

Roj: **STS 255/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:255**Id Cendoj: **28079120012020100048**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/01/2020**Nº de Recurso: **10476/2019**Nº de Resolución: **16/2020**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**RECURSO **CASACION** (P) núm.: 10476/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 16/2020**

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 28 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de **casación** con el nº **10476/2019** interpuesto por **Augusto** representado por la procuradora Sra. D^a. Isabel Rufo Chocano y bajo la dirección letrada de D^a. María Dolores Pascual Palomares , contra sentencia de fecha 5 de junio de 2019 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resolviendo la apelación formulada contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección Quinta) de fecha 4 de marzo de 2018, en causa seguida contra el recurrente por delito continuado de agresión sexual. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quinta) siguió procedimiento ordinario elevado por el Juzgado de Instrucción nº 49 de Madrid, dictando Sentencia, con fecha 4 de marzo de 2019 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"Se declara probado que el procesado Augusto , de nacionalidad ecuatoriana, con residencia legal en España, mayor de edad y sin antecedentes penales, aprovechando que tras su matrimonio con Juana compartían el domicilio sito en la CALLE000 número NUM000 de Madrid con la hija de esta; Luisa , nacida el NUM001 de 2001, fruto de una relación anterior, mantuvo con la menor relaciones sexuales no consentidas que se prolongaron en el tiempo en número no determinado pero en todo caso superior a tres desde aproximadamente mayo de 2015.



En todas las ocasiones el procesado aprovechaba que su mujer no se encontraba en el domicilio y, tras lograr que Luisa entrara en el dormitorio del matrimonio, cerraba, la puerta por dentro, con pestillo y, movido por un ánimo libidinoso, le quitaba la ropa a Luisa, quien siempre le expresaba su oposición y negativa que el procesado conseguía vencer sujetándola por las manos con fuerza e incluso tapándole la boca, logrando así penetrarla vaginalmente. Durante todo este tiempo Augusto, además, le manifestaba a Luisa que no debía contar lo que estaba sucediendo ya que su madre no la creería y le pegaría, logrando así que mantuviera silencio.

Estos hechos se sucedieron hasta mayo de 2017, fecha en que la menor contó los hechos a un amigo y decidió formular denuncia, sufriendo a consecuencia de los mismos perjuicios emocionales con un importante quebranto anímico.

Augusto se encuentra privado de libertad por estos hechos desde la fecha de su detención, el 22 de Mayo de 2017".

SEGUNDO.- La parte Dispositiva de la citada sentencia reza así: "Que debemos condenar y condenamos a Augusto como autor responsable de un **delito continuado de agresión sexual a menor de dieciséis años**, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de **TRECE AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN**, inhabilitación absoluta y pago de las costas procesales.

De conformidad con los artículos 192 y 106 1e) f) y j) del Código Penal, se impone al procesado como medida de seguridad la de libertad vigilada con obligación de participar en programas de educación, sexual. así como con la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima durante el plazo de cinco años.

Se impone igualmente al procesado la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a Luisa, a su domicilio y lugar de trabajo o estudios, así como de comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello por un periodo de dieciocho años.

En concepto de responsabilidad civil indemnizará el procesado a Luisa en la persona de su representante legal si fuere menor de edad a la fecha de la entrega, en la cantidad de 10.000 euros por daños morales con aplicación del interés legal del artículo 576 de la LEC".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de apelación por el condenado, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, que dictó Sentencia, con fecha 5 de junio de 2019 con la siguiente Parte Dispositiva:

"Que, desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Isabel Rufo Chocano, en nombre y representación de Augusto contra la Sentencia N° 13/19, de fecha 4 de marzo de 2019, dictada por la Sección Quintade la Audiencia Provincial de Madrid en el Juicio Oral 384/2018, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, declarando asimismo de oficio las costas producidas en la presente alzada.

Notifíquese a las partes y una vez firme, devuélvase los autos originales a la Sala de procedencia con testimonio de la presente sentencia, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Particípese, en su caso, la interposición de recurso".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de **casación** por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional, por el condenado, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Augusto .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ (arts. 9.3 y 24 CE).

Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 183.2 y 3, 192, 106.1 e) f) y j) 4.1, 10, 27 y 62 CP. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la valoración de la prueba. **Motivo cuarto.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 1 inciso 3º del art. 851 LECrim. **Motivo quinto.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 1 inciso tercero, del art. 851 LECrim por manifiesta contradicción de hechos probados. **Motivo sexto.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del nº 1, inciso tercero, del art. 851 LECrim. **Motivo séptimo.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del nº 1 inciso tercero, del art. 851 LECrim. **Motivo octavo.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 1 inciso tercero del art. 851 LECrim. **Motivo noveno.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 1 inciso 3º del art. 851 LECrim.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.



SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 16 de enero de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Una cuestión previa hay que abordar. La parte reclamó la **celebración de vista**. Se rechazó la petición pese a esa solicitud, explícita en el trámite de formalización y reiterada a través del escrito de instrucción del art. 882 LECrim.

No se ha considerado ni necesaria ni conveniente la celebración de vista. Está cumplido el término de la impugnación. Los argumentos del Ministerio Público han podido ser rebatidos por el recurrente en el traslado conferido (art. 882.2º LECrim). Y, como veremos, concurren muchos **defectos**, no susceptibles de ser subsanados en una vista cuya finalidad es otra, que habrían podido determinar la inadmisión.

La entidad de la pena no determina por sí sola la obligatoriedad de vista. El tenor del art. 893 bis a) LECrim no hace imperativa su celebración en este supuesto según interpretación tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional: la petición solo es vinculante cuando es compartida por todas las partes (entre otras, ATC 588/1995, de 27 de marzo y SSTS 429/2015, de 9 de julio, 734/2015, de 3 de noviembre y 80/2017, de 10 de febrero).

Necesario es explicarlo en este momento por no existir otro trámite previo habilitado para ofrecer respuesta razonada a esa petición (vid art. 893 LECrim) y atendemos al deber constitucional de dar respuesta razonada a toda petición.

SEGUNDO.- El recurso se compone aparentemente de nueve motivos. Uno por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim), otros dos por infracción de Ley (arts. 849.1º y 849.2º LECrim) y seis por quebrantamiento de forma: cinco del art. 851 (falta de claridad; contradicción, predeterminación, 851.2 LECrim, violación del acusatorio art. 851.4º LECrim) y uno final anclado en el art. 850.1 LECrim, aunque se le asigna erróneamente la misma etiqueta (851). El listado inicial, puramente enunciativo y con una brevísima descripción, no es congruente con el cuerpo del escrito donde de forma deslavazada y sin atenerse a sistemática alguna se desarrolla un alegato casi único centrado fundamentalmente en cuestiones probatorias. En su mayor parte es pura reproducción del recurso previo de apelación ya desestimado, es decir de un recurso interpuesto contra la sentencia de instancia y no contra la de apelación que es la recurrida en rigor en **casación**.

El formato se aparta de las mínimas exigencias **formales** establecidas por el art. 874 LECrim. Desde el punto de vista técnico tanto la catalogación y enunciado, como la configuración **formal** del escrito presenta deficiencias que podremos orillar o subsanar en algunos casos; no así en muchos otros.

El desdén hacia las más elementales exigencias del art. 874 LECrim sería causa suficiente para declarar la inadmisibilidad del recurso (art. 884.4º LECrim), lo que justifica en esta etapa procesal tenerlo por rechazado sin abordar su contenido; tarea que, por otra parte, sería si no imposible -en algunos puntos lo es-, sí extremadamente difícil. De hecho el Fiscal ha renunciado a examinar el fondo de los motivos. Muchas veces no se puede adivinar a qué quiere referirse el recurrente con la mera invocación de normas constitucionales o legales. El anorético enunciado de algunos de los motivos exigiría concreciones adicionales totalmente ausentes.

En el desarrollo conjunto se entremezclan argumentos y quejas de signo diverso con menoscabo tanto del tradicional **principio de separación de motivos** como de la más elemental ortodoxia procesal.

El art. 884.4 LECrim propicia una respuesta de inadmisión ligada a algunos de esos **defectos**.

No podemos minimizar ese tipo de exigencias **formales** (consignación de un breve extracto que compendie la petición; congruencia entre la preparación y la formalización; debida separación de motivos, designación de los particulares del documento que evidencian la equivocación...). No son requisitos caprichosos. Obedecen a razones fundadas como facilitar la efectividad del principio de contradicción o la congruencia de la sentencia de **casación** con cada una de las peticiones efectuadas que han de presentarse separadas para ser individualizables. La siempre aconsejable flexibilidad en lo **formal** no puede llegar al punto de desvirtuar los rasgos maestros que nuestra legislación atribuye al recurso de **casación** (por todas, STS 377/2016, de 3 de mayo) entronizando una anarquía procesal que no solo es perturbadora para la correcta resolución del recurso, sino que además erosiona principios materiales (necesidad de congruencia; *audiatur et altera pars*; contradicción; acotación nítida del objeto procesal).

Las previsiones procedimentales de alcance predominantemente **formal** o periférico no pueden degenerar en meros obstáculos o trabas a sortear carentes de sentido: lo impide el principio *pro actione* (artículo 11.3 LOPJ).



Pero en un recurso extraordinario como es la **casación** pueden tener más espacio siempre que se descubra su vinculación con fines materiales.

Aunque esta Sala ha tendido a aminorar el rigor **formal** de la **casación** alentada por los principios y jurisprudencia constitucionales (vid. SSTC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre), no sobra reseñar que la jurisprudencia del TEDH estima ajustado a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos un mayor rigorismo **formal** en **casación** (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto MOHR v. Luxemburgo; Decisión de igual fecha recaída en el asunto DE VIRGILIS v. Italia o STEDH de 13 de octubre de 2016, asunto TALMANE).

Retomemos otra vez el supuesto concreto. El hecho de que se trate del recurso interpuesto por una parte pasiva interpela para dispensar mayor indulgencia ante esas deficiencias **formales** (SSTS 1068/2012 de 13 de noviembre o 136/2017, de 2 de marzo). El Tribunal ha de suplir en la medida de lo posible los déficits de forma (SSTEDH de 14 de enero de 2003, asunto LAGERBLOM, o de 11 de octubre de 2016, asunto ZUBAC; y STS 705/2012, de 27 de septiembre).

A esa flexibilización empujaba en el pasado otra reflexión. Hasta diciembre de 2015 era la **casación** el único recurso a disposición de un condenado por una Audiencia Provincial con lo que ello significaba de modulación reductora del denominado *derecho a la doble instancia* (que toda condena pueda ser revisada por un tribunal superior). Esa realidad invitaba a no ser excesivamente estrictos con **defectos** de la naturaleza de los aludidos.

Como es sabido, el legislador ha subsanado esa deficiencia estructural de nuestro sistema de recursos en materia penal con previsiones (reforma de 2015) ya aplicables a este asunto. La **casación** vino desempeñando en alguna medida hasta esa fecha un papel subrogado de la apelación en los delitos graves ante la carencia legislativa ya subsanada para el futuro. El nuevo diseño del régimen de impugnación de sentencias condenatorias (con apelación y **casación** en todos los casos) alienta a invertir la tendencia expansionista de la **casación**: existiendo ya posibilidad de una apelación previa en todo caso, decae la necesidad de dotar a la **casación** de una mayor holgura de la propia de ese recurso con el fin de dar satisfacción suficiente al derecho a la revisión en vía de recurso de toda condena.

TERCERO.- Veamos, en concreto los distintos motivos:

a) El listado inicial de motivos no guarda paralelismo con el desarrollo del escrito. Muchos de los motivos son enunciados sin ser objeto de desarrollo (cuarto a octavo: todos amparados en el art. 851 LECrim). Eso habría de determinar sin más su inadmisión por virtud del art. 884.4º en relación con el art. 875 LECrim, inadmisibilidad que en este momento procesal se traduce en la desestimación sin necesidad de examinar el fondo (fondo que, por otra parte, permanece ignoto).

b) El motivo tercero (*error facti*) invoca como documentos de apoyo la grabación del juicio oral y todas las pruebas desarrolladas. Es patente la inidoneidad del art. 849.2º LECrim para una queja de tal dimensión que supone una enmienda a la totalidad de la valoración probatoria. Es flagrante el apartamiento de ese esquema de la disciplina del art. 849.2º. Muchas de las actuaciones invocadas no son documentos, sino pruebas personales documentadas (**i**); no se designan particulares concretos (**ii**); no se utilizan los documentos para identificar afirmaciones del hecho probado abiertamente contradictorias con ellos (falta literosuficiencia) sino como excusa para elaborar una argumentación tendente a menoscabar los criterios valorativos del Tribunal (**iii**); existen pruebas personales (declaraciones de las perjudicadas y algunas periciales) que militan en contra de las conclusiones que quiere alcanzar el recurrente (lo que es obstáculo insorteable para el éxito de un motivo por *error facti* según expresa dicción del art. 849.2º LECrim) (**iv**). El motivo está condenado al fracaso. Los arts. 884.6º y 885.1º conducen igualmente a una desestimación periférica por cuanto tal motivo nunca debió ser admitido.

c) El motivo segundo (art. 849.1º LECrim) en su enunciado mezcla cuestiones jurídicas con otras fácticas (principio *in dubio* expresamente invocado pese a su inidoneidad para fundar un motivo de **casación**). También resulta clamorosa la improcedencia de esa mescolanza: art. 884.3º. La inadmisibilidad aboca a una respuesta desestimatoria de tipo liminar.

Desde esta perspectiva pueden **darse por rechazados sin mayores argumentaciones los motivos segundo a octavo**.

Subsistirían tan solo los motivos primero (presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y otros) y el motivo noveno (denegación de prueba). Pero tampoco aparecen debidamente desarrollados. Falta el breve extracto; se mezclan alegatos; no hay congruencia entre enunciado y desarrollo.

La ausencia del deseable breve extracto, la promiscuidad de alegaciones, o la errónea etiquetación de algunos motivos son **defectos** insuficientes para determinar la drástica respuesta de la inadmisión sin atender al



fondo. No sobra de cualquier forma lanzar una llamada en favor de la, más que conveniencia, necesidad de atenerse a esa disciplina legal en esos aspectos más externos. Constituyen algo más que bienintencionadas recomendaciones.

CUARTO.- El motivo noveno protesta por la denegación de unas pruebas en la apelación. A ese respecto debe ser suficiente con reproducir los argumentos que utilizó la Sala de apelación para rechazar las pruebas. Son convincentes y no resultan erosionados por el anoréxico discurso argumental que al respecto realiza el recurrente:

"Las dos pruebas que se proponen para practicar ante esta Sala no pueden admitirse en absoluto. En primer lugar dado que no se ajustan en modo alguno al catálogo de supuestos establecidos como excepción en la ley procesal. La defensa tuvo conocimiento desde la propia fase de instrucción de la existencia de fotografías en el teléfono móvil de la víctima. Asimismo, tenía en su poder la facultad de solicitar de la compañía telefónica con la que tiene contrato el acusado, la indiscriminada lista de llamadas que ahora invoca. Nada propuso en su escrito de defensa sobre la aportación al juicio oral de ninguna de estas pruebas (puede constatarse con claridad en los primeros folios del Rollo de Sala, donde consta dicho escrito). Nada propuso en el acto de la vista oral (aunque fuese de modo ya tardío). Y por lo tanto, sin necesidad de adentrarnos en 'el análisis de la utilidad o del carácter tangencial, o incluso de la inutilidad de tales medios de prueba para la discusión que se cierne en el presente recurso, tan sólo podemos concluir que la petición es manifiestamente extemporánea y carente de todo respaldo legal. En suma: resulta sencillamente inviable".

El motivo no puede prosperar.

QUINTO.- El resto del cuerpo del escrito de recurso va dirigido a cuestionar la valoración probatoria con argumentos de muy diverso orden. La mayoría desbordan los límites de un recurso de **casación** en el que el debate probatorio está muy constreñido. Desde la perspectiva de la presunción de inocencia solo podemos constatar la presencia de prueba de cargo, si ha sido racionalmente valorada y si es concluyente.

La STC 33/2015, de 2 de marzo, evocando las ya lejanas SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1, o 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2, reitera que la presunción de inocencia, además de criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en virtud del cual el acusado de una infracción no puede ser considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, que sólo procederá si media una actividad probatoria lícita que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por el Tribunal penal, pueda entenderse concluyentemente de cargo. La STC 68/2010, de 18 de octubre, en plena sintonía con una machaconamente repetida doctrina constitucional conceptúa a la presunción de inocencia como regla de juicio que repele una condena sin apoyo en pruebas de cargo válidas, revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente tanto los hechos como la participación del acusado. Se viola tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motiva el resultado de su valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo seguido. (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a, 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a)- ó 16/2012, de 13 de febrero).

Se vulnera la presunción de inocencia cuando se condena: **a)** sin pruebas de cargo; **b)** con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; **c)** con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; **d)** sin motivar la convicción probatoria; **e)** sobre la base de pruebas insuficientes; o **f)** sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente (STS 653/2016, de 15 de julio).

De esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aun conscientes de que no son compartimentos estancos: hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- el recurrente edifica sus quejas sobre lo que considera **insuficiencia de la actividad probatoria** tanto por no existir elementos externos y autónomos corroboradores de las manifestaciones de las víctimas, como por concurrir elementos que serían incompatibles con esas manifestaciones y las descalificarían, despojándolas de su capacidad para desactivar la presunción de inocencia.

En el abigarrado y poco ordenado discurso se deslizan otras quejas.

El examen de la sentencia supera sobradamente los estándares apuntados. Es más, se observa que el escrito de recurso en **casación** en estos extremos es clónico del recurso de apelación. La **casación** no puede ser una *apelación bis* o una *segunda vuelta* de la apelación. Esos argumentos fueron contestados de forma convincente y suasoria en la sentencia de apelación. Nada podemos añadir a esa contestación que el recurrente no se entretiene en tratar de refutar. No indica en qué puntos pudiera ser errada o no compartible. Reproduce los



argumentos que dirigió contra la sentencia de instancia. Están contestados por el Tribunal Superior de Justicia con acierto.

SEXTO.- Pese a la petición expresa en contra y dado el régimen de costas en el proceso penal, era obligada la imposición de las costas en la instancia (art. 123 CP); y lo es igualmente en **casación** dado que el recurso es íntegramente desestimado (art. 901 LECrim). En apelación, sin embargo, pese a lo que parece sugerir el recurso y pese a su desestimación se declararon de oficio las costas de esa segunda instancia.

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 **Augusto** contra sentencia de fecha 5 de junio de 2019 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en apelación de Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección Quinta) de fecha 4 de marzo de 2018, en causa seguida contra el recurrente por delito continuado de agresión sexual.

2.- Imponer a Augusto el pago de las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Pablo Llarena Conde Eduardo de Porres Ortiz de Urbina