

Roj: STS 5238/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5238

Id Cendoj: 28079120012016100895

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 817/2016

Nº de Resolución: 898/2016

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: ANDRES PALOMO DEL ARCO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por el Procurador Sr. Sandín Fernández en nombre y representación de **Marcos** contra sentencia de fecha veintinueve de marzo de dos mil dieciséis dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimosegunda, en causa seguida contra el mismo por delito de agresión sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal e interviniendo como parte recurrida, Elisabeth representada por la Procuradora Sra. López Caballero.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Vic, tramitó Sumario núm. 3/2014 contra Marcos por delito de agresión sexual; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Vigésimosegunda (Rollo de Sumario núm. 6/2015-D) dictó Sentencia en fecha veintinueve de marzo de 2016 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"ÚNICO.- Se declara probado que el día 20 de diciembre de 2013, alrededor de las 19.00 horas, el procesado Marcos, se acercó al domicilio de Elisabeth, en el que se encontraba ella y sus dos hijos de 3 y 8 años de edad, y un amigo de estos. El procesado llamó a la puerta, siendo abierto por Elisabeth, a la que le preguntó por su marido Bartolomé, diciéndole Elisabeth que estaba en Rusia por trabajo, el procesado le dijo que necesitaba una máquina de soldar. Elisabeth le dijo que pasase y se dirigieron al garaje por la puerta interior para que él cogiera la máquina. Una vez en el interior del garaje, al que se accede desde el interior de la vivienda en la misma planta, el procesado tras coger una máquina y dejarla, cerró la puerta y le dijo a Elisabeth que no venía a esto, y de forma totalmente imprevisible y sorpresiva la sujetó y empezó a besarla, primero en la boca y después a chuparle por el cuello, intentado ella impedirlo apartándolo con los brazos, a la vez que le decía que la dejara que no quería, que parase, insistiendo el procesado en su acción, empujándola contra la puerta quedando ella entre una nevera y un calentador, en esta situación de bloqueo el procesado de un tirón le bajó los pantalones/mallas y las bragas, mientras ella con las manos intentaba evitarlo, logrando bajarle un trozo y tocándole con la mano los genitales a la vez que le introdujo los dedos en la vagina, ante la resistencia de ella que le apartaba y se intentaba subir los pantalones, el le dijo que le dejara chupárselo, negándose ella y logrando subirse los pantalones, mientras el procesado sacó su pene y a ella la giro de espaldas, resistiéndose ella a permanecer vuelta y logrando girarse de cara, momento en que le cogió la camiseta y se la subió junto con el sujetador, llegándole a chupar un pecho, ella mientras, intentaba soltarse empujándole a la vez que le decía que la dejara y que iba a llegar su padre, desistiendo en este momento el procesado que soltó a Elisabeth y se fue hacia la calle por el interior de la vivienda".

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

"Que condenamos a Marcos, como autor responsable de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del C. penal, a la pena de seis años de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio

pasivo durante el tiempo de la condena. Se impone a Marcos la medida de libertad vigilada por el periodo de cinco años.

Debiendo abonar las costas procesales".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación del condenado Marcos teniéndose por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente, formalizó el recurso alegando los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración de los principios constitucionales recogidos en el art. 24 de la Constitución Española, así como por violación de los derechos fundamentales siguientes: art. 24.1 en cuanto a la indefensión, el art. 24.2 en cuanto al derecho de defensa, y art. 24.2 en cuanto a la presunción de inocencia, art. 24.1 y 24.2 en cuanto al derecho a un procedimiento con todas las garantías, y art. 24.1 en cuanto a la tutela judicial efectiva, por la vía del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, por infracción del Art. 24.2 de la Constitución en cuanto a la presunción de inocencia, en relación al principio tradicional de valoración de la prueba (in dubio pro reo), por la vía del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo Tercero.- Por quebrantamiento de forma, de conformidad con el art. 847 en relación con el art. 851 primero y tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por resultar manifiesta contradicción entre los hechos consignados por la Sala como probados, así como por omitir sobre puntos que han sido objeto de defensa.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley, de conformidad con el art. 847 en relación con el 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo Quinto.- Por infracción de ley, de conformidad con el art. 847 en relación con el 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación al 741 y al art. 717 del mismo cuerpo legal al no haberse valorado la prueba de forma racional por un lado y, por otro, al omitirse parte de la prueba practicada en juicio y en la instrucción que permitirían sostener el criterio contrario al descrito por la Sentencia. Y, todo ello en relación al art. 6.1 de Tratado de Derechos Humanos y al art. 24.1 y 24.2 CE en cuanto al proceso con todas las garantías, que no es otro que el correlato del art. 6.1 del citado Tratado Internacional, citando como documentos: las actuaciones sumariales, el acta del Juicio oral y la misma Sentencia.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida se opuso al recurso interpuesto y el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de todos los motivos aducidos solicitando subsidiariamente su desestimación, de conformidad con lo expresado en su escrito de fecha 27 de junio de 2016; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 26 de octubre de 2016 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo para el día 10 de noviembre de 2016; continuando la misma hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La representación procesal del condenado por un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP, recurre en casación la resolución de primera instancia, donde formula un motivo por quebrantamiento de forma, el tercer ordinal de su escrito, con amparo en el art. 851.1 y 3 LECr, por resultar, afirma, manifiesta contradicción entre los hechos consignados por la Sala como probados, así como por omitir sobre puntos que han sido objeto de defensa.

Si bien, en su argumentación no alude a contradicción interna del relato fáctico afirmado como probado, sino a contradicciones que afirma existentes en la declaración de la víctima, en relación a los tratamientos de deshabitación y su adicción a sustancias tóxicas; cuestión ajena a este motivo, atinente a la presunción de inocencia, que analizaremos al examinar el quebranto también alegado de ese derecho fundamental

La omisión también la centra el recurrente en esta cuestión, en que la Audiencia no analiza los extremos manifestados por la defensa, sobre las manifestaciones contradictorias de la denunciante en relación a sus tratamientos de deshabitación y su adicción a sustancias tóxicas.

Conviene recordar con cita de la STS núm. 913/2012, de 14 de noviembre , que si bien "deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar **que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas** , de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del art. 849.2º, de la LECr ".

Y en todo caso, una ya reiterada jurisprudencia (por todas, STS núm. 444/2015, de 26 de marzo y las que allí se citan) recuerda que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones; pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En igual sentido, la sentencia de esta Sala, núm. 290/2014, de 21 de marzo reitera:

Es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161. 5º L.E.Cr , introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5 LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Lo recuerda la parte recurrida en su impugnación al recurso. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan feliz previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido iniciándose de nuevo eventualmente el itinerario impugnativo (lo que plásticamente se ha llamado "efecto ascensor"). Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal (STS 686/2012, de 18 de septiembre , que cita otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva. Este nuevo remedio para subsanar omisiones de la sentencia ha superado ya su inicial período de rodaje, que aconsejaba una cierta indulgencia en la tesitura de erigir su omisión en causa de inadmisión. Pero se contabiliza ya una jurisprudencia que sobrepasa lo esporádico (SSTS 1300/2011 de 23 de noviembre , 1073/2010 de 25 de noviembre , la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre , 289/2013, de 28 de febrero o 33/2013, de 24 de enero) y que viene proclamando esa catalogación como requisito previo para un recurso amparado en el art. 851.3º LECr .

En definitiva, en autos, la omisión invocada no viene referida a un determinada pretensión procesal sino a elementos fácticos, que la Audiencia en todo caso rechaza, cuando indica que de la prueba practicada resulta que la denunciante "sigue un tratamiento de deshabitación por el consumo de bebidas alcohólicas, pero que lo sigue desde hace años, no detectándose consumos desde hace varios años y no presentado ninguna alteración psíquica, excepto según manifestó la madre de Erica, una leve depresión diagnosticada hacia aproximadamente un mes"; y de otra parte, tampoco se cumplimenta la exigencia procesal requerida, pues ningún recurso de complemento previo ha formulado el recurrente. El motivo se desestima.

SEGUNDO. - También formula un motivo, en su ordinal quinto, por *error facti* , al amparo del artículo 849.2 LECr , que a su vez desdobra: a) en relación al 741 y al art. 717 del mismo cuerpo legal al no haberse valorado la prueba de forma racional por un lado y, por otro, al omitirse parte de la prueba practicada en juicio y en la instrucción que permitirían sostener el criterio contrario al descrito por la Sentencia; y en relación al art. 6.1 CEDH y al art. 24.1 y 24.2 CE donde señala como documentos: *las actuaciones sumariales, el acta del Juicio oral y la misma Sentencia* ; y b) donde procede a designar el *informe de asistencia en urgencias del Consorci Hospitalari de Vic* de fecha 22 de diciembre de 2013 y el *Informe Médico Forense* de igual fecha que señalan que no se aprecian lesiones sugestivas de violencia en toda la superficie corporal ni en los genitales.

Sucede sin embargo que la finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECr , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario (STS núm. 126/2015, de 12 de mayo). Dicho de otra forma, este motivo no autoriza una revisión genérica de la valoración de la prueba, como pretenden las recurrentes, sino que exige la existencia de documento literosuficiente, cuyos particulares deben ser debidamente identificados, del que resulte sin necesidad de explicación o prueba adicional, la modificación interesada del fallo.

En palabras de la STS 118/2009, de 12 de Febrero , el documento acreditativo del error al que se refiere el art. 849.2º de la LECr requiere como requisitos que *se trate de un documento* , lo que significa que tenga un soporte material que ilustre o permita comprobar algo; que *no precise de la adición de otras pruebas para acreditar el hecho al que se refiere o para acreditar el error que se pretende* , *sin que quede contradicho, o limitado en sus efectos acreditativos, por otros elementos probatorios obrantes en la causa* .

Y sucede que en el motivo, no se invoca documento alguno de estas características, por lo que el motivo necesariamente fracasa; pues ninguno de los directa o indirectamente invocados goza de la autarquía y literosuficiencia para acreditar por sí solo el error que se invoca. Así reiterada jurisprudencia, ha ido excluyendo la condición de documentos casacionales a las pruebas de naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito generalmente: como declaraciones de imputados o testigos; e igualmente la documentación de la prueba pericial es ajena a la técnica de este cauce procesal; y tampoco tiene esta condición, el atestado policial y acta del Plenario, aunque se integre en soporte auditivo o audiovisual en el que se ha grabado el juicio.

Ninguno de los documentos invocados, por sí solos, sin necesidad de prueba o explicación adicional acreditan que el recurrente no cometiera la agresión imputada. De otra parte, la conclusión pretendida, resulta contradicha por prueba personal, como es la declaración de la víctima, de forma que tampoco resultan aptos hacer prosperar este motivo.

Igualmente en relación con los dictámenes invocados, resulta que en modo alguno son mal valorados por la sentencia recurrida que efectivamente admite, que de los mismos no resulta la existencia de hematomas ni lesiones superficiales en el cuerpo de Elisabeth y que los genitales externos presentan una situación de normalidad. Pero de ello no resulta como inexorable conclusión, la inexistencia de agresión sexual violenta; cuando en sus múltiples manifestaciones como la realidad criminológica muestra, los actos de fuerza, incluso física empleada, no precisan dejar vestigios en el cuerpo de la víctima.

El motivo se desestima.

TERCERO. - El primer y segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración de los principios constitucionales recogidos en el art. 24 de la Constitución Española , "por violación de los derechos fundamentales siguientes: art. 24.1 en cuanto la indefensión, el art. 24.2 en cuanto al derecho de defensa, y art. 24.2 en cuanto la presunción de inocencia, art. 24.1 y 24.2 en cuanto al derecho a un procedimiento con todas las garantías, y art. 24.1 en cuanto la tutela judicial efectiva" en el primer motivo; y por infracción del derecho a la presunción de inocencia, en relación al principio tradicional de valoración de la prueba (in dubio pro reo), en el segundo.

1. Alega en esencia en el primer y segundo motivo, pero también en los ulteriores, aunque fueren ajenos al quebranto de la presunción de inocencia que: a) no se ha practicado en el plenario prueba de cargo suficiente de la que se concluya claramente que el acusado agrediera sexualmente a la denunciante, sin que las manifestaciones de la denunciante hayan sido corroboradas por prueba periférica alguna, ni existan motivos para dar mayor credibilidad a sus afirmaciones respecto de la que realizó el denunciado, debiendo reputar la testifical de la madre y de su amiga como de referencia e inidónea para enervar el derecho a la presunción de inocencia del acusado; b) tampoco se acredita en los informes médicos la realidad objetiva de la agresión denunciada; c) no concurre la nota de incredibilidad subjetiva en a denunciante, ya que resultaron patentes en el juicio oral sus contradicciones en cuanto a su adicción y dependencia de sustancias tóxicas, y en cuanto al tratamiento de las mismas; d) no supo concretar la hora en que manifiesta se produjo a agresión, las 18:00 horas o las 19:00; e) tras la supuesta agresión, sigue haciendo vida normal acudiendo a una cena y se denuncia dos días después; f) cuando narra la supuesta agresión a su madre no muestra intención de denunciar lo que hace presionada por la familia g) no se concretó que entiende la denunciante por "introducción" los dedos en la vagina; y h) no concurren actos de fuerza.

2. Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos, esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que *a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes* . Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

3. Por otra parte, la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional (vd. STS 210/2014, de 14 de marzo , cuya estructura y fundamentación seguimos, y las que allí se citan), puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada.

Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre , 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre), como esta misma Sala (SSTS núm. 339/2007, de 30 de abril , núm. 187/2012, de 20 de marzo , núm. 688/2012, de 27 de septiembre , núm. 788/2012, de 24 de octubre , núm. 469/2013, de 5 de junio , etc.).

La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento , mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo, como bien explica la sentencia recurrida, viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido

de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpativa pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado cuando carece de elementos de corroboración, pues se trata de una declaración que carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

De manera complementaria en las STS 653/2016, de 13 de julio y 803/2015, de 9 de diciembre, calificábamos a este triple test, como orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal". Ni tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena. "Es posible que no se confiara capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su identificación en una rueda v.gr.), pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se detecta ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es imaginable una sentencia condenatoria basada esencialmente en la declaración de la víctima ayuna de elementos corroboradores de cierta calidad, fluctuante por alteraciones en las sucesivas declaraciones; y protagonizada por quien albergaba animadversión frente al acusado. Si el Tribunal analiza cada uno de esos datos y justifica por qué, pese a ellos, no subsisten dudas sobre la realidad de los hechos y su autoría, la condena será legítima constitucionalmente. Aunque no es frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor".

De similar manera en la STS 891/2014, de 23 de diciembre, con cita de la 1168/2001, de 15 de junio, se precisaba que estos parámetros no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y *ha de ser racional* (art. 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la ley exige sea racional; es decir, "esos tres elementos, que viene examinando la doctrina de esta Sala para medir la idoneidad, como prueba de cargo, de la declaración de la víctima de un hecho delictivo (ausencia de motivación espuria, existencia de algún elemento corroborador y persistencia), no son requisitos de validez de tal medio probatorio: no son elementos imprescindibles para que pueda utilizarse esta prueba para condena".

4. El primer parámetro de valoración es la credibilidad subjetiva del testimonio (o ausencia de incredibilidad subjetiva, en la terminología tradicional de esta Sala).

La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan. O de la existencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En el caso actual las características físicas o síquicas del testigo no presentan deficiencia alguna, y en consecuencia no afectan a su testimonio, que mantiene, en principio, toda su credibilidad. Su tratamiento por depresión en nada afecta a su capacidad para interiorizar adecuadamente y expresar de manera apropiada y concorde con esa interiorización el episodio de agresión sufrido. Tampoco las adicciones o episodios de abuso anteriores, cuando la abstinencia de alcohol y cocaína, resultaba reiterada sin muestra positiva desde hacía varios años.

En cuanto al análisis de posibles motivaciones espurias, deriva del examen del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima, cuyo testimonio es el principal basamento de la acusación, para constatar si la declaración inculpativa se ha podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad. El fundamento de este criterio responde a que cuando se formula una acusación, y no cabe atisbar racionalmente motivo alguno que pueda justificarla, un simple razonamiento de sentido común puede llevarnos a la conclusión de que la acusación se formula simplemente porque es verdad. Cuando pueda

atisbarse racionalmente otra motivación, de carácter espurio, esta conclusión no puede aplicarse, lo que no significa que el testimonio quede desvirtuado, pero sí que precisará otros elementos de corroboración.

Como ha señalado reiteradamente esta Sala (STS 609/2013, de 10 de julio, entre otras), es obvio que el deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la declaración de la víctima.

En el caso actual, por el contrario la víctima, narra las relaciones de amistad de su matrimonio con el inculpado y su pareja, su aprecio mutuo y su intención inicial de no denunciar, aunque entiende que debe pagar porque estaba mal lo que hizo; e inclusive, aunque el deseo de indemnización como reparación del ilícito penal cometido, en absoluto puede considerarse espurio, sino legítimo, pues si el ilícito existió, el dato de la petición indemnizatoria poco esclarece, aquí, la denunciante precisa que no desea indemnización.

5. El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

En autos, la verosimilitud del testimonio resulta de la propia narración de lo acontecido, de la naturalidad y lógica con que precisa las aclaraciones que le son solicitadas en el interrogatorio cruzado practicado, que conforman un relato lógico con plena coherencia interna. Incluso el procurar que sus hijos no se percataran de la agresión, la continuidad de su agenda normal, su narración ulterior a su madre y a una amiga que le indican la necesidad de denunciar y esperar la vuelta de su marido para formalizar la denuncia, integran una actitud no extraña a la experiencia criminológica resultante de episodios similares.

La corroboración, ciertamente es escasa, sólo derivada del testimonio de sus allegados, madre, amiga, esposo; e incluso su actitud cuando se encuentra con la compañera del denunciado. Ciertamente, madre, amiga, esposo son testigos de referencia, como indica el recurrente, en otro caso, el testimonio de la víctima no sería la única prueba de cargo; pero pese a esa naturaleza, su contenido conteste y la propia forma de narración, alejada de cualquier intencionalidad "vindicativa" contra el denunciado a quien inicialmente no pensaba denunciar, configuran ese mínimo corroborador.

De otra parte, la inexistencia de vestigios lesivos en los informes periciales solo permite afirmar su ineptitud como criterios de corroboración, pero en absoluto acreditan que no mediara violencia en el acceso sexual.

6. El tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones».

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

c) Ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

En el caso actual, las tres pautas se observan en las manifestaciones de la testigo. Y así lo expresa motivadamente la sentencia de instancia: *... valoradas las declaraciones de Erica, la primera prestada en la fase de instrucción, consta en autos la grabación, realizada con la presencia del letrado del procesado y de la testigo, así como el Ministerio Fiscal, se hace un pormenorizado relato de los hechos objeto de denuncia y además de todos los datos periféricos anteriores y posteriores a la agresión, versión que se mantiene en el acto del juicio oral cuando es interrogada por el Ministerio Fiscal y los letrados, dando muestras, pese al tiempo transcurrido, de recordar exactamente, como se produjo el ataque a la libertad sexual, como consiguió el procesado que fueran al garaje, y como allí tras cerrar la puerta que da acceso a la vivienda donde estaban los menores, la arrinconó contra la puerta y entre una nevera y un calentador empezando a besarla y ante la negativa de ella, la sujetó y le besó y chupó por el cuello y cara, mientras ella le empujaba para apartarlo y le decía que la dejara que no quería, el procesado de un tirón le bajo los pantalones y bragas y le tocó sus genitales y le introdujo los dedos, mientras ella intentaba subirse los pantalones, el le dijo que le dejara chuparla, negándose ella y logrando finalmente subirse los pantalones, entonces el procesado sacó el pene*

y la sujeto obligándola a darse la vuelta, resistiéndose ella a girarse, mientras le decía que la dejara y que vendría su padre, aprovechando el procesado para subirle la camiseta y el sujetador y chuparle un pecho, desistiendo finalmente el procesado, ante la resistencia y negativa de Elisabeth y la insistencia con que le decía que estaba a punto de llegar su padre. La manifestación, es concreta en cuanto a la acción agresiva de carácter sexual, habiendo reiterado en todas sus declaraciones que el procesado introdujo sus dedos en sus genitales. Finalmente, no existen contradicciones, no sólo en cuanto al relato del núcleo de la acción agresiva, sino también en cuanto a las circunstancias y relaciones de amistad anteriores al hecho denunciado. También en el relato que realizan los testigos de referencia (madre y pareja de Elisabeth), dado que como ocurre habitualmente, estas infracciones se cometen sin la presencia de terceras personas y en lugar oculto, apreciándose una coherencia entre lo declarado por Elisabeth y lo que ellos explican que les relató sobre lo sucedido con el procesado, el mismo día de los hechos a la madre y al día siguiente a su pareja, cuando llegó de viaje.

El recurrente, también reprocha la tardanza en denunciar los hechos. Sin embargo en delitos de esta naturaleza y especialmente cuando el acusado es conocido de la víctima como es el caso de autos, resulta frecuente y en nada socava la credibilidad y la fiabilidad del testimonio de la víctima (vd. STS núm. 1028/2012 de 26 de diciembre).

La discordancia horaria, hacia las 18'00, las 18'15 ó las 19'00 horas, en relación con el suceso de autos, en nada afectan al núcleo esencial de lo narrado; y tal mínima falta de concordancia, no quiebra la credibilidad, el recuerdo se diluye con el paso del tiempo, es inviable una reproducción exacta y mimética en las sucesivas declaraciones que se emiten; siendo su absoluta coincidencia, en no pocas ocasiones, sugestiva de de un discurso aprendido, ajeno a la espontaneidad de la exteriorización de la vivencia interiorizada.

Pero principalmente hace hincapié el recurrente en la existencia de contradicciones sobre su adicción a la cocaína y al alcohol y su consecuente tratamiento. Sin embargo del examen de sus declaraciones, tales contradicciones no son predicables, meramente se limita a contestar de manera llana a las preguntas sobre la cuestión, según el modo y en referencia al tiempo respecto del cual le son formuladas. Así admite sin ambages su consumo de cocaína, su adicción al alcohol y consecuente tratamiento, su abstinencia actual y su actual proceso depresivo; con contestaciones precisas, cuando se le cuestiona de forma directa y clara.

Tampoco resulta relevante la cuestión de las adicciones, en relación a la versión del recurrente, que afirma un ánimo de venganza porque no quiso comprarle alguna dosis de cocaína, cuando en el propio relato de la víctima, cuando narra lo acontecido a su madre y una amiga, no refiere ánimo de perjuicio contra el mismo, sólo incompreensión, hasta el extremo de que son su madre y allegados quien le indican la necesidad de denunciar. Versión del recurrente, que en todo caso, presenta varios quiebras lógicos, como el desplazamiento al garaje si fue a preguntar por el número de teléfono de algún proveedor de cocaína, o que la consulta tuviera que realizarla personalmente porque no tenía el número de la denunciante ni de su esposo, a pesar de la relación que mantenían.

En definitiva, el Tribunal de instancia valora de manera racional partiendo de los parámetros enumerados, la declaración de la víctima, tras lo que concluye que "se evidencia que supera los criterios racionales de valoración y tiene la consistencia necesaria para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia del procesado y desde el punto de vista objetivo proporciona una convicción sin dudas racionales sobre la culpabilidad del procesado"; racionalidad derivada de los parámetros lógico explicitados, que impiden censura casacional alguna en este ámbito

7. En cuanto a los actos de fuerza y la resistencia de la víctima, son expresamente afirmados por la misma, incluso en el plenario, precisamente a preguntas de la de la defensa.

Y por último, en cuanto al significado de la introducción de los dedos en la vagina, reiteradamente afirmada, nada permite entender un contenido contrario a su literalidad; mientras que los gestos que la víctima realiza con la mano, en su declaración sumarial grabada -contradictoriamente prestada-, cuando es interrogada al respecto, son hartamente expresivos.

El motivo se desestima.

CUARTO. - El cuarto motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los artículos 178 y 179 LECr .

Argumenta que aún partiendo de la propia versión de la testigo, no se ha acreditado la existencia de violencia o intimidación de entidad suficiente para la apreciación de agresión sexual, tratándose en su caso

de una conducta de abuso, debiendo reducirse la pena tanto en aplicación estricta de la legalidad, como por el principio de proporcionalidad en relación a los hechos denunciados.

Al margen de que la violencia empleada por el autor y la resistencia frente a la misma opuesta por la víctima, es afirmada por la propia testigo-víctima en el plenario, el motivo elegido solo permite errores de subsunción, de modo que en su examen obliga partir del relato de hechos declarados probados sin alteración alguna, de modo que el motivo debe desestimarse, por cuanto en ese apartado se recoge: (...) *Una vez en el interior del garaje, al que se accede desde el interior de la vivienda en la misma planta, el procesado tras coger una máquina y dejarla, cerró la puerta y le dijo a Elisabeth que no venía a esto, y de forma totalmente imprevisible y sorpresiva la sujetó y empezó a besarla, primero en la boca y después a chuparle por el cuello, intentado ella impedirlo apartándolo con los brazos, a la vez que le decía que la dejara que no quería, que parase, insistiendo el procesado en su acción, empujándola contra la puerta quedando ella entre una nevera y un calentador, en esta situación de bloqueo el procesado de un tirón le bajó los pantalones/mallas y las bragas, mientras ella con las manos intentaba evitarlo, logrando bajarle un trozo y tocándole con la mano los genitales a la vez que le introdujo los dedos en la vagina, ante la resistencia de ella que le apartaba y se intentaba subir los pantalones, él le dijo que le dejara chupárselo, negándose ella y logrando subirse los pantalones, mientras el procesado saca su pene y a ella la giro de espaldas, resistiéndose ella a permanecer vuelta y logrando girarse de cara, momento en que le cogió la camiseta y se la subió junto con el sujetador, llegándole a chupar un pecho, ella mientras, intentaba soltarse empujándole a la vez que le decía que la dejara y que iba a llegar su padre, desistiendo en este momento el procesado que soltó a Elisabeth*

Así pues expuesta la intención del autor, la víctima hace patente su negativa de modo reiterado, mientras que el recurrente emplea violencia sobre la víctima para realizar actos de inequívoco carácter sexual; violencia que no tiene que ser irresistible y se cumplimenta con el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima, desprendiéndose manifiestamente de los hechos probados la falta de consentimiento de aquélla.

Como indicaba esta Sala Segunda, en su sentencia núm. 480/2016, de 2 de junio: la jurisprudencia consolidada de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleada en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo.

Medió resistencia, de tal entidad, que exigió el uso de la fuerza física para vencerla, componente violento que nos reconduce a la aplicación del tipo de agresión previsto en los artículos 178, 179 y desplazamiento de los tipos de simple abuso.

El motivo se desestima.

QUINTO. - En materia de costas rige el art. 901 LECr, que para caso de desestimación del recurso, prevé su imposición al recurrente.

III. FALLO

Declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formulado por la representación procesal de **Marcos** contra sentencia de fecha 29 de marzo de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimosegunda, en causa seguida contra el mismo por delito de agresión sexual, con imposición de las costas causadas al recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andres Palomo Del Arco, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.