



Roj: **STS 1900/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1900**

Id Cendoj: **28079120012018100241**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2018**

Nº de Recurso: **1659/2017**

Nº de Resolución: **251/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1659/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 251/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 24 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el **recurso** de **casación** por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** y por el recurrente D. **Faustino** , contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 21 de diciembre de 2016 , por un delito continuado de agresión sexual o violación por el que se condenó a Faustino . Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente D. Faustino representado por la procuradora D.^a Cristina Méndez Rocasolano, bajo la asistencia letrada de D. César García García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 4 de Sanlúcar de Barrameda, incoó diligencias previas 5/2013 y, una vez concluidas, las remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera, sumario ordinario núm. 14/2013 que, con fecha 21 de diciembre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados** :

<<Que el procesado Faustino , nacido el NUM000 de 1989, sin antecedentes penales y vecino de Madrid, desde el mes de octubre de 2011 mantuvo una relación sentimental sin convivencia con María Virtudes , domiciliada en Sanlúcar de Barrameda.



Los fines de semana que tenía libres porque no tenía que atender el régimen de visitas de su hijo Jose Augusto , fruto de otra relación anterior, el procesado se desplazaba a esta última localidad, para de este modo mantener los encuentros con María Virtudes y se hospedaban siempre en un hostel.

Poco tiempo después de iniciar estos contactos semanales, María Virtudes se quedó embarazada, naciendo el NUM001 de 2012 la menor Elvira en el Hospital de Jerez donde María Virtudes permaneció ingresada 2 o 3 días.

Tras salir del hospital la pareja con la niña, tal como habían planeado, se marcharon a convivir a una vivienda alquilada para el veraneo en Sanlúcar de Barrameda, convivencia que duró aproximadamente un mes, coincidiendo a su vez con las vacaciones de Faustino .

Durante el periodo indicado, pese a que María Virtudes acababa de dar a luz y el procesado sabía que no era aconsejable mantener relaciones sexuales por encontrarse en el período de cuarentena, éste todos los días, desde el primero de ellos, le insistía a la hora de la siesta o por la noche en mantener tales relaciones y a pesar de que María Virtudes se oponía y le manifestaba que no deseaba hacerlo, el procesado sin respetar su voluntad la obligaba a soportar las mismas, en ocasiones colocándose simplemente encima de ella adoptando esta una actitud pasiva en la que permanecía llorando, en otras inmovilizándola con una llave marcial e introduciéndole siempre el pene en la vagina mientras que ella, que se encontraba muy débil, casi sin fuerzas, sin oponer resistencia física, le expresaba su rechazo y lloraba, situación que se repitió prácticamente a diario durante este periodo de convivencia en la vivienda.

El procesado en otras ocasiones acompañaba su actuación de admoniciones autoritarias tales como no permitir a María Virtudes coger el bebe en sus brazos aunque llorara hasta que no consumaran la relación o en otras le realizaba inmovilizaciones llaves, en un contexto que para el procesado era un juego en el que la obligaba a decirle que él "era su rey" sin soltarla hasta que lo dijera o que ella "era una zorra", juego al que contribuía a su pesar María Virtudes quien no podía vencer la fuerza que se empleaba contra ella, sin que tal situación llegara a ser advertida, ni por la madre del procesado, ni por su hermana, ni por una amiga que durante parte del período vacacional expresado estuvieron alojadas en la vivienda.

Como consecuencia de estos hechos María Virtudes padeció un trastorno por estrés postraumático agudo actualmente en remisión y ha renunciado a ser indemnizada>>.

SEGUNDO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, sumario ordinario núm. 14/2013, dictó sentencia núm. 412/2016 con el siguiente **pronunciamiento** :

<<FALLAMOS: Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado Faustino como autor responsable de un delito continuado de agresión sexual o violación, ya definido sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de **NUEVE AÑOS Y UN DIA DE PRISION** , con las accesorias legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio por el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a menos de 200 metros de María Virtudes , su domicilio o lugar de trabajo y de comunicación con ella por cualquier medio, oral, escrito o telemático por 10 años y libertad vigilada por 5 años así como al pago de la mitad de las costas procesales incluidas las de la acusación particular debiendo absolver y absolviendo al procesado del delito de maltrato habitual con declaración de oficio de la mitad de las costas>>.

TERCERO .- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el MINISTERIO FISCAL y por la representación legal de D. Faustino , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO .- El Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 5 de julio de 2017 basa su recurso en un **únicomotivo** de **casación** :

Motivo único .- Infracción de ley, al amparo de los artículos 849.1º de la LECrim , por indebida inaplicación de la circunstancia mixta de parentesco, prevista en el art. 23 del CP como agravante del delito de agresión sexual.

QUINTO .- La representación legal del recurrente D. Faustino , basa su recurso en los siguientes **motivos** de **casación** :

Motivo primero .- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24.2 de la CE .

Motivo segundo .- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación y vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y por falta de motivación en relación a la valoración de la prueba de descargo, en la construcción del relato fáctico que se declara probado y en los fundamentos jurídicos en que se basa la sentencia.



SEXTO .- Instruidas las partes del recurso de casación interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 12 de septiembre de 2017, interesó la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación.

SÉPTIMO .- Por providencia de fecha 9 de abril de 2018 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

OCTAVO .- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 10 de mayo de 2018, prolongándose la misma hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida condena a Faustino como autor responsable de un delito continuado de agresión sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión, con las accesorias legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio por el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a menos de 200 metros de C., su domicilio o lugar de trabajo y de comunicación con ella por cualquier medio, oral, escrito o telemático por 10 años y libertad vigilada por 5 años así como al pago de la mitad de las costas procesales incluidas las de la acusación particular, absolviendo del delito de maltrato habitual del que venía también siendo acusado, con declaración de oficio de la mitad de las costas.

Esta resolución ha sido recurrida tanto por el condenado como por el Ministerio Fiscal.

Faustino articula su recurso en dos motivos. En el primero, que ampara en el artículo 5.4. LOPJ , en relación con el artículo 24.2 CE , denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia por no reunir la declaración de la víctima los presupuestos necesarios para ser valorada como prueba de cargo. En el segundo motivo, amparado en el artículo 5.4. LOPJ y en el 852 LECrim , denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, por falta de motivación de la sentencia dictada con respecto a la valoración de la prueba descargo.

El Ministerio Fiscal, por su parte, formula su recurso al amparo del artículo 849.1 LECrim , denunciando la indebida inaplicación de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP como agravante del delito de agresión sexual.

Recurso de Faustino

SEGUNDO.- El recurrente denuncia en el primer motivo de su recurso, que interpone al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim , la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

1. Se alega que la única prueba practicada que podría derivar en la enervación de su presunción de inocencia es la testifical de la víctima, la cual, no reúne los requisitos de persistencia, credibilidad y ausencia de móviles espurios.

Para el recurrente, en síntesis, la declaración de la víctima no ha sido persistente en el tiempo pues, paulatinamente, ha ido incrementando la gravedad de lo ocurrido. Dicha declaración adolece, además, de falta de razonabilidad y credibilidad, dando lugar a una serie de «dudas» -que se relacionan en el recurso- que convierten en ilógicas las conclusiones de la sentencia y ponen de manifiesto su falta de credibilidad y razonabilidad.

La denuncia, por otro lado, responde, según el recurso, a motivos espurios relacionados con su ruptura como pareja y con el proceso civil en curso sobre las medidas paterno filiales del hijo en común de ambos.

Impugna el recurrente expresamente el informe pericial elaborado por el Instituto de Medicina Legal y que ha sido valorado por el tribunal de enjuiciamiento para corroborar el testimonio de la víctima. Este informe, según el recurso, no es válido a estos efectos porque no se examinó al acusado y se despreciaron datos objetivos obtenidos en el llamado «test de Millon» que hubieran conducido a conclusiones distintas.

2. Esta Sala -SSTS 129/2014 de 26.2 , 428/2013 de 29.5 , 263/2012 de 28.3 , 1278/2011 de 29.11 , 245/2010 de 15.6 - , entre otras muchas tiene declarado, 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).

Así pues, al tribunal de casación debe 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. El control casacional de 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 de 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. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse 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:

- En primer lugar debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.
- 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.
- 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.

Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 , que "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, 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 . El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testimonial. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

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 inmediación 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 en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, 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.

En definitiva sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1 , reiterando la doctrina anterior, que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concorra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza. Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolució se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.

Consecuentemente el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en sí misma, considera, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir 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 , 117/2000 , SSTS. 1171/2001 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009 , 104/2010 , 1071/2010 , 365/2011 , 1105/2011).

En definitiva el control casacional ha de quedar limitado en tales casos a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. La prueba será adecuada cuando haya sido obtenida respetando los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y deviene bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. La Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Pero el examen por esta Sala de casación de la racionalidad de la inferencia del juzgador nunca puede implicar la sustitución del criterio valorativo de aquél por el nuestro, de modo que el juicio de inferencia del Tribunal a quo sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia

3. En casos como el presente en los que se analizan hechos relacionados con la libertad sexual es altamente frecuente -como recuerda la STS. 845/2012 de 10.10 - que el testimonio de la víctima -haya sido o no denunciante de los mismos- se erija en la principal prueba sometida al examen del Tribunal, habitualmente por oposición de quien es denunciado y niega la realidad del objeto de la denuncia.

En el caso del acusado sus manifestaciones se encuentran amparadas por el elenco de garantías y derechos reconocidos en el art. 24 CE , y, entre ellos, los derechos a no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo.

La versión de la víctima debe ser valorada, en cambio, desde el prisma propio de un testigo, que se encuentra por ello obligado a decir verdad; pero sin olvidar las cautelas propias del status de quien asume la doble



condición de testigo y denunciante, pues estamos ante un testigo en cierto modo implicado en la cuestión, al ser su testimonio la noticia misma del delito. Ahora bien, según apuntaba el Tribunal Constitucional en sus SSTC núm. 126/2010, de 29 de noviembre , o 258/2007, de 18 de diciembre , lo expuesto no es óbice para que la declaración de la víctima, practicada con plenas garantías, pueda erigirse en prueba de cargo que habilite un pronunciamiento de condena, incluso cuando actúe como acusador particular. Desde esta misma Sala de Casación también hemos declarado insistentemente que el testimonio de la víctima puede ser tenido como prueba capaz, por sí misma, de enervar la presunción de inocencia, incluso cuando sea la única prueba disponible. Son incontables las ocasiones en que hemos apuntado ciertos aspectos de posible valoración en el testimonio de la víctima, notas que no son más que pautas orientativas, sin vocación excluyente de otras y sin desconocer la importancia de la inmediación, dirigidas a objetivar la conclusión alcanzada. Son éstas la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud de su versión y la persistencia en la incriminación. Pero incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, eso sí, que motive suficientemente las razones de su proceder.

La STS. 381/2014 de 21.5 , insiste en que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la declaración testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa -dice la STS. 19.12.03 - que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las circunstancias concretas del caso. Es decir la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

Por ello tiene aquí singular importancia la consignación de una motivación concreta y suficientemente desarrollada. En suma, el propósito último es que «valoración en conciencia» no signifique ni sea equiparable a «valoración irrazonada», por lo que es el adecuado razonamiento del Tribunal lo que en todo caso deviene imprescindible (en parecidos términos, STS núm. 259/2007, de 29 de marzo). Conviene finalmente precisar que, como siempre que nos hallamos ante el problema de medir la eficacia probatoria de alguna prueba consistente en declaraciones prestadas ante el propio Tribunal que las preside y que ha de valorarlas, como regla general debe prevalecer lo que la Sala de instancia haya decidido al respecto, lo que no es sino lógica consecuencia de las exigencias propias del principio de inmediación procesal al que antes hacíamos referencia: En efecto la declaración de la víctima dice la STS 625/2010 , encuadrable en la prueba testifical, su valoración corresponde al tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

Por ello la credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por esta Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba, pero su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que la misma tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal de instancia.

Es por eso que esta Sala, SSTS 786/2017 de 30 noviembre y 338/2013 10 [sic] 19 abril , se ha referido en numerosas ocasiones a aspectos relacionados con su valoración, que sin desconocer la importancia de la inmediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal. En este sentido, valoración en conciencia no significa ni es equiparable a valoración irrazonada o a valoración oculta, de modo que la conclusión razonada del órgano jurisdiccional debe expresarse en la sentencia, como vía inexcusable para facilitar su conocimiento por parte del acusado y la revisión en vía de recurso.

De todos modos, como se dice en la STS 331/2008 y 9 junio "...en la casación, como en el amparo constitucional, no se trata de evaluar la valoración del tribunal sentenciador conforme a criterios de calidad u oportunidad y ello porque el proceso, ya en este trance de la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas..." (Como subraya el Tribunal Constitucional en su sentencia 262/2006 de 11 de septiembre en relación con el ámbito del control en vía de amparo de la citada garantía, situación equiparable a la casación cuando es ésta el motivo invocado).



4. En el caso sometido a nuestra revisión casacional la Sala de instancia llega al convencimiento de la autoría del recurrente en relación con los hechos de que fue víctima la perjudicada con base en el testimonio de esta última, que se analiza con detalle en la sentencia dictada, entendiéndose asimismo el órgano *a quo* que dicho testimonio resulta corroborado por otras pruebas tales como las declaraciones de la madre de aquella y el informe psicológico elaborado por los peritos del Instituto de Medicina Legal.

En efecto, para el tribunal sentenciador no existe obstáculo para dotar a la declaración de la víctima en el juicio oral de la validez necesaria para enervar la presunción de inocencia.

En ella no se advierte, en primer lugar, móviles espurios que pudieran enturbiar su sinceridad. Destaca en este sentido la resolución recurrida cómo, en un primer momento, la víctima acude a denunciar un supuesto acoso telefónico y es en el curso de su siguiente declaración, donde por primera vez alude al hecho de haber sido obligada a mantener relaciones sexuales. También el hecho de que la denunciante afirmó, categóricamente en el plenario, según el órgano *a quo*, que no quería indemnización alguna. Las manifestaciones de la víctima en el acto del juicio también son valoradas por el tribunal de instancia para descartar asimismo que los supuestos móviles espurios de la denuncia pudieran ampararse en un enfrentamiento o desacuerdo en orden al régimen de visitas del hijo común.

Para el órgano *a quo*, en segundo lugar, la declaración de la víctima ha resultado corroborada, por el testimonio de su madre que, según destaca la sentencia recurrida, confirmó que en las ocasiones que su hija si iba puntualmente a su domicilio, coincidiendo siempre con el hecho de que su pareja se marchaba a trabajar a Madrid, la encontró deprimida y extraña. Se pasaba el día llorando y solo con posterioridad a la denuncia inicial presentada por motivo del supuesto acoso telefónico llegó a tener conocimiento de lo que había ocurrido en la vivienda de alquiler.

Para el tribunal de enjuiciamiento el informe psicológico emitido por los peritos del Instituto de Medicina Legal también refuerza la credibilidad del testimonio de la denunciante. Este informe resalta, según el órgano *a quo*, la compatibilidad entre las reacciones emocionales de la víctima y los hechos que narra, una compatibilidad que, según la sentencia recurrida, el tribunal pudo apreciar por sí mismo en el plenario al presenciar su declaración. Los psicólogos, además, concluyeron la existencia de una relación causal entre las agresiones denunciadas y el trastorno postraumático agudo en remisión apreciado.

En este punto, el órgano *a quo* se refiere expresamente a la impugnación que realiza la defensa del informe descrito, a través de una pericia por ella presentada, concluyendo que las explicaciones dadas por los peritos del Instituto de Medicina Legal sobre los extremos controvertidos fueron satisfactorias y debidamente detalladas.

Por último, para el órgano *a quo*, la declaración de la víctima ha sido asimismo persistente, destacándose cómo su relato se acompasaba con su estado emocional al revivir los hechos. Explica el órgano *a quo* cómo su falta de reacción -sobre la que también se insiste en el recurso- se explica por el contexto de humillación en el que se encontraba.

5. Siendo así el motivo debe ser desestimado y no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, que se basó en pruebas personales y periciales válidamente obtenidas y practicadas, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y ponderación exigibles, quedando extramuros de la competencia de la Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante una valoración alternativa y subjetiva del recurrente del significado de los elementos de pruebas personales disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho de presunción de inocencia del hoy recurrente, quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas con apoyo en sus propias manifestaciones exculpatorias y en su subjetiva interpretación de las distintas pruebas, particularmente la declaración de la propia víctima, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso, examinando la argumentación del el tribunal de instancia, no puede considerarse que su valoración haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia.

En efecto, según la jurisprudencia ya expuesta, no puede pretender el recurrente sustituir la valoración que de la declaración de la perjudicada ha realizado el órgano *a quo* por la suya propia y ello con base a una serie de apreciaciones de índole subjetiva que no convierten en ilógica e irracional la valoración realizada en la sentencia recurrida. Como recuerda la STS. 849/2013 de 12.1, "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente,



no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

En este marco cabe destacar lo siguiente:

i) Los cambios que, según el recurrente, ha experimentado el testimonio de la víctima durante el procedimiento judicial y con los que se pretende negar la persistencia en la incriminación, no tienen la relevancia pretendida. Estos no ponen de manifiesto la existencia de divergencias esenciales sobre lo ocurrido en las distintas declaraciones prestadas por aquélla, una vez que, tras una primera denuncia inicial por un supuesto acoso telefónico, decide ampliar esta y contar que fue obligada por el recurrente a mantener relaciones sexuales contra su voluntad. De hecho algunas de estos «cambios», que se relacionan y enumeran en el recurso, ni siquiera se refieren a las declaraciones de la denunciante. Así se califica como tal el hecho de que la perjudicada solicitara justicia gratuita en el proceso civil sobre medidas paterno-filiales iniciado por el recurrente o que este último, el 5 de febrero de 2013, declarara y negara los hechos o, incluso, las alegaciones realizadas por el Ministerio Fiscal en el escrito de 22 de marzo de 2013 con respecto al auto declarando falta el hecho.

ii) «Las dudas» que le plantea al recurrente determinadas actuaciones de la víctima, como el hecho de que no pidiera auxilio a través del teléfono móvil, que no huyera teniendo el vehículo en la puerta o que no buscara cobijo en casa de su madre, de nuevo no afectan a la razonabilidad de las conclusiones del órgano *a quo* y desde luego no pueden determinar la aparición en el Tribunal sentenciador de dudas donde no las había pues, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, este ha expresado su convicción sin duda razonable alguna.

iii) El hecho de que entre el recurrente y la denunciante existan discrepancias sobre el régimen de visitas de su hijo tras su ruptura carece igualmente de la relevancia que se le pretende atribuir en el recurso. Cabe reiterar que el tribunal sentenciador ha analizado con detalle esta cuestión, tal y como hemos hechos constar con anterioridad.

iv) En cuanto al informe pericial elaborado por el Instituto de Medicina Legal, el recurrente insiste en su recurso en las inexactitudes en la que, según él, incurre, negándole toda validez y afirmando, entre otros extremos, que carece de toda objetividad, que es incompleto o que no busca la verdad de lo acaecido; reprochándole asimismo que no se examinara al recurrente o que se elaborara en julio cuando las entrevistas con la perjudicada fueron en marzo o en abril de 2014.

Al respecto hemos de remitirnos a las consideraciones ya realizadas con anterioridad sobre la valoración que de la prueba pericial realizó el Tribunal de instancia, que encontró satisfactorias las explicaciones dadas por los autores del informe del Instituto de Medicina Legal, especialmente, sobre las supuestas inexactitudes puestas de manifiesto por la pericial presentada por el recurrente a la hora de valorar la puntuación del denominado «test de Millon».

En cualquier caso cabe destacar que este informe pericial actúa para el tribunal de enjuiciamiento como elemento corroborador del testimonio de la víctima y lo es particularmente en un aspecto concreto, cuál es la compatibilidad de las reacciones emocionales de la víctima con los hechos que narra, que, como se destaca en la sentencia de instancia, el propio órgano *a quo* ha podido presenciar en el plenario.

En este sentido debe destacarse que el análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos o acusado, sin delegar esta misión en manos de terceros

En definitiva, el motivo primero del recurso se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo se ampara en el artículo 5.4. LOPJ y en el artículo 852 LECrim, denunciando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

1. Alega el recurrente que el Tribunal sólo ha tenido en cuenta las pruebas de cargo presentadas por la acusación pública y la acusación particular pero ni siquiera ha valorado la prueba de descargo por él presentada. Concretamente no ha valorado: su propio testimonio, que siempre ha sido el mismo; el de su madre, su hermana y una amiga de su hermana, que durante bastante tiempo estuvieron compartiendo con ellos una vivienda de apenas cuarenta metros y que no oyeron ni vieron nada anormal; tres fotografías tomadas en el período en el que supuestamente ocurrieron los hechos y que reflejan, según el recurso, el buen ambiente y



el cariño existentes entre denunciante y denunciado; y por último, el informe pericial presentado por su parte, que ha valorado el informe de los demás peritos y ha manifestado sin ningún género de dudas que están equivocados.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE , comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los jueces y tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma bastante, las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que como se dice en la STS. 714/2014 de 12.11 , lo que además ya venía preceptuado en el art. 142 LECrim está prescrito en el art. 120.3 CE , y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2 , 101/92 de 25.6) , con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93 , 158/95 , 46/96 , 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 2.10 , 1009/96 de 12.12 , 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 14.4 , han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1 , 199/96 de 4.6 , 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

Por ello la motivación requiere del tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios establecidos para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado, y que junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permita conocer las pruebas en virtud de las cuales se le condena (motivación fáctica), y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica), al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento, y finalmente constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

Ahora bien cuando se trata de la llamada motivación fáctica, la STS. 32/2000 de 19.1 , recordó que la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del



juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico.

Siendo así resulta relevante destacar -como hemos dicho en STS. 577/2014 de 12.7 - que la cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias no es una cuestión que atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

El Tribunal Constitucional ha entendido que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo inculpativo, como se afirma en la STC 145/2005 de 6.6 , existe "una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o motivada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin la motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo validas o cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a estos supuestos, en los casos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC. 189/98 de 28.9 , FJ.2, 120/99 de 28.6 , 249/2000 de 30.10 FJ.3 , 55/2002 de 22.7 FJ. 7 , 209/2002 de 11.11 FJ. 3 , 163/2004 de 4.10 FJ.9).

Por ello una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico inculpativo es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC. 151/97 de 18.6 , para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2CE , y convierte el problema de motivación reparable con una nueva sentencia, en su problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva.

El incumplimiento del deber de motivación fáctico ya no solo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia sino la absolución del inculpado (SSTC. 5/2000 , 139/2000 , 149/2000 , 2002/2000).

No obstante el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia es superior al grado mínimo exigido en general para la tutela judicial efectiva, dado que está precisamente en juego aquel derecho y en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando la condena lo sea a penas de prisión (SSTC. 209/2002 de 11.11 , 169/2004 de 6.10 , 143/2005). Esta explicitación debe conectarse con el contenido del derecho a la presunción de inocencia y transmitir la información necesaria para comprobar "desde un punto de vista subjetivo que cuando el Juez llegó a la conclusión fáctica que expresa, lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable, y desde una perspectiva objetiva que su convicción no resulta reprochable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables" (STC. 145/2005).

En definitiva, como hemos dicho en STS. 10/2015 de 29.1 , con cita SSTC. 151/2011 de 10.3 , 1429/2011 de 30.12 , 241/2012 de 23.3 , 631/2012 de 9.7 , la presunción de inocencia implica que la decisión de condena debe venir avalada por la constatación de la existencia de motivos, en los que se funde la afirmación de los elementos del delito. Por ello, al decidir el recurso, cuando se invoca su vulneración, ha de examinarse si es aceptable o no la afirmación de que tales motivos existen.

Por el contrario, el derecho de tutela judicial, además de que no alcanza solamente a los supuestos de sentencia de condena, ni es alegable solamente, por ello, por quien es condenado, alcanza a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos que funda la absolución o la condena.

De ahí que resulte inadmisibles la formulación, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial, de una pretensión que, a modo de presunción de inocencia invertida, inste la afirmación de existencia de aquellos motivos para obtener una sentencia de condena. El derecho a la tutela judicial no alcanza a la existencia o inexistencia de tales motivos.

Tal diferencia de contenido se traduce en una esencial diferencia de los efectos de la vulneración de una u otra garantía. La vulneración de la garantía de tutela judicial aquel derecho justifica solamente la exigencia de que sea dictada nueva resolución, mientras que en el caso de estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de motivos para la condena, la resolución que procede es la de absolver al acusado.



Por su parte el Tribunal Constitucional se refiere, por un lado, a lo que denomina la "cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada" afecta al derecho a la tutela judicial, pero también, e incluso principalmente, a la garantía de presunción de inocencia. El matiz determinante será el grado de incumplimiento de la obligación de motivar. El derecho a la tutela judicial se satisface con un grado mínimo. Basta con que la sentencia permita la cognoscibilidad de la ratio decidendi. Pero si éste no se alcanza se habrá vulnerado el más exigente canon de la presunción de inocencia (SSTC9/2011 de 28 Feb. 2011 y las ahí citadas SSTC 5/2000), de 17 de enero , FJ 2 ; 249/2000 de 30 de octubre, FJ 3 ; 209/2002 de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005 de 6 de junio , FJ 4); 245/2007 de 10 de diciembre , FJ 5). En la STC 107/2011 de 20 de junio se reitera que el derecho a la tutela se considera satisfecho siempre que la motivación no acoja una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, y no incurra en un error patente.

3. De conformidad con la jurisprudencia expuesta el motivo segundo del recurso debe ser desestimado.

En efecto, el tribunal sentenciador ha explicado suficientemente en la resolución recurrida tanto los medios probatorios establecidos para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado como las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y las consecuencias punitivas de la condena. Particularmente, el órgano *a quo* , de acuerdo con las consideraciones realizadas en el fundamento jurídico anterior, describe con detalle suficiente cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, pudiendo el recurrente en todo momento impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador, como de hecho hace ampliamente en el recurso presentado.

En este marco, el hecho de que el tribunal sentenciador no mencione expresamente las testificales o las fotografías a las que se alude en el recurso -sí valora la pericial presentada por la defensa-, no afecta, dada su escasa relevancia, a la razonabilidad de la motivación de la sentencia recurrida, como no convierte a esta en arbitraria o insuficiente de cara, asimismo y según lo dicho, al pleno respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado.

Cabe indicar, en cualquier caso y respecto a las testificales citadas, que el órgano *a quo* declara expresamente probado que ni la madre del procesado ni su hermana ni una amiga de esta, que estuvieran alojadas en la vivienda en cuestión, advirtieron la situación que estaba sufriendo la perjudicada. Por tanto, el tribunal sentenciador sí ha tenido en cuenta el dato fáctico alegado por el recurrente y relativo a que estas personas estaban presentes en la vivienda en la que ocurrieron los hechos y no fueron conscientes de ellos, si bien entiende, de una forma lógica y racional por otro lado, que ello no impide estimar acreditado su realidad.

En consecuencia, el motivo segundo del recurso se desestima.

Recurso del Ministerio Fiscal

CUARTO.- El Ministerio Fiscal también recurre la sentencia dictada denunciando, ex artículo 849.1 LECrim , la inaplicación de la circunstancia de parentesco del artículo 23 CP como agravante del delito de libertad sexual por el que el acusado ha sido condenado.

1. Se alega que en el escrito de calificación provisional se instó la aplicación de esta agravante, cuya procedencia es conforme a derecho de acuerdo con el *factum* de la sentencia dictada, toda vez que en él se acepta que el procesado y la víctima fueron pareja sentimental desde octubre de 2011, primero sin convivencia y posteriormente con convivencia durante aproximadamente un mes, teniendo una hija en común, nacida en julio de 2012. Existía pues una relación de afectividad análoga a la marital a los efectos de aplicación de la agravante.

2. La actual redacción de la circunstancia mixta de parentesco, art. 23 CP , conforme al núm. 1 del art. 1º LO. 11/2003 de 29.9 , de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, dispone que "es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado, cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente".

Sobre la aplicación como agravante de la circunstancia de parentesco, la STS. 162/2009 de 12.2 , recuerda que la jurisprudencia de esta Sala a la que es exponente la sentencia 147/2004 de 6.2 , precisa que la misma está fundada en la existencia de una relación parental a la que se asimila una relación de análoga afectividad.

En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y



no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación.

La STS. 59/2013 de 1.2 , recuerda que concurre dicha agravante cuando se da el elemento objetivo de la relación de pareja estable, actual o pasada, y el delito de que se trata tiene lugar como consecuencia del marco o círculo de dichas relaciones o comunidad de vida, aunque se haya roto.

En efecto el artículo 23 C.P . en su actual redacción se refiere a "...ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad". Redacción actual que tiene su origen en la L.O. 11/2003, que sustituyó la referencia a la "forma permanente" por "forma estable", respecto a la relación de afectividad.

La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que por relación de afectividad, debe estimarse:

- a) Existencia de una relación matrimonial o asimilada a la matrimonial, y
- b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima.

3. A la vista de la jurisprudencia expuesta, procede la estimación del recurso del Ministerio Fiscal.

El *factum* de la resolución recurrida describe una relación estable y prolongada en el tiempo entre el acusado y la víctima que han tenido una hija en común; siendo después del nacimiento de esta última, cuando, según se declara probado, ambos se marcharon a convivir a una vivienda alquilada para el veraneo en la localidad de Sanlúcar de Barrameda.

El hecho de que el período de convivencia, durante el cual tuvieron lugar las agresiones, solo se prolongara un mes aproximadamente no es obstáculo para la aplicación de la agravante puesto que, según lo dicho, la relación sentimental entre acusado y víctima reunía los requisitos de estabilidad, afectividad y vocación de permanencia que exige la aplicación de la agravante - STS 496/2016, de 9 de junio -.

Particularmente, no cabe afirmar, dado los datos que se declara probados, que la citada relación fuera meramente esporádica y por ello el componente afectivo todavía no hubiera tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. La relación sentimental entre víctima y agresor se prolongó desde el mes de octubre de 2011 al verano del 2012, y durante este periodo se vieron todos los fines de semana (que el recurrente no tenía que estar con su hijo), cuando el acusado se desplazaba a ver a la perjudicada, hospedándose juntos en el mismo establecimiento. Fue después del nacimiento de la hija que tuvieron en común, cuando decidieron iniciar la convivencia.

Cabe resaltar asimismo que, de conformidad con una jurisprudencia reiterada de esta Sala -STS 56/2018, de 1 de febrero , con citación de otras muchas- el aumento del reproche que conlleva la agravante no depende de la existencia de una relación afectiva real hacia la víctima. El mayor desvalor de la conducta es consecuencia de la falta de respeto especial y de consideración demostrada por el autor en relación a una persona con la que estuvo estrechamente ligado por vínculos afectivos o de sangre. Y es que si se exigiera la existencia de cariño o afecto la agravante sería de muy difícil aplicación.

En definitiva, se estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal concurriendo la agravante de parentesco en el delito de agresión sexual por el que ha sido condenado el recurrente.

Lo expuesto conduce a una nueva individualización de la pena que se hará en la segunda sentencia.

QUINTO.- Desestima el recurso de casación interpuesto por Faustino , se le imponen las costas derivadas del mismo.

FALLO

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

1º) Declarar la **DESESTIMACIÓN ÍNTEGRA** del recurso de casación formalizado por la representación de Faustino y la **ESTIMACIÓN** del recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3ª, de fecha 21 de diciembre de 2016 , la que casamos y anulamos parcialmente siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso; y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS parcialmente dicha resolución, dictando a continuación segunda sentencia más conforme a derecho



2º) Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1659/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 24 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 1659/2017 seguida por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cadiz, contra Faustino , con DNI. NUM002 , nacido en Madrid el día NUM003 .1989, hijo de Luis Carlos y Angelina , con instrucción, sin antecedentes penales, cuya solvencia no conta y en libertad provisional por esta causa, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 21 de diciembre 2.016 , que ha sido recurrida en casación por el procesado, y ha sido **casada y anulada (parcialmente)** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por las razones expuestas en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución se aprecia la agravante de parentesco del art. 23 CP en el delito de agresión sexual continuado por el que Faustino ha sido condenado

En consecuencia se procede a una nueva individualización de la pena, que se determina en diez años de prisión.

Cabe aquí realizar una salvedad. La concurrencia de la agravante de parentesco y la continuidad delictiva nos conduciría a la mitad superior de la mitad superior de la pena imponible -de seis a doce años-, lo que nos situaría en un mínimo legal de diez años y seis meses de prisión, pero dado que el Ministerio Fiscal solicita diez años de prisión, esta Sala no superará este límite.

Cabe indicar a este respecto que, como hemos dicho en la STS 214/2018, de 4 de abril , la precisión que realiza el Acuerdo de 27 de noviembre de 2007 -que puntualiza el anterior Acuerdo de 20 de diciembre de 2006 en el sentido de que la pena solicitada debe corresponderse con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no se alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer la pena mínima establecida para el delito objeto de la condena-, no supone que el Tribunal de casación, sin un recurso previo y, por lo tanto, sin contradicción, pueda alterar una pena, pues esa posibilidad afecta a la *reformatio in peius* , que consolida la situación jurídica preexistente salvo recurso oportunamente deducido.



En este supuesto existía recurso del Ministerio Fiscal pero en el mismo, según lo dicho, se insta una pena de prisión de diez años que, por las razones indicadas, no puede ser superada.

En cuanto a la prohibición de aproximación y comunicación a la víctima, la misma se fija en once años, ex artículo 57.2 CP ; manteniéndose el plazo fijado en la instancia para la libertad vigilada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **CONDENAR** a Faustino de un delito continuado de agresión sexual, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de **DIEZ AÑOS DE PRISIÓN** así como a la prohibición de aproximación a menos de 200 metros de C., su domicilio o lugar de trabajo y de comunicación con ella por cualquier medio, oral, escrito o telemático por tiempo de **ONCE AÑOS**, manteniéndose el resto de los pronunciamientos.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

D. Andres Martinez Arrieta D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Vicente Magro Servet