

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063748

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 13/2019, de 17 de enero de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10416/2018

SUMARIO:

Agresión sexual. Atenuantes. Parafilia. Imputabilidad. Desestimado la alegación del recurrente que alegó la eximente de padecer una enfermedad mental que le impedía poder reprimir el instinto de ataque sexual que padecía en torno a la perversión sexual que, según él, le llevaba a cometer los ataques contra la integridad sexual.

Los expertos no han hallado trastornos psicológicos o cambios orgánicos que brinden una explicación sobre el origen de una práctica parafílica. Estas desviaciones, de todos modos, pueden tratarse mediante la terapia psicoanalítica. El problema surge ante la falta de tratamiento y el peligro que se causa a las víctimas con estas conductas al disponer el sujeto de la conciencia y voluntad de lo que hace, lo que impide acudir a la exención de responsabilidad penal que propugna el recurrente. Se llama «parafilia» a lo que en la ley se denomina «perversiones». Señala la sala que es un deseo impulsivo y compulsivo de realizar el acto o de fantasearlo. Sobre la afectación a la conciencia y voluntad del sujeto y si puede apreciarse como eximente completa del art. 20.1 CP la doctrina rechaza categóricamente esta posibilidad. Y ello, porque se considera que son sujetos libres de actuar al tener capacidad de querer, de entender y de obrar plenas, y que no impide ni limita la capacidad de actuar conforme al conocimiento de la ilicitud de acción salvo cuando se asocia a otros trastornos psíquicos relevantes como la toxicomanía, el alcoholismo o la neurosis depresiva. Dicha parafilia, que conlleva el deseo de llevar a cabo actos sexuales con mujeres, no puede ser utilizado para postular una anulación de la responsabilidad penal, por cuanto esta no puede existir al no constatarse una inimputabilidad, sino que el sujeto tiene la plena conciencia y voluntad del mal que está haciendo, siendo consciente de que está reprobado desde el punto de vista social y es actitud prohibida, pese a lo cual opta por ejercer su deseo a llevar a cabo el acto con conciencia y voluntad.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.1, 21.1, 178, 179 y 181.1.

PONENTE:

Don Vicente Magro Servet.

Magistrados:

Don VICENTE MAGRO SERVET
Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Don LUCIANO VARELA CASTRO
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Doña SUSANA POLO GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 13/2019

Fecha de sentencia: 17/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)



Número del procedimiento: 10416/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10416/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 13/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar
D. Luciano Varela Castro
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Vicente Magro Servet
D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 17 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Carlos Manuel , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, que le condenó por delitos de abuso sexual, de agresión sexual en grado de tentativa, de agresión sexual y de violación, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Ruiz Benito, y las recurridas Acusaciones Particulares Dña. Elisa representada por la Procuradora Sra. Lobo Ruiz; Dña. María Milagros, representada por la Procuradora Sra. Sanz Amaro; Dña. Leocadia representada por la Procuradora Sra. Hoyos Moliner; Dña. Estrella representada por el Procurador Sr. Torrejón Sampedro; Dña. Felicidad representada por el Procurador Sr. Pérez-Castaño Rivas; Dña. Fermina representada por la Procuradora Sra. Galán Padilla; Dña. Florinda representada por la Procuradora Sra. Pasalados Fresnedo y Dña. Gema, representada por la Procuradora Sra. Izquierdo Labrada.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 1 de Sueca instruyó sumario con el nº 126 de 2017 contra Carlos Manuel, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, que con fecha 30 de abril de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declara probado que Carlos Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, entre los meses de septiembre de 2014 y junio de 2016, aprovechando la menor afluencia a la playa y en una zona poco transitada, con dunas y sin urbanizar, entre Vega Mar y Mareny de San Lorenzo, en los términos municipales de Sueca y Cullera, y ocultando su rostro con un sombrero de paja y unas gafas de sol negras, cometió con ánimo libidinoso los siguientes hechos: 1º) El día 23 de septiembre de 2014, sobre las 14,30 horas, se aproximó a Penélope, que estaba tumbada tomando el sol, quien al ver que el acusado estaba muy cerca de ella trató de levantarse, no dejándola el acusado hacerle, pues la empujó haciéndola caer al suelo mientras él se estaba masturbando manteniendo en todo caso una sonrisa en su cara, hasta que llegó a eyacular sobre su pierna izquierda. Como a ella le dio rabia que él continuase sonriendo, se levantó y le empujó, al tiempo que le decía que iba a grabarle con el móvil y llamar al 112, en cuyo momento el acusado se marchó hacia las dunas de la playa. 2º) El día 1 de abril de 2015, sobre las 14 horas, se encontraba Rosaura paseando por la playa, cuando le entraron ganas de orinar y se dirigió a las dunas próximas a ocultarse para tal fin. Cuando se estaba subiendo el bikini apareció el acusado diciéndole "qué coño tan bonito tienes", y con ánimo libidinoso la empujó haciendo que ésta cayese al suelo, sujetándola entonces fuertemente e impidiendo que se levantase al situarse encima de ella, y como en ese momento apareció el perro de la Sra. Rosaura, lo que hizo creer al acusado que se trataba de una persona, ella aprovechó el descuido del acusado para zafarse y huir, mientras el procesado le decía "qué pena que te vayas con el coño tan bonito que tienes", comenzando a masturbarse por encima del pantalón. 3º) El día 19 de agosto de 2015, sobre las 21,30 horas, se encontraba Gema paseando por la orilla de la playa, cuando se cruzó con el acusado, quien con ánimo libidinoso se acercó a ella y le dijo "qué culo tan bonito tienes", al tiempo que la agarró por el culo, lo que provocó que ella saliese corriendo. 4º) El día 17 de abril de 2016, sobre las 19 horas, Casilda se encontraba paseando por la playa, cuando de repente apareció el acusado y por detrás le metió la mano entre las piernas, agarrándola de un muslo y tumbándola en la arena, poniéndose encima de ella, mientras con ánimo libidinoso le decía "follamos, follamos". La Sra. Casilda rodó por la arena para zafarse y se percató de que el acusado tenía los pantalones bajados y se masturbaba, llegando a eyacular. A consecuencia de estos hechos Casilda padece estrés post-traumático de carácter moderado por lo que reclama. 5º) El día 14 de mayo de 2016, sobre las 20 horas, Elisa paseaba por la playa cuando observó al acusado masturbándose cerca de las dunas. Momentos después éste se le acercó y le tocó el culo mientras le decía que quería follar. 6º) El día 6 de junio de 2016, sobre las 14,30 horas, Leocadia iba paseando por la orilla de la playa escuchando música con auriculares, y aprovechando esta circunstancia el acusado se le aproximó y agarrándola por la cintura le tocó el culo y luego le metió la mano por el interior de la parte inferior del bikini hasta introducirle un dedo en la vagina. 7º) El día 10 de junio de 2016, sobre las 15 horas, Sofía se encontraba tumbada en la playa tomando el sol, cuando el procesado se colocó de pie justo detrás de ella a la altura de su cabeza y comenzó a masturbarse mientras la miraba, llegando a eyacular sobre su bolso. 8º) A finales de septiembre o principios de octubre de 2015, sobre las 15,15 horas, Florinda se encontraba embarazada y paseando por la playa cuando observó al acusado tapado con una toalla masturbándose delante de ella y le dijo "vamos a follar", a lo que la Sra. Florinda le dijo "degenerado, no ves que estoy embarazada", y el acusado le contestó "gírate porque si estás embarazada aún me pones más cachondo", intentando en este momento quitarle la parte de abajo del bikini y sujetándola fuertemente por el hombro con intención de que se girase, al tiempo que se masturbaba, llegando a eyacular. Entonces Florinda empezó a golpearle con el bolso que llevaba logrando huir. 9º) El día 26 de mayo de 2014, entre las 11 y las 13 horas, María Milagros salió a caminar por la playa y cuando estaba a la altura de la zona nudista le abordó el acusado empezando a hablar con ella, respondiéndole María Milagros que no lo conocía de nada y no quería hablar. En ese momento el acusado se abalanzó sobre ella, tirándola al suelo y comenzando a tocarle los pechos y el culo, defendiéndose la Sra. María Milagros con las llaves que portaba, mientras el acusado le decía "si no quieres follar para qué vienes". Como ella dijo que iba a llamar a la policía, el acusado se marchó corriendo. 10º) El día 7 de junio de 2016, sobre las 14 horas, Felicidad estaba paseando por la playa cuando el acusado la abordó por detrás metiéndole la mano entre las piernas con intención de tirarla al suelo, mientras le decía "vamos a hacer el amor". La Sra. Felicidad le dio un manotazo y comenzó a gritar, haciendo que el acusado se alejase hacia las dunas, sin lograr su propósito. 11º) El día 1 de junio de 2016, sobre las 12 horas,

Estrella estaba paseando por la orilla de la playa cuando se le acercó el acusado queriendo mantener una conversación con ella, a lo que ésta se negó. En ese momento el acusado la cogió fuertemente del brazo y le dijo "tú te vienes conmigo", comenzando a arrastrarla hacia la zona de las dunas, y posteriormente se abalanzó sobre ella colocándose encima, quitándole el bikini mientras le hizo tocamientos en los pechos, la besó y le metió los dedos en el interior de la vagina. La Sra. Estrella comenzó a gritar y a golpearle con el móvil que portaba, y en un momento dado consiguió zafarse y salir corriendo, viendo al acusado cómo seguía masturbándose. 12º) El día 1 de mayo de 2016, sobre las 21,30 horas, Fermina, en unión de una amiga y un amigo, todos ellos mayores de edad, estaban en la playa nudista allí existente, percatándose de la presencia del acusado que estaba a unos pocos metros masturbándose mientras les observaba. El acusado presenta un trastorno parafílico, en concreto un trastorno de exhibicionismo, que no le impide conocer y comprender la naturaleza ilícita de los hechos que se le atribuyen. Este trastorno puede tener una ligera repercusión sobre su capacidad volitiva".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: En atención a todo lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia ha decidido:

"Primero. Condenar a Carlos Manuel como autor de los delitos que se dirán, concurriendo una circunstancia analógica de trastorno por razón de parafilia, a las siguientes penas: a) por cada uno de los cuatro delitos de abuso sexual, a la pena de multa de 18 meses con una cuota diaria de diez euros; b) por cada uno de los cuatro delitos de agresión sexual en grado de tentativa, a la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena; c) por el delito de agresión sexual, a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y d) por cada uno de los dos delitos de violación, a la pena de seis años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo procede que, de conformidad con el artículo 192 del Código Penal, se imponga la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años que se ejecutará con posterioridad a las penas de prisión que recaigan. Segundo. El acusado deberá indemnizar a Casilda en la cantidad de 9000 euros, y también deberá indemnizar al resto de las víctimas en la cantidad de 1500 euros para cada una, más los intereses legales correspondientes. También deberá pagar las costas causadas incluidas las de la acusación particular. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo prevenido en el artículo 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el plazo prevenido en el artículo 856 de dicha Ley".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado D. Carlos Manuel, 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.

El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Carlos Manuel, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Al amparo del art. 849.1º y 2º L.E.Cr. por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo. Indebida aplicación del art. 178 del C. Penal, en relación con el art. 28.

SEGUNDO. Al amparo del art. 852 L.E.Cr. por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), en relación con el art. 5.4 L.O.P.J., designo como infringidos el art. 24.1 y el 24.2 en relación con el art. 120.3 de la C.E, a los efectos establecidos por el art. 44 L.O.T.C.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruidas las representaciones de las partes recurridas, impugnando igualmente el recurso

y oponiéndose a su admisión, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de enero de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 30 de Abril de 2018 por la que se condena al recurrente por una detallada relación que consta en los hechos probados de delitos contra la libertad sexual, frente a lo que se interpone por el recurrente recurso de casación por infracción de ley y por error en la valoración de la prueba.

Segundo. *1. Al amparo del artículo 849.1º y 2º de la Lecrim. por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo.*

Resulta importante y esclarecedor relacionar cada uno de los hechos probados, a los efectos de ir ubicando cada hecho probado para adjuntar la calificación legal de tipo que fija el Tribunal de cada uno de los admitidos por el Tribunal. Y así, señalamos como hechos probados y la calificación por la que el Tribunal condena en cada uno de ellos los siguientes:

1) El día 23 de septiembre de 2014, sobre las 14,30 horas, se aproximó a Estrella, que estaba tumbada tomando el sol, quien al ver que el acusado estaba muy cerca de ella trató de levantarse, no dejándola el acusado hacerlo, pues la empujó haciéndola caer al suelo, mientras él se estaba masturbando manteniendo en todo caso una sonrisa en su cara, hasta que llegó a eyacular sobre su pierna izquierda. Como a ella le dio rabia que continuase sonriendo, se levantó y le empujó, al tiempo que le decía que iba a grabarle con el móvil y llamar al 112, en cuyo momento el acusado se marchó hacia las dunas.

Delito de abuso sexual del art. 181.1 CP

2) El día 1 de abril de 2015, sobre las 14 lloras, se encontraba Rosaura paseando por la playa cuando le entraron ganas de orinar y se dirigió a las dunas próximas a ocultarse para tal fin. Cuando se estaba subiendo el bikini apareció el acusado diciéndole "qué tan bonito tienes" y con ánimo libidinoso la empujó haciendo que esta cayese al suelo, sujetándola entonces fuertemente e impidiendo que se levantase al situarse encima de ella, y como en ese momento apareció el perro, lo que hizo creer al acusado que se trataba de una persona, ella aprovechó el descuido del acusado para zafarse y huir, mientras el procesado le decía "qué pena que te vayas con el coño tan bonito que tienes", comenzando a masturbarse por encima del pantalón.

Delito de agresión sexual en grado de tentativa del art. 178 CP

No es abuso sexual, porque el recurrente la empuja tirándole al suelo con ánimo libidinoso y poniéndose encima de ella, no continuando por la irrupción de un perro.

3) El día 19 de agosto de 2015, sobre las 21,30 horas, se encontraba Gema paseando por la orilla de la playa, cuando se cruzó con el acusado, quien con ánimo libidinoso se acercó a ella y le dijo "qué culo tan bonito tienes", al tiempo que la agarró por el culo, lo que provocó que ella saliese corriendo.

Delito de abuso sexual del art. 181.1 CP

(Los actos de tocamientos sexuales son delito de abuso sexual. Sentencias del Tribunal Supremo 396/2018 de 26 Jul. 2018, Rec. 2194/2017 y 615/2018 de 3 Dic. 2018, Rec. 778/2018).



4) El día 17 de abril de 2016, sobre las 19 horas, Casilda se encontraba paseando por la playa, cuando de repente apareció el acusado y por detrás le metió la mano entre las piernas, agarrándola de un muslo y tumbándola en la arena, poniéndose encima de ella, mientras con ánimo libidinoso le decía "follamos, follamos". La mujer rodó por la arena para zafarse y se percató de que el acusado tenía los pantalones bajados y se masturbaba, llegando a eyacular. A consecuencia de estos hechos Casilda padece estrés postraumático de carácter moderado por lo que reclama.

Delito de agresión sexual en grado de tentativa del art. 178 CP

No es abuso sexual, porque el recurrente la empuja tirándole al suelo con ánimo libidinoso y poniéndose encima de ella le espeta que quería llevar a cabo el acto sexual, aunque ella puede zafarse. Es la reacción de la víctima lo que aborta la ejecución del acto.

5) El día 14 de mayo de 2016, sobre las 20 horas, Elisa paseaba por la playa cuando observó al acusado masturbándose cerca de las dunas. Momentos después éste se le acercó y le tocó el culo mientras le decía que quería follar.

Delito de abuso sexual del art. 181.1 CP

(Los actos de tocamientos sexuales son delito de abuso sexual. Sentencias del Tribunal Supremo 396/2018 de 26 Jul. 2018, Rec. 2194/2017 y 615/2018 de 3 Dic. 2018, Rec. 778/2018).

6) El día 6 de junio de 2016, sobre las 14,30 horas, Leocadia iba paseando por la orilla de la playa escuchando música con auriculares, y aprovechando esta circunstancia el acusado se le aproximó y agarrándola por la cintura le tocó el culo y luego le metió la mano por el interior de la parte inferior del bikini hasta introducirle un dedo en la vagina.

Delito de agresión sexual de arts. 178 y 179. Consigue introducir sus dedos en la vagina.

7) El día 10 de junio de 2016, sobre las 15 horas, Sofía se encontraba tumbada en la playa tomando el sol, cuando el procesado se colocó de pie justo detrás de ella a la altura de su cabeza y comenzó a masturbarse mientras la miraba, llegando a eyacular sobre su bolso.

Delito de abuso sexual del art. 181.1 CP

8) A finales de septiembre o principios de octubre de 2015, sobre las 15,15 horas, Florinda se encontraba embarazada y paseando por la playa cuando observó al acusado tapado con una toalla masturbándose delante de ella y le dijo "vamos a follar", a lo que le dijo "degenerado, no ves que estoy embarazada", y el acusado le contestó "si estás embarazada aún me pones más cachondo", intentando en este momento quitarle la parte de abajo del bikini y sujetándola fuertemente por el hombro con intención de que se girase, al tiempo que se masturbaba, llegando a eyacular. Entonces Florinda empezó, a golpearle con el bolso que llevaba.

Delito de agresión sexual en grado de tentativa del art. 178 CP

No es abuso sexual. El recurrente le intentó quitar la parte de abajo del bikini e intentó hacer que se girara. Le había espetado que iban a tener relaciones sexuales. El animus estaba claro en el sujeto por sus expresiones y su acción con ánimo libidinoso de llevar a cabo el acto que se interrumpe al golpearle la víctima. Es la reacción de la víctima lo que aborta la ejecución del acto.

9) El día 26 de mayo de 2014 María Milagros salió a caminar por la playa y cuando estaba a la altura de la zona nudista le abordó el acusado empezando a hablar con ella, respondiéndole María Milagros que no lo conocía de nada y no quería hablar. En ese momento el acusado la tiró al suelo y comenzando a tocarle los pechos y el culo, defendiéndose la mujer con las llaves que portaba, mientras el acusado le decía "si no quieres follar para qué vienes". Como ella dijo que iba a llamar a la policía, el acusado se marchó corriendo.



Delito de agresión sexual del art. 178 CP :

10) El día 7 de junio de 2016, sobre las 14 horas, Felicidad estaba paseando por la playa cuando el acusado la abordó por detrás metiéndole la mano entre las piernas con intención de tirarla al suelo, mientras le decía "vamos a hacer el amor". La mujer le dio un manotazo y comenzó a gritar, haciendo que el acusado se alejase hacia las dunas, sin lograr su propósito.

Delito de agresión sexual en grado de tentativa del art. 178 CP

No es abuso sexual. El recurrente le introduce su mano entre las piernas. Le había espetado que iban tener relaciones sexuales. El animus estaba claro en el sujeto por sus expresiones y su acción con ánimo libidinoso de llevar a cabo el acto que se interrumpe al golpearle la víctima. Es la reacción de la víctima lo que aborta la ejecución del acto.

11) El día 1 de junio de 2016, sobre las 12 horas, Estrella. estaba paseando por la orilla de la playa cuando se le acercó el acusado queriendo mantener una conversación con ella, a lo que ésta se negó. En ese momento el acusado la cogió fuertemente del brazo y le dijo "tú te vienes conmigo", comenzando a arrastrarla hacia, la zona de las dunas, y posteriormente se abalanzó sobre ella colocándose encima, quitándole el bikini mientras le hizo tocamientos en los pechos, la besó y le metió los dedos en el interior de la vagina. La mujer comenzó a gritar y a golpearle con el móvil que portaba, y en un momento dado consiguió zafarse y salir corriendo, viendo al acusado cómo seguía masturbándose.

Delito de agresión sexual de arts. 178 y 179. Consigue introducir sus dedos en la vagina.

12) El día 1 de mayo de 2016, sobre las 21,30 horas, Fermina en unión de una amiga y un amigo, todos ellos mayores de edad, estaban en la playa nudista allí existente, percatándose de la presencia del acusado que estaba a unos pocos metros masturbándose mientras les observaba. La Sala provincial asume asimismo que el acusado presenta un trastorno parafílico, en concreto un trastorno de exhibicionismo, que no le impide conocer y comprender la naturaleza ilícita de los hechos que se le atribuyen. Este trastorno puede tener una ligera repercusión sobre su capacidad volitiva.

A. Indebida la aplicación del artículo 178 del Código Penal, en relación con el Art. 28.

Se han relacionado los hechos probados que son constitutivos de delito del art. 178 CP de agresión sexual, y frente a ello el recurrente considera que "la sentencia que se impugna ha llevado a cabo una predeterminación del fallo por cuanto que ha consignado como hecho probado lo que son meras suposiciones".

Con ello, pese a que el recurrente efectúa el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM realiza un alegato inicial que está incluido en el art. 851.1 LEC referido a la predeterminación del fallo, vicio que no concurre en modo alguno, ya que los hechos probados contienen un relato de los hechos ocurridos y declarados probados por la probanza practicada y relación de cada una de las víctimas, debiendo incluir la cita de lo ocurrido para que pueda anudarse a ello una determinada calificación jurídica, pero sin que contengan expresiones netamente jurídicas, sino meramente fácticas para integrar cada una de ellas el hecho delictivo que hemos asociado anteriormente a cada uno de los hechos que el Tribunal considera probados.

Además, el Tribunal de enjuiciamiento refiere que "Para la fijación de los hechos probados se ha atendido primordialmente a las declaraciones de cada una de las víctimas, las cuales explicaron con toda suerte de detalles lo que les ocurrió el día en que se toparon con el acusado, a quien identificaron como la persona que les agredió sexualmente, en forma intentada o consumada, o bien abusó de ellas en la manera precedentemente descrita. La mayor parte de las víctimas reconoció en rueda al acusado, tal y como consta en autos, y las que no lo reconocieron durante la fase de investigación lo hicieron durante el acto del juicio, bien presencialmente, bien a través de la misma videoconferencia por la que declararon en juicio".

En consecuencia, el Tribunal que queda privilegiado por su inmediación ha practicado la prueba y escuchado a cada una de las víctimas y asociado a cada declaración el tipo penal por el que fija la condena en base a las circunstancias concurrentes.



Señala el recurrente que "No existe en realidad violencia ni intimidación en los hechos descritos en el fundamento jurídico segundo apartado b) como agresión sexual en grado de tentativa por lo que los mismos serían tan sólo constitutivos de simples abusos sexuales en lugar de agresiones".

Se refiere el recurrente a los hechos probados que anteriormente hemos señalado como constitutivos de delito del art. 178 CP a los nº 2, 4, 8 y 10.

Los hechos probados de los citados números por los que se ha condenado por la vía del art. 178 CP constituyen verdaderos ataques a la libertad sexual. El recurrente ataca la esencia del hecho probado que queda incólume por la prueba practicada en el plenario, ya que el Tribunal basa su condena en la auténtica prueba de cargo que constituye la declaración de las diversas víctimas que han narrado cada uno de los hechos, relatando que "las víctimas siempre se refirieron a un modo de actuar muy parecido, pues el acusado solía masturbarse delante de ellas y luego trataba de tocarlas en los pechos y en los órganos genitales, al tiempo que intentaba tirarlas al suelo, lo que en diversas ocasiones consiguió, poniéndose encima de ellas mientras las iba tocando al tiempo que les decía que quería "follar" con ellas".

En los hechos que cuestiona el recurrente a los nº 2, 4, 8 y 10 el recurrente emplea violencia e intimidando a las víctimas.

Lo que habría que valorar es si en los hechos nº 2, 4, 8 y 10 concurren estos elementos de acción para calificarlos debidamente en el art. 178 CP y no en el art. 181 CP, ya que:

Nº 2: " La empujó haciéndola caer al suelo e impidiendo que se levantase y se puso sobre ella con ánimo libidinoso". La intención y las expresiones proferidas en el contexto en el que se produce integra el empleo de violencia o intimidación.

Nº 4: "Por detrás le metió la mano entre las piernas, agarrándola de un muslo y tumbándola en la arena, poniéndose encima de ella, mientras con ánimo libidinoso le decía "follamos, follamos".

Nº 8: "Observó al acusado tapado con una toalla masturbándose delante de ella y le dijo "vamos a follar", a lo que la Sra. Florinda le dijo "degenerado, no ves que estoy embarazada", y el acusado le contestó "gírate porque si estás embarazada aún me pones más cachondo", intentando en este momento quitarle la parte de abajo del bikini y sujetándola fuertemente por el hombro con intención de que se girase, al tiempo que se masturbaba, llegando a eyacular

Nº 10: "El acusado la abordó por detrás metiéndole la mano entre las piernas con intención de tirarla al suelo, mientras le decía "vamos a hacer el amor". La Sra. Felicidad le dio un manotazo y comenzó a gritar".

Los actos desplegados y declarados probados integran actos con empleo de violencia o intimidación. No se trata de meros actos de tocamientos libidinosos que no integran en su ejecución empleo de violencia o intimidación, sino que el hecho probado describe ese uso. Si no concurriera sería abuso, pero en esos hechos la conducta es violenta o intimidatoria y por ello el Tribunal la ha ubicado en el art. 178 CP.

Y así la clave diferencial entre el delito de agresión sexual y el de abuso sexual queda verificada por la concurrencia, o no, de violencia o intimidación: Así:

Art. 178 CP (agresión sexual). Empleo de violencia o intimidación en ataque a la libertad sexual de una persona.

Art. 181 CP (abuso sexual). Ataque a la libertad sexual de una persona sin violencia o intimidación.

En ambos casos, evidentemente, no hay consentimiento.

La violencia es un acto claro de empleo de la misma sobre el cuerpo de la víctima, no exigiéndose un acto causante de una lesión, sino el empleo coercitivo, utilizando un movimiento sobre una parte del cuerpo de la víctima por el que intente vencer su voluntad, como puede ser cogerle de las manos de forma fuerte para vencer su resistencia a llevar a cabo el acto sexual, o ponerse encima de la víctima tras haberla arrojado al suelo. No se exige un resultado lesivo con el empleo de la violencia, sino su mero uso sobre alguna parte del cuerpo de la víctima para someterla y vencer su oposición, por lo que valdría cogerle de las muñecas, o brazo de forma fuerte para que no se pueda mover, o escapar y atacar a su libertad sexual.

Mientras tanto, en el abuso sexual no hay "ningún empleo de violencia o intimidación. De ahí que esta Sala del Tribunal Supremo haya señalado en sentencias 396/2018 de 26 Jul. 2018, Rec. 2194/2017 y 615/2018 de 3 Dic. 2018, Rec. 778/2018 que Cualquier acción que implique un contacto corporal inconsciente con significación sexual, en la que concorra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre



y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP ; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.

Nótese que en estos casos no estamos exigiendo ni violencia o intimidación para llevar a efecto ese acto, por lo que el caso típico son los meros tocamientos en parte sexual, pero sin violencia o intimidación, por lo que si ese acto de ataque a la libertad sexual se lleva a cabo con actos ejecutivos contra la voluntad de la víctima, pero que impliquen violencia o intimidación nunca podrá tratarse de meros abusos sexuales, y sí de actos de agresión sexual.

El empleo de la violencia está clara en cuanto concepto en los casos de condena por los arts. 178 y 179 CP. La aplicación del art. 178 CP en estos 4 casos y del art. 178 y 179 CP en los 2 casos nº 6 y 11, y del art 178 CP en el nº 9 se evidencian por:

1. Ausencia de consentimiento de las víctimas manifestada claramente en los hechos probados.
2. Empleo de violencia o intimidación.
3. Actos que suponen ataque a la libertad sexual de la víctima.

Si en los ataques a la libertad sexual existe también la ausencia de consentimiento, pero no se emplea violencia o intimidación el acto integra un delito de abuso sexual del art. 181 CP.

En los casos tipificados en los hechos probados por la vía del art. 178 CP se evidencia el empleo de violencia. Y por esta entendemos actos de compulsión física, de acometimiento o imposición material. Y se trata de una agresión, con mayor o menor empleo de violencia, pero al fin y al cabo de agresión, como coger a alguien del brazo y tratar de arrojarle al suelo, de la cintura para realizar un movimiento sobre ella y tirarla al suelo; en definitiva, de actos de coerción física para vencer su voluntad, no con intimidación para vencer el aspecto psicológico de la víctima y conseguir el autor su voluntad de ataque a la libertad sexual, sino de vis física, la cual no requiere que sea grave, o muy grave, sino cualquier acto que implique una acción física sobre la víctima.

La consecución, o no, del objetivo inicial de la intención del autor lo que conllevaría es la aplicación de la tentativa, como aquí ha ocurrido, pero no degrada la acción para que sea considerada como mero acto de abuso sexual, ya que en este caso no se requiere ningún tipo de violencia o intimidación. En estos casos no se exige una vis ni física ni compulsiva.

Recordemos que, históricamente, en Roma el derecho pretoriano atribuía a la violencia física o moral una significación un tanto distinta. La primera -vis absoluta- resultaba del empleo de un fuerza material que reducía a la víctima a un estado pasivo, convertida en mero instrumento de la voluntad de otro; destruía la voluntad, y por tanto el acto obrado carecía de existencia como acto jurídico. Es lo que en la actualidad se ha entendido que es la violencia.

Sin embargo, la violencia moral -vis compulsiva- en cambio, consistía en el temor actual de un mal inminente: debilita la voluntad sin destruirla. El acto no era inexistente, pero como la voluntad estaba viciada, se reconocía al sujeto el derecho a pedir la rescisión, independientemente, y además de su derecho a reclamar por la acción civil de daños y perjuicios. Se decía con una frase de los glosadores romanos que explicaba la doctrina: "coactus voluit, sed tamen voluit". Es decir, puesto ante dos males el coaccionado optó por uno: la celebración del acto; pero si eligió consintió aunque imperfectamente. Luego, el contrato existía, aunque es susceptible de anulación por el empleo de la vis compulsiva. En este último caso es lo que ahora se entiende y recoge en el texto penal como intimidación.

Así, para que se entienda cometida la conducta integrante del tipo penal del art. 178 CP se exige una conducta violenta de contenido material, como vis física, o intimidación, como vis compulsiva, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto.

No puede entenderse, pues, que en este caso pudiera aplicarse el art. 181 CP de abusos sexuales, y no el del art. 178 CP de agresión sexual, dados los hechos declarados probados en base a las declaraciones de las víctimas, por cuanto queda claro el empleo de una conducta violenta en el sujeto o intimidatoria en tanto el acusado crea un permanente clima de acoso en su conducta ante las víctimas, pese a que todas reaccionan ante esa conducta o huyendo o intentando zafarse del agresor, pero o bien en unas se ejerce la violencia o la intimidación con su actitud en la que les conminaba a "hacer el amor", mientras las hacía girar, las arrojaba al suelo, o se ponía encima de ellas con estas palabras y en una clara actitud de "imposición" de su conducta, bien desde un punto de vista físico o psicológico, pese a que las víctimas se resistieron abandonando su conducta, lo que lleva a situar los hechos en grado de tentativa.

Se desestima, por ello, este primer punto del motivo.



B. Aplicación indebida del artículo 178 y 179 del código penal en relación con los hechos descritos en el apartado 6 de DOÑA Leocadia.

Se cuestiona por el recurrente el reconocimiento del condenado y que el acto no le causó lesiones o perturbación psicológica. No obstante, hay que recordar que no es preciso la causación de lesiones en el tipo penal del art. 178 y 179 CP, ya que solo requiere la existencia de la violencia y la introducción de miembros corporales, estando admitido en este tipo hacerlo con los dedos, tal y como consta en el hecho probado, donde se fija que:

El día 6 de junio de 2016, sobre las 14,30 horas, Leocadia iba paseando por la orilla de la playa escuchando música con auriculares, y aprovechando esta circunstancia el acusado se le aproximó y agarrándola por la cintura le tocó el culo y luego le metió la mano por el interior de la parte inferior del bikini hasta introducirle un dedo en la vagina.

Como ya expusimos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1222/2000 de 7 Jul. 2000, Rec. 1956/1998 "Lo que aquí se describe es un salvaje y degradante atentado que, aun recayendo sobre la libertad sexual del sujeto pasivo, en tanto se supone que la introducción del objeto simula un acto de significación sexual, tiene como objeto más directo y patente de lesión a la integridad física y moral del que sufre el atentado . La inclusión de este tipo delictivo en el art. 179 CP, junto al de violación e incluso englobándolo bajo el mismo "nomen iuris", puede estar justificada por razones criminológicas y por la equivalente gravedad de las agresiones, pero hay que reconocer produce un efecto distorsionante en la estructura del precepto si no se hace de dicha innovación una interpretación que tenga en cuenta y pondere los distintos bienes jurídicos -- libertad sexual por un lado, integridad física y moral de la persona por otro-- que se trata de proteger con los tipos delictivos agrupados en la norma cuestionada".

Es decir, que el hecho declarado probado no exige una objetivación de qué tipo de lesión física o psicológica hubiera podido tener la víctima, sino que los elementos del tipo penal del art. 178 y 179 CP son objetivables en el empleo de violencia o intimidación y en este caso la introducción de miembros corporales u objetos en la vagina, que es lo que aquí ha ocurrido. Pero que no se causen lesiones objetivas ello no degrada la conducta, ni la hace impune.

Hemos señalado, también, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 667/2008 de 5 Nov. 2008, Rec. 11102/2007 el art. 178 CP que:

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

No se exige, con ello, lesiones objetivables para entender cometido el delito. Pero ante este tema de la coexistencia de lesiones en la ejecución de un delito de agresión sexual hemos señalado en la sentencia de esta Sala 62/2018 de 5 Feb. 2018, Rec. 1446/2017 que:

"a) Las lesiones psíquicas no pueden ser objeto de punición separada. Quedan subsumidas por la agresión sexual como se sostuvo en el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional de esta Sala de 10 de octubre de 2003, según recuerda el Fiscal: "las alteraciones síquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil" .

Apunta al respecto la STS 721/2015, de 22 de octubre: "La expresión, "ordinariamente" indica la regla general, admite excepciones ya que su aplicación depende de que se trate de consecuencias psíquicas que van inexorablemente unidas a la propia agresión sexual, como consecuencias ineludibles o al menos generalizadas, como sucede con la tensión, el estrés o la ansiedad y sensación de temor que de forma ordinaria suceden a cualquier agresión de naturaleza sexual. En la doctrina de esta Sala se admiten excepciones para supuestos en que los resultados psíquicos de la agresión, abuso o acoso sexual superen la consideración normal de la conturbación anímica y alcancen una naturaleza autónoma como resultados típicos del delito de lesiones psíquicas, adquiriendo una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar el acto contra la libertad sexual y merecedora de reproche penal específico. Siempre, obviamente, que concurren los demás elementos típicos del delito de lesiones, es decir, la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el

diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para su sanidad. Para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, es preciso que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia ordinaria de la agresión. Aquí resulta aplicable el criterio del Acuerdo reseñado que ha plasmado en pronunciamientos jurisprudenciales como los de 7 y 13 de noviembre de 2003 ó 4 de febrero y 7 de octubre de 2004.

b) En cuanto a las lesiones físicas, hay que atender al dato de si las causadas son o no, desde una apreciación razonable, inherentes a la agresión sexual. En el primer caso, se produce la consunción Sólo se castiga el delito sexual (STS 7 de noviembre de 1997). En el segundo, se deberá apreciar un concurso de delitos (SSTS 3 de junio de 1996; 725/2005, de 9 de junio; y 892/2008, de 11 de diciembre).

La STS 506/2008, de 17 de julio, fija parámetros para diferenciar los distintos supuestos: "la jurisprudencia ha tomado posición al respecto, con independencia del carácter grave o leve de las mismas, declarando que "la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo, leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado" (v. STS 10-12-2002); y la razón de ello es que el delito de agresión sexual con empleo de violencia requiere el empleo de ésta, pero no exige la causación de lesiones corporales, "de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual" (v. STS 2-11-2004). De ahí que, como se pone de manifiesto en la STS 14-12-2004, el problema aquí planteado "es si estamos ante un concurso de normas del art. 8 CP o ante un concurso ideal de delitos del art. 77" y, para distinguirlos, ha de utilizarse el criterio siguiente: "si con uno de los dos preceptos penales en juego queda absorbida la total antijuridicidad del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; pero si es necesario aplicar los dos para abarcar toda esa antijuridicidad, estamos ante un concurso ideal de delitos". En conclusión, como se pone de relieve en la STS 21 mar. 2004, "el criterio de la consumación sólo podría admitirse y con limitaciones en referencia a las lesiones causadas de forma absolutamente imprescindible para la agresión carnal"; pues, "las lesiones -no se olvide-, tienen un bien jurídico -la integridad física-, distinto del de la agresión sexual -libertad sexual-, de suerte que para el ataque de ésta no se exige necesariamente la lesión a la integridad física", y ello "incluso en el caso de lesiones constitutivas de falta (Cfr. STS 305/2001, 2-3)".

La STS 1078/2010, de 7 de diciembre introduce aclaraciones: "Ciertamente una reiterada jurisprudencia, por todas las SSTS 892/2008, 11-12; 1305/2003, 6-11, citada por la STS 886/2005, 5-7; 673/2007, 19-7, apunta que cuando el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física se ha producido como consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra su libertad sexual, el régimen de concurso es el del concurso real y ello porque el delito de violación requiere el empleo de violencia, pero no exige la causación de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual. Así, se ha señalado (STS 2047/2002, 10- 12), que "la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo, leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado". Pero cuando se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la resistencia de la víctima pero con entidad sustancial autónoma, procede la aplicación de lo dispuesto en el art. 73 y, en su caso, del art. 77 CP, en función del tipo de concurrencia, en este supuesto no discutido".

Por su parte, la STS 625/2010, de 6 de julio advierte que "esta doctrina impone el examen detenido de cada supuesto en particular para comprobar, de un lado, si las lesiones sufridas por la víctima fueron una consecuencia derivada directamente de la misma agresión sexual, en cuyo caso quedarían absorbidas por ésta y, de otro, si la violencia ejercida para doblegar o vencer la resistencia de la persona atacada superó los límites mínimos necesarios para entender que concurrió la violencia contemplada en la descripción del tipo objetivo de la agresión sexual, sancionando independientemente aquello que la exceda".

Es posible el concurso real entre los delitos de agresión sexual y lesiones cuando éstas últimas no son el medio comisivo para lograr la penetración típica. Pero cuando constituyen el mecanismo a través del cual se consigue el trato carnal estaremos ante un concurso medial (subespecie del real, tradicionalmente asimilado al ideal)".

Es decir, que esta Sala explicita lo que se entiende por la apreciación de un concurso real, o no, con lesiones que se causen. Pero la circunstancia de que la introducción de los dedos no haya causado lesiones no evita la punición del hecho, por cuanto su descripción en los hechos probados determina la condena del recurrente sin



aditamentos objetivos de lesiones físicas o psicológicas que hubieran sido valoradas en un contexto de integración en el tipo penal, o de concurso real como se ha expuesto.

Por otro lado, en cuanto a la negativa al reconocimiento de la autoría señala el Tribunal que "Cada una de las víctimas contó lo que le había ocurrido, y así ha quedado plasmado en la relación de hechos probados, y asimismo han identificado antes o después al acusado. Todas esas manifestaciones, unidas a la valoración del resto de evidencias halladas, conduce a la conclusión de que el acusado fue el autor de las mismas, sin que este tribunal albergue la menor duda al respecto". Con ello, el recurrente se opone al proceso valorativo del Tribunal, pero sobre ello también se trata al analizar la alegación de vulneración de la presunción de inocencia. En cualquier caso debe hacerse notar que esta víctima reconoce que le hizo una fotografía y es la que consta al folio nº 39 (foto nº 3) que coincide de forma contundente con las fotografías realizadas al recurrente cuando fue detenido. Y el mismo día de los reconocimientos que se fueron llevando a cabo (pags 118 y ss) las víctimas lo fueron reconociendo como el que estaba situado al nº 3 de la rueda. Y así, comparecen Penélope, Gema, Elisa y Casilda y reconocen sin lugar a dudas al condenado, ahora recurrente, y Leocadia, que era quien le había hecho la fotografía que consta al folio nº 39 (nº 3) y que guarda enormes similitudes con el recurrente, según consta en el reportaje fotográfico llevada a cabo por la fuerza actuante, señala que "diría que es el nº 3, (el recurrente) aunque luego añade que duda entre el 2 y el 3. Pero al folio nº 119 se vuelve a practicar la rueda cambiando de lugar los que la formaban y el recurrente pasa a ser el nº 1. Y comparecen de nuevo separadamente las cinco víctimas y todas señalan al nº 1, es decir, al recurrente. Pero la víctima Leocadia reconoce ahora claramente al nº 1, que es el recurrente, con lo que se produce el reconocimiento, coincidiendo las víctimas en la identificación de la persona del recurrente.

Por otro lado, lo que se castiga es la introducción de miembros corporales en el órgano sexual de la víctima, no incidiendo en cuestiones del grado de penetración, o si se causan lesiones, ya que, como hemos precisado, ello nos llevaría a aplicar el concurso real. Lo que se exige es el contacto corporal, que en el caso del art. 179 CP se enraíza con una introducción de miembros corporales en el órgano sexual de la víctima. Y ello lo destaca el hecho probado claramente. Y así la víctima, merced a ese ejercicio de violencia o intimidación se ve obligada a ser vencida en su voluntad y a soportar sobre su cuerpo actos de contenido sexual, sin que tengan influencia alguna cuestiones anatómicas de la víctima.

Cuestiona, pues, el recurrente los hechos probados que son intangibles y la valoración de la prueba que lleva a cabo el Tribunal con su inmediación, ya que lo que debe llevar a cabo esta Sala de casación es comprobar el grado de motivación y su suficiencia, exponiendo el Tribunal la convicción acerca de lo que las víctimas declaran y sus reconocimientos iniciales o posteriores. Se trata de similar modus operandi, nada menos que en 11 hechos, y en la misma zona, con la misma mecánica comisiva. Y ante esta misma mecánica comisiva el Tribunal apunta que: Por si alguna duda pudiese haber con respecto a alguno de los reconocimientos efectuados, la mecánica de todos los hechos coinciden en varios aspectos muy importantes, lo que permite afirmar que todos ellos fueron realizados por la misma persona. En primer lugar, todos los hechos ocurrieron en una misma franja de playa, la existente entre Vega Mar y Mareny de San Lorenzo, en los términos municipales de Sueca y Cullera, en donde no hay construcciones, sino que hay una playa en cuyo fondo hay diversas dunas y matorrales, y a continuación campos de cultivo, y el acusado se aprovechó de que se trataba de una zona no edificada para abordar a sus víctimas a unas horas del día en que no solía haber nadie o pocas personas, o sea, entre las dos y las tres de la tarde, o bien al anochecer o a últimas horas de la tarde. Además, aunque ocurrieron en un lapso temporal situado entre septiembre de 2014 y mayo de 2016, las víctimas siempre se refirieron a un modo de actuar muy parecido, pues el acusado solía masturbarse delante de ellas y luego trataba de tocarlas en los pechos y en los órganos genitales, al tiempo que intentaba tirarlas al suelo, lo que en diversas ocasiones consiguió, poniéndose encima de ellas mientras las iba tocando al tiempo que les decía que quería "follar" con ellas.

Y respecto a la calificación jurídica de este hecho nº 6 señala el Tribunal que: Dos delitos de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal en relación con los hechos descritos en los apartados 6 y 11 de la conclusión primera, ya que el acusado hizo tocamientos a las víctimas en la zona de sus órganos genitales, después de sujetarlas valiéndose de su propia fuerza, consiguiendo introducir así uno de sus dedos en la vagina de cada una de las dos víctimas, lo que constituye dos delitos de violación.

Al Tribunal no le cabe duda de la declaración de la víctima, pese a que de ello discrepa el recurrente, atacando la valoración de la prueba del Tribunal, por lo que se desestima, también, este punto del motivo. Y sobre lo que también tratamos, como decimos, al analizar el motivo 2º en cuanto a la valoración acerca de la declaración de las víctimas.



C. Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del nº 1º y 2º del artículo 849 de la LECrim. (Basado en documentos que obran en autos).

El Tribunal fijó en la sentencia que: "Se estima concurrente una circunstancia atenuante analógica con la eximente incompleta de anomalía mental (artículos 21.7ª en relación con los artículos 21.1ª y 20.1º del Código Penal), por estimar ambas acusaciones, pública y particular, que el acusado sufre un trastorno de parafilia, que no le impide conocer y comprender la naturaleza ilícita de los hechos por él cometidos, si bien aparece su capacidad volitiva ligeramente modificada".

Sin embargo, el recurrente entiende que concurre más bien la eximente del artículo 20.1 del C.P. y sostiene que de los informes periciales se acredita que están afectadas parcialmente las bases psicobiológicas y médico legal en la que se sustentan la imputabilidad.

Pues bien, esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obran en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

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

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

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Y sobre lo que alega el recurrente las pruebas periciales son excepcionalmente documentos a efectos casacionales, pero la norma general es que no sean auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sometidas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el art. 741. La comparecencia de los peritos en el juicio oral, como es habitual, permite al Tribunal disponer de la ventaja de la inmediación, y así poder completar y fijar el contenido básico del dictamen con las precisiones que realicen los peritos a las preguntas y repreguntas que les hagan las partes. Y como es doctrina reiterada, lo que depende de la inmediación, no puede ser revisado en casación - STS 168/2008, de 29 de abril-.

Y en el presente caso nótese que el propio recurrente lo que afirma es que existe una afectación parcial de las bases psicobiológicas.

Con ello, la valoración de la afectación de la conciencia y voluntad es tan solo parcial, con lo que en ningún caso podría llegar a alcanzarse un grado de eximente completa que propugna el recurrente. Son muchas las sentencias de esta Sala que, como la de instancia aprecian una atenuante analógica, cuando al trastorno de la personalidad se caracteriza por un déficit de control de los impulsos. Sería preciso (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 678/2017 de 18 Oct. 2017, Rec. 10069/2017) además que el autor de la infracción penal, a causa de la alteración que sufre, no pudiera comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, es decir, es preciso que la anomalía o alteración se interponga entre el sujeto y la norma que establece la ilicitud del hecho, de forma absoluta.

Además, a ello añadimos la exigencia de la prueba suficiente acerca de la concurrencia de la eximente completa que se alega, ya que así lo señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo 467/2015 de 20 Jul. 2015, Rec. 10253/2015, al apuntar que "las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria que son, corresponde al acusado en quien presumiblemente concurren. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal (STS. 1477/2003 de 29.12).

En definitiva para las eximentes o atenuantes no rige en la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo". La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación. Los hechos constitutivos de una eximente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal (SSTS. 701/2008 de 29.10, 708/2014 de 6.11)".

Incidencia de la parafilia en la imputabilidad del sujeto autor del delito contra la libertad sexual

De acuerdo a la definición del diccionario de la Real Academia Española (DRAE), una parafilia es un desvío de índole sexual. Se trata de una conducta íntima donde el placer se obtiene mediante una actividad diferente a la relación sexual en sí misma.

En concreto, se establece que una persona disfruta llevando a cabo una parafilia porque eso le supone gozar con uno o con los dos de los siguientes elementos:

1. Riesgo. El riesgo que trae consigo llevar a cabo una práctica sexual clasificada como parafilia supone que la persona en cuestión disfrute del mismo y cuente con una excitación mucho mayor.
2. Voluntad de poder. A través de una de estas prácticas, quien la lleva a cabo disfruta de una sensación de poder sobre la persona con quien la realiza, se siente por encima de ella y con capacidad para hacer lo que desea.

Es importante destacar que los expertos no han hallado trastornos psicológicos o cambios orgánicos que brinden una explicación sobre el origen de una práctica parafilica. Estas desviaciones, de todos modos, pueden tratarse mediante la terapia psicoanalítica. El problema surge ante la falta de tratamiento y el peligro que se causa a las víctimas con estas conductas al disponer el sujeto de la conciencia y voluntad de lo que hace, lo que impide acudir a la exención de responsabilidad penal que propugna el recurrente. Se llama "parafilia" a lo que en la ley se denomina "perversiones". Algunos psicoanalistas y psiquiatras aún la denominan así, y ello no puede en modo alguno, por sí mismo anular la conciencia y voluntad del mal que se está haciendo. Se sabe y conoce lo que se hace. Se sabe que es incorrecto, y pese a ello persiste en su conducta. Y el efecto más negativo se puede constatar en los presentes hechos probados, donde se acredita y constata la reiteración de conductas de ataque sexual, reiteradas y con semejante modus operandi, con empleo de la violencia en la mayoría de los casos, lo que agrava la situación de las víctimas, que ante esta perversión del sujeto activo se convierten en víctimas del deseo del autor de los hechos. El DSM- IV las caracteriza por consistir en impulsos sexuales intensos y recurrentes, fantasías o comportamientos que implican objetos, actividades o situaciones poco habituales.

Los expertos la califican en:

1. leve, ocasionalmente expresada.
2. moderada, implica mayor manifestación conductual;
3. severa, si lo lleva a niveles de compulsión.

Esta compulsión a veces implica que el individuo parafilico comete actos delictivos, cuando su parafilia es asocial.

Pues bien, lo que el Tribunal admite probado es la existencia de un "trastorno de parafilia", que no le impide conocer y comprender la naturaleza ilícita de los hechos por él cometido, si bien aparece su capacidad ligeramente modificada.

Con respecto a esta disfunción, la doctrina especializada en esta alteración señala que los trastornos parafilicos son fantasías recurrentes e intensas de excitación sexual, pulsiones o comportamientos sexuales angustiosos o incapacitantes y que involucran objetos inanimados, niños o adultos sin consentimiento, o el sufrimiento o la humillación de uno mismo o de la pareja con probabilidad de causar daño. Las parafilias son un

deseo impulsivo y compulsivo de realizar el acto o de fantasearlo. De hecho los individuos que la practican pueden parecer exteriormente tan normales como cualquier otra persona.

Sobre la afectación a la conciencia y voluntad del sujeto y si puede apreciarse como eximente completa del art. 20.1 CP la doctrina rechaza categóricamente esta posibilidad. Y ello, porque se considera que son sujetos libres de actuar al tener capacidad de querer, de entender y de obrar plenas (STS de 16 de Julio de 1991), apreciando una eximente incompleta del art. 21.1 CP solamente cuando el trastorno de la personalidad concorra con otros factores que acentúen la misma y erosionen de forma significativa la voluntad del sujeto, dejando la atenuante analógica para aquellos casos en los que se mostraba una afectación sensible de la capacidad intelectual y volitiva del sujeto.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1397/2009 de 29 Dic. 2009, Rec. 10722/2009 se trata este tema afirmando que:

"a) La "parafilia" es un término genérico que se refiere al conjunto de desviaciones o anomalías de la conducta sexual, en las que la imaginación o los actos inusuales o extravagantes son necesarios para conseguir la excitación o el placer, de modo que la respuesta sexual se produce de forma exclusiva o preferente ante situaciones u objetos que no se corresponden con la pautas habituales. Y se dividen en dos grandes grupos: aquellas en que existe una desviación del objeto sexual, en los cuales el deseo se orienta hacia objetos que no son los normales: niños (pedofilia), ancianos (gerontofilia), animales (zoofilia), prendas de ropa y similares (fetichismo) y en segundo lugar las parafilias que se caracterizan por una desviación del fin en los cuales la atracción y el placer no se encuentran en el acto sexual mismo sino en otras situaciones como pueden ser la producción de dolor (algolagnia activa o sadismo), el ser humillado o golpeado (algolagnia pasiva o masoquismo), el vestir ropas del sexo opuesto (travestismo) el mostrar los propios genitales (exhibicionismo) o la observación de otras personas en actitudes eróticas (voyeurismo).

b) Esta Sala con relación por ejemplo a la pedofilia que es la parafilia más próxima por su propia naturaleza a una posible acción delictiva, ya dijo que no impide ni limita la capacidad de actuar conforme al conocimiento de la ilicitud de acción salvo cuando se asocia a otros trastornos psíquicos relevantes como la toxicomanía, el alcoholismo o la neurosis depresiva (S^a 285/03 de 28 de febrero que reitera lo ya declarado en S^a de 1283/97 de 24 de octubre)".

En la sentencia de esta Sala de 16 de Julio de 1991 se ha asociado la parafilia a las perversiones sexuales. E incluso se ha llegado a puntualizar que la circunstancia de que un sujeto sufra parafilia no significa que ya, de por sí, pueda y deba quedar afectada su imputabilidad, pues parece existir acuerdo sobre la capacidad de estos sujetos para comprender y entender la gravedad de los actos que realizan, y también para conocer las normas sociales y legales prohibidas.

En esta línea, la doctrina especializada en esta materia médico-jurídica señala, asimismo, la dificultad para reconocer la incidencia de estos sujetos en la imputabilidad de quien los sufre, pues son definidos jurídicamente como imputables. Pero dado que los mismos pueden tener impulsos o deseos irrefrenables, necesidad imperiosa de llevar a cabo esos actos, o cuadros de ansiedad con impulsos intermitentes y difíciles de controlar que les lleva a buscar con deseo la satisfacción de sus pulsiones la doctrina apunta que pueden suponer una alteración de la voluntad que, aunque difícilmente supondrá una declaración de inimputabilidad (pues el sujeto sabe perfectamente lo que hace y sus repercusiones en las víctimas), sí que, al existir una ruptura del equilibrio entre la realización del acto y la prohibición de no hacerlo a favor del primero, permite reconocer una disminución de la misma.

Recordemos, también, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de 2 Feb. 1998, Rec. 1053/1997, donde se apunta que " La perversión sexual es un trastorno de la personalidad, de naturaleza caracterial, que se manifiesta en específicas desviaciones de la conducta sexual, tanto en la elección del objeto con que se satisface el instinto, como en los actos a través de los cuales se busca dicha satisfacción. Es por ello por lo que la mera existencia de una perversión sexual, aunque la misma obligue a considerar personalidad psicopática a quien la presenta, no debe llevar a la apreciación de una circunstancia atenuante como la que se impugna en este último motivo del MF. Determinados atentados contra la libertad sexual descritos en la ley penal -concretamente, aquellos de los que el procesado ha sido declarado autor- apenas son concebibles en sujetos que no sean sexualmente perversos; y no tendría sentido que se hubiesen tipificado como delitos, es decir, como hechos máximamente reprobables, conductas en las que necesariamente hubiere de apreciarse una disminución mayor o menor de la culpabilidad. Las perversiones sexuales, como cualesquiera otras psicopatías, sólo deben merecer una atenuación de la responsabilidad criminal cuando afecten sensiblemente a la capacidad intelectual y volitiva del sujeto -S 8 Mar. 1995- y, por consiguiente, a su capacidad de autodeterminación - SS 24 Dic. 1991 y 22 Abr. 1993 - o cuando se asocien con enfermedades mentales o intoxicaciones alcohólicas o de otras sustancias, o cuando concurren con

circunstancias excepcionales -S 6 Nov. 1993- que potencien el desequilibrio afectivo que es característico de las psicopatías. Fuera de estos casos, el debilitamiento de los frenos inhibitorios que puede provocar una perversión sexual no debe reflejarse en circunstancia atenuante alguna, porque el mismo no es mayor que el que precede, en la inmensa mayoría de los casos, al triunfo de las pulsiones instintivas sobre la motivación nacida de la norma en favor de una conducta socialmente adecuada. Para que pueda ser apreciada una circunstancia atenuante cuyo significado es el de la menor culpabilidad -y éste es el caso de la análoga a la eximente incompleta de enajenación mental- es preciso, en definitiva, que el hecho antijurídico perpetrado no pertenezca a su autor de la misma o semejante forma que pertenecen al ciudadano medio los hechos que normalmente se les imputan".

Esta Sala del Tribunal Supremo ha reconocido la afectación a la imputabilidad de la parafilia por la vía del art. 21.1 CP en aquellos supuestos en los que el afectado, además de tener un trastorno de inclinación sexual padece otros trastornos psíquicos relevantes, u otros factores que acentuaban la misma y erosionaban de forma significativa la voluntad del sujeto, lo que implicaba, a su vez, una disminución importante de las capacidades del sujeto que no anulación de las mismas. Y así podemos citar las siguientes:

1. STS 12 de Mayo de 1960: El sujeto presentaba un cuadro de comorbilidad por marcada y persistente desviación homosexual de tipo sadista, pedofilia y oligofrenia.

2. STS de 12 de Mayo de 1975: El acusado presentaba una psicopatía sexual que le llevaba a cometer actos exhibicionistas.

3. STS de 20 de Enero de 1976: El acusado era un psicópata paranoide celotípico en el que, además, se injertaban tendencias agresivas y sádicas.

4. STS de 8 de Febrero de 1995: El acusado presentaba psicopatía bien caracterizada, parafilia con varias manifestaciones, distimia o neurosis depresiva, adicción a la cocaína y consumo de alcohol.

5. STS de 30 de Abril de 1990: El acusado era diagnosticado de sintomatología neurótica, parafilia de fechitismo y trastorno obsesivo compulsivo.

6. STS de 29 de Junio de 1999: Se estima como afectación del acusado un bajo nivel intelectual, que está en el límite en la línea de separación (bordeline) con la oligofrenia, pero sin llegar a ésta, una peculiaridad de preferencia sexual con niños o paidofilia, y una grave adaptación social caracterizado por situaciones de angustia y depresión.

7. STS de 22 de Septiembre de 2000: Aparece una parafilia o trastorno psicosocial conocido como fetichismo a la que se asocia un trastorno de personalidad.

Se reconoce por la doctrina que la atenuante analógica ha sido la circunstancia más admitida por estimarse que los sujetos que padecen parafilia no presentan afectación de su capacidad cognoscitiva, de su capacidad de comprender, pero sí cierta influencia en su capacidad para controlar sus pulsiones mediante los apropiados frenos o estímulos inhibitorios, que salvo que se demuestre que es grave por encontrarse unido a otros trastornos o alcohol o drogas, -lo que conllevará a la consideración de una semieximente-, se considera afectación leve, encontrándose solo en una afectación, o incidencia moderada en su capacidad de comprensión del hecho y en el adecuamiento de esa conducta a esa comprensión. Por todo ello, la doctrina concluye que las parafilias constituyen enfermedades mentales que no siempre afectan a las facultades psíquicas del sujeto, y si lo hacen será la intensidad de esa afectación la que determina la disminución de la imputabilidad en la persona que lo padece. Y así, en este caso está suficientemente reconocida esa afectación en la determinación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal con la que ha sido reconocida, siendo imposible, tras lo expuesto, elevarlo a la pretendida eximente completa.

El descontrol de actitud de la parafilia, que conlleva el deseo de llevar a cabo actos sexuales con mujeres, no puede ser utilizado para postular una anulación de la responsabilidad penal, por cuanto esta no puede existir al no constatarse una inimputabilidad, sino que el sujeto tiene la plena conciencia y voluntad del mal que está haciendo, siendo consciente de que está reprobado desde el punto de vista social y es actitud prohibida, pese a lo cual opta por ejercer su deseo a llevar a cabo el acto con conciencia y voluntad de lo que está haciendo y que con su conducta causa daño a las mujeres a las que se acercó y realizó ataques contra su libertad sexual, uno de los delitos más execrables que pueden darse por llevarse a cabo contra el cuerpo de las mujeres en este caso, y contra su libertad de decidir sexual, ocasionando en muchos casos traumas importantes ante una conducta de ataque del sujeto activo del delito que es imposible de olvidar. La reprochabilidad penal de la conducta no puede quedar anulada por el alegato de exención de responsabilidad penal del recurrente ante un deseo que es evitable por la conciencia y voluntad de su conducta ilícita y dañina, no pudiendo convertir en irrelevante lo que lo es, bajo el abrigo de la parafilia. Por todo ello, en general, estos trastornos suelen afectar levemente a la imputabilidad del sujeto, dándose en los casos más acusados la aplicación de una atenuante analógica. Esta sala del Tribunal Supremo ha decretado



que no se da el caso de una eximente completa ya que "estos sujetos son libres de actuar al tener una capacidad de querer, de entender y de obrar, plenas".

Sin embargo, como ya se ha expuesto, al tratarse de trastornos caracterizados por una incapacidad de inhibición, la voluntad estaría alterada, no así la comprensión de la ilicitud del hecho. De esta forma se aprecia una eximente incompleta únicamente en los supuestos en que estos trastornos concurren con otros factores que erosionen de forma significativa la voluntad o comprensión del sujeto (por ej. oligofrenia, demencias, consumo de alcohol o de drogas).

El motivo se desestima.

Tercero. 2. Al amparo del Artículo 852 de la Lecr. por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, STS 45/2011 de 11 Feb. 2011), la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura

racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1. En primer lugar debe analizar el "juicio sobre la prueba" , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla 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 sometida a los principios que rigen de contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

2. 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 virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3. En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad" , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12:

" El único límite a esa función revisora lo constituye la intermediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .

1. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.
2. Cómo lo dice.
3. Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- a. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio".
- b. El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical.

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 lógico, 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, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, o de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras-.

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 y de la inmediatez de que dispuso, inmediatez que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediatez de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

1. Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
2. Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
3. Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
4. Si ha sido practicada con regularidad procesal.
5. Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
6. Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediatez veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

Pero en este caso el recurrente, después de relacionar los hechos probados, apunta que no es autor de los hechos y que no se reconoce como tal, y que la reacción de las víctimas no encaja en un patrón psíquico y lógico de quien ha sido víctima de un delito sexual, señalando que hay contradicciones en las víctimas.

Pese a ello, en la relación de hechos probados se constata una descripción sumamente detallada de las reacciones de las víctimas acerca de intentar zafarse del sujeto, en algunos casos de repeler ese ataque, de defender con objetos que llevaban, de darle un manotazo al agresor, de golpearle con lo que podían utilizar para escapar de su sujeción violenta, etc. En definitiva, de tratar de huir de los actos libidinosos del recurrente que deseaba llevar a cabo actos de contenido sexual con las mujeres víctimas, empleando en unos casos violencia o intimidación, y en otros meros abusos sexuales por no concurrir estos elementos en el ejercicio y desarrollo de la acción.



El Tribunal ha escuchado a las víctimas, ya que señala que: " Para la fijación de los hechos probados se ha atendido primordialmente a las declaraciones de cada una de las víctimas, las cuales explicaron con toda suerte de detalles lo que les ocurrió el día en que se toparon con el acusado, a quien identificaron como la persona que les agredió sexualmente, en forma intentada o consumada, o bien abusó de ellas en la manera precedentemente descrita. La mayor parte de las víctimas reconoció en rueda al acusado, tal y como consta en autos, y las que no reconocieron durante la fase de investigación lo hicieron durante el acto del juicio, bien presencialmente, bien a través de la misma videoconferencia por la que declararon en juicio.

Por si alguna duda pudiese haber con respecto a alguno de los reconocimientos efectuados, la mecánica de todos los hechos coinciden en varios aspectos muy importantes, lo que permite afirmar que todos ellos fueron realizados por la misma persona. En primer lugar, todos los hechos ocurrieron en una misma franja de playa, la existente entre Vega Mar y Mareny de San Lorenzo, en los términos municipales de Sueca y Cullera, en donde no hay construcciones, sino que hay una playa en cuyo fondo hay diversas dunas y matorrales, y a continuación campos de cultivo, y el acusado se aprovechó de que se trataba de una zona no edificada para abordar a sus víctimas a unas horas del día en que no solía haber nadie o pocas personas, o sea, entre las dos y las tres de la tarde, o bien al anochecer o a últimas horas de la tarde. Además, aunque ocurrieron en un lapso temporal situado entre septiembre de 2014 y mayo de 2016, las víctimas siempre se refirieron a un modo de actuar muy parecido, pues el acusado solía masturbarse delante de ellas y luego trataba de tocarlas en los pechos y en los órganos genitales, al tiempo que intentaba tirarlas al suelo, lo que en diversas ocasiones consiguió, poniéndose encima de ellas mientras las iba tocando al tiempo que les decía que quería "follar" con ellas. Y todavía más, en la vivienda del acusado se hallaron diversas prendas de vestir, especialmente un sombrero de paja y otras prendas que permitieron elaborar a la Guardia Civil un informe que guardaba correspondencia con la fotografía que una de las víctimas le hizo y con la grabación que del mismo realizó otra de las víctimas (folio 33 y siguientes del tomo II). Y lo que es más importante, analizado genéticamente el semen que derramó en el bolso de otra de las víctimas, se correspondía con el acusado (folio 201 y siguientes del tomo II). Con lo que no hay duda de que fue el acusado, y no ninguna otra persona, quien perpetró todos los hechos enjuiciados.

Cada una de las víctimas contó lo que le había ocurrido, y así ha quedado plasmado en la relación de hechos probados, y asimismo han identificado antes o después al acusado. Todas esas manifestaciones, unidas a la valoración del resto de evidencias halladas, conduce a la conclusión de que el acusado fue el autor de las mismas, sin que este tribunal albergue la menor duda al respecto".

Lo que el recurrente pretende es alterar el proceso valorativo del Tribunal, y no explica qué contradicciones mantuvieron las víctimas. Así, el Tribunal tuvo el privilegio de la inmediatez y escuchó a las víctimas narrar cada uno de los hechos. Y en algunos casos lo hicieron por el sistema de videoconferencia, dada la oportunidad que las tecnologías conceden ahora a los Tribunales de justicia de permitir a las víctimas, sobre todo en los casos de delitos contra la libertad sexual, de no verse sometidas a una nueva victimización "secundaria" de estar físicamente cerca de la persona que cometió actos de contenido sexual grave hacia las víctimas, lo que ya el mero hecho de recordar aquellos momentos dramáticos para las víctimas les supone una cierta victimización. Aunque es obvio que su presencia en el proceso penal y en el juicio oral resulta absolutamente necesaria, por cuanto tienen la caracterización procesal de "pruebas de cargo", sin cuya presencia las acusaciones se ven desprovistas de la prueba que han propuesto. Por ello, el sistema utilizado en este caso de la videoconferencia supone una medida de "protección procesal" en la organización operativa de los Tribunales a la hora de preparar un juicio y otorgar ese ámbito de protección que precisan las víctimas del delito el día del juicio oral. No siendo así, se añade una nueva perturbación en el sufrimiento que ya experimentó la víctima el día del ataque a su libertad sexual, si el día del juicio no se le permiten instrumentos de protección a la víctima como el uso de la videoconferencia, como en este caso reconoce el Tribunal que se ha empleado en algunos casos.

Pues bien, sobre la valoración de la declaración de las víctimas en el juicio oral lo que el juez o tribunal penal debe valorar cuando analiza la declaración de la víctima y la previsible contradicción con la prestada por el acusado en el plenario negando los hechos se centra en analizar si cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.



2º) Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim.) en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3º) Persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (SSTS 28-9-88, 26-3 y 5-6-92, 8-11-94, 11-10- 95, 13-4- 96).

Y, como ya dijimos en la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 282/2018 de 13 Jun. 2018, Rec. 10776/2017, "en estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien "ha visto" un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido.

En este debate, tuvo la oportunidad de resolver este problema la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, al poder llevar a cabo una modificación de la LECRIM que habilitara una especial y privilegiada posición de la víctima del delito desde el punto de vista del proceso penal. Pero no fue así, y se limitó en el art. 2 de la misma a fijar la división entre víctima directa e indirecta, para fijar: a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito.

Y pese a que en las Disposiciones Finales de la Ley 4/2015 modificó la LECRIM, no realizó, sin embargo, una modificación de la posición procesal de la víctima al margen, o por encima, de la mera situación procesal de "testigo" dentro de los medios de prueba. Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal, y, sobre todo, en casos de crímenes de género en los que las víctimas se enfrentan a un episodio realmente dramático, cual es comprobar que su pareja, o ex pareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron unos hechos que, en casos como el que aquí consta en los hechos probados, se le quedan grabados a la víctima en su visualización de una escena de una gravedad tal, en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida.

Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración. En este último punto debe tenerse muy presente que la circunstancia de que entre autor del delito y víctima haya existido algún tipo de enfrentamiento, o haber sido la víctima sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, ello no debe conllevar que se dude de su veracidad, ya que la circunstancia de que existan estos antecedentes no deben disminuir su credibilidad, sino que se valorará su declaración con el privilegio de la inmediatez de que dispone el Tribunal. Tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que tarde en denunciar en hechos de violencia de género, dadas las especiales circunstancias que rodean a estos casos en los que las víctimas pueden tardar en tomar la decisión en denunciar por tratarse el denunciado de su pareja, o ex pareja, lo que es un dato que puede incidir en esas dudas de las víctimas que están sometidas a esa especial posición psicológica en la que quien les ha agredido es su propia pareja, algo, realmente, que nunca pudieron esperar cuando iniciaron su relación. Se trata de una serie de elementos a tener en cuenta en la valoración de la declaración de la víctima como testigo cualificado, dada su condición de sujeto pasivo del delito. Por ello, se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo "ha visto" un hecho, sino que "lo ha sufrido", para lo cual el Tribunal



valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito".

En estos casos de delitos contra la libertad sexual es factible que no existan elementos de corroboración periférica. El problema es que "ese dato" podría no existir, y no por ello debe decaer la credibilidad si hay ausencia de incredibilidad subjetiva y persistencia y firmeza en lo que ha declarado. Y además, en este caso existe un modus operandi similar en la acción llevada a cabo sobre diversas víctimas que han narrado hechos similares en la mecánica comisiva, y en la misma ocasión y zona.

Es preciso, por ello, valorar cada caso y cada supuesto concreto para comprobar si puede exigirse esa prueba de corroboración de datos periféricos. Así lo señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 725/2007 de 13 Sep. 2007, Rec. 11338/2006, para apuntar que: "En cualquier caso, la inexistencia de estos datos no puede ser interpretada como una circunstancia de incredibilidad objetiva de las manifestaciones de la víctima en torno al maltrato y a las agresiones sexuales de las que fue objeto".

Las corroboraciones objetivas de la declaración de la víctima en supuestos en los que estas son posible deben exigirse como pruebas de cargo, por lo que su no aportación irá a favor de la presunción de inocencia por falta de la "suficiente prueba" para condenar, y su ausencia debería llevar a la absolución. Pero debe entenderse que esto lo es analizando cada supuesto concreto, ya que, como mantenemos, habrá casos en los que esta prueba no pueda exigirse porque no exista al tratarse de casos ocurridos en donde no hay testigos ni lesiones objetivables.

En este caso debe entenderse que en delitos sexuales como los aquí recogidos y reflejados en los hechos probados lo que debe llevar a cabo el Tribunal es destacar el proceso valorativo y en la reiteración de hechos declarados probados se evidencia una conexión que van especificando las víctimas, lo que permite aceptar el proceso valorativo del Tribunal.

El motivo se desestima.

Cuarto.

Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado D. Carlos Manuel , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, de fecha 30 de abril de 2018, que le condenó por delitos de abuso sexual, de agresión sexual en grado de tentativa, de agresión sexual y de violación. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Luciano Varela Castro
Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet
Susana Polo García

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.