficiente eficacia intimidatoria.

Por ello el delito apreciable no sería el de abuso sexual del art. 181 CP EDL 1995/16398 . sino el de agresión sexual del art. 178 y 179 CP EDL 1995/16398. (STS. 318/2001 de 23.4), criterio reiterado en sentencias 637/2005 de 15.5, monitor de deportes que crea con niños que capta un grupo exotérico de culto al diablo, creando un clima de temor y miedo, que impide a los niños negarse a someterse a sus solicitudes sexuales, 224/2005 de 24.2, amenazar a niña menor de 13 años por su tío con pegarle al hermano de ésta o contar lo que hacia, si no se dejaba tocar en partes íntimas o penetrar analmente, lo que constituye intimidación suficiente para doblegar la voluntad de aquella; y 51/2008 de 6.2, profesor de kárate que hace objeto de tocamientos y penetraciones anales a su alumno y que se inician cuando era menor de 13 años con la advertencia de divulgarlo y exhibir fotografías del menor desnudo.

UNDÉCIMO: Cuestión distinta es, si en el caso examinado esa situación de la menor que constituye ingrediente fáctica para valorar y configurar la intensidad y existencia de la intimidación, puede servir, además, para integrar la agravación del art. 180.3 CP EDL 1995/16398 .

En este sentido el art. 67 CP EDL 1995/16398 . establece la prohibición de doble valoración de las circunstancias típicas en el momento de la individualización de la pena. La razón de este precepto es clara: cuando el legislador ha contemplado en la descripción típica una circunstancia determinada, también ha considerado su concurrencia al fijar la consecuencia jurídica del delito. En este punto la doctrina es prácticamente unánime. De la ratio legis del art. 67 CP EDL 1995/16398 . se deduce rápidamente que la edad de la víctima no es un elemento del tipo penal del art. 179 CP EDL 1995/16398 . En este sentido se debe señalar que, en principio, no es posible considerar que la edad de la víctima sea un elemento típico implícito en la violencia o en la intimidación. Sin embargo, cuando en el caso concreto la edad haya sido un elemento esencial, entre otros, que el tribunal "a quo" ha tenido en cuenta para establecer la intimidación, es preciso admitir que existe una vinculación tan estrecha entre el elemento típico y la circunstancia agravante que la situación es materialmente idéntica y una mera consideración de la edad como circunstancia agravante, vulneraría el principio de la prohibición de doble valoración de las circunstancias (STS. 507/98 de 8.5).

En definitiva, como recuerda la STS. 2012/2002 de 20.12, ciertamente que la edad no es elemento del tipo del art. 178, por lo que no es aplicable al caso el art. 67 CP EDL 1995/16398 . pero ocurre que esa edad que tenían las víctimas constituyó el elemento esencial integrador de las correspondientes intimidaciones. La situación de intimidación creada en cada caso solo fue posible por la edad de las víctimas que se encontraban frente a un hombre adulto, solas con él en el interior de un ascensor. Sin la circunstancia de la edad no le habría sido posible al agresor crear esas situaciones de intimidación.

En el presente caso salvo la edad del menor cuando se iniciaron los hechos que se repitieron durante casi 5 años, esto es próximo a cumplir los 17 años, no existen datos en la sentencia que puedan justificar su especial vulnerabilidad, la relación profesor-alumno ha sido valorada para configurar el tipo agravado del apartado 4 del art. 180.1 CP EDL 1995/16398 . y la edad se ha utilizado para justificar la intimidación por parte del procesado en la advertencia por su parte de divulgar a sus pares y amigos lo sucedido, lo que unido a los gritos y gestos violentos doblegó su voluntad, lo que con casi seguridad no había sucedido de ser la víctima mayor de edad. Por ello si se vuelve a tener en cuenta esas condiciones personales del menor para la aplicación del tipo agravado del art. 180.1.3 se está vulnerando lo dispuesto en el art. 67 CP. EDL 1995/16398 y se está valorando el mismo datos dos veces, con violación del principio "non bis in idem" (STS. 1697/2000 de 9.11). Criterio similar, edad tenida en cuenta para la falta de consentimiento (S. 1357/2005 de 14.11). Víctima que supera escasamente los 13 años, sola y a la que se amenaza con echar a su familia del piso que ocupan: circunstancias tenida en cuenta para apreciar la intimidación (STS. 169/2006 de 8.2). Víctima de 13 años, al que se crea una situación de temor al ser descubierta dentro del colegio en horas no lectivas, es ese el elemento intimidatorio imprescindible para que nos hallamos ante un supuesto de agresión sexual: tipo ordinario (STS. 761/2004 de 17.6).

DUODÉCIMO: Por último y en relación a la prescripción invocada por el acusado en su escrito de impugnación, dado que los hechos empezaron en 1988 y la denuncia no se presentó hasta el año 2005, tal alegación deviene improsperable, al ser doctrina jurisprudencial reiterada (vid. Reciente sentencia 30.9.2008), que en la hipótesis de continuidad delictiva el cómputo del plazo de prescripción no empieza hasta la realización del último acto integrante de esa cadena de actuaciones obedientes al mismo y único plan concebido por el sujeto agente. El punto de partida o días a quo para el cómputo del tiempo de prescripción, aun tratándose de delito continuado empieza cuando se termina la última actuación dolosa enjuiciada. Por consiguiente, el momento inicial no se altera por tratarse de una infracción continuada, pues la última de las actuaciones del acusado será la que cuente conforme preceptúa el art. 132.1 CP. EDL 1995/16398 (SSTS).

Como en el caso presente las agresiones sexuales continuadas perduraron hasta el año 1998 desde esta fecha hasta el año 2005 no había transcurrido el plazo prescriptivo de 15 años señalado en el art. 131.2 CP EDL 1995/16398 .

DECIMOTERCERO: En relación a la adecuada calificación de los hechos sucedidos el 26.1.2005, son constitutivos de un único delito de agresión sexual, arts. 178, 179, 180.1.5 -uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 CP EDL 1995/16398.- en concurso medial con un delito de allanamiento morada del art. 202.1 CP EDL 1995/16398 .

En efecto aún siendo dos las agresiones sexuales (introducción de pene en la boca y penetración vaginal posterior), la STS. 820/2005 de 23.6, se refiere a este supuesto problemático de la dogmática penal que parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica. Será natural o jurídica, dice la STS 18.7.2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe, o desde la propia norma. En

todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutine los diversos actos realizados.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio.

Así la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que existe unidad natural de acción (SSTS. 15.2.97, 19.6.99, 7.5.99, 4.4.2000)"cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha".

En esta dirección la doctrina considera que denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En opinión de la Sala sería posible mantener un criterio similar que responda más correctamente a la denominación ya empleada por la doctrina en relación con los casos en que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, de unidad normativa de acción.

En relación a los delitos contra la libertad sexual, una reiterada doctrina jurisprudencial (SS. 21.5.2001, 26.4.96, 22.9.95, mantiene que procede apreciar la existencia de "una sola acción punible" en los casos de iteración inmediata del acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por parte de un solo sujeto activo, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, lo cual no supone la aplicación a dichos hechos de la continuidad delictiva sino, precisamente el extraerlos de la misma en atención a que ésta supone una pluralidad de acciones delictivas, lo que no sucede en los supuestos contemplados en las referidas sentencias ni en el que ahora examinamos en el que el sujeto activo, con intermediación temporal, realizó sobre la misma víctima una penetración bucal y vaginal, existiendo una unidad de hecho compatible con su fragmentación en variedad de actos utilizando la misma violencia e intimidación y con una única situación motivacional del autor, lo que permite afirmar una unidad típica (S 14-5-99).

Efectivamente, esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que en caso de múltiples penetraciones y agresiones sexuales de menor grado, cuando el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal por ser todo ello realizado en el seno de una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay una pluralidad de acciones, sino una sola, según el concepto de la unidad material de acción que ahora prevalece en la doctrina, por lo que no cabe hablar cuando se dan tales presupuestos ni de pluralidad de delitos, ni tampoco de delito continuado, sino de un solo delito que absorbe o consume en tal caso la infracción penal más grave a la más leve. (S. 19-6-99). En definitiva, es la unidad típica y no la continuidad delictiva, la determinante de la calificación de los hechos.

Criterio éste que recuerda la STS. 1560/2002 de 24.8, en el sentido de considerar un delito unitario y no continuado en los supuestos de varias penetraciones por la misma o diferentes vías anatómicas cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose las acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal, sin que exista prácticamente solución de continuidad entre unas y otras, correspondiendo el conjunto de éstas a un dolo unitario, no renovado, que abarca una misma situación, y no diversas ocasiones idénticas que caracteriza la continuidad, entendiéndose que en dichas circunstancias no hay una pluralidad de acciones, sino una sola desarrollada de modo progresivo según el concepto de unidad natural de la acción. Ocurre algo semejante a lo que se produce cuando en unas injurias hay diversidad de expresiones injuriosas, o en unas lesiones que no dependan del número de golpes que se repiten incluso contra diversas partes del cuerpo o un hurto o robo con sustracción de objetos distintos. En estos casos, cabe graduar la pena en más o menos según la gravedad objetiva del hecho dentro de las facultades que el Legislador confiere al Juzgado o Tribunal, pero no puede hablarse de la existencia de varios delitos.

Finalmente la STS 504/2004 de 23.4, precisa que los supuestos de penetraciones que son consideradas como un solo delito sobre una traslación del concepto normativo de acción y no del concepto de unidad natural de acción, (pues en ese caso, habría dos acciones naturales, y no una jurídicamente reprochable), apreciándose no delito continuado, sino unidad material de acción.

DECIMOCUARTO: Aplicando la doctrina expuesta al caso sometido a nuestra consideración, del relato fáctico se desprende que el acusado "colocó la navaja en el costado derecho de Estíbaliz, la agarró con la otra mano del cuello y la instó a que se bajase los pantalones, momento en que se sacó el pene y se lo introdujo en la boca, poniéndole la navaja a la altura del esternón a la vez que le decía que no gritara, después la tumbó en la cama, le bajó el pantalón, la colocó bocabajo, rompiéndole las bragas con la referida navaja, y la penetró vaginalmente, eyaculando en su interior...".

De estos términos, debe entenderse que la agresión sexual no tuvo una duración excesiva, que no se produjo sino una eyaculación y por ende fue fruto de una sola manifestación pasional, sin solución de continuidad. Con todo ello, habida cuenta de la intervención de un solo sujeto activo y pasivo, y actuación bajo la misma situación de violencia en el uso de la navaja, entiende esta Sala que nos encontramos ante una unidad natural de acción, y por tanto, solo se ha cometido un delito para cuya ejecución la Ley prevé distintos medios comisivos alternativos (STS. 949/2001 de 17.5).

DECIMOQUINTO: Igualmente la actuación del acusado forzando la cerradura de la puerta que estaba cerrada solo con el pestillo y penetrando en el domicilio donde se había independizado su sobrina.... Con animo de atentar contra la libertad sexual de ésta. Es subsumible en el delito de allanamiento morada del art. 202.1 CP. EDL 1995/16398 -calificación jurídica recogida en el Fundamento Jurídico segundo sentencia impugnada-, que conforme hemos declarado en la STS. 1424/2005 de 5.12, no puede entenderse absorbido por el delito de agresión sexual.

Así debemos recordar como señala la STC. 221/97 de 4.12, que el principio "non bis in idem" si bien no aparece expresamente reconocido en el texto constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1 en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal con el que guarda íntima relación (SSTC. 2/81, 154/90 y 204/96 entre otras). Tal principio, evidentemente intocable en

el supuesto de una duplicidad de acciones penales, es decir, cuando un mismo delito fuera objeto de sentencias condenatorias distintas (STC. 66/81), supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del "ius puniendi" del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas.

En lo que concierne a la esfera jurídico-penal el principio "non bis in idem" aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Pues bien, hemos de afirmar que si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habría de reputarse contraria al art. 25.1 CE EDL 1978/3879, sin que la observancia de este mandato constitucional pueda quedar eliminada o paliada por la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena penal. Siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta inculpada, la duplicidad de penas, y un resultado constitucionalmente proscrito y ello con independencia de que el origen de tal indeseado efecto sea de carácter sustantivo o bien se asiente en consideraciones de naturaleza procesal".

En este sentido la STS. 458/2003 de 31.3 reitera que "cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP EDL 1995/16398, concretamente por la regla 3ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume o otro más simple...". Pero la consunción de una norma solo puede admitirse cuando "ninguna parte injusta del hecho" queda sin respuesta penal, debiendo accederse en otro caso al concurso de delitos.

Pues bien, en modo alguno puede entenderse por la teoría de la consunción que el delito de allanamiento de morada por el que fue condenado el acusado fue absorbido por el delito de agresión sexual, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico de una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en los que el hecho es subsumible en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituya parte integrante del previsto por otra, y si se admitiera la aplicación del principio de consunción no se produciría la integra desvalorización del hecho, si se penara solo la agresión sexual y no el allanamiento de morada, quedaría impune una parte injusta del hecho.

La jurisprudencia ha extendido el supuesto concursal a la agresión sexual y allanamiento de morada en sentencias 18.5.90 y 7.2.87, precisando esta última que "cuando un solo comportamiento, es susceptible de incardinación o subsunción en distintos preceptos penales que se excluyen entre sí caso de ser compatibles su aplicación, se produciría una hipótesis de concurso ideal de delitos, en su modalidad pluriofensiva-, se produce un concurso de leyes o conflicto aparente de las mismas, el cual se resuelve o dirime, bien por el criterio de la especialidad -"lex specialis derogat legi generali"-, bien por el de la gravedad o subsidiariedad -"lex primaria derogat lex subsidiaria"-, del cual hay manifestaciones múltiples a lo largo del Código Penal EDL 1995/16398 y una plasmación general en el artículo 68 de dicho cuerpo legal, (actual art.8 bien por el de la absorción o consunción -"lex consumens derogat legi compunctae"-, bien finalmente, por el de la alternatividad; pero si se trata de dos conductas distintas y no de una sola, puede ocurrir que, las mismas, no se hallen interrelacionadas sino que hayan nacido autónomamente o con independencia, en cuyo caso, se aplicarán las normas reguladoras del concurso real de delitos contenidas en los artículos 69 y 70 del Código Penal EDL 1995/16398, (actuales arts. 73 y 75), o que exista una relación de medio a fin, entre una y otra, en cuyo supuesto habrá un concurso ideal de delitos en su modalidad medial, instrumental o teleológica, prevista en el artículo 71 del referido Código Penal EDL 1995/16398 (actual art. 77), la cual determinará la punición de la infracción de mayor gravedad en su grado máximo y hasta el límite que el dicho precepto establece, y si, ello, perjudica al reo o reos, se punirán, las infracciones, con independencia".

Pues bien, en el caso analizado se perpetraron un delito de allanamiento de morada y otro de agresión sexual, de los cuales el primero, era necesario para cometer la agresión sexual, constituyendo medio para llevar a efecto la violencia que forma el complejo delictivo descrito en los arts. 178 y 179 CP EDL 1995/16398. junto con el acceso carnal, ello implicaría, en el mejor de los casos para el recurrente, el no entender concurrente ninguna hipótesis de concurso de Leyes y si de una modalidad de concurso ideal de delitos -en su versión medial- penando separadamente los hechos punibles referidos, por cuanto sería la solución más favorable para el reo, tal como ha hecho la sentencia de instancia, si bien por las normas del concurso real.

DECIMOSEXTO: Estimándose el recurso de Estíbaliz, las costas se declaran de oficio y desestimándose el interpuesto por Miguel, se le imponen las costas del recurso, art. 901 LECrim EDL 1882/1 .

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Estíbaliz, contra sentencia de 10 de septiembre de 2007, en causa seguida contra Miguel por delitos de agresión sexuales, amenazas y allanamiento morada, y en su virtud, CASAMOS Y ANULAMOS referida resolución dictando a continuación nueva sentencia más conforme a derecho, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Y debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Miguel, contra la misma sentencia, condenándole al pago de las costas de su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Giménez García D. Julián Sánchez Melgar D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Enrique Bacigalupo Zapater

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de noviembre de dos mil ocho.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Málaga, con el número 3 de 2006, y seguida ante la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 3ª, por delitos de agresión sexual, amenazas y allanamiento de morada contra Miguel, natural y vecino de Alora (Málaga), nacido el día 15 de septiembre de 1.970, hijo de Carlos Miguel y de María, con DNI. núm.004, de solvencia no acreditada, sin antecedentes penales y en prisión provisional por esta causa desde el día 28 de abril de 2.005; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

primero.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluyendo los hechos probados.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En orden a la necesaria individualización de las penas a imponer, los ataques a la indemnidad y libertad sexual acaecidos entre 1988 y 1998 constitutivos de un delito continuado de agresión sexual de los arts. 178 y 179, redacción anterior LO. 11/99 EDL 1999/61201 , estarán castigados con una penalidad entre 9 y 12 años prisión (mitad superior por disposición del art. 74.1 CP EDL 1995/16398 .) y dentro de este marco punitivo, valorando la gravedad de los hechos y la multiplicidad y reiteración de las agresiones sexuales durante tan dilatado lapso temporal, la pena a imponer que se considera adecuada es la de 10 años y 6 meses (mitad superior de la pena resultante).

La agresión sexual, de enero 2005, es constitutiva de un delito de los arts. 178, 179 y 180.1.5 CP EDL 1995/16398. con una penalidad entre 12 y 15 años prisión, en concurso medial con el delito de allanamiento de morada del art. 201.1 CP EDL 1995/16398 ., con una pena entre 6 meses y 2 años prisión. Conforme al art. 77.2 CP EDL 1995/16398 . la pena a imponer ha de ser la prevista para la infracción más grave en su mitad superior -trece años y 6 meses a quince años), sin que pueda exceder de la que represente la suma de los que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones, disponiendo el apartado 3º que cuando la pena computada exceda de ese limite, se sancionarían las infracciones por separado.

En el caso presente hemos de partir de que la compensación a que se refiere este número 3 ha de hacerse en el caso concreto y no en abstracto (STS. 22.5.93, 4.10.94, 4.4.95). Por ello teniendo en cuenta la gravedad de la agresión sexual expresada en una doble penetración -por vía bucal y vía vaginal- que aunque constituya un supuesto de unidad natural de acción implica un mayor desvalor, lo que implicaría que en la punición por separado, el delito de agresión sexual -que es la infracción más grave- nunca lo sería en su mitad inferior, la Sala considera aplicable el apartado 2 e imponer una pena única de 13 años, 6 meses y 1 día, correspondiente a la mitad superior del delito más grave.

En cuanto al delito continuado de amenazas, arts. 169.2 y 74.1 CP EDL 1995/16398. al no haber sido cuestionada la pena impuesta, 2 años prisión debe permanecer inalterable.

### FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 10 de septiembre de 2007, declaramos condenar al acusado Miguel como autor de los siguientes delitos:

- Un delito continuado de agresión sexual a la pena de 10 años y 6 meses prisión.
- Un delito de agresión sexual en concurso medial con un delito de allanamiento de morada a la pena de 13 años, 6 meses y 1 día prisión.
- Un delito continuado de amenazas a la pena de 2 años prisión.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Giménez García D. Julián Sánchez Melgar D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Enrique Bacigalupo Zapater

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012008100680