

EDJ 2000/7045

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 4-4-2000, nº 553/2000, rec. 549/1999

Pte: Saavedra Ruiz, Juan

Resumen

El TS desestima el rec. de casación interpuesto por el condenado en la instancia como autor responsable de un delito de robo en grado de tentativa, dos faltas de lesiones y un delito continuado de agresión sexual. La convicción de la Sala se basa en la declaración única de la víctima realizada con las necesarias garantías procesales en el acto del juicio oral, a lo que podrá añadirse, para mayor seguridad en la valoración judicial de éste testimonio, la existencia de datos periféricos corroboradores de lo que la víctima afirme, así como la consideración de la firmeza y persistencia del testimonio que la víctima ofrece.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.74 , art.178 , art.179

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.18.2 , art.24.1 , art.24.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN

CUESTIONES GENERALES

Conceptuación general

FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN

Grados de ejecución

Consumación

Delito continuado

PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Partícipes

Autor

PROCESO PENAL

Prueba

Declaraciones de la víctima

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.74, art.178, art.179 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.18.2, art.24.1, art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.5.4, art.11 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.120.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.369, art.569, art.656, art.741, art.849.1, art.849.2, art.874, art.884.4, art.901.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Cita STS Sala 2ª de 15 febrero 1997 (J1997/653)

Cita STS Sala 2ª de 3 octubre 1996 (J1996/8123)

En la Villa de Madrid, a cuatro de Abril de dos mil.

En el recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Roberto, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, (rollo de Sala 1/98) que condenó al acusado por un delito de robo en grado de tentativa, dos faltas de lesiones y un delito continuado de agresión sexual; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se han constituido para la Votación y Fallo, bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representado el recurrente por la Procuradora D^a Sandra Osorio Alonso, y siendo parte como recurrido Rafael representado por el Procurador D. Pedro Alarcón Rosales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 10 de los de Zaragoza, instruyó Sumario núm. 7/97, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, que con fecha once de enero de mil novecientos noventa y ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "Hechos Probados:

A) Rafael y Víctor volvían a sus domicilios, sitos en el Barrio de Torrero, sobre las tres horas del día catorce de diciembre de mil novecientos noventa y siete, por el Parque "P." de Zaragoza, cuando les abordó el procesado Roberto, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien, tras tener unas palabras con ellos, les exigió que le entregaran todo el dinero que llevaban.

B) Al contestarle aquéllos que no portaban metálico, el procesado sacó una linterna dando un fuerte golpe en la cara con la misma a Víctor quien resultó con contusiones en la mandíbula y en cervical y que precisaron primera asistencia, tardando diez días en curar sin impedimento.

C) Lo anterior motivó que salieran huyendo en distintas direcciones, persiguiendo el procesado a Rafael, alcanzándole poco después y tras amenazarle diciendo que "tengo ganas de matar a uno de Torrero y tirarlo al canal, porque sé donde vives", le dio seguidamente un fuerte golpe en la cara con la linterna que portaba, causándole traumatismo craneoencefálico. Lo que fue visto por Víctor hasta que lo perdió de vista al ser llevado hasta la altura de El Canal.

D) Ante ello, Rafael salió corriendo, siendo perseguido por el procesado, quien consiguió alcanzarlo a la altura de la Parroquia "S", sita en el Paseo C., y tras lanzarle un nuevo golpe con la linterna, que esquivó, le cogió del cuello llevándolo a la fuerza hasta el Canal imperial, donde en una zona de obras existentes en aquel lugar, se bajó los pantalones y sacando su miembro viril le dijo que se la chupara, a lo que se negó Rafael, ante lo cual el procesado le amenazó con clavarle una navaja a la vez que se echaba mano a un bolsillo del pantalón, por lo que obedeció la orden y le practicó la felación. Seguidamente el procesado lo cogió del cuello y, amenazándole con clavarle la navaja, lo hizo ir corriendo hasta la parte trasera de la Piscina "L.", sita en el parque "E", donde le dio otro golpe con la linterna en la boca, obligándole a bajarse los pantalones penetrándole con su pene por el ano. A continuación le obligó a tumbarse en el suelo y masturbarlo, volviéndolo a golpear con los puños en la cara y patadas en el estómago, intimidándole con exigencias de dinero y con que "lo abriría en canal" si contaba lo ocurrido.- Los lugares a que se alude están muy próximos entre sí.- Como consecuencia de los hechos descritos en los apartados D y C Rafael sufrió traumatismo craneoencefálico, contusiones labiales, lesiones eritematosas en gluteos con eritemas y erosivas en rodillas, que precisaron cinco días de estabilización lesional, padeciendo un estado de estrés postraumático de carácter moderado, habiendo recibido tratamiento psiquiátrico tres meses desde la fecha de los hechos, viéndose afectado su rendimiento escolar. Víctor padeció un estado de estrés postraumático de carácter leve como consecuencia de los hechos".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallo: Condenamos a Roberto como autor responsable de un delito de robo en grado de tentativa, dos faltas de lesiones y un delito continuado de agresión sexual, sin la concurrencia de circunstancias, a las penas de un año de prisión por el primero, a una multa de un mes con una cuota diaria de 1.000 pesetas por cada una de las dos faltas a nueve años y un día de prisión por el último delito, a las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular, así como a que abone a Víctor en 50.000 pesetas por lesiones y 100.000 por secuelas, y a Rafael 25.000 pesetas por lesiones y 250.000 por secuelas, como indemnización de perjuicios.- Le absolvemos de la falta de malos tratos de que le acusa la acusación particular, con declaración de oficio de las costas que a la misma corresponden.- Declaramos la insolvencia de dicho acusado, aprobando el auto que a este fin dictó y consulta el Sr. Juez Instructor.- Y para el cumplimiento de la pena principal que se impone le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por razón de esta causa".

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

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Roberto, formalizó su recurso, alegando los siguientes motivos:

"Primero.- Se denuncia infracción de principio constitucional en base al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879, regulador del principio de presunción de inocencia.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1, por aplicación indebida del artículo 74 del Código Penal EDL 1995/16398 en relación a los artículos 178 y 179 del mismo Texto legal EDL 1995/16398".

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 23 de marzo de 2000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de casación se articula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim EDL 1882/1 en relación con el artículo 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 , por violación del derecho a la presunción de inocencia, que acota el recurrente a la condena por los delitos contra la libertad sexual, artículos 178 y 179 C.P. 1995 EDL 1995/16398.

Ante todo debemos señalar que en el desarrollo del motivo se aducen a modo de ocho submotivos, mezclando denuncias por vulneración de preceptos constitucionales y de legalidad ordinaria, constituyendo formalmente transgresión de lo preceptuado en orden a la correcta interposición del recurso de casación, artículo 874 LECrim EDL 1882/1 , que incluso podría dar lugar a la inadmisibilidad del mismo conforme al apartado cuarto del artículo 884, también LECrim EDL 1882/1 .

Si el título general de la impugnación se refiere, y así se consigna expresamente por el recurrente, a la inexistencia de la "enervación de la presunción de inocencia en relación a los delitos de los artículos 178 y 179 EDL 1995/16398", ya mencionados, el motivo deviene ya improsperable si tenemos en cuenta las pruebas producidas en el plenario y ello en relación con la motivación y argumentos expuestos por la Sala Sentenciadora acerca de los medios tenidos en cuenta para entender desvirtuado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 C.E. EDL 1978/3879 y, consecuentemente, la base probatoria de cargo tenida en cuenta para dictar la sentencia condenatoria.

Se explica que la convicción de la Sala se basa "en la declaración única de la víctima realizada con las necesarias garantías procesales en el acto del juicio oral, a lo que podrá añadirse, para mayor seguridad en la valoración judicial de ese testimonio, la existencia de datos periféricos corroboradores de lo que la víctima afirme, así como la consideración de la firmeza y persistencia del testimonio que la víctima ofrece", refiriéndose concretamente a los partes médicos unidos a las actuaciones, "que confirman la violencia que dijo haber sufrido durante la realización de los hechos", y la declaración de un testigo "que oyó las exigencias de masturbación (a través de la conexión con el teléfono móvil de Rafael desde el teléfono fijo del domicilio de la testigo, madre de Víctor), amenazas para conseguirlo, y la voz de Rafael que se oponía a ello.....". Ello constituye elenco suficiente incriminatorio producido con regularidad en el acto del juicio oral, medios específicamente reseñados por la Sala como fundamento de la condena, por sí solos directos y bastantes para desvirtuar la presunción cuya conculcación se denuncia.

SEGUNDO.- A más de ello, con independencia del confuso desarrollo del motivo, debemos señalar:

a) Por lo que hace a la falta de prueba sobre la penetración como elemento integrante del tipo del artículo 179 C.P. EDL 1995/16398 , con cita de los informes médicos unidos a los folios 70, 88, 6 y 105 (este último correspondiente al acta del juicio oral), el cauce adecuado para combatir los errores de hecho es el del artículo 849.2 LECrim EDL 1882/1 , que excepcionalmente autoriza la demostración del error mediante el dictamen pericial no contradicho, uniforme y concluyente sobre el hecho de que se trate, que no se ha seguido en este caso, lo que determina desde luego la desestimación de este a modo de submotivo aducido por el recurrente. En cualquier caso tampoco es posible deducir de dichos informes, el acta del juicio oral no podría ser considerada a estos efectos, la falta de penetración que se alega como consecuencia de la inexistencia de desgarros en el ofendido, lo cual no se sigue necesariamente a la penetración, cuando en el parte inicial del médico forense (folio 70) ya se constatan "lesiones eritematosas en glúteos con eritemas", además de otras reveladoras igualmente de la violencia ejercida;

b) la confusa relación sigue denunciando infracción del artículo 656 LECrim EDL 1882/1 productora de los efectos establecidos en el artículo 11 LOPJ EDL 1985/8754 , en cuanto declara la falta de efecto de las pruebas obtenidas violentando los derechos o libertades fundamentales, evidente desmesura si tenemos en cuenta que lo que se argumenta es haberse incumplido el último inciso del artículo mencionado en primer lugar, relativo a la manifestación de la parte proponente de la prueba testifical o pericial acerca de la citación judicial de peritos o testigos o si se encarga aquélla de hacerles concurrir, lo que es inane a los efectos pretendidos por cuanto presentes en el plenario los testigos y peritos se salva cualquier irregularidad procesal al respecto;

c) en cuanto a la diligencia de entrada de registro practicada, se alega la infracción del artículo 569 LECrim EDL 1882/1 por cuanto el acusado, que estaba ya detenido, no concurrió a la misma. Debemos partir del hecho de que la titularidad del domicilio correspondía a la madre de aquél y que por ello, estando presente la misma, no concurre vulneración del artículo 18.2 C.E. EDL 1978/3879 . Cuestión distinta es la presencia del detenido en la diligencia, que tiene como finalidad preservar el derecho de defensa del mismo que proclama el artículo 24.1 C.E. EDL 1978/3879 . Es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que dicha ausencia puede determinar la nulidad del registro (S.T.S. 3/10/96 EDJ 1996/8123 , "ad exemplum"), siempre y cuando la indefensión sea material y positiva. Ahora bien, la infracción del artículo 569 LECrim EDL 1882/1 constituye una mera irregularidad procesal, sin afectar a derechos fundamentales, cuando los hechos a acreditar o los vestigios o datos descubiertos en el registro, puedan ser justificados mediante la aportación de otros medios probatorios, y en el presente caso, como hemos señalado anteriormente, la Sala ha basado su convicción en otras pruebas distintas al hallazgo y ocupación de las prendas de vestir del recurrente en el domicilio cuya titularidad correspondía a su madre. Argumentación que debe extenderse también a la denunciada falta de motivación suficiente del Auto del Juzgado que autoriza la diligencia de entrada y registro unido a los folios 42 y siguientes. La intervención judicial como garantía del derecho fundamental del artículo 18.2 EDL 1978/3879 debe manifestarse mediante la oportuna resolución motivada, consecuencia también del mandato contenido ex artículo 120.3 C.E. EDL 1978/3879 , permitiéndose incluso integrar el fundamento mediante las razones argüidas por la policía judicial en petición del mismo. En el presente caso se aduce la falta de solicitud escrita. Sin embargo, olvida el recurrente que la diligencia se practica una vez que ha sido puesto a disposición del Juzgado de Instrucción el detenido, habiéndose dictado ya auto de prisión sin fianza, conforme al orden de las actuaciones sumariales (folios 39 y siguientes), y en este sentido el auto de prisión constituye también antecedente integrador del dictado a continuación relativo a la práctica de la diligencia cuestionada, y así se deduce la presunta existencia

de los delitos imputados y su gravedad, juicio de proporcionalidad, que justifican la diligencia que por acordarse en dicho estado procesal hace ociosa incluso la previa petición policial;

d) en relación a la cuestionada validez del reconocimiento fotográfico del imputado debemos señalar que, hecho el mismo en sede policial, su naturaleza es la de constituir meros actos previos de investigación o identificación, sin que por ello pueda deducirse la violación que se pretende, y en cuanto a los reconocimientos en rueda practicados ya durante la instrucción del sumario (folios 54 y 59), del examen de las actas, que reflejan la regularidad procesal de la diligencia, no puede deducirse infracción alguna del artículo 369 LECrim EDL 1882/1 ;

e) el presente argumento y el siguiente, bajo el apartado f) del motivo primero, tienen por objeto discrepar de la valoración hecha por el Tribunal de lo manifestado por los testigos de cargo mencionados, lo que por sí sólo es causa suficiente para su desestimación. La testigo declarante refiere lo que oyó a través de la comunicación abierta entre su teléfono fijo y el móvil que portaba el ofendido y sólo al Tribunal de instancia corresponde ex artículo 741 LECrim EDL 1882/1 valorar el grado de credibilidad y convicción de dicho testimonio, sin que de los documentos mencionados se deduzca tampoco la imposibilidad de la existencia de la comunicación en sí misma, aduciendo la Sala argumentación plausible al efecto (Fundamento de Derecho Primero "in fine");

f) en cuanto a la prueba documental dada por reproducida en el acta del juicio oral (folio 111), y en este sentido su introducción regular como medio de prueba en el juicio oral exige la lectura de la misma al objeto de preservar los derechos de defensa y contradicción, no está en cuestión medio documental concreto alguno tenido en cuenta por la Sala, que no sean otros que los partes médicos referidos al principio y en los que apoya el recurrente parte de su argumentación, por lo que carece de eficacia dicha denuncia; y g) tampoco es admisible la impugnación que se hace de la valoración hecha por el Tribunal de lo declarado por los testigos de descargo, percepción directa sometida al principio de inmediación, que corresponde ex artículo 741 EDL 1882/1 al Tribunal "a quo", no siendo posible revisar dicha valoración en este trance casacional.

Por todo ello el primero de los motivos deviene improsperable en su totalidad.

TERCERO.- El segundo de los motivos, por la vía del artículo 849.1 LECrim EDL 1882/1 , aduce indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal EDL 1995/16398 en relación con los artículos 178 y 179 del mismo Texto EDL 1995/16398.

El hoy recurrente es condenado, entre otros, como autor de un delito continuado de agresión sexual integrado, a su vez, por dos delitos de agresión sexual del artículo 179 EDL 1995/16398 y uno del artículo 178 C.P. 1995 EDL 1995/16398 (Fundamento de Derecho Cuarto).

La vía casacional elegida exige el escrupuloso respeto de los hechos probados. En el apartado D) se describen las tres acciones realizadas por el procesado, ciertamente en un breve lapso espacio-temporal, pero suficientemente independientes y autónomas para entender la existencia de tres agresiones a la libertad sexual del ofendido y no una pluralidad de acciones constitutivas de un solo atentado contra la misma (unidad de hecho), es decir, la concurrencia de un dolo unitario integrado por varios hechos naturales, que deben valorarse como uno sólo, como pretende el hoy recurrente. Ello no es sólo consecuencia de la imputación de dos tipos diferentes, los del artículo 179 EDL 1995/16398 y del artículo 178 EDL 1995/16398 ya referidos, sino de la propia valoración jurídica de lo sucedido. En primer lugar, el ofendido es llevado mediante violencia a "una zona de obras existentes en aquél lugar", y, ante la amenaza de clavarle una navaja, aquél es obligado a practicar una felación al hoy recurrente. En segundo lugar, con igual amenaza, le hizo correr "hasta la parte trasera de la piscina Las Palmeras", donde, después de golpearle, le obligó "a bajarse los pantalones penetrándole con su pene por el ano". En tercer lugar, "a continuación le obligó a tumbarse en el suelo y a masturbarlo, volviéndolo a golpear con los puños en la cara y patadas en el estómago, intimidándole con exigencias de dinero y con que "lo abriría en canal" si contaba lo ocurrido".

Esta Sala (S.T.S. de 15/2/97 EDJ 1997/653) ha apreciado la unidad natural de acción "cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha", es decir, cuando se dan dos o más penetraciones en la misma situación y contexto. Sin embargo, lo descrito más arriba no es equiparable a este supuesto si tenemos en cuenta no sólo la ruptura de la acción natural, sino la vulneración, ciertamente repetida, pero también distinta, del bien jurídico protegido mediante la ejecución de acciones determinadas por un dolo similar pero reproducido en cada uno de los casos. Por ello su calificación responde a las exigencias del delito continuado, acciones sucesivas que integran un tipo independiente cada una enlazadas por el nexo propio de la continuidad.

Por todo ello este motivo debe ser también desestimado.

CUARTO.- Ex artículo 901.2 LECrim EDL 1882/1 las costas del recurso deben ser impuestas al recurrente.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional formulado por el procesado Roberto frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, en fecha 11/1/98 en causa seguida al mismo por delitos de agresión sexual, robo y lesiones, imponiendo a dicho recurrente las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Antonio Martín Pallín.- Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Juan Saavedra Ruiz.- Eduardo Móner Muñoz.

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