



Roj: **STS 1027/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1027**

Id Cendoj: **28079120012022100245**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2022**

Nº de Recurso: **10707/2021**

Nº de Resolución: **263/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 2268/2021,**
STS 1027/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 263/2022

Fecha de sentencia: 17/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10707/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10707/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 263/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 17 de marzo de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por **Leovigildo**, representado por la procuradora D.ª M.ª Davinia Fariña Talavera y defendido por el letrado D. Emilio Collazos Vegas; siendo parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 112/2021 de 14 de octubre dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria en el rollo de apelación 81/2021.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 1 (antiguo mixto n.º 6) de San Bartolomé de Tirajana, inició por denuncia el sumario n.º 152/2018 contra **Leovigildo**, por delito de abuso sexual a menor, dictando auto de conclusión del sumario y remitida la causa a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que dictó sentencia n.º 151/2021, de 12 de mayo de 2021 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Probado y así se declara que en la madrugada del día 9 de enero de 2018 la menor Pura (nacida el NUM016 de 2005), encontrándose en su domicilio, sito en la CALLE005, en DIRECCION006, término municipal de DIRECCION007 (provincia de Las Palmas) se acostó a dormir en el sofá-cama del salón, y sobre las 03:30 horas se despertó porque notó que le estaban acariciando los muslos y las nalgas, comprobando que se encontraba en la cama del dormitorio de su madre y que quien se encontraba tumbado junto a ella, acariciándola, era el acusado don **Leovigildo** (mayor de edad y condenado por sentencia firme de fecha 28 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de DIRECCION007, por un delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género, a la pena de seis meses de prisión, pena cumplida en fecha. 3 de noviembre de 2018, a la pena de dos años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas Y a prohibición de comunicación y aproximación a la víctima por un tiempo de dos años, penas cumplidas en fecha 27 de marzo de 2019), pareja sentimental de su madre, doña Sixto, quien en esos momentos no se encontraba en la vivienda.

Pura se levantó de la cama y se marchó, al salón, acostándose de nuevo en el sofá-cama, siendo seguida por el acusado don- **Leovigildo**, quien, guiado por, el mismo ánimo libidinoso, se acostó nuevamente junto a la menor, que dormía de lado, se colocó detrás de ella, empezó a acariciarle, le bajó los pantalones, y, para inmovilizarla, le agarró las manos y se las colocó a la altura de la cadera, tras lo cual, le introdujo un dedo en la vagina y luego le penetró vaginalmente, dándole Pura patadas, con las que logró que se apartase de ella. Seguidamente, el procesado se sentó en el borde del sofá-cama y se masturbó.

Poco después, la niña fue al baño y llamó y envió mensajes de DIRECCION008 a su abuela materna y a su tío materno, pidiéndoles ayuda.

SEGUNDO.- Don **Leovigildo** tiene en común con doña Sixto dos hijos y ha ejercido como padre de Pura desde que ésta era un bebé, hasta el punto de que la niña pensaba que el acusado realmente era su padre biológico.

TERCERO.- como consecuencia de los hechos descritos, la menor Pura sufrió estrés postraumático y un estado ansioso depresivo de intensidad moderada, con alteraciones en el sueño, en el peso, en la vida social e inestabilidad emocional, huella psíquica que se incrementó al descubrir Pura que el acusado no era realmente su padre."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a don **Leovigildo** como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de agresión sexual previsto y penado en el artículo 183.1, 2.3 y 4 d) del Código Penal, a la pena de CATORCE AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR IGUAL TIEMPO, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CUALQUIER PROFESIÓN U OFICIO, sea o no retribuido, QUE IMPLIQUE CONTACTO REGULAR Y DIRECTO CON MENORES DE EDAD por tiempo de DIECIOCHO AÑOS; y las PROHIBICIONES, por tiempo de VEINTICUATRO AÑOS, de APROXIMARSE, a menos de quinientos metros, al domicilió, lugar de estudio o de trabajo de Pura, y de acercarse a ella en cualquier lugar en que la misma se encuentre, así como de COMUNICARSE con ella, por cualquier medio o procedimiento.

Asimismo, se impone la MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA por tiempo de DIEZ AÑOS, debiendo procederse a su ejecución, con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad, en los términos previstos en el artículo 106.2 del Código Penal.



Igualmente, se acuerda que la CLASIFICACIÓN del penado en el TERCER GRADO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena de prisión Impuesta.

Don Leovigildo deberá indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a la menor Pura en la cantidad de VEINTE MIL EUROS (20.000 €) por los daños morales causados.

La indemnización acordada devengará los intereses ejecutorios previstos en el artículo 576.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Se condena al acusado el pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta le será de abono al penado el tiempo que hubiese estado preventivamente privado de libertad por esta causa. [...]."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la defensa de **Leovigildo**, dictándose sentencia n.º 112/2021 de 14 de octubre, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria en el rollo de apelación 81/2021 que contiene la siguiente parte dispositiva:

"FALLAMOS: Que desestimar y desestimamos el recurso de apelación presentado por la representación procesal de don Leovigildo, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el procedimiento sumario ordinario 28/2020, la cual confirmamos en todos sus extremos sin efectuar pronunciamiento alguno respecto de las costas. [...]."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Leovigildo**, 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.

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

Motivo primero Quebrantamiento de normas y garantías procesales, con indefensión por falta de motivación de la sentencia, con infracción de lo dispuesto en los artículos 24.1 y 120.3 de la CE.

Motivo segundo Quebrantamiento de normas y garantías procesales, con indefensión por indebida denegación de prueba, con infracción de lo dispuesto en el artículo 24.2 CE.

Motivo tercero Infracción de normas del ordenamiento jurídico

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

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 17 de febrero de 2022 se señala el presente recurso para fallo para el día 16 de marzo, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia objeto de la presente censura casacional es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias que desestima la apelación formalizada contra la sentencia dictada por la Sección primera de la Audiencia provincial de las Palmas. En síntesis el relato fáctico refiere unos hechos constitutivos de un delito de agresión sexual de los arts. 183.1, 2, 3 y 4 d) del Código Penal, a la pena de catorce años de prisión. En síntesis el relato fáctico refiere un primer intento de agresión a la hija de su compañera sentimental, de 12 años de edad, cuando la niña se encontraba en la cama de su madre. Cuando esta despertó, al notar los rozamientos, se fue a su cama a la que se dirigió el acusado, que la desnudó e introdujo, primero un dedo y después su pene en la vagina de la menor que despertó y pudo desasirse de su agresor. A continuación, el relato fáctico refiere que la menor llamó y envió mensajes a su abuela y a su tío narrando lo sucedido.

Formaliza un primer motivo en el que denuncia un "quebranto de las normas y garantías procesales con indefensión por falta de motivación" y vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva por falta de motivación.

El motivo se desestima. La sentencia objeto de la censura casacional es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia que ha desestimado la vulneración el derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, confirmando que la sentencia de la Audiencia Provincial, que enjuició los hechos, ha enervado de forma racional el derecho fundamental a la presunción de inocencia y ha motivado de forma racional y lógica la convicción sobre la culpabilidad del acusado en la comisión de los hechos objeto de la acusación





Por lo tanto, cuando se plantea la casación ya se han pronunciado dos instancias jurisdiccionales sobre la conformación de los hechos y se ha satisfecho el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria, conforme a las exigencias del proceso penal. Como hemos reiterado, por todas STS 20/2019, de 8 de enero, la casación que surge de la reforma operada por la ley 41/2015, ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE). En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

La oposición se plantea respecto de lo que considera falta de credibilidad de la víctima, la menor objeto de la agresión, al considerar que "no existen pruebas de semen, ni desgarros vaginales, solamente lo que dice Pura , -la menor- y lo ratifican la madre, el tío y la abuela sin ver absolutamente nada de los hechos... existiendo una trama perfectamente organizada".

El motivo se desestima. El fundamento de derecho segundo de la sentencia objeto de la casación es claro y preciso en la expresión de la correcta enervación del derecho alegado por el recurrente, tanto en lo atinente a la existencia de la precisa actividad probatoria, como en lo referente a la motivación de la convicción. El Tribunal Superior de Justicia transcribe la fundamentación de la sentencia condenatoria y constata la correcta enervación de los derechos que ahora fundamentan la casación. Se refiere la declaración de la menor, las pruebas periciales medico forenses y ginecológicas, de entre las que destaca la ausencia de restos seminales suficientes para identificar a una persona, aunque sí de restos de cromosomas "Y", por rozamiento o por la introducción de los dedos, que corresponden a un varón y que, posteriormente fue cotejado con restos de ADN del acusado alcanzado su identificación. También tuvieron en cuenta las declaraciones de la madre, del tío y de la abuela, quienes narraron haber hablado con la menor tras los hechos y haber recibido mensajes por telefonía móvil, cuyos textos han sido cotejados, en los que se refieren la agresión. Además, las periciales psiquiátricas y psicológicas sobre la credibilidad en el testimonio de la menor y las secuelas derivadas del acto agresivo. En definitiva, la declaración de la menor, víctima de los hechos, las testificales de los familiares y la pericial sobre restos biológicos, que identifican al acusado, y sobre la credibilidad de la víctima.

Lo anterior le lleva a decir al órgano de revisión en la apelación "como corolario a lo expuesto podemos decir que la Audiencia desmenuza la prueba y analiza el testimonio de la denunciante, apuntalado por datos periféricos (testificales, periciales, documentales) frente a lo relatado por el acusado, hoy apelante, que se limita a negar los hechos, y sobre todo realiza una deducción lógica y racional de la realidad de la agresión y la autoría del acusado".

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria y la racionalidad de la fundamentación, el motivo se desestima.

SEGUNDO. - En el segundo motivo denuncia la misma vulneración que el anterior motivo, esta vez referido a la denegación de una prueba en el juicio oral, el careo entre el acusado y la menor.

El motivo es mera reiteración de la apelación, cuya resolución no discute, y se limita a señalar que el careo era procedente.

La desestimación procede. La diligencia de careo, de acuerdo a una reiterada jurisprudencia, por todas STS 414/2002, no es propiamente un medio de prueba, sino una facultad excepcional otorgada al Tribunal





sentenciador que dada su posición en el proceso debe usar de ella con extremada moderación. Es difícil realizarlo respecto de acusados y testigos, dada la distinta posición en el proceso. Se trata de un medio para constatar, matizar y precisar los interrogatorios ya producidos. Es una oportunidad conferida al tribunal para formar su convicción y complementar el testimonio oído relacionándolo con otros testimonios. Las llamadas a las cautelas cobran especial relevancia en supuestos en los que el delito objeto de la acusación es de la gravedad como el objeto de este enjuiciamiento, y la víctima es una menor y el acusado de su entorno familiar.

Por lo que respecta a la diligencia de careo, también hay que recordar la reiteradísima doctrina de esta Sala (SSTS de 15 de Enero de 1997 o 352/2013 de 18 abril entre muchas otras) a propósito del carácter facultativo de la admisión de una diligencia probatoria como la mencionada y la intocabilidad en sede casacional de la decisión adoptada al respecto en orden a sostener la existencia de una vulneración del derecho a la prueba, pues el careo, más que una diligencia de prueba propiamente dicha, es un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas (STS 1151/1999 de 9 de julio), visto que el artículo 455 LECRIM dispone que sólo se practicará el careo cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados.

Lo expuesto muestra la improsperabilidad de la denuncia respecto del careo denegado, más aún si se tiene en consideración que el recurrente no reiteró en el trámite de cuestiones previas la práctica del medio de prueba denegado tal y como contempla el artículo 785.1 de la LECRIM, ni muestra tampoco en qué medida el instrumento probatorio hubiera podido facilitar un mejor esclarecimiento de las contradictorias versiones que fueron sustentadas en el acto del plenario por la menor y el acusado.

TERCERO. - En el tercer motivo, rotulado bajo un genérico "infracción de normas del ordenamiento jurídico" señala que "En el presente caso concurren pruebas de que el acusado era consumidor de cocaína y alcohol, consta acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto".

El motivo se desestima. Si lo que denuncia es un error de derecho, la desestimación es procedente por cuanto el relato fáctico nada refiere de la situación que el recurrente señala como fundamento de la impugnación. La mera adicción no es presupuesto de la declaración de imputabilidad reducida, pues es precisa no sólo la probanza del elemento físico de la adicción sino también la afectación de las facultades psicofísicas y la causalidad con el hecho objeto de la acusación, respecto a lo que el hecho probado y la fundamentación de la sentencia nada refieren. La sentencia de la apelación, la que es objeto de esta casación refiere, en este sentido, la ausencia de una actividad probatoria sobre la afectación de las facultades psicofísicas del acusado.

No cabe, por lo tanto, declarar ninguna infracción de ley.

CUATRO. - En este motivo denuncia la vulneración de su derecho a un proceso si "diligencias indebidas", debe querer decir sin dilaciones, en el que se limita a exponer las exigencias de un proceso sin dilaciones y sin cuestionar su existencia en el proceso, concretamente, periodos de dilación y su condición de indebidas.

Ahora en casación tampoco las refiere y se limita a transcribir el art. 24 de la Constitución cuando refiere el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones. El fundamento de derecho quinto es expresivo del contenido esencial del derecho y de la correcta actuación del proceso penal.

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Leovigildo** siendo parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 112/2021 de 14 de octubre dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el rollo de apelación 81/2021.

2) Condenar al recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso.

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

Así se acuerda y firma.

