

## EDJ 2006/353265

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 20-12-2006, nº 1255/2006, rec. 10683/2006

Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto

### Resumen

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por el acusado, la Sala acoge el formulado por el Ministerio Fiscal, ambos contra sentencia dictada en causa seguida al primero por delito continuado de agresión sexual. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la continuidad delictiva que había sido declarada, pues no se da una pluralidad de acciones contra la libertad sexual dentro de un mismo espacio temporal, sino que fueron dos, plenamente individualizadas, producidas a distancia de más de dos meses una de la otra.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.74.1 , art.74.3 , art.181.3

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.24

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO  
FUNDAMENTOS DE DERECHO  
FALLO  
SEGUNDA SENTENCIA

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN

MENOR DE 12 AÑOS

FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN

Pluralidad de delitos

Delito continuado

PENALIDAD

En general

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

Prueba

Declaraciones de la víctima

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Presunción de inocencia

Facultades judiciales

Valoración de la prueba

PROCESO PENAL

PRUEBA

Medios

Prueba de peritos

Prueba de ADN

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusación particular, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Acusado

Procedimiento: Recurso de casación

[Legislación](#)

Aplica art.74.1, art.74.3, art.181.3 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
Aplica art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita art.74, art.179, art.180.1, art.181 de 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.849.1, art.849.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

### Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Madrid de 6 abril 2006 (J2006/92077)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Presunción de inocencia - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STC Sala 2ª de 28 enero 2002 (J2002/3360)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Presunción de inocencia - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 14 febrero 2002 (J2002/1717)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Presunción de inocencia - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 2 febrero 1998 (J1998/641)

### Bibliografía

Citada en "B2011/75602"

En la Villa de Madrid, a veinte de diciembre de dos mil seis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de fecha 6 de abril de 2006. Han intervenido como recurrentes el Ministerio Fiscal y Alfonso, representado por el Procurador Sr. Moreno Rodríguez y parte recurrida Leonor, en representación de su hija menor Erica, representada por la Procuradora Sra. Garcia Moneva. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 9 de Madrid instruyó sumario 15/05, por delito continuado de agresión sexual a instancia del Ministerio Fiscal y de la acusación particular ejercida por Leonor, en representación de su hija menor Erica contra el acusado Alfonso, y, concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial cuya Sección Primera dictó sentencia en fecha 6 de abril de 2006 EDJ 2006/92077 con los siguientes hechos probados:

"El procesado Alfonso, de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad y sin antecedentes penales, convivía sentimentalmente desde el año 1997 con Leonor, en el domicilio sito en el piso núm. 000 de la CALLE000 núm. 001 de Madrid, en el que también residía la menor Erica, nacida el 4 de febrero de 1992 de la unión de Leonor con una tercera persona, aunque era el procesado quien venía ejerciendo de padre desde que la menor contaba con cuatro años.

En fecha no determinada del mes de enero del año 2005, cuando la menor, siguiendo las instrucciones de su madre, fue a avisar al procesado Alfonso para que se levantara de la cama, éste, con la intención de satisfacer sus deseos sexuales y aprovechando que su compañera sentimental y madre de la menor se había ausentado del domicilio para acudir a su puesto de trabajo, agarró fuertemente de las manos a Erica, le tiró contra la cama y le bajo los pantalones penetrándola vaginalmente y eyaculando en su interior, mientras ella le propinaba en todo momento numerosas patadas y un mordisco en el brazo con la pretensión de soltarse.

Dos meses después, y en fecha no determinada del mes de marzo de 2005, aprovechando idéntica ocasión en que Leonor se había ausentado del domicilio familiar, el procesado se dirigió hacia la menor Erica cuando esta veía la televisión en el salón de la vivienda, y tras sujetarla fuertemente de las manos y llevando a cabo la misma actuación anteriormente descrita, le volvió a penetrar vaginalmente y a eyacular en su interior.

A consecuencia de la primera penetración vaginal sufrida por la menor, está quedó embarazada del procesado, siéndole practicado aborto terapéutico a las 23 semanas de gestación cuando su madre tuvo conocimiento de los hechos y presentó la correspondiente denuncia. El análisis comparativo entre el perfil genético obtenido de los restos abortivos extraídos de la menor y de la saliva del procesado arrojó un resultado de paternidad prácticamente probada de éste último respecto del feto que gestaba la menor, equivalente a un porcentaje del 99,9998419 %.

En la actualidad, y como consecuencia de los hechos la menor sigue precisando de tratamiento psicológico."

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

"Que debemos condenar y condenamos al procesado Alfonso como autor responsable de un delito continuado de agresión sexual previamente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de quince años de prisión, inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a la víctima en un radio de 1000 metros o comunicarse con ella durante el tiempo de diez años contados a partir del momento en que el procesado pudiera haber obtenido la libertad por gozar de permisos penitenciarios, o haber salido de la prisión por cualquier otro motivo o por el cumplimiento definitivo de la condena. En los primeros supuestos el cumplimiento de la pena accesoria quedará interrumpida

cuando el procesado retorne al centro penitenciario donde cumpla condena. Se le condena al pago de las costas con inclusión de las de la acusación particular.

El acusado indemnizará a Leonor en su condición de representante legal de la menor Erica en la cantidad de 18000 euros por los daños morales sufridos por estos hechos y en la cantidad que pudiera determinarse en ejecución de sentencia que, en su caso, hubiera abonado la madre por el aborto terapéutico practicado a su hija, por el tratamiento psicológico que hasta el momento ha recibido y por el que pudiera seguir precisando como consecuencia de estos hechos con el límite de 300.000 euros que constituyen la petición global de la acusación particular."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal y por el condenado, 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 el recurso.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en un único motivo: infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se alega la aplicación indebida del artículo 74, apartados 1 y 3 del Código Penal EDL 1995/16398.

La representación del acusado basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero. Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , al entenderse vulnerado el artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 Española en su vertiente de la presunción de inocencia de su mandante respecto de la supuesta agresión sexual de uno de los dos delitos por el que se le condena.

Segundo. Infracción de Ley al amparo del art. 849, 1º de la LECrim EDL 1882/1 , por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido que deban ser observadas en aplicación de la Ley Penal, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia.

Tercero. Infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la L.E.Crim. EDL 1882/1 , por haber existido error en la apreciación de la prueba que lleva a la sala a la vulneración del principio "in dubio pro reo" en relación con la supuesta comisión de uno de los dos delitos de agresión sexual por el que se le condena.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 13 de diciembre de 2006.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el cauce del art. 5,4 LOPJ EDL 1985/8754 , se ha denunciado vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del art. 24 CE EDL 1978/3879 , por falta de prueba de cargo en lo que se refiere a la atribución de uno de los delitos por los que se ha condenado al recurrente. El argumento es que la narración de lo sucedido que hizo la menor afectada no resulta convincente: porque siempre refiere la misma secuencia de hechos; por haber respondido afirmativamente a la pregunta acerca de si el acusado eyaculó dentro; y porque no se hace mención a la presencia de la hermana en otro cuarto de la casa. Y la conclusión, a juicio del impugnante es que no existe acreditación probatoria de la concurrencia de la intimidación.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que es la obtenida en el juicio (salvo las excepciones constitucionalmente admitidas), que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002, de 28 de enero EDJ 2002/3360 y STS 213/2002, de 14 de febrero EDJ 2002/1717 ). Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente conocida como indiciaria, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida, según jurisprudencia asimismo muy conocida (por todas, STC de 21 de mayo de 1994 y STS de 2 de febrero de 1998 EDJ 1998/641 ) es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa; y que la inferencia realizada a partir de aquéllos sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

El examen del cuadro probatorio resultante del juicio oral, pone de manifiesto que el inculpado negó haber mantenido alguna relación sexual con la menor. Este actitud procesal, una vez acreditado mediante la prueba de ADN que aquélla resultó embarazada, y precisamente del primero, aun siendo perfectamente legítima en el vigente marco procesal, es al mismo tiempo francamente inatendible. De una parte porque el resultado de tal pericia tiene un margen de error que es inapreciable en términos prácticos; y, de otra, porque el testimonio de la afectada, en sí mismo sumamente elocuente, resulta corroborado por esa determinación.

Estas consideraciones hacen patente que el acusado falseó la realidad de lo sucedido en un aspecto central, y así el tribunal, con todo fundamento, estimó inatendible lo manifestado por él, ya que esa actitud priva de fiabilidad a su manifestación exculpatoria. Cosa bien distinta hay que decir del testimonio de la interesada, que, indudablemente, dijo la verdad al denunciar la primera relación sexual. Y con ello expresó una actitud que -por contraste con la del anterior- abunda eficazmente en la veracidad de sus afirmaciones.

Siendo así, sólo cabe concluir que el tribunal tuvo prueba bastante y bien adquirida y que la valoró con la racionalidad exigible a tenor del estándar jurisprudencial contenido en la jurisprudencia que acaba de citarse.

De este modo, el motivo, dada su inconsistencia y visto que asimismo discurre al margen de la calidad del bagaje probatorio de que ha dispuesto el tribunal, sólo puede desestimarse.

SEGUNDO.- Lo denunciado es infracción de ley, de las del art. 849,1º Lecrim EDL 1882/1 .El argumento es que, de entenderse, como hace la sala, que hubo dos agresiones sexuales, habría que estar también a lo por ella resuelto, en el sentido de que el delito resultante sería continuado. Pero entiende el recurrente que la segunda acción descrita tendría que haber sido calificada de abuso sexual, del art. 181.1,3º Cpenal EDL 1995/16398 , pues el correspondiente acceso -dice- se habría producido a lo sumo con prevalimiento.

El motivo utilizado es de infracción de ley y, por tanto, sólo apto para servir de cauce a objeciones consistentes en posibles defectos de subsunción, esto es, la errónea calificación de los hechos a la luz de un determinado precepto legal.

Pues bien, el primer aspecto del mismo no puede ser considerado, ya que se manifiesta acorde con el sentido del fallo. Aunque, en presencia del recurso del Fiscal, habrá de ser tenido como oposición a que éste sea estimado.

En cuanto a la segunda cuestión, carece en absoluto de viabilidad, pues el supuesto de hecho contemplado por el precepto que se invoca parte de que no exista violencia o intimidación. Y lo que se relata en la sentencia es que, también en el caso del segundo episodio producido, el acusado debió reducir a la menor, sujetándola fuertemente de las manos para realizar el coito. Nada que ver, por tanto, con la previsión del art. 181 Cpenal EDL 1995/16398 , que, desde luego, no ha sido infringido.

TERCERO.- Invocando el art. 849,2º Lecrimse ha objetado error en la apreciación de la prueba, porque -se afirma- la sala habría quebrantado el principio "in dubio pro reo" al mantener la existencia de dos delitos de agresión sexual.

En realidad se trata de una simple reiteración de parte de lo alegado en el primer motivo, pues se vuelve a insistir en la falta de prueba. Una objeción que, según se ha visto, carece de fundamento, de modo que basta con remitirse a lo ya resuelto sobre el particular.

#### Recurso del Ministerio Fiscal

Lo ha formulado con apoyo en el art. 849,1º Lecrim EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 74,1 y 3 Cpenal EDL 1995/16398, al entender que las dos acciones descritas en la sentencia no pueden ser tratadas como delito continuado, según jurisprudencia de esta sala, que cita.

Pues bien, hay que decir que, en efecto, tiene razón y esto con apoyo en ese criterio jurisprudencial y como resulta de la propia jurisprudencia de este tribunal en la materia, en la que ha buscado apoyo la sala de instancia.

En efecto, ésta, invocando la STS de 24 de abril de 2004, parte de la evidencia legal de que la continuación delictiva podría ser apreciada aun tratándose de delitos contra la libertad sexual. Y luego hace hincapié en tres directrices, a las que habría que atenerse en el asunto.

La primera es que, en principio, cada agresión sexual tendría que ser considerada un delito independiente. La segunda, que en los casos de que, siendo varias las acciones de esa clase con la misma víctima, hubieran tenido lugar en el marco de idéntica ocasión, respondiendo al mismo impulso, concurriría la que se ha llamado "unidad natural de acción" y cabría entender producido un único delito, al amparo de la previsión del art. 74 Cpenal EDL 1995/16398 . En fin, también cabría esta opción en presencia de una sucesión de actos de los de referencia, realizados con aprovechamiento de ocasiones similares sobre el mismo sujeto pasivo, si se diera la imposibilidad de concretar los momentos en que aquéllos fueron ejecutados.

Dice la Audiencia, como colofón de las consideraciones jurisprudenciales que sintéticamente acaban de exponerse, que en el caso concurrió el aprovechamiento de idénticas situaciones, y es lo que justificaría la aplicación del precepto que el Fiscal dice infringido.

Pero ese modo de razonar no responde al sentido de los antecedentes en que dice apoyarse. Pues, en efecto, lo acontecido no es una pluralidad de acciones contra la libertad sexual dentro de un mismo espacio temporal, sino que fueron dos, plenamente individualizadas, producidas a distancia de más de dos meses una de la otra. Y tampoco puede hablarse de imposibilidad de concretar las ocasiones, que aparecen perfectamente deslindadas. Por tanto, no se dan los presupuestos de la continuidad delictiva y, tiene razón el Fiscal, la condena debió ser por dos delitos de agresión sexual, y el motivo ha de estimarse.

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Alfonso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 6 de abril de 2006 EDJ 2006/92077 que le condenó como autor de un delito continuado de agresión sexual; condenando al recurrente al pago de las costas causadas en su respectivo recurso.

Estimamos el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 6 de abril de 2006 EDJ 2006/92077 , en causa seguida contra Alfonso por delito continuado de agresión sexual; sentencia que se casa y anula parcialmente para ser sustituida por la que a continuación se dicta; y se declaran de oficio las costas de su respectivo recurso.

Comuníquese la presente resolución, junto con la que a continuación se dicta, a la Audiencia Provincial de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió; interesando acuse de recibo para su archivo en el Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García.- Andres Martínez Arrieta.- Perfecto Agustín Andres Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de diciembre de dos mil seis.

En la causa Rollo de Sala 50/05, dimanante del Sumario núm. 15/05, del Juzgado de Instrucción número 9 de Madrid, seguida contra Alfonso, con NIE núm. 002, nacido en Ecuador el día 13 de octubre de 1970, hijo de Manuel y de Beatriz; la Audiencia Provincial de Madrid dictó la sentencia núm. 149/06, de fecha 6 de abril de 2006, que ha sido casada y anulada parcialmente EDJ 2006/92077 por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, compuesta como se hace constar. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez.

#### ANTECEDENTES

Los de la sentencia de instancia EDJ 2006/92077 .

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, los dos hechos descritos en la de instancia EDJ 2006/92077 son constitutivos de otros tantos delitos de los arts. 179 y 180.1,3º Cpenal EDL 1995/16398.

En consecuencia, la condena deberá imponerse de conformidad con lo previsto en este último precepto, y se hará en el mínimo legal de 12 años de prisión para cada supuesto, al entender que constituye suficiente reproche penal a tenor de las particularidades de la conducta.

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Condenamos a Alfonso como autor penalmente responsable de dos delitos de agresión sexual a la pena de 12 años de prisión por cada uno, manteniéndose el resto del fallo de la sentencia de instancia EDJ 2006/92077 .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García.- Andres Martínez Arrieta.- Perfecto Agustín Andres Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez, 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: 28079120012006101282