

**Resumen**

*No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal, el acusado y la acusación particular contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de agresión sexual. El TS no puede considerar probada la existencia de agresiones sexuales del procesado a su otra hija, por más que una simple deducción lógica pudiera llevar a entender como irrazonable pensar que, teniendo dos hijas gemelas, el procesado limitara sus reprobables actos a una sola de ellas. Pero es obvio que, en materia penal, no cabe hacer suposiciones contra reo; y eso es justo lo que se haría si se le condenara por agresiones a la otra hija, visto que la única prueba directa de dichas agresiones sería la propia declaración de ésta como hipotética víctima -pues su hermana jamás presenció agresión alguna a aquella-, y tal declaración, por la enfermedad mental de la testigo, no ofrece las suficientes garantías de credibilidad.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

- LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
- art.21.6 , art.74 , art.179 , art.180.1 , art.180.3
- CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
- art.117.3
- RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
- art.741

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	5
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	6
FALLO .....	12

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

- AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN
  - EMPLEO DE FUERZA O INTIMIDACIÓN
    - Apreciación
  - MODALIDADES AGRAVADAS
    - Víctima vulnerable
    - Prevalimiento, parentesco
  - DOLO
  - FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN
    - Delito continuado
  - CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS
    - Atenuantes
  - PENALIDAD
    - En general
  - PROCESO PENAL
    - Presunción de inocencia
    - Prueba
      - Declaraciones de la víctima
- ATENUANTES
  - POR ANALOGÍA
    - Apreciación
- RECURSO DE CASACIÓN
  - INFRACCIÓN DE LEY
    - Error de hecho en la apreciación de la prueba

Documentos a efectos casacionales  
Demostrativos de la equivocación del juzgador  
Informes periciales

TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES  
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Facultades judiciales  
Valoración de la prueba

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusación particular,Acusado,Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Acusación particular,Acusado,Ministerio Fiscal  
Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.21.6, art.74, art.179, art.180.1, art.180.3 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
Aplica art.117.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Aplica art.741 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal  
Cita art.1.2, art.66.2, art.131, art.180 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
Cita RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 8 febrero 2011 (J2011/11696)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 3 noviembre 2010 (J2010/290506)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 26 octubre 2010 (J2010/241737)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STC Sala 2ª de 18 octubre 2010 (J2010/240747)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 7 octubre 2010 (J2010/226132)

Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - MODALIDADES AGRAVADAS - Víctima vulnerable STS Sala 2ª de 23 septiembre 2010 (J2010/219308)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 29 septiembre 2010 (J2010/206712)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 8 junio 2010 (J2010/133428)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 18 marzo 2010 (J2010/53521)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 3 febrero 2010 (J2010/14219)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 11 febrero 2010 (J2010/12433)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 14 diciembre 2009 (J2009/321749)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 2 diciembre 2009 (J2009/299949)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 5 noviembre 2009 (J2009/265719)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 29 octubre 2009 (J2009/259091)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 10 septiembre 2009 (J2009/225086)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 3 junio 2009 (J2009/134697)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 2 abril 2009 (J2009/56256)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 7 octubre 2008 (J2008/178472)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 15 julio 2008 (J2008/166725)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 12 junio 2007 (J2007/92352)

Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - MODALIDADES AGRAVADAS - Víctima vulnerable STS Sala 2ª de 21 mayo 2007 (J2007/70149)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 1 diciembre 2006 (J2006/358849)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 17 julio 2006 (J2006/109820)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 2 mayo 2006 (J2006/59557)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 17 marzo 2006 (J2006/31781)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 2 marzo 2006 (J2006/21346)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 1 febrero 2006 (J2006/21339)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 12 diciembre 2005 (J2005/237379)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 14 octubre 2005 (J2005/207237)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 30 junio 2005 (J2005/116883)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 8 junio 2005 (J2005/96643)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 26 enero 2005 (J2005/71472)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 11 junio 2004 (J2004/259930)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 5 octubre 2004 (J2004/159773)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 14 junio 2004 (J2004/82671)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 6 abril 2004 (J2004/26052)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 11 marzo 2004 (J2004/13232)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 20 febrero 2004 (J2004/12765)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 30 enero 2004 (J2004/10756)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 9 enero 2003 (J2003/976)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 11 noviembre 2002 (J2002/51377)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 3 julio 2002 (J2002/27827)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 10 junio 2002 (J2002/23951)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 3 abril 2002 (J2002/13397)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STC Sala 1ª de 28 enero 2002 (J2002/3356)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba ATC Sala 2ª de 4 junio 2001 (J2001/15763)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 18 junio 2001 (J2001/12568)

Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - MODALIDADES AGRAVADAS - Víctima vulnerable STS Sala 1ª de 12 diciembre 2000 (J2000/39223)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 10 octubre 2000 (J2000/37096)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STC Sala 1ª de 5 mayo 2000 (J2000/8897)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 17 febrero 2000 (J2000/1082)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 11 febrero 2000 (J2000/518)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STC Sala 1ª de 10 mayo 1999 (J1999/6921)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 5 abril 1999 (J1999/5997)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 23 febrero 1999 (J1999/1682)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 23 diciembre 1998 (J1998/33220)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 16 noviembre 1998 (J1998/24928)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STC Sala 2ª de 30 marzo 1998 (J1998/1481)

Cita en el mismo sentido sobre RECURSO DE CASACIÓN - INFRACCIÓN DE LEY - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Documentos a efectos casacionales - Demostrativos de la equivocación del juzgador STS Sala 2ª de 10 noviembre 1995 (J1995/6389)

Cita Acuerdo no Jurisdiccional TS Sala 2 Pleno de 26 octubre 2010 (J2010/269495)

## Bibliografía

Citada en "Los "juicios paralelos", como atenuante analógica. Foro abierto"

Versión de texto vigente null

ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

ANDRES MARTINEZ ARRIETA

DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO

FRANCISCO MONTERDE FERRER

JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de febrero de dos mil once.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por el Ministerio Fiscal y las representaciones de Cosme, Micaela y Teodora, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona, Sección III, por delitos de agresión sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sr. Morales Hernández-San Juan y Sr. Palma Crespo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Girona, instruyó Sumario núm. 3/2005, seguido por delitos de agresión sexual, contra Cosme, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Girona, Sección III, que con fecha 26 de abril de 2010 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"ÚNICO.- Cosme, mayor de edad, sin antecedentes penales y cuyas demás circunstancias personales ya se han descrito, a partir de aproximadamente el año 1984 y con objeto de satisfacer sus lúbricos deseos, aprovechó que por las noches estaba ausente su mujer -por razones de trabajo- para llevar en distintas ocasiones a su dormitorio a su hija Micaela, nacida el 1/11/1977; para, una vez allí, desnudarla y tocarle todo el cuerpo, especialmente la zona genital, a la vez que se masturbaba.- Más adelante, y a partir de que el procesado se separó de su esposa, acudió en ocasiones al domicilio de ésta para cuidar de los hijos comunes mientras ella trabajaba, aprovechando también tales visitas para someter a tocamientos a su hija Micaela. De igual modo, y aprovechando las estancias de los hijos comunes en su domicilio de Medinyá, en cumplimiento del régimen de visitas establecido -los fines de semana alternos- el procesado continuó utilizando a su hija Micaela para satisfacer sus deseos sexuales; aumentando de modo progresivo la intensidad de los actos de carácter sexual que realizaba sobre ella, venciendo además su resistencia mediante amenazas de matarla. Y de matar también a la madre, caso de que le contara a éste lo sucedido.- En esta época el procesado comenzó a tocar la zona genital y el ano de su hija Micaela con el pene, frotándolo allí; lamiendo y mordiendo a Micaela en la zona genital en diversas ocasiones, y preguntándole si le gustaba. No habiendo aún cumplido Micaela los diez años, el procesado comenzó a penetrarla analmente, lubricando con su saliva tanto su pene como el ano de su hija de modo constante, y colocando una mano en el pene para evitar que la penetración fuera completa; llegando asimismo en ocasiones a eyacular, y penetrando más adelante a Micaela, en diversas ocasiones, por vía vaginal y siguiendo el mismo procedimiento.- Dichas penetraciones, que el procesado realizaba de manera más o menos regular -siendo menos frecuentes cuando tenía una pareja- se fueron sucediendo hasta que Micaela, dos o tres meses antes de cumplir los trece años de edad, empezó a menstruar. A partir de entonces se fueron espaciando, siendo la última vez que se produjo una el día 26 de julio de 1991; fecha en que el procesado penetró a Micaela contra su voluntad, haciendo ésta después una anotación en su diario que le permitió recordar lo sucedido más tarde.- En el año 1996 Micaela comenzó a tener relaciones sexuales de pareja, dándose cuenta de que sufría molestias -dolor, sangrado- al hacerlo. Tras acudir a la ginecóloga doctora Penélope, en marzo de 1997 ésta le diagnosticó un tabique de himen, grueso y desplazado a un lado -razón por la que no impedía la penetración- que debió ser intervenido quirúrgicamente. Tras lo cual, y en julio de aquel mismo año, Micaela regresó a la consulta de dicha doctora, no pudiendo ser explorada al sufrir un vaginismo que la doctora Penélope consideró de origen psicológico. Por lo que la derivó a la sexóloga doctora Amelia, quien confirmó un diagnóstico de vaginismo de origen psicógeno, y a la que Micaela explicó, en el año 2003, lo sucedido con su padre durante la infancia. De igual modo, la doctora Eulalia, al hacerle una revisión ginecológica a Micaela en el año 2001, apreció la misma dificultad para la penetración, incluso con el material médico.- En el año 2004 Micaela conoció a su hermanastra Noemi, entonces de unos ocho años de edad, y ante el temor de que su padre pudiera hacer con Noemi lo mismo que había hecho con ella se decidió, tras hablarlo con su hermana gemela Teodora -enferma de esquizofrenia paranoide y trastorno límite de personalidad- a presentar denuncia; lo que hizo el día 24/2/2004.- No ha resultado probado que Cosme sometiera a su otra hija, Teodora, a tocamientos o penetraciones similares a los que llevaba a cabo en la persona de su hija Micaela". (sic)

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

"FALLAMOS: I- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Cosme, como autor de un delito continuado de violación cometido sobre la persona de su hija Micaela, con la concurrencia de la atenuante analógica de cuasi prescripción, a la pena de SEIS AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN; con la accesoria de PROHIBICIÓN de acercamiento o comunicación con la víctima por un periodo superior en cinco años a la pena de prisión impuesta.- II- QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Cosme del delito de violación en la persona de Teodora por el que venía acusado.- III- Para el cumplimiento de la pena impuesta se abonará al condenado todo el tiempo en que hubiera estado privado de libertad por esta causa, si no se le hubiera aplicado ya al cumplimiento de otra responsabilidad.- IV- Cosme deba satisfacer a Micaela una indemnización de 40.000,00 euros por responsabilidad civil.- V- Corresponderá al condenado el pago de la mitad de las costas del juicio, siendo la otra mitad de oficio". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el Ministerio Fiscal y las representaciones de Cosme, Micaela y Teodora, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal basó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO.- Por Infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECriminal EDL 1882/1 .

SEGUNDO.- Por Infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECriminal EDL 1882/1 .

La representación de Cosme formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la LECriminal EDL 1882/1 .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECriminal EDL 1882/1 .

La representación de Micaela y Teodora, formalizó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la LECriminal EDL 1882/1 .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECriminal EDL 1882/1 .

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECriminal EDL 1882/1 .

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECriminal EDL 1882/1 .

SEXTO.- Al amparo del art. 849.2 de la LECriminal EDL 1882/1 .

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 25 de enero de 2011.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 26 de abril de 2010 de la Sección III de la Audiencia Provincial de Girona condenó a Cosme como autor de un delito continuado de violación en la persona de su hija, con la concurrencia de la atenuante cuasi-prescripción, a la pena de seis años y nueve meses de prisión, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que el condenado/recurrente en relación a su hija, nacida el 1 de noviembre de 1977, comenzó a efectuarle diversos tocamientos de índole sexual a partir del año 1984, cuando la menor tenía siete años. Posteriormente fue aumentando la intensidad de los actos de carácter sexual, venciendo su resistencia mediante amenazas de matarla a ella y también a su madre, de la que, a la sazón ya estaba separada. De este modo, cuando la hija no tenía diez años, comenzó a penetrarla analmente con una periodicidad irregular, siendo menos frecuentes cuando el condenado tenía pareja sentimental. A partir de que la menor comenzó a menstruar, se fueron espaciando.

La última vez que se produjo una penetración contra la voluntad de la menor, fue el 26 de julio de 1991, anotándolo ella en su diario.

En el año 1996 Micaela, ya mayor de edad, comenzó a tener relaciones sexuales de pareja, dándose cuenta de que tenía molestias. Acudió a una ginecóloga, que le diagnosticó un tabique de himen grueso --que no impedía la penetración-- y desplazado, por lo que fue intervenida quirúrgicamente.

En el año 2004, Micaela conoció a su hermanastra Noemi, a la sazón de ocho años, y ante el temor de que su padre pudiera hacer con Noemi lo que le había hecho a ella, denunció los hechos, lo que efectuó el 24 de febrero de 2004.

Contra la expresada sentencia, se han formalizado tres recursos de sentido contrario: uno por parte del condenado, otro por el Ministerio Fiscal y otro por parte de la Acusación Particular. Por razones de lógica y sistemática jurídicas, pasamos en primer lugar al estudio del recurso del condenado para, posteriormente, pasar al de la Acusación Particular y al del Ministerio Fiscal.

Segundo.- Recurso de Cosme.

Aparece formalizado a través de dos motivos.

El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia.

Cuando en esta sede casacional se efectúa una denuncia de esta clase, esta Sala debe proceder a efectuar un triple examen:

a) En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, inmediatez e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza inculpativa para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso, extra processum, la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan

existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, -- SSTC 68/98 EDJ 1998/1481 , 85/99 EDJ 1999/6921 , 117/2000 EDJ 2000/8897 , 4 de junio de 2001 EDJ 2001/15763 ó 28 de enero de 1002 EDJ 2002/3356 , ó de esta Sala 1171/2001 EDJ 2001/12568 , 6/2003 EDJ 2003/976 , 220/2004 EDJ 2004/12765 , 711/2005 EDJ 2005/96643 , 866/2005 EDJ 2005/116883 , 476/2006 EDJ 2006/59557 , 548/2007 EDJ 2007/92352 , 1065/2009 EDJ 2009/259091 , 1333/2009 EDJ 2009/321749 , 104/2010 EDJ 2010/14219 , 259/2010 de 18 de marzo EDJ 2010/53521 , 557/2010 de 8 de junio EDJ 2010/133428 , 854/2010 de 29 de septiembre EDJ 2010/206712 y 1071/2010 de 3 de noviembre EDJ 2010/290506 , entre otras--.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal EDL 1882/1 y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar.

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional --últimamente en la STC 68/2010 EDJ 2010/240747 --:"...no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3º de la C.E EDL 1978/3879 ., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta....".

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTC de 10 de junio de 2002 EDJ 2002/23951 , 3 de julio de 2002 EDJ 2002/27827 , 1 de diciembre de 2006 EDJ 2006/358849 , 685/2009 de 3 de Junio EDJ 2009/134697 , entre otras--, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

El recurrente en la argumentación del motivo considera que la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal, constituida por la declaración de su hija Micaela, es insuficiente, tratando de sembrar dudas sobre su contundencia y claridad, y cita a la propia sentencia que en su f.jdco. segundo en relación a la declaración de la víctima, que reconoce la relativa vaguedad o dispersión -- en sentido de ausencia de detalles--, y desorden fáctico de su imputación, expresiones que, en su opinión, en contra del criterio de la Sala sentenciadora, descalificarían dicha declaración para tener la aptitud de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia del recurrente.

También hace referencia a las postales remitidas por la víctima cuando junto con su hermana Teodora, ambas estaban en el extranjero --obrantes a los folios 734 a 736-- y que están fechadas unos tres meses más tarde del último episodio delictivo --26 de julio de 1991--. Se dice que el contenido de las mismas, sorprende pues trasluce una relación normal con su padre.

Un examen de la sentencia sometida al presente control casacional, patentiza que partiendo de la reiterada doctrina de esta Sala que repetidamente tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para constituir la prueba de cargo suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia del imputado, ha efectuado un completo y exhaustivo examen de la declaración de Micaela analizándola desde la triple perspectiva de ausencia de incredibilidad subjetiva, persistencia y solidez de la imputación y corroboraciones que robustecen su credibilidad.

En tal sentido basta con la lectura de los f.jdcos. segundo, tercero y cuarto para verificar que el Tribunal dio cumplida cuenta de las razones por las que le concedió a dicha declaración la suficiente credibilidad como para ser creída y arribar al juicio de certeza reflejado en el "factum".

En efecto, en relación a la ausencia de la incredibilidad subjetiva de la declaración de Micaela, la cita completa del Tribunal sentenciador a la que se refiere en clave crítica el recurrente es como sigue:

"...Por cuanto refiere a la ausencia de incredibilidad subjetiva, debe destacarse en primer lugar que el Tribunal, tras oír a la testigo Micaela, entiende que sus manifestaciones son veraces y vividas; y ello es así tanto por la ausencia de contradicciones a que luego nos referiremos como por otro detalle esencial: la relativa vaguedad, o dispersión -en el sentido de ausencia de detalles- y desorden fáctico de su imputación. Una circunstancia ésta que, si bien en otro caso podría ser indicativa de posible inveracidad, obra aquí en el sentido contrario, pues sería ilógico pretender, entre quince y veinte años después, que la víctima recordase con todo lujo de detalles fechas, horas, lugares y actos relativos a agresiones sufridas cuando tenía entre los seis y los trece años de edad; unos detalles que, además, ha tratado de olvidar -por razones obvias- durante todo este tiempo. Vaguedad, dispersión y desorden que, a mayor abundamiento, el equipo de psicólogas del ETPAV de Girona -quienes apreciaron credibilidad en el relato de la testigo- destacan también como indicador de veracidad en su declaración....".

Asimismo el Tribunal de instancia se refiere a la ausencia de odio hacia su padre, lo que justifica el texto de las tarjetas que también cita el recurrente apareciendo claro que el desencadenante de la denuncia solo fue el temor de que su padre también abusara de su hermanastra menor, y asimismo rechazó el Tribunal cualquier móvil económico por el poderoso argumento de que cuando Micaela denunció los hechos, tenía 26 años de edad, vivía de forma independiente con su novio y tenía trabajo desde dos años antes.

También en los f.jdcos. tercero y cuarto analizó la declaración de Micaela desde la perspectiva de la existencia de datos corroborantes y en concreto sobre el vaginismo que padeció que la doctora Amelia que trató a Micaela, tuvo claro de la relación entre el vaginismo y la imposibilidad de conversar con Micaela sobre su padre, y, finalmente también constató el Tribunal la coincidencia, en lo sustancial, de las declaraciones de Micaela que mantuvo un relato coherente, aunque disperso, lógico si se tiene en cuenta que se refería a hechos sucedidos entre los años 1984 y 1991.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional --entre otras STC 220/1998 EDJ 1998/24928 -- verificamos en este control casacional la razonabilidad del discurso del Tribunal sentenciador que unió la actividad probatoria con el relato fáctico resultante.

Es evidente que el Tribunal no dudó de la credibilidad del testimonio de Micaela, y en este control casacional, igualmente verificamos que actuó correctamente al no dudar dada la calidad y contundencia de las informaciones probatorias que robustecieron la credibilidad que le concedió a la declaración de Micaela -- STS 855/2010 de 7 de octubre EDJ 2010/226132 --.

No existió el vacío probatorio ni la debilidad probatoria que denuncia el recurrente.

Este fue condenado en virtud de prueba obtenida con todas las garantías propias del proceso debido, prueba que fue introducida en el Plenario y sometida a los principios que la conforman, que fue suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y prueba que, en fin, fue razonada y razonable, constituyendo una certeza".....más allá de toda duda razonable.....".

Procede la desestimación del motivo.

El segundo motivo, con apoyo en el art. 849-1º LECriminal EDL 1882/1 y, por tanto, por la vía del error iuris, denuncia que se haya aplicado como muy cualificada la atenuante de cuasi-prescripción y sin embargo solo se haya rebajado la pena en un grado. En el motivo postula que se rebaje en dos grados.

El motivo está carente de fundamento.

El Tribunal sentenciador en los f.jdcos. octavo y noveno aborda la aplicación de esta atenuante que se estima como muy cualificada, lo que obliga de acuerdo con el art. 66-2º Cpenal EDL 1995/16398 a rebajar, imperativamente la pena en un grado, y, potestativamente en dos. En la instancia se justificó la cualificación porque cuando fueron denunciados los hechos, había transcurrido el 80% del plazo para la prescripción, pero asimismo estimó que procedía la rebaja en solo un grado, imponiéndola en el mínimo: seis años y nueve meses. Basta con decir que fue correcta la decisión del Tribunal, que siendo discrecional la rebaja en dos grados, esta facultad discrecional corresponde al Tribunal sentenciador quien justificó su decisión por lo que no tiene ninguna posibilidad de éxito la denuncia.

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- Recurso de la Acusación Particular.

Su recurso está desarrollado a través de seis motivos.

El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, y en concreto, la prohibición de arbitrariedad presenta dos quejas:

a) Se denuncia que el Tribunal, sin previa alegación de parte, haya apreciado la atenuante de dilaciones/cuasi-prescripción y

b) Se denuncia que la Sala no ha valorado los informes de la hermanastra de la víctima Teodora, respecto de los que la sentencia, en el hecho probado se dice que"....no ha resultado probado que Cosme sometiera a su otra hija Teodora.... a tocamientos o penetraciones similares a los que llevaba a cabo en la persona de su hija Micaela....".

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal reconoce que tal atenuante de cuasi-prescripción --terminología que adopta de la STS 883/2009 de 10 de septiembre EDJ 2009/225086 -- no ha impedido que se justificase su concurrencia a pesar de no haber sido solicitada por la defensa.

La denuncia carece de toda posibilidad de éxito como se refleja en varias sentencias de esta Sala, entre otras 575/2008 de 7 de octubre EDJ 2008/178472 , de igual manera que no puede condenarse a persona alguna, cuando las pruebas practicadas patentizan su inocencia"....con independencia de que se defienda adecuadamente o no....", tampoco puede dejar de aplicarse cualquier expediente atenuatorio que conllevaría una disminución de la pena, con independencia de que se haya o no alegado el expediente atenuatorio concernido. No hay que olvidar que el proceso penal articula un conjunto de derechos y garantías en favor de todo imputado, por lo que sin perjuicio del principio de igualdad de partes, es lo cierto que todo imputado tiene un status especial y más protegido, como lo acredita, ya de entrada, el principio de presunción de inocencia que desplaza la carga probatoria sobre las acusaciones, se continúa con la regla interpretativa de "in dubio pro reo", y tiene manifestaciones tan significativas como el verse exento de prestar juramento de decir verdad, o el derecho a la última palabra.

Por ello actuó correctamente el Tribunal al apreciar tal atenuante al estar su fundamento en unos hechos indubitados, como fue el lapso de tiempo transcurrido desde el último acto de agresión sexual --26 de julio de 1991-- hasta la denuncia --24 de febrero de 2004--, y todo ello, se insiste con independencia de que hubiese o no existido alegación y petición de la defensa, que en el presente caso no existió. Precisamente una de las manifestaciones de ese status especial de todo imputado estaba en que el Tribunal pueda absolver o apreciar algún expediente atenuatorio de la pena cuando su concurrencia es clara, y ello aún cuando no haya sido solicitada por la defensa.

En relación a la segunda cuestión, tampoco le acompaña el éxito. El Tribunal sentenciador valoró la declaración de Teodora y el doble y diverso informe pericial, concluyendo con la existencia de dudas --razonadas y razonables-- que le impidieron llegar a una certeza en el sentido que postulan los recurrentes.

La sentencia aborda esta cuestión en el f.jdco. quinto del que retenemos los siguientes párrafos:

"....1.- A diferencia de lo que sucede en el caso de Micaela, el Tribunal no puede considerar probada la existencia de agresiones sexuales del procesado a su otra hija, Teodora. Y ello por más que una simple deducción lógica pudiera llevar a entender como irrazonable pensar que, teniendo dos hijas gemelas, el procesado limitara sus reprobables actos a una sola de ellas. Pero es obvio que, en materia penal, no cabe hacer suposiciones contra reo; y eso es justo lo que haríamos si le condenáramos por agresiones a Teodora, visto que la única prueba directa de dichas agresiones sería la propia declaración de ésta como hipotética víctima -pues su hermana Micaela jamás presenció agresión alguna a Teodora -, y tal declaración, por la enfermedad mental de la testigo, no ofrece las suficientes garantías de credibilidad.



2.- Según declararon en juicio los médicos que la atienden o la atendieron (Dres. Jesús María, Carlota, Guillerma, Camilo y Fabio), Teodora ha padecido, desde temprana edad, distintos trastornos mentales; estando diagnosticada en la actualidad de esquizofrenia paranoide y trastorno límite de personalidad. Enfermedades éstas que, como señaló la doctora Carlota, le causaban alucinaciones ya por el año 1998 -oía voces, por ejemplo-, o provocaban que, a los doce años, se inventara un amigo vietnamita imaginario (según explicó a la doctora Guillerma); haciendo que su discurso fuera incoherente (Dr. Jesús María) y deviniendo por ello imposible saber si lo que decía era cierto o (D. Camilo). La doctora Fabio, que la trató desde 1998 hasta 2004 -año de la denuncia- relató en juicio que Teodora sufría "delirios paranoides de persecución", relataba alucinaciones en las que gusanos paseaban por todo su cuerpo y que incluso, en una ocasión, le dijo "me invento cosas que son mentira", además de sufrir durante un tiempo un trastorno bipolar. Finalmente, el equipo de psicólogos del ETPAV de Girona no pudo siquiera intentar valorar la hipotética credibilidad de sus declaraciones, pues Teodora se hallaba en un brote esquizofrénico....".

Procede la desestimación del motivo.

Pasamos al estudio conjunto de los motivos segundo y tercero, que por la vía del error iuris denuncian como indebidamente aplicada la atenuante analógica de cuasi-prescripción --art. 21-6º -- por el doble motivo de que no fue solicitada por la defensa y asimismo que se le hubiese dado el valor de muy cualificada y por tanto con la consecuencia de bajar en un grado la pena, cuando la consideración de atenuante muy cualificada, según doctrina de esta Sala es y debe ser de aplicación muy excepcional.

Ambos motivos han merecido el apoyo del Ministerio Fiscal por ser coincidentes con el recurso que dicho Ministerio instó. Por eso dejamos la cuestión del apoyo de lado, para centrarnos en las alegaciones del recurrente.

Por lo que se refiere a la improcedencia de aplicar una circunstancia atenuante por parte del Tribunal sin que mediase previa petición de la defensa, nos remitimos a lo dicho en el motivo anterior.

En cuanto a su valoración como atenuante muy cualificada, ciertamente su aplicación debe ser excepcional y ante la concurrencia de circunstancias de excepción, pero es que, cabalmente, esta es la situación. El Tribunal dice que cuando se denunciaron los hechos habían transcurrido casi el 80% del tiempo necesario para prescribir los hechos denunciados. No se trata de indagar las causas del tal demora y si fue o no justificada, sino verificar el transcurso de casi el periodo prescriptivo, porque no hay que olvidar que el fundamento de la prescripción es triple:

- a) Una limitación del ius puniendi del Estado por el transcurso de un tiempo previamente fijado por la Ley.
- b) Enlazado con ello, el olvido social del delito que produce el transcurso del tiempo, y
- c) Enlazado también con todo lo anterior un elemental principio de seguridad jurídica para todos los ciudadanos por ser inadmisibles que penda indefinidamente sobre ellos la amenaza de un proceso penal por hechos cometidos por ellos en tiempos lejanos. Precisamente, la excepción a este planteamiento se encuentra en el catálogo de delitos imprescriptibles dada la enormidad de su naturaleza que no puede ser borrada de la memoria colectiva.

Procede la desestimación de ambos motivos.

El motivo cuarto, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal EDL 1882/1 denuncia como indebidamente inaplicado el art. 741 LECriminal EDL 1882/1 . Las recurrentes se quejan de lo que consideran una incorrecta valoración de la prueba por parte del Tribunal sentenciador que le llevó a la absolución de Cosme en relación a su hija Teodora.

El motivo incurre en una doble causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación.

En primer lugar, desconoce que el presupuesto sobre el que descansa el motivo es el respeto al hecho probado, lo que ignoran las recurrentes al constar en el relato que no se ha acreditado agresión sexual sobre Teodora.

En segundo lugar, anuda la denuncia a la pretendida vulneración de un artículo de la LECriminal EDL 1882/1 , lo que solo puede dar lugar a un motivo por Quebrantamiento de Forma. Basta recordar que el art. 849-1º se refiere expresa y exclusivamente a "...se hubiese infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter....".

Procede la desestimación del motivo.

El motivo sexto, --sic, se pasa en el recurso del cuarto al sexto-- por la vía del error facti del art. 849-2º LECriminal EDL 1882/1 se denuncia error por parte del Tribunal sentenciador en relación a la absolución del condenado en lo referente a su hija Teodora.

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos --entre las últimas STS 762/2004 de 14 de junio EDJ 2004/82671 , 67/2005 de 26 de enero EDJ 2005/71472 y 1491/2005 de 1 de diciembre EDJ 2005/237379 , 192/2006 de 1 de febrero EDJ 2006/21339 , 225/2006 de 2 de marzo EDJ 2006/21346 y 313/2006 de 17 de marzo EDJ 2006/31781 , 835/2006 de 17 de julio EDJ 2006/109820 , 530/2008 de 15 de julio EDJ 2008/166725 , 342/2009 de 2 de abril EDJ 2009/56256 y 914/2010 de 26 de octubre EDJ 2010/241737 entre otras--.

1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 EDJ 1995/6389 en la que se precisa por tal "...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma...", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000 de 17 de febrero EDJ 2000/1082 , 1553/2000 de 10 de octubre EDJ 2000/37096 , y las en ella citadas. De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala --SSTS núm. 1643/98 de 23 de diciembre EDJ 1998/33220 , núm. 372/99 de 23 de febrero EDJ 1999/1682 ,

sentencia de 30 de enero de 2004 EDJ 2004/10756 y núm. 1046/2004 de 5 de octubre EDJ 2004/159773 --. La justificación de alterar el "factum" en virtud de prueba documental --y sólo esa-- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediación y contradicción.

3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración --razonada-- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal EDL 1882/1 . Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. -- SSTS 158/2000 EDJ 2000/518 y 1860/2002 de 11 de noviembre EDJ 2002/51377 --.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99 EDJ 1999/5997 , 765/04 de 11 de junio EDJ 2004/259930 .

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo --art. 855 LECriminal EDL 1882/1 -- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso ( STS 3-4-02 EDJ 2002/13397 ), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de marzo EDJ 2004/13232 , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" o buscar tales extremos, como un zahorí -- SSTS 465/2004 de 6 de abril EDJ 2004/26052 , 1345/2005 de 14 de octubre EDJ 2005/207237 , 733/2006 de 30 de junio, 685/2009 de 3 de junio EDJ 2009/134697 , 1121/2009 EDJ 2009/265719 , 1236/2009 de 2 de diciembre EDJ 2009/299949 , 92/2010 de 11 de febrero EDJ 2010/12433 , 259/2010 de 18 de marzo EDJ 2010/53521 ó 86/2011 de 8 de febrero EDJ 2011/11696 --.

Las recurrentes se refieren a los informes psicológicos de los folios 658 y siguientes y 798 y siguientes, como acreditativos del error en el que, se dice, incurrió el Tribunal, informes que fueron correctamente introducidos en el Plenario.

De entrada, hay que convenir que los informes indicados no son tan contundentes como alegan las recurrentes.

En efecto, las conclusiones del informe de las psicólogas María Rosa y Encarna es como sigue:

".... Teodora ha reiterat en l'exploració feta, i haver viscut una situació d'abusos i agressions sexuals del pare cap a ella, tot i això donada la seva situació psicopatològica actual, amb el seu ingrés a l'hospital psiquiàtric, no ha estat possible realitzar un anàlisi del contingut específic del seu relat.

A partir de l'exploració realitzada destacar la malaltia mental d'esquizofrènia paranoide que pateix l' Teodora amb una trajectoria i evolució (de la malaltia) negativa. A la vegada, ressaltar l'empitjorament que ha presentat aquest darrer any amb problemes de conducta greus, demandes d'atenció i diferents episodis d'autolesions....".

Y por lo que se refiere a las psicólogas Silvia y Ángela:

"....Es valora l'existència actual d'una forta afectació i sofriment psicològic amb importants indicadors d'ansietat.

Alhora cal dir que aquesta situació descrita s'alterna amb estones de lluita i superació gràcies al suport de la seva família i reonfort de la seva actual parella. Cal assenyalar que la seva clínica psicòtica es troba estabilitzada.

Atenent a tot l'exposat, concloem que en aquests moments, la Sra. Teodora és una persona amb un patiment emocional i psicològic significatiu com a conseqüència dels abusos sexuals soferts....".

Junto con ello, el Tribunal valoró otros informes y así lo expuso y justificó. En el motivo primero ya hemos abordado esta cuestión y nos hemos hecho eco del f.jdco. quinto, del que se ha transcrito los dos primeros párrafos, que se dan por reproducidos en este momento.

De dicho f.jdco. retenemos en este momento el tercer párrafo:

"....3- Es cierto que, como indicó en juicio la doctora Fabio, un esquizofrénico delira pero no fabula; es decir, no se inventa cosas voluntariamente por razón de su enfermedad. Pero no hay modo de saber, cuando relata algo, si lo que dice es un delirio o es real, ya se refiera a lo que en ese momento le esté sucediendo o a lo que le sucediera anteriormente. Por ello, el historial clínico de Teodora provoca en el Tribunal serias dudas sobre la veracidad de sus declaraciones; impidiendo que, suponiendo tales declaraciones la prueba de cargo esencial -por no decir la única- tengamos la certeza necesaria para, en base a ellas, dictar un pronunciamiento condenatorio. Lo que nos obliga, en consecuencia, a absolver libremente a Cosme del delito de violación -o de agresiones sexuales- supuestamente cometido en la persona de Teodora....".

En definitiva ni los informes de las psicólogas citadas por los recurrentes son tan inequívocos como pretenden las recurrentes, y además, existieron otros, así como testificales que llevaron al Tribunal a una duda razonable --y razonada-- sobre la realidad de las agresiones sexuales que hubiera podido llevar a cabo el condenado sobre su hija Teodora, y por eso lo absolvió.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.- Recurso del Ministerio Fiscal.

Está desarrollado en dos motivos.

El motivo primero, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal EDL 1882/1 denuncia indebidamente aplicados los arts. 21-6º y 66-1-2º del Cpenal EDL 1995/16398 en relación con los arts. 179 y 180 del Cpenal EDL 1995/16398.

En síntesis, en este motivo alega el Ministerio Fiscal que no concurre el fundamento propio de la atenuante analógica de cuasi-prescripción que aplica el Tribunal y ello por dos razones:

a) Porque no habría pasado el 80% del tiempo exigible para la prescripción en la medida que cuando la víctima denunció, tenía 26 años, luego habían transcurrido ocho años desde la mayoría de edad, y ello partiendo de que la prescripción del delito continuado sería de quince años. En definitiva, la tesis del Ministerio Fiscal es que solo pasó algo más de la mitad del tiempo de la prescripción: ocho años de los quince para la prescripción, y siempre partiendo desde la mayoría de edad de la víctima.

b) Porque el plazo de prescripción del delito de agresión continuado por el que ha sido condenado Luis no es de quince años, sino de veinte años, ya que dada la continuidad delictiva, se permite subir la pena hasta la mitad inferior de la pena superior en grado --ex art. 74-1º Cpenal EDL 1995/16398 --"....pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado....". Ello supondría una pena imponible de hasta veintidós años y seis meses, por tanto más allá de los quince años de prisión imponibles, por lo que la prescripción del delito, ex art. 131 Cpenal EDL 1995/16398, sería de veinte años.

Procede el rechazo de ambos argumentos, porque con independencia de que el tiempo transcurrido fuese inferior al 80% del necesario para prescribir, se estaría, cuando menos en el transcurso de más de la mitad --ocho años de quince años--, abstracción hecha de las razones de tanta tardanza. Por lo que se refiere al nuevo periodo prescriptivo que postula el Ministerio Fiscal, su improcedencia es clara a la vista del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de fecha 26 de octubre de 2010 EDJ 2010/269495 :

"Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta.

En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado".

A los efectos del cálculo del periodo prescriptivo del delito, ha de estarse al delito cometido realmente y por tanto objeto de condena y no al delito del que fue acusada la persona imputada.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo, por igual cauce que el motivo anterior, se denuncia que la pena impuesta por el Tribunal es incorrecta, ya que el Tribunal no aplicó el art. 180-2º Cpenal EDL 1995/16398 que obliga a imponer las penas del art. 180 en su mitad superior.

El Tribunal sentenciador fundamenta la individualización judicial de la pena en los siguientes términos contenidos en el f.jdco. noveno:

"...2- Como hemos explicado más arriba, los hechos integran el tipo penal de agresión sexual mediante acceso carnal por vía vaginal o anal (artículo 179 CP EDL 1995/16398, en relación con los incisos 3º y 4º del 180.1), denominado por el legislador violación; por el que procedería imponer una pena de entre doce y quince años de prisión. Un delito que, como se ha dicho también, tiene carácter de continuado (art. 74 CP EDL 1995/16398), lo que obliga a imponer la pena en su mitad superior: es decir, desde trece años, seis meses y un día a quince años de prisión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la concurrencia de la atenuante ya expuesta, que obliga a reducir la pena en un grado; por tanto, entre seis años y nueve meses a trece años y seis meses de prisión. En el caso presente, y no concurriendo otros elementos de juicio que aconsejen una ulterior elevación sobre el mínimo previsto, el Tribunal entiende que procede imponer la mínima pena; esto es, seis años y nueve meses de prisión....".

El Tribunal sentenciador calificó los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual continuado del art. 179 con la concurrencia de las circunstancias 3ª y 4ª del art. 180, esto es, agravación por vulnerabilidad en relación a la edad de la víctima, la que tenía menos de 10 años cuando empezaron las agresiones, y ser el padre de la víctima el agresor sexual.

Ciertamente, el art. 180 en su párrafo 2º establece una sobre-agravación de concurrir dos o más de los subtipos agravados que contiene, y es lo cierto que el Tribunal aplicó dos subtipos --vulnerabilidad por edad y por ser el agresor el padre-- y sin embargo no tuvo en cuenta dicho párrafo al fijar la pena.

Sin embargo, es lo cierto que esta Sala en relación a la concurrencia de varios subtipos agravados de los previstos en el art. 180, tiene declarado que debe ser estudiada con detenimiento la posible compatibilidad de ellos desde la perspectiva del respeto al "non bis in idem" que impide que una misma situación fáctica pueda ser tenida en cuenta dos veces para dar vida a dos subtipos agravados.

En concreto, en relación a la especial vulnerabilidad de la víctima por la edad, si la misma ya se ha tenido en cuenta para aplicar el tipo básico, no debe volverse a aplicar ex art. 180-3º porque se estaría valorando dos veces dando vida a dos expedientes agravatorios fundados

en una misma situación fáctica -- SSTS 510/2007 de 21 de mayo EDJ 2007/70149 ; 1697/2000 de 9 de noviembre EDJ 2000/39223 y 23 de septiembre de 2010 EDJ 2010/219308 --.

La sentencia en el f.jdco. sexto califica los hechos como constitutivos de una agresión sexual de los arts. 179 y 180. En el "factum" se recoge que el recurrente intimidó a su hija "...venciendo su resistencia mediante amenazas de matarlas y de matar también a la madre, como de que le contara a ésta lo sucedido....".

La fundamentación de la sentencia es muy inexpresiva en lo referente a la intimidación de que fue objeto la entonces menor, pero hay que recordar que las penetraciones anales y vaginales comenzaron cuando la hija no tenía diez años, por lo que hay que suponer que en la entidad de tales amenazas para doblegar la voluntad de la víctima, ya se tuvo en cuenta su corta edad y sin duda por ello, se calificaron los hechos como agresión sexual y no como abuso sexual.

En esta situación es claro que esa corta edad que ya fue valorada para la calificación de los hechos como agresión, no puede nuevamente valorarse como subtipo de especial vulnerabilidad por razón de la edad, por ello, no procede la aplicación del subtipo del art. 180-3º Cpenal EDL 1995/16398 , concurriendo solo el párrafo 4º, ser padre el agresor.

Con ello queda sin sustento la petición del Ministerio Fiscal de aplicación del párrafo 2º del art. 180 que impone la pena en su mitad superior "...cuando concurren dos o más de las anteriores circunstancias....".

Así las cosas, el delito de agresión sexual del que ha sido acusado Cosme --art. 179 en relación con el 180-4º Cpenal EDL 1995/16398 -- supone un abanico penal de doce a quince años de prisión. Al tratarse de un delito continuado, de conformidad con el art. 74 Cpenal EDL 1995/16398 , procede la imposición de la pena en su mitad superior, es decir, un nuevo abanico penal que iría desde los trece años, seis meses y un día hasta los quince años de prisión.

Al concurrir la atenuante analógica de cuasi-prescripción, como muy cualificada, con el efecto de rebajar en un grado la pena, nos encontraríamos ya de forma definitiva en una pena cuyo mínimo estaría situada en seis años y nueve meses de prisión y el máximo en trece años y seis meses de prisión.

El Tribunal, acordó la imposición del mínimo indicado, seis años y nueve meses de prisión, pena que por lo razonado debe ser mantenida.

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal EDL 1882/1 , procede la imposición de las costas de sus respectivos recursos al condenado y a la Acusación Particular, con pérdida del depósito constituido por esta al que se le dará las finalidades previstas en el art. 890 LECriminal EDL 1882/1 . Procede declarar de oficio las costas del recurso del Ministerio Fiscal.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por el Ministerio Fiscal y las representaciones del condenado Cosme y de la Acusación Particular Micaela y Teodora, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona, Sección III, de fecha 26 de abril de 2010, con imposición de las costas del recurso del condenado y del recurso de la Acusación Particular, con pérdida del depósito constituido por esta al que se le dará las finalidades previstas en el art. 890 LECriminal EDL 1882/1 y declaración de oficio de las costas del recurso del Ministerio Fiscal.

Notifíquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Girona, Sección III, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Giménez García, estando celebrando 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: 28079120012011100106